

A. I. Nº. - 279757.0045/20-5
AUTUADO - WOBEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA E MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 30.03.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-06/21VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A alíquota do ICMS é de 18% nas operações e prestações internas, em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados neste Estado. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a prejudicial de decadência. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 08/09/2020 para formalizar a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 775.229,44, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, sob a acusação de utilização indevida de alíquota (interestadual) em operações cujas entregas efetivas ocorreram no Estado da Bahia (04 a 12/2015, 01 a 03, 06, 11 e 12/2016).

Consta o seguinte:

“Referente às operações de venda à ordem – triangular – não prevista na legislação tributária - entre filiais, havendo obrigatoriedade de o vendedor remetente, adquirente originário e destinatário das mercadorias distintos / art. 340 e 342 do Decreto 13.780/12 – e com entrega efetiva das mercadorias no Estado da Bahia”.

Os autuantes transcreveram na peça acusatória os artigos 340 e 342 do RICMS/12.

O sujeito passivo ingressa com defesa às fls. 108 a 124 (verso).

Informa dedicar-se à indústria de fontes de energia eólica, atuando na produção de aerogeradores e pás, bem como na prestação de serviços de assistência técnica.

Fundamentado no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), alega a decadência do crédito tributário atinente ao período compreendido entre abril e setembro de 2015 (intimação da lavratura à fl. 141 – 08/09/2020).

Em seguida, suscita preliminar de invalidade por vício de motivação do lançamento fiscal. Não existe, na inicial, qualquer consideração mais aprofundada sobre os motivos que levaram o Fisco a entender da forma aqui tratada. Também não foram apresentados documentos comprovantes de realização de diligências no seu estabelecimento, o que viola o art. 142 do CTN, o procedimento nele previsto, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tampouco os demonstrativos acostados aos autos trazem qualquer elucidação nesse sentido. Trata-se de levantamentos de notas, classificadas com diversos CFOPs, em relação às quais o Fisco se limitou a indicar as informações constantes dos próprios documentos.

Os componentes dos aerogeradores são fabricados por diversos estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, como pás eólicas pelo estabelecimento do Ceará, segmentos de concreto pela impugnante, localizada na Bahia, e segmentos de aço, pelo estabelecimento localizado no Rio Grande do Sul. O procedimento seguido para suportar a operação envolve a transferência simbólica desses produtos para a matriz de Sorocaba, que, por sua vez, efetua a remessa simbólica de tais

componentes para os clientes. A remessa física é efetuada diretamente dos estabelecimentos filiais (incluindo a impugnante) para os clientes.

Em relação aos segmentos de concreto que produz, colaciona laudo técnico que analisa o grupo de famílias que constituem a estrutura dos produtos industrializados em Juazeiro-BA.

Seria totalmente desarrazoada qualquer exigência no sentido de promover a transferência física dos segmentos de concreto, os quais são fabricados na Bahia, para a matriz paulista e, posteriormente, enviar novamente para o cliente na Bahia ou em qualquer outro lugar do Brasil (uma torre de concreto é formada de dezoito segmentos).

Tem como inconteste que a dimensão desta parte do aerogerador impõe o transporte apenas quando da efetiva entrega do equipamento ao cliente.

Logo, o pressuposto implícito da autuação (circulação física) representa um verdadeiro contrassenso, pois é completamente desarrazoado que se exija a remessa física da torre para suporte de gerador de energia eólica para São Paulo para que depois retorne fisicamente à Bahia, em conjunto com as demais partes do aerogerador, que sequer podem ser transportados em conjunto, dadas as suas dimensões colossais.

Tece considerações acerca da NCM/SH e do CARF, para argumentar que, uma vez admitido por este órgão que o aerogerador corresponde a uma unidade funcional que demanda transporte separado, as autoridades fiscais estaduais não podem simplesmente ignorar tal orientação para justificar uma posição unilateral e sem respaldo.

Os esclarecimentos acima dispendidos, além de justificar o motivo pelo qual os segmentos que produz não são remetidos fisicamente para São Paulo, evidenciam outro elemento importante para a improcedência do Auto de Infração: as transferências, em sentido jurídico, e não físico, são destinadas ao seu estabelecimento matriz. O trajeto físico das mercadorias, para fins de definição do imposto, não possui a menor relevância.

Apesar de ter transferido sob a alíquota interestadual, em regra, não deveria ter utilizado alíquota alguma, pois não houve mudança de titularidade (não incidência do imposto).

A venda à ordem é perfeitamente aplicável, sendo desarrazoado, em face do princípio da autonomia dos estabelecimentos, argumentar que não teria validade em razão de os estabelecimentos serem do mesmo grupo.

Alega que a multa é desarrazoada e confiscatória, razão por que pede redução ou cancelamento, diz que o Auto de Infração não veicula o fundamento jurídico dos acréscimos legais, de forma que a cobrança respectiva não deve prevalecer, protesta pela produção de provas, inclusive diligência, fornece endereço para correspondências processuais e conclui pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 149 a 154, um dos autuantes refuta a tese de nulidade e, com relação à decadência, apresenta a planilha de fl. 150 para aduzir que não houve recolhimento no período fiscalizado e que, portanto, não há que se falar no art. 150, § 4º do CTN.

Assinala que os destinatários das mercadorias produzidas pelo defendente (nomes à fl. 150) também foram submetidos a fiscalização e que, quando questionados sobre as operações objeto da auditoria, informaram terem adquirido e pago torres eólicas de cimento da fábrica de Juazeiro-BA.

Diz que não se está a discutir insumos, materiais de uso e consumo, se se trata de segmento de concreto, aerogeradores ou pás, mas sim de torres de concreto (com suas partes e peças) fabricadas na indústria de Juazeiro-BA., destinadas aos contribuintes arrolados à fl. 150, localizados na Bahia.

Nas suas palavras: “*só isso, nada mais*”. O sujeito passivo produziu em Juazeiro e transferiu, no papel, para a matriz de São Paulo, que, na sequência, vendeu para os destinatários localizados na Bahia, em operações triangulares.

Sobre a alegação de que não haveria incidência do imposto por ausência de mudança de titularidade, ressalta que as transferências ocorreram apenas em tese. Na prática, as torres foram destinadas a terceiros, localizados neste Estado.

É de amplo conhecimento a sistemática de venda a ordem, na qual o adquirente de uma mercadoria revende a um terceiro e solicita ao vendedor que a entregue a este terceiro, situação diferente daquelas de que tratam os presentes autos. O impugnante tenta eximir-se da acusação refugiando-se no argumento de que o destinatário jurídico foi o seu estabelecimento matriz, de São Paulo, mas os bens jamais ingressaram neste estabelecimento.

Pugna pela procedência da autuação.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois os autuantes expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, 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; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de invalidade.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, o prazo referente à obrigação principal deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o valor do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fulcro no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em decorrência de dolo, fraude ou simulação, não comprovada nos presentes autos.

Tais raciocínios somente se aplicam às infrações por descumprimento de obrigações principais, não havendo que se falar no art. 150, § 4º do CTN quando a obrigação é acessória, já que o indigitado dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento. Nas situações de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias não existe o que homologar. Os lançamentos respectivos ocorrem de ofício.

O auditor comprovou à fl. 150 o que também está registrado no sistema de informática desta Secretaria destinado às informações dos contribuintes (INC): que não houve recolhimento do imposto normal no período fiscalizado, motivo pelo qual não há que se falar no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Todos os elementos necessários para o julgamento da lide estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, o contribuinte alegou que o pressuposto implícito da autuação (circulação física) representa um verdadeiro contrassenso, pois é completamente desarrazoado que se exija a remessa física da torre para suporte de gerador de energia eólica para São Paulo para que depois retorne fisicamente à Bahia, em conjunto com as demais partes do aerogerador, que sequer podem ser transportados em conjunto, dadas as suas dimensões colossais.

Ocorre que os auditores não efetuaram a referida exigência - remessa física da torre para suporte de gerador de energia eólica para São Paulo para que depois retorne fisicamente à Bahia -, apenas constataram operações de vendas internas de mercadorias sem a tributação sob a alíquota exigida na legislação. Deparam-se com operações triangulares de documentos, nas quais os bens são fictamente remetidos para a matriz do Estado de São Paulo, sob a alíquota interestadual, quando na verdade são fisicamente entregues na Bahia (os bens).

Com a necessária licença, não tem pertinência a alegação de que, uma vez admitido pelo CARF que o aerogerador corresponde a uma unidade funcional que demanda transporte separado, as autoridades fiscais estaduais não podem simplesmente ignorar tal orientação para justificar uma posição unilateral e sem respaldo.

Conforme a gravura de fl. 114 (verso), as filiais de todo Brasil, inclusive a baiana, autuada, efetuam transferências simbólicas para a matriz sob o CFOP 6.151, que emite “*notas filhas*” para os clientes sob os CFOPs 6.116 ou 6.117, ao passo que as filiais remetem as mercadorias física e documentalmente para os clientes, sob o CFOP 6.949.

6, 136, 124, 128, 80, 143, 125, 141, 78, 132, 138, 144, 77, 134, 126, 145, 79, 140, 137, 133, 129, 131, 127, 160, 130, 139, 142 e 5.001”.

Importante registrar que os pagamentos, conforme atestado à fl. 150, *in fine*, foram realizados para a filial de Juazeiro-BA, e não para a matriz de Sorocaba-SP, motivo pelo qual cai por terra a tese defensiva de que este último foi o destinatário jurídico das operações em análise.

De acordo com o texto do art. 15, I, “a” da Lei 7.014/96, em vigor desde 09/03/2016, a alíquota do ICMS é de 18% nas operações e prestações internas, em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados neste Estado.

Os acréscimos legais são aqueles estatuídos no art. 51 da Lei 7.014/96, cujo desconhecimento a ninguém é dado alegar. A ninguém é concedido o descumprimento da Lei, sob o argumento de desconhecê-la.

Quanto à multa, este órgão não tem competência para reduzir, cancelar, exercer controle de constitucionalidade ou negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

Em referência ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/1999.

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

VOTO VENCEDOR

Este PAF entrou na Pauta de Julgamento na sessão da 6ª Junta de Julgamento do Conselho da Fazenda no dia 04/03/2021, e em que pese o bem elaborado voto do nobre colega relator, não obtive o convencimento suficiente para a declaração do meu voto, desta maneira solicitei vistas ao processo e informações complementares à defesa da Autuada, para poder emitir meu voto com mais segurança.

O Auto de Infração foi lavrado para cobrar o ICMS, pela utilização da alíquota indevida (interestadual) nas transferências entre a filial localizada na Bahia e a matriz localizada no Estado de São Paulo, por entender que a entrega efetiva da mercadoria ocorreu em estabelecimento localizado neste Estado.

Os Autuantes para justificar a lavratura do Auto de Infração apresentam uma relação de Notas Fiscais emitidas de transferência para a matriz e de remessa por ordem e conta e elabora uma planilha com os valores mensais da diferença do ICMS que deveria ser recolhido.

Na sua defesa, a Autuada informa que é fornecedora de sistemas de energia eólica e que as torres de concreto produzidas na filial de Juazeiro e transferidas para a matriz localizada no Estado de São Paulo, fazem parte destes sistemas não podendo serem vendidas separadamente.

Diz ainda, que os componentes dos aerogeradores são fabricados por diversos estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, como pás eólicas no Ceará, segmentos de concreto na Bahia e segmentos de aço no Rio Grande do Sul que fazem a transferência simbólica para a matriz, que, por sua vez, efetua a remessa simbólica de tais componentes para os clientes, e a remessa física é efetuada diretamente dos estabelecimentos filiais para os clientes.

Na informação fiscal, um dos autuantes diz que os destinatários das mercadorias também foram submetidos a fiscalização e informaram terem adquirido e pago torres da fábrica de Juazeiro, sem no entanto, apresentar provas ou comprovantes de pagamentos que pudessem fundamentar esta informação.

Nas informações complementares fornecidas pela defesa consta uma cópia de contrato firmado entre a Wobben Windpower Ind. e Com. LTDA com sede em Sorocaba/SP e Monte Branco I Energética S.A. para o fornecimento de 14 aerogeradores ENERCON E-92 2.300 KW, com seus acessórios e pertencas, para a usina Eólica Morro Branco I, localizada em Sento Sé/BA, com preço total de R\$ 75.656.000,00 devendo ser efetuado os pagamentos para a conta bancária da contratada, da seguinte maneira: os pagamentos serão realizados a medida que a contratada apresente um boletim de medição de acordo com o cronograma de pagamentos determinados no contrato, sendo que o pagamento inicial no percentual de 15,84% do contrato, será realizado 15 dias após assinatura do contrato sem boletim de medição. O contrato também estabelece que os equipamentos serão enviados por ordem e conta da contratada das suas fábricas localizadas na Bahia, Ceará e Rio Grande do Sul. Este contrato também estabelece que a contratada é responsável pelo fornecimento do equipamento, instalação e entrega em funcionamento dos geradores eólicos.

Nas informações complementares também foram apresentadas cópias dos extratos bancários da empresa Wobben Windpower de Sorocaba/SP, onde constam diversos depósitos bancários, realizado pela empresa Monte Branco I Energética S.A., no período da contratação dos serviços da empresa contratada.

Constata-se que, no presente caso, não restou plenamente caracterizada a conduta irregular do Autuada, posto que não existe no processo, elementos suficientes para se determinar com segurança, o cometimento da infração, por parte da Autuada, os Autuantes não apresentaram nenhuma prova que a empresa autuada recebeu os pagamentos pela entrega das torres de concreto, como informam no processo. Quanto a autuada, na sua defesa, conseguiu mostrar que não se

tratava da venda de um equipamento de forma isolada, no caso as torres de concreto, mas o fornecimento, instalação e colocação em funcionamento de uma usina de geração de energia eólica pela matriz da empresa.

Ressalte-se que compete ao Agente Fiscal apresentar as provas necessárias à demonstração do fato arguido, consoante determinação expressa no inciso II do art. 41 do RPAF/99, a seguir transcrita.

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

(...)

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

(...)

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder. Trata-se de atividade vinculada.

Importante destacar, também, que existem limitações, quando do exercício das funções inerentes ao julgamento, conforme estabelecido no art. 153 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 153. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

Noutras palavras, o Julgador deve se restringir aos elementos constantes do processo e ao exame das provas carreadas nos autos.

Em face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por não unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0045/20-5**, lavrado contra **WOBBEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$775.229,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Essa Junta de Julgamento fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2021

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR/VOTO VENCEDOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR