

PROCESSO - A. I. N° 232884.0011/17-2
RECORRENTE - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0214-01/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/10/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0265-12/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. As operações objeto da autuação, cujas informações sobre datas, números de documentos, destinatários, mercadorias, valores e imposto, entre outras, foram apresentadas pelos auditores, dizem respeito a transferências interestaduais que o sujeito passivo entendeu alcançadas pela isenção de que trata o Convênio ICMS 101/1997, mas que os autuantes concluíram, acertadamente, que não. A Fiscalização acatou parcialmente as razões defensivas e elaborou revisão. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado em 29/09/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$475.012,92, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação do cometimento da seguinte irregularidade, *in verbis*: “*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Nas sucessivas saídas interestaduais de mercadorias não beneficiadas com a isenção prevista no Convênio ICMS 101/97, destinadas a estabelecimentos nos Estados do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Piauí e Ceará, conforme demonstrativo Anexo C, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue à Autuada*” – 02.01.03 (fevereiro a abril, junho e agosto a dezembro de 2013, maio a agosto e outubro a dezembro de 2014).

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é procedente em parte o Auto de Infração, como segue:

VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a Fiscalização expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, anexos, informações e cálculos.

Inexistente violação ao Princípio do Devido Processo Legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na defesa.

As operações objeto da autuação, cujas informações sobre datas, números de documentos, destinatários, mercadorias, valores e imposto, entre outras, foram apresentadas pelos auditores na planilha de fls. 12/13, dizem respeito a transferências interestaduais que o sujeito passivo entendeu alcançadas pela isenção, de que trata o Convênio ICMS 101/1997 (fls. 14 a 16), mas que o Fisco concluiu que não.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, o citado Acordo interestadual, com texto colacionado às fls. 14 a 16, dispõe sobre a isenção do

ICMS nas operações com os produtos que indica, juntamente com os seus respectivos códigos da NCM/SH (Nomenclatura Comum do Mercosul – Sistema Harmonizado).

De forma acertada, as Notas nºs 465, 1.396, 1.807, 2.162 e 2.163 – apresentadas às fls. 78 a 103 (doc. 04 da impugnação) -, tiveram os respectivos cancelamentos reconhecidos pela Fiscalização, que deduziu o imposto correlato.

Igualmente acolhida a impugnação relativa aos documentos objeto de cartas de correção e de notas complementares, com o afastamento do imposto deles constantes.

Todavia, os Documentos Fiscais nºs 1.702, 1.746 e 1.747 (fls. 12 e 21), relativos ao item TRAFO 34,5-0,69KV2350KVA60HZ-170ANSI-IEC, não contêm código NCM/SH previsto no Convênio ICMS 101/1997. O código NCM/SH deles constante é o de nº 85043111, que não está previsto no citado Acordo.

Em referência às supostas transferências interestaduais de materiais de embalagem entre estabelecimentos de mesma titularidade (Notas Fiscais nºs 1.899, 1.930, 1.974, 2.054, 2.055, 2.088, 2.089, 2.164, 2.202, 2.256, 2.379, 2.442, 2.465 e 7.931), na verdade, as operações foram efetivadas a título de transferências de bens do ativo imobilizado (doc. 05 da defesa).

Por exemplo, às fls. 106 e 110, verifica-se que o CFOP utilizado foi o de nº 6.552 – transferências de bens do ativo imobilizado, e não de material de embalagem.

A esse respeito, o auditor informou e o contribuinte não contestou, tornando incontrovertido o fato de que os documentos acobertaram saídas da mercadoria EMB. DE TRANSP. DUPLO PA G97 TECSIS, a título de transferências de bens do ativo imobilizado, sob o CFOP 6.552, com alusões às aquisições junto à TECSIS TEC E SISTEMAS AVANÇADOS S/A (CFOP 6.920, sem retorno sob o CFOP 2.921).

Além disso, as mercadorias foram adquiridas com utilização integral de crédito e transferidas logo em seguida, em breve espaço de tempo. O autuado não se apropriou do crédito nas entradas à razão de 1/48. Efetuou a apropriação integral. Na hipótese de desoneração das saídas, configurar-se-ia uma autêntica cumulatividade às avessas.

A Nota Fiscal nº 1.930, de fls. 109 a 113, traz em seu campo de informações complementares a seguinte informação: “NF’s de venda da TECSIS 4387 e 4388, série 04”.

Os referidos documentos (4.387 e 4.388, de fls. 274/275), foram emitidos por TECSIS TEC E SISTEMAS AVANÇADOS S/A, em Sorocaba-SP, no dia 23/08/2013. Na data de 11/09/2013, ocorreu a saída dos bens, acobertada pela nota fiscal nº 1.930, sob o CFOP 6.552 – transferências de bens do ativo permanente.

Não se aplicam à presente situação, as normas do Convênio ICMS 88/1991, que cuidam da isenção do imposto nas saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacarias, quando não cobrados do destinatário ou não computados nos valores das mercadorias que acondicionem, desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular.

Não foi comprovado que as notas fiscais constantes do doc. 05, objeto da exigência fiscal, foram emitidas quando do efetivo trânsito das mercadorias acondicionadas transferidas.

Quanto às transferências de mercadorias importadas (notas fiscais juntadas às fls. 172 a 260), o defendente assegurou que o ICMS importação foi recolhido aos Estados em que se encontram situados os estabelecimentos adquirentes, o que sequer teria sido questionado pela Fiscalização. Alegou que a emissão das notas de transferência ocorreu exclusivamente para viabilizar os transportes.

A Fiscalização contestou de forma veemente tal argumentação da defesa, juntando fotografias e documentos fiscais. Destes últimos não constam notas de transferência para mera viabilização de transportes.

Por exemplo, o DANFE nº 95 (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica), refere-se ao complemento de preço do DANFE nº 2.906 (vide campos das informações complementares de fls. 288/289). O segundo DANFE, nº 2.906, que é o da efetiva importação, contém o diferimento previsto no art. 286, LII do RICMS-BA/2012, o que também ocorre naquele de nº 2.885, referente à importação por meio do DANFE nº 05 (fls. 290/291).

Acolho a revisão de fl. 271, elaborada pelo Fisco, de modo que o valor do lançamento de ofício seja alterado, de R\$ 475.012,92, para R\$ 440.442,67.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Devidamente intimada, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls.348/368, no qual, inicialmente discorre sobre a autuação, sua impugnação onde arguiu sua nulidade e o julgamento ora recorrido.

Em seguida aduz que a decisão recorrida encontra-se parcialmente maculada por vício de nulidade absoluta, haja vista a falta da análise de todos os pontos suscitados pela Recorrente no processo, tendo em vista que a Lei Maior ordena que os despachos deverão estar motivados pelos

fundamentos que levaram o julgador acolher ou desacolher a defesa ou recurso apresentado, sob pena de nulidade.

Aponta que eventual falta de motivação das decisões acaba por violar o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, inseridos no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e, assim, por gerar a sua nulidade da decisão.

Em apoio à sua tese, transcreve doutrina acerca da motivação, do mestre Hugo de Brito Machado, que conclui pela nulidade de uma decisão: (...) “que tenha fundamentação assim tão genérica não permite o exercício do direito de defesa por parte daquele a quem prejudica, que não tem como argumentar em sentido contrário. Tal decisão, portanto, é nula”.

Assim, após discorrer sobre os aspectos de decisão recorrida, aduz que não se entenda pela configuração da nulidade, também em relação ao mérito, a exigência não reúne as mínimas condições de ser mantida.

Desta que há que se rememorar a questão do presente recurso de que não há qualquer incompatibilidade prática de que um material de embalagem esteja registrado no ativo imobilizado.

Daí, aponta que: “E, muito embora o v. acórdão recorrido tenha afastado o enquadramento do objeto das remessas a materiais de embalagem unicamente com base na adoção do CFOP 6552 nas respectivas notas fiscais de transferência, cumpre à Recorrente demonstrar os verdadeiros contornos das operações refletidas nas Nfs 1899, 1974, 2054, 2055, 2088, 2089, 2164, 2202, 2256, 2379, 2442, 2465 e 7931.”

Salienta ainda: “Nesses casos, conforme indicado nos respectivos documentos, as remessas têm por objeto a transferência interestadual, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, de materiais de embalagens – materiais utilizados para o acondicionamento de parte e peças de aerogeradores durante o seu transporte (docs. 05 da impugnação).”

Transcreve excerto do Convênio ICMS nº 88/91, que institui a isenção sobre as operações nos seguintes termos:

“Cláusula primeira Ficam isentas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS:

I - a saída de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicione e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular;”

Destaca que cumpre esclarecer tratar-se de materiais de embalagem para acondicionamento dos produtos transferidos entre os estabelecimentos da ora Recorrente e traz à colação foto cópia da Nota Fiscal nº 1930, tal como comprovam os respectivos documentos fiscais (**docs. 05 da impugnação**), a conclusão que se faz é que os itens foram mantidos sob a guarda da mesma pessoa jurídica.

Salienta, ainda, que a norma em referência exige que, quando da remessa do material de embalagem a um terceiro, este deve retornar posteriormente ao mesmo estabelecimento ou a outro do mesmo titular.

Para aduzir que:

“Disso deflui a conclusão segundo a qual, se a remessa ao terceiro ainda não chegou a ocorrer, tendo em vista que ainda se está diante de etapas prévias em que os materiais de embalagens circulam entre os estabelecimentos da Recorrente, não haveria sequer como se condicionar o reconhecimento da isenção sob o prisma desse requisito.

Assim sendo, se as remessas ocorridas no caso concreto se deram entre estabelecimentos do mesmo titular, o requisito relativo à necessidade de retorno, se é que cabível à hipótese, está plenamente atendido.

Aliás, a Recorrente entende que houve certa precipitação da fiscalização em concluir pelo inadimplemento do ICMS nas saídas dos materiais de embalagens aqui tratados, pois, se as remessas ainda se dão entre estabelecimentos do mesmo titular, estes itens não foram destinados a estabelecimentos de terceiros.

E é justamente na situação em que a remessa dos materiais de embalagens é feita ao estabelecimento de um terceiro, cliente da Recorrente, que poder-se-ia eventualmente cogitar a cobrança do ICMS, e não nas situações em que há circulação entre estabelecimentos de um mesmo titular.

Por fim, mesmo que não seja necessária esta demonstração, também está preenchido o requisito que veda, para fins da aplicação da isenção, o cômputo do valor da embalagem no preço dos correspondentes produtos que acondiciona.”

Destaca que, do exemplo acima, foi emitida uma nota fiscal segregada daquelas que documentam as vendas das respectivas mercadorias, inferindo-se, portanto, que os materiais de embalagem, mantidos entre os estabelecimentos da Recorrente, não compuseram o valor das mercadorias.

Eis que, reconhecendo-se a isenção aplicável às saídas de materiais de embalagens com destino ao estabelecimento do mesmo titular, deve ser reconhecida a insubsistência da cobrança relativa às Notas Fiscais nºs 1899, 1974, 2054, 2055, 2088, 2089, 2164, 2202, 2256, 2379, 2442, 2465 e 7931.

Salienta ainda que, caso não se entenda que a ausência de destaque do imposto esteja fundamentada com base nas disposições do Convênio ICMS nº 88/91, cumpre à Recorrente destacar a questão relativa à não-incidência sobre as saídas de bens do ativo imobilizado.

Ressalta também que: “*além da questão relativa ao Convênio ICMS nº 88/91, subsiste outro fator que impede o aperfeiçoamento da exigência do ICMS, qual seja, a não-incidência do imposto nas saídas de bens do ativo imobilizado/permanente.*

E, mais uma vez é preciso sublinhar que, tratando-se de itens com vida útil superior a 1 (um) ano, conforme determina o CPC 27, os materiais devem ser registrados no ativo imobilizado.

Deveras, tratando-se bens corpóreos, com vida útil superior a 1 (um) ano, que são destinados à manutenção das atividades da Recorrente, servindo para acondicionar as mercadorias que comercializa e retornando, ato subsequente, para o seu estabelecimento para acondicionar novas operações, não há como se admitir a exigência do ICMS também sob esse enfoque.

Isso é o que prevê o inciso VIII do artigo 3º da Lei Estadual nº 7.014/96, in verbis”:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

VIII - saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;”

Daí, conclui: “*Nesse contexto, a Recorrente entende que a questão relativa à não-incidência do ICMS nas saídas dos materiais de embalagens deve ser interpretada em conjunto com a própria desoneração contemplada no Convênio ICMS nº 88/91, tratado no tópico antecedente*”.

E nesse tópico ainda ressalta: “*E nem se alegue que o fato de a Recorrente ter supostamente se apropriado de créditos além do limite de 1/48 (um inteiro e quarenta e oito avos) seria um impedimento para o enquadramento dos materiais como sendo bens do ativo, pois, caso isto fosse procedente, deveria ser tratado em auto de infração específico*”.

Passa a apresentar suas razões recursais relativas às transferências interestaduais de mercadorias importadas a outros estabelecimentos da Recorrente, em outras unidades da Federação, mais precisamente nos Estados do Rio Grande do Norte, Piauí, Ceará e Rio Grande do Sul.

Explica: “*Isto é, esses outros estabelecimentos da Recorrente efetivamente eram os destinatários das mercadorias importadas que, tendo ingressado em território nacional por meio da Bahia, foram remetidas pelo estabelecimento deste Estado por meio das Notas Fiscais nºs 2176, 2885, 5026, 5672, 5673, 5674, 6754, 7233 e 7305 (docs. 06 da impugnação).*

Destaca que acórdão recorrido fundamenta que “não constam notas de transferência para mera viabilização de transportes”.

E também salienta: “*Contudo, a d. Autoridade Julgadora se equivoca ao adotar essa fundamentação, pois as notas fiscais autuadas refletem justamente os documentos utilizados pela Recorrente para amparar as remessas da mercadoria importada aos reais adquirentes*”.

Aduz ainda que: “Além disso, em que pese o v. acórdão não ter sido claro a respeito, merece também ênfase o teor da Informação Fiscal que, para fins de rechaçar o entendimento de que as mercadorias foram efetivamente importadas por estabelecimentos de outros Estados, limita-se a abordar dois casos pontuais em que o respectivo item importado foi beneficiado pelo estabelecimento situado neste Estado da Bahia”.

Acrescenta que o Auditor em sua Informação Fiscal reconhece que não houve qualquer beneficiamento, tendo os itens sido diretamente remetidos para outros Estados, aos efetivos destinatários dos itens advindos do exterior, justificando-se a ausência de destaque do ICMS.

Salienta que: “E que essa Informação Fiscal, para fins de rechaçar o procedimento adotado, limita-se a qualificar o procedimento como “incomum”, sem, contudo, trazer qualquer elemento objetivo que sustente as suas conclusões”.

Destaca também que: “E, para que não parem dúvidas a respeito, insta recapitular que a própria fiscalização não questiona o fato de o ICMS-Importação ter sido recolhido para esses outros Estados, o que comprova que o estabelecimento da Recorrente deste Estado da Bahia não é e nunca foi o titular dos itens importados”.

Daí conclui: “É o que ocorre, por exemplo, em relação à Nota Fiscal nº 6754 na qual se observa tratar-se da remessa de um item importado pelo estabelecimento da Recorrente de CNPJ nº 69.119.386/0022-86, situado no Município de Lagoa Nova, Estado do Rio Grande do Norte”.

Seguindo nessa toada destaca e transcreve o Artigo 435 do RICMS/BA., que estabelece as normas para o recolhimento do ICMS devido nas importações de mercadorias ou bens procedentes do exterior para ao final concluir:

“Com efeito, tratando-se de remessas efetuadas unicamente para viabilizar o deslocamento das mercadorias importadas aos seus reais adquirentes estabelecidos em outros Estados, deve-se afastar a exigência do imposto em relação às Notas Fiscais 2176, 2885, 5026, 5672, 5673, 5674, 6754, 7233 e 7305 (**docs. 06 da impugnação**).”

Por fim, alega a impropriedade da exigência relativa às Notas Fiscais nºs 1702, 1746 e 1747, as quais foram objeto de retificação por meio de Carta de Correção para fins do ajuste do NCM 85030090, que de fato possui previsão no Convênio ICMS 101/97 (**docs. 07 da impugnação**).

Explica que o acórdão recorrido desprezou a correção realizada nos referidos documentos para fins de substituição do NCM 85043111 para o NCM 85030090, desconsiderou, ainda, o próprio pedido de conversão do julgamento em diligência para que restassem devidamente reconhecidas as especificidades dos itens objeto das Notas Fiscais nºs 1702, 1746 e 1747.

No entanto, sem qualquer fundamento, pois, a despeito da equivocada menção do NCM originalmente nos documentos, mas se esse enquadramento foi objeto de correção posterior, esse ponto deveria ter sido ao menos considerado pelo v. acórdão recorrido.

Aduz que eventuais incompatibilidades contidas nos documentos deveriam ser relativizadas em razão dos elementos apresentados em sede de impugnação, que, nos termos do artigo 145, I, do CTN, representa uma das causas possíveis de revisão do lançamento.

E, caso se entendesse que os elementos apresentados nos documentos não eram suficientes para amparar a alteração do NCM, que ao menos fosse determinada a realização de diligência, o que sequer foi cogitado pela d. Autoridade Julgadora.

Por fim, salienta que de todo modo, se os referidos documentos foram objeto de ajuste para fins de ajustar à norma que prevê a isenção aplicável aos equipamentos destinados à geração de energia eólica, respeitando-se a verdadeira característica dos equipamentos, deve-se afastar a cobrança do ICMS sobre eles apurada.

Ao final, requer a Recorrente que este recurso SEJA CONHECIDO e a ele seja DADO PROVIMENTO para:

(a) Preliminarmente, que seja acolhida a preliminar arguida para fins de DECRETAR A NULIDADE PARCIAL do v. Acórdão JJF nº. 0214-01/18, especificamente dos capítulos da decisão que se referem à parcela mantida do crédito tributário, isto é, à parcela ora recorrida, por ausência de análise efetiva dos pontos suscitados pela

Recorrente em sua impugnação, devolvendo-se o presente processo à primeira instância para fins de novo julgamento dessa parcela mediante a análise dos elementos de fato e de direito que deixaram de ser apreciados pela d. Autoridade Julgadora, assim como exposto no Tópico “II” do presente recurso;

(b) Caso não se entenda pela nulidade da r. decisão recorrida, DECRETAR A NULIDADE da autuação em referência, consoante ao quanto aventado no “Tópico III.1”.

(c) caso não se entenda pela nulidade, em relação ao próprio mérito, DECRETAR A INSUBSISTÊNCIA do auto de infração, tendo em vista a matéria apresentada nos Tópicos “III.2”, “III.3”, “III.4” e “III.5” do presente recurso.

Nesses termos, pede deferimento.

VOTO VENCIDO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Sujeito Passivo é acusado de ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas sucessivas saídas interestaduais de mercadorias não beneficiadas com a isenção prevista no Convênio ICMS 101/97, destinadas a estabelecimentos localizados nos Estados do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Piauí e Ceará, conforme demonstrativo Anexo C, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue à Autuada – 02.01.03 (fevereiro a abril, junho e agosto a dezembro de 2013, maio a agosto e outubro a dezembro de 2014).

A Decisão recorrida julgou, o Auto de Infração em comento, Procedente em Parte, acatando apenas a revisão de fl. 271, realizada pelo Autante que excluiu da autuação as notas fiscais canceladas.

Passando a analisar as razões recursais, por primeiro quanto à preliminar de nulidade suscitada, em relação à Decisão *a quo*, em face da negativa do Relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal ao seu pedido de realização de diligência para comprovar suas alegações defensivas, afasto-a por considerar que não tem razão o Recorrente, tendo em vista que essa decisão é pertinente ao Julgador, que assim decide, sempre que entender suficientes as provas existentes nos autos, para prolatar o seu julgamento, conforme previsto no RPAF/BA. .

Na mesma linha, não há que se imaginar nulidade da autuação, apontadas pela Recorrente ao final de suas razões recursais, tendo em vista que da compulsão dos autos, vê-se que há na peça acusatória a clara exposição dos fundamentos de fato e de direito, certo que o fato descrito como típico está na legislação, bem como as circunstâncias do fato são claras e consubstanciadas em documentos trazidos aos autos juntamente com a peça inicial.

Dito isto, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto 7.629/99, sobretudo o art. 39, vê-se que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, nem há, nos autos, quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Quanto ao mérito, verifico que a Recorrente se insurge sobre os seguintes tópicos:

1. A exigência do imposto sobre operações com materiais de embalagens, isentas na forma do Convênio ICMS 88/96;
2. A exigência do tributo sobre operações de transferências de Ativos (para estabelecimentos da mesma empresa);
3. A indevida exigência de ICMS sobre remessas interestaduais de mercadorias importadas aos seus reais adquirentes.

Em relação à exigência de ICMS, tanto nas operações de transferências de material de embalagem

quanto nas de Ativo Fixo, desde que entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte, conforme se pode verificar nas cópias das notas fiscais apensadas neste PAF, entendo que resta razão a recorrente.

Isso porque, entendo que, apesar de não arguido pela Recorrente, de Ofício, devo rever a autuação em comento em dois aspectos: (i.) Em relação ao descabimento da incidência do ICMS sobre transferências de bens de uso e consumo e de ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa; e (ii) Quanto à exigência do ICMS – Importação sobre mercadorias destinadas a estabelecimentos da mesma empresa localizados em outros estados da federação.

Eis que a Súmula nº 166 do STJ, exaustivamente já debatida neste CONSEF, assim determina: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”. Trata-se de uma Súmula editada em 1996, e que vem sendo pacificamente confirmada pelo STJ e seguida pelo STF até os dias atuais.

Em relação à exigência do ICMS sobre mercadorias importadas, porém destinadas a outros estabelecimentos dessa mesma empresa, a Recorrente alega que as transferências objeto das Notas Fiscais nºs 95, 2176, 2885, 5026, 5672, 5673, 5674, 7233 e 7305, tiveram a documentação emitida somente para viabilizar o transporte dos itens importados destinados à estabelecimentos da mesma empresa localizados em outros Estados conforme previsto no Artigo 435 do RICMS/B A., cabendo o ICMS – Importação ao Estado destinatário final das

Assim, pelas razões acima dispostas, voto no sentido de PROVER o apelo recursal, por julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

VOTO VENCEDOR

Com a mais respeitosa vénia, venho discordar do eminente Conselheiro Relator do voto proferido neste Recurso Voluntário. O fundamento, em resumo, se assenta na a Súmula nº 166 do STJ, que nos dizeres do Relator, foi “*exaustivamente já debatida neste CONSEF, assim determina: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”. Trata-se de uma Súmula editada em 1996, e que vem sendo pacificamente confirmada pelo STJ e seguida pelo STF até os dias atuais.”

Primeiro, é preciso chamar atenção de que o Recorrente sequer invocou tal fundamento legal, pois apresentou sua defesa em 3 razões, transcritas no voto relatado:

Quanto ao mérito verifico que a Recorrente se insurge sobre os seguintes tópicos:

1. *A exigência do imposto sobre operações com materiais de embalagens, isentas na forma do Convênio ICMS88/96;*
2. *A exigência do tributo sobre operações de transferências de Ativos (para estabelecimentos da mesma empresa);*
3. *A indevida exigência de ICMS sobre remessas interestaduais de mercadorias importadas aos seus reais adquirentes.*

Contudo, nenhuma dessas razões foi apreciada no voto, indo o Conselheiro, de forma imediata, a uma questão de direito recorrente, qual seja a Súmula nº 166. Embora, de fato tal argumento tenha tido acolhida em tribunais superiores, é certo que tal súmula foi editada antes do advento da Lei Complementar nº 87/96, e, portanto, tais decisões soam em flagrante confronto com a lei complementar.

É certo que este Conselho de Fazenda, respaldado em inúmeros pareceres da Procuradoria Fiscal, entende que a súmula é anterior ao advento da LC 87/96, que fere o pacto federativo, e a própria Lei Complementar, e também é certo que eventuais decisões judiciais que acatem tal argumento, não implicam em vinculação às decisões deste Conselho. Assim posto, não há de prosperar a Súmula nº 166 em processos administrativos.

A despeito do eminente Relator do processo não ter discorrido sobre os 3 argumentos do Recurso Voluntário, e ter aplicado de ofício, um entendimento jurídico presente em algumas decisões de

tribunais superiores, que não estão adequadas à supracitada Lei Complementar, fica patente que são absolutamente insustentáveis os argumentos defensivos, por total ausência de provas das alegações.

Quando trata alguns itens como embalagens, o Recorrente não demonstra em nenhum momento, ter efetuado o tratamento fiscal-tributário referente, seja porque utilizou o código fiscal de operações CFOP, que identifica como transferências do ativo, o que deixa os itens fora da isenção de que cuida o Convênio ICMS 88/91, só se aplicando a isenção, em caso de embalagens que acondicionem a mercadoria, desde que retornem ao estabelecimento remetente.

Por outro lado, ficou provado que os itens adquiridos foram tributados integralmente, e não á razão de 1/48 avos, obrigatório por lei, o que descaracteriza tratamento tributário de ativo, tendo sido transferidas logo em seguida. É preciso grande esforço para se creditar o fato de que sejam ativos, mesmo porque, se fosse, deveria se pagar aqui o diferencial de alíquotas, mas o que se percebe é que os documentos fiscais não têm alíquota nem mesmo da origem, ou seja, receberam tratamento de isenção, daí porque o lançamento descreveu operações tributadas como não tributadas.

Por fim, tenta-se colocar alguns itens como importações, sem, contudo, apresentar quaisquer documentos probatórios de que sejam mesmo importados.

Concluo que o Recorrente tenta diversas formas de se defender do lançamento, buscando diferentes formas de justificar o injustificável, ora como transferência de ativo, ora como de embalagens, ora como importação, contrariando sua própria escrituração fiscal, na qual foi baseado o lançamento, respaldado em provas documentais que o Recorrente não conseguiu refutar, o que leva a inegável confirmação do valor remanescente do auto de infração, após as correções efetuadas pelo próprio autuante após a defesa inicial.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Mantida a decisão recorrida. Auto de infração procedente em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232884.0011/17-2, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$440.442,67**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: José Carlos Barros Rodeiro, Henrique Silva de Oliveira e Paulo Shinyashiki Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS