

A. I. N° - 298574.0007/24-3
AUTUADO - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
AUTUANTE - JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22/11/2024

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0301-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS DE VASILHAMES, RECIPIENTES E SACARIAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO. **a)** CFOP 5.920; **b)** CFOP 6.920. A alegação de que os recipientes se classificam como bens do ativo imobilizado depende de prova de que os mesmos retornaram ao estabelecimento de origem, conforme exige a Cláusula primeira do Conv. 88/91. Excluídas as operações de transferência vez que independem de prova do retorno dos recipientes para gozo da isenção. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/03/2024 (ciência em 18/03/2024, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 625.017,88, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 002.011.001: Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo. Consta, ainda, que: “*o sujeito passivo promoveu operações de saída de vasilhame, recipiente, sacaria sem comprovar o respectivo retorno, de modo a afastar a isenção tributária conferida pelo Convênio ICMS 88/91, de acordo com o levantamento consignando no DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO DA OPERAÇÃO DE REMESSA DE VASILHAME, RECIPIENTE, SACARIA SEM COMPROVAÇÃO DA RESPECTIVA OPERAÇÃO DE RETORNO – CFOP 5920, documento integrante deste Auto de Infração. Assim, resta caracterizada a omissão de saídas tributáveis de mercadorias, em decorrência da ausência de emissão do respectivo documento fiscal com a operação tributada*”. R\$ 488.007,07. Multa: 60%

Infração 02 – 002.011.001: Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo. Consta, ainda, que: “*o sujeito passivo promoveu operações de saída de vasilhame, recipiente, sacaria sem comprovar o respectivo retorno, de modo a afastar a isenção tributária conferida pelo Convênio ICMS 88/91, de acordo com o levantamento consignando no DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO DA OPERAÇÃO DE REMESSA DE VASILHAME, RECIPIENTE, SACARIA SEM COMPROVAÇÃO DA RESPECTIVA OPERAÇÃO DE RETORNO – CFOP 6920, documento integrante deste Auto de Infração. Assim, resta caracterizada a omissão de saídas tributáveis de mercadorias, em decorrência da ausência de emissão do respectivo documento fiscal com a operação tributada*”. R\$ 137.010,81. Multa: 60%.

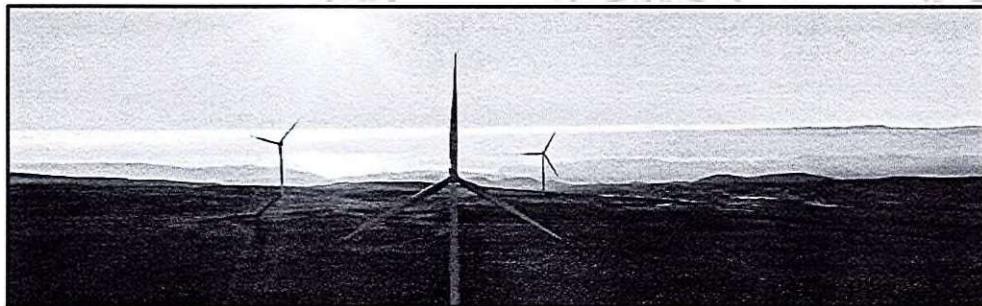
A autuada apresenta impugnação às folhas 21/37, mediante a qual tece as seguintes considerações.

Informa ser empresa integrante de grupo multinacional, cujo objeto social reside na fabricação, comercialização e manutenção de geradores eólicos ou aerogeradores. Em outras palavras, explica que realiza a fabricação e importação de máquinas, peças e equipamentos que se prestam à fabricação dos aerogeradores. Narra que, em que pese ser fiel cumpridora de suas obrigações tributárias, foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração ora combatido, por meio do qual as d. Autoridades Fiscais imputaram 02 (duas) infrações: supostas saídas de “vasilhame, sacaria, recipiente” sem comprovar o seu retorno, em operações sob CFOP 5920 (infração 1) e sob CFOP 6920 (infração 2), compreendendo assim, terem ocorrido saídas sem o recolhimento de ICMS e sem a emissão do respectivo documento fiscal. Informa que ambas as infrações têm como fundamento os artigos 32, 34, XV e 35 da Lei n° 7.014/96 e Cláusula Primeira, inciso I, do Convênio ICMS n° 88/91,

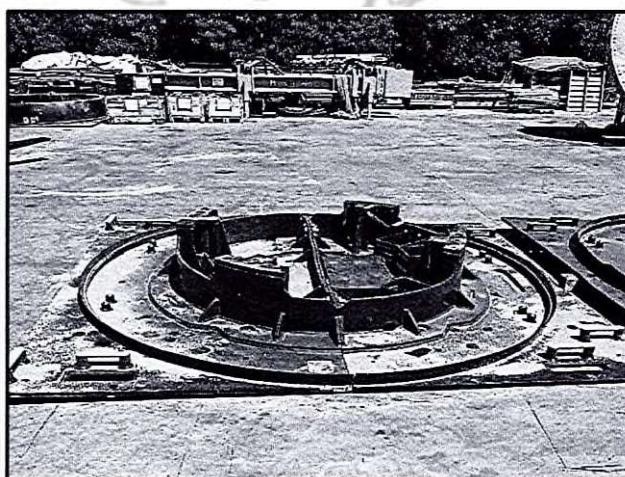
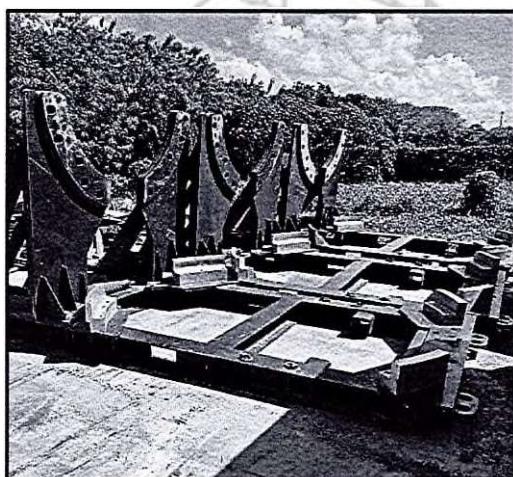
sem qualquer alusão ao RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), além de penalidade fundamentada no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96. Transcreve textos das normas aludidas.

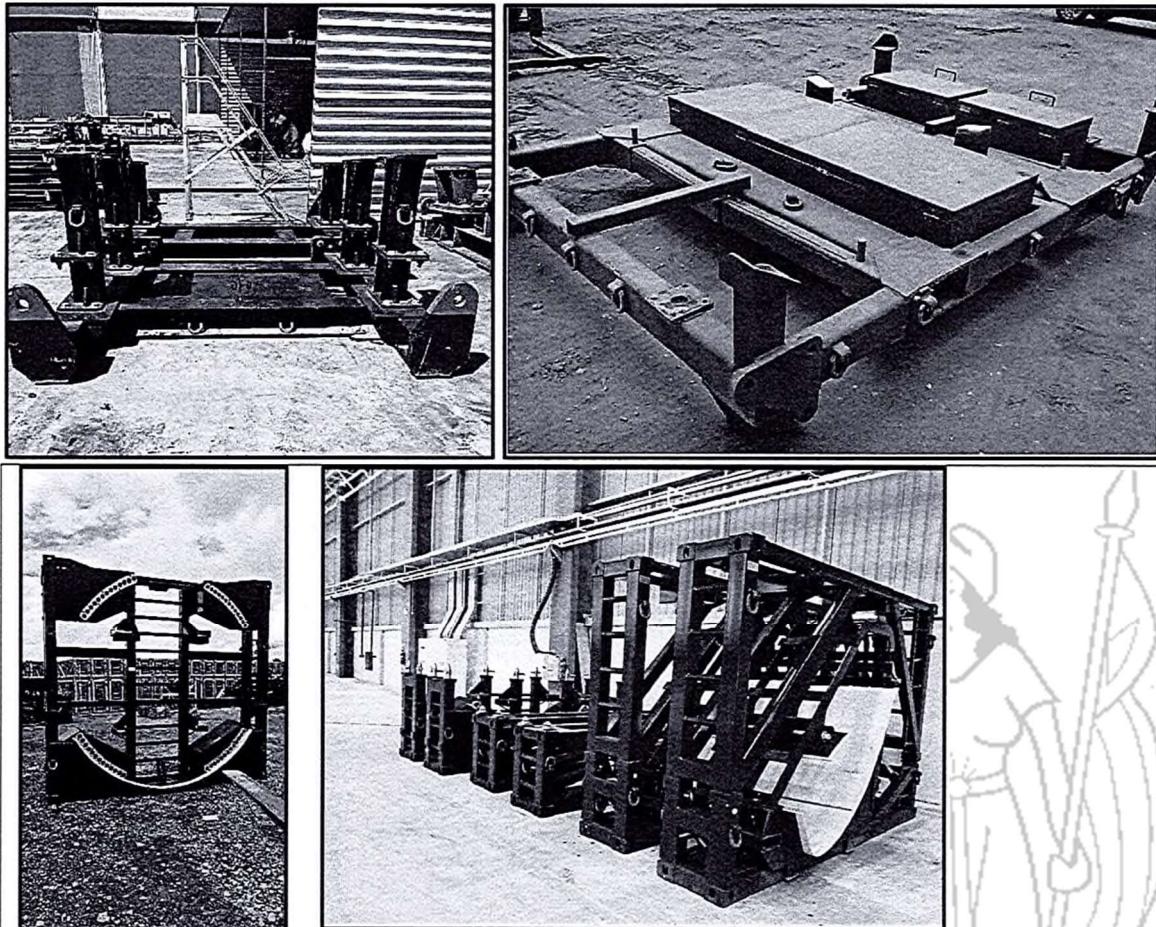
Assevera que o ICMS exigido por intermédio desta autuação não é devido, por inexistir o fato gerador supostamente aferido, justamente por haver expressa previsão legal na Cláusula Primeira do Convênio 88/91 a respeito da possibilidade de o retorno se dar perante outro estabelecimento do mesmo titular. Com base nisto e nos documentos ora anexos, ressalta que será demonstrada e comprovada a regularidade das operações, com o devido rastreio dos “recipientes”. Ademais, por se tratar de operações com bens do ativo imobilizado ou bens de uso e consumo, que não são propriamente mercadorias, alega que não há incidência do ICMS.

Inicialmente, pontua ser operação com recipientes, denominados “útil de transporte”, desvestida de natureza mercantil. Argumenta que, sem prejuízo da isenção prevista no Convênio ICMS nº 88/1991, antes de adentrar às razões de mérito que certamente farão com que o Auto de Infração seja cancelado, esclarece a forma com que realiza o transporte de seus ativos entre suas filiais, especificamente no que se refere às operações autuadas. Explica que, como exposto, importa e produz máquinas, peças e equipamentos para a geração de energia eólica, prestando ainda serviços de manutenção dessas máquinas, conforme foto abaixo.

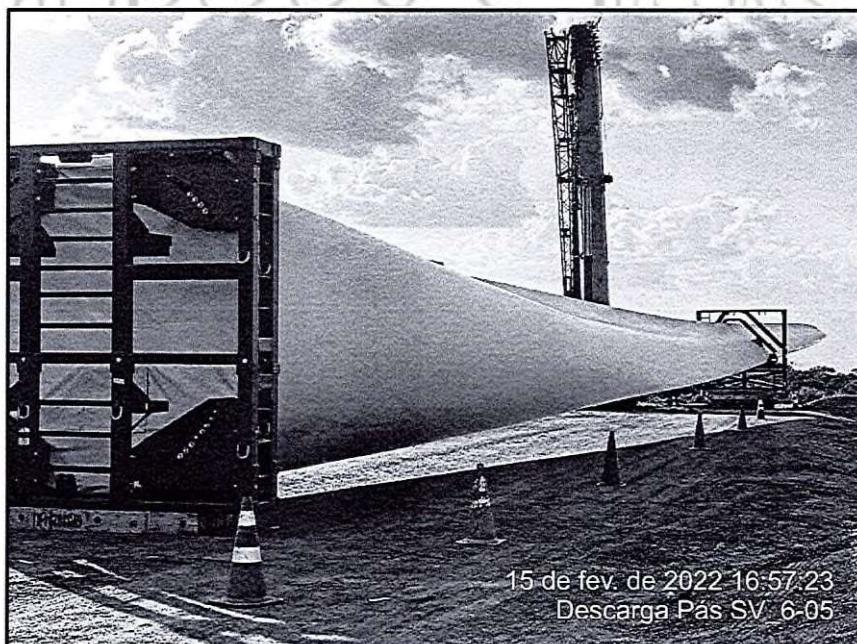


Destaca que as peças e máquinas são extremamente grandes, e, ainda, em se tratando de fabricação em larga escala, o transporte do aparato necessário à mobilização de partes e peças se dá de forma bastante específica. Para tanto, explica que se utiliza de suportes, ora compreendidos como “vasilhames/recipientes/sacaria” denominados de ÚTEIS DE TRANSPORTE, doravante (“úteis” ou simplesmente “recipientes”), cada qual desenhado e fabricado especificamente para cada parte a ser transportada. Colaciona fotos, conforme abaixo (Doc. 05).





Ainda a título ilustrativo, acosta imagem de apenas uma pá do aerogerador montada nos suportes, para que se tenha ciência do tamanho das partes e dos respetivos “úteis de transporte”.



Informa que, em sua estrutura organizacional, possui uma unidade central (denominada em seu Contrato Social como “Unidade Fabril”) localizada neste Estado da Bahia, além de estabelecimentos filiais nesse e em outros Estados da Federação. Assim, para que ocorra a fabricação dos aerogeradores explica ser necessário que remeta bens destinados ao uso (ferramentas) e bens do seu ativo imobilizado entre as suas diversas filiais, viabilizando a industrialização, instalação, montagem e manutenção dos aerogeradores. Também é fundamental para que ocorra a sua regular atividade, que remeta os úteis para transporte, para viabilizar o deslocamento das partes e peças do aerogerador.

Portanto, após a sua remessa ao estabelecimento de destino nas partes transportadas, informa haver 4 hipóteses plausíveis de destino dos Úteis:

- a) Retornar ao estabelecimento de origem;
- b) Retornar a um armazém geral (terceiros), o que também se comprehende como retorno aos poderes da IMPUGNANTE;
- c) Prosseguir a outro estabelecimento de titularidade da IMPUGNANTE;
- d) Permanecer no estabelecimento filial, momentaneamente, até que se defina uma nova trajetória do Útil para outra filial (hipóteses “a” ou “c”).

Explica, ainda, que, uma vez que os seus estabelecimentos não possuem a estrutura necessária a manter esses equipamentos estocados e em condições de pronto uso, faz-se necessária a contratação de um terceiro - o Armazém Geral - com o específico e exclusivo propósito de propiciar a guarda e a armazenagem desses equipamentos revestidos de maior volume, até o momento em que se torne necessária sua utilização por algum dos seus diversos estabelecimentos.

Neste contexto, explica que os seus estabelecimentos promovem remessas de equipamentos de seu ativo imobilizado entre si (leia-se: com destino ao local da fabricação dos aerogeradores - parque eólico) ou a um armazém geral, com o exclusivo e bem delimitado propósito de guarda e armazenamento desse mesmo equipamento. Compreende não serem necessários comentários adicionais a respeito desta hipótese (b), pois estas operações sob CFOP nº 6905 não são objeto da autuação, tendo sido apenas autuadas operações sob CFOP nº 5920 e nº 6920:

CFOP 5920 - Remessa de vasilhame ou sacaria no mesmo Estado

CFOP 6920 - Remessa de vasilhame ou sacaria para outros Estados

Argumenta, no entanto, que a remessa de bens para depósito e estocagem em um estabelecimento de Armazém Geral e/ou em retorno a qualquer das filiais da IMPUGNANTE, é igualmente desvestida de qualquer natureza mercantil ou comercial, justificando-se única e exclusivamente por razões de ordem prática e logística. Consigna que o estabelecimento responsável por promover a remessa de um determinado equipamento, e aquele em favor de quem essa remessa for efetivada, representam duas unidades filiais titularizadas por um mesmo contribuinte. Isto porque, mesmo diante da participação da figura do armazém geral ou diante de uma remessa entre filiais (caso concreto), o bem objeto da remessa não foi submetido a qualquer operação que implicasse na transferência de sua propriedade – afinal, trata-se de bens do ativo imobilizado - eis que o estabelecimento remetente e o estabelecimento destinatário pertencem ambos a uma mesma pessoa jurídica; inexistindo, assim, circulação jurídica a suportar a incidência do ICMS.

Ressalta, também, que esses bens transferidos entre estabelecimentos da IMPUGNANTE não são mercadorias, mas sim bens destinados exclusivamente ao uso e bens do ativo imobilizado, razão pela qual não deve incidir o ICMS.

Argumenta que a operação envolvendo a remessa de bens destinados ao uso e bens do ativo imobilizado entre os estabelecimentos de titularidade da IMPUGNANTE deve ser compreendida como hipótese em que não há incidência do ICMS, haja vista que não existe qualquer intuito mercantil a elas subjacente ou sequer a transferência da propriedade desses bens, mas única e exclusivamente o propósito de viabilizar o transporte de partes e peças do aerogerador. Colaciona imagem da NF 037.712, em apoio aos seus argumentos.

Alega que tais remessas consistem, portanto, em simples movimentação (saída) física dos úteis de transporte, mediante a transferência de um estabelecimento a outro, ambos do mesmo titular, ou seja, dá-se apenas movimentação física entre unidades da mesma empresa, movimentação física essa que, conforme jurisprudência unânime de nossas Cortes Superiores e dos E. Tribunais de Justiça, não denota hipótese de incidência válida do ICMS, não estando compreendida em seu campo material de incidência. Assim, por não configurarem uma “circulação de mercadorias” no sentido jurídico-tributário, entende que elas NÃO estão sujeitas ao ICMS, frisando que os úteis de transporte não são mercadorias, mas sim bens necessários para viabilizar o transporte de partes e peças imensas, que são necessárias para a fabricação do aerogerador.

Conforme pacificado pela doutrina e jurisprudência pátrias, alega que a remessa de bens destinados ao uso e bens do ativo imobilizado torna claro que não há qualquer caráter mercantil subjacente a essas operações, mas tão somente a utilização com o propósito de viabilizar a prestação de serviço para a qual foi contratada, destacando que demonstrará que os úteis de transporte retornaram ao seu estabelecimento baiano ou seguiram para outros estabelecimentos filiais, evidenciando-se a plena e irrestrita aplicação do Convênio ICMS nº 88/1991.

Não obstante a contextualização acima exposta, explica que serão bem demonstrados os motivos pelos quais não há que se exigir o ICMS sobre a operação de retorno dos recipientes/úteis de transportes, nem tampouco por força de suposta ausência de retorno ao estabelecimento que remeteu os bens do ativo. É o que passa a expor adiante, com base no Convênio ICMS nº 88/1991.

Conforme acima exposto, alega que, além de se tratar de operações que envolvem a circulação de bens do ativo, o principal equívoco da autuação e - consequentemente, a sua principal razão de defesa - é o fato de que o próprio fundamento legal da autuação não foi devidamente observado.

Transcreve o texto do Convênio ICMS nº 88/1991 para, a seguir, concluir que, de sua leitura, o que se observa é que o referido Convênio confere isenção de ICMS nas saídas de recipientes (ora denominados úteis de transporte) quando ocorrer sua circulação sem cunho comercial, ou seja, quando utilizados para o fim a que se destinam (transporte de bens do ativo imobilizado), desde que estes “objetos” retornem ao estabelecimento que os remeteu, ou a outro estabelecimento filial do remetente.

Como já exposto, assevera que utiliza os úteis para transportar as partes dos aerogeradores entre os seus estabelecimentos filiais onde serão construídos novos parques eólicos, bem como em ocasiões em que se faz necessário reparar ou trocar partes dos aerogeradores já fabricados e montados, quer seja neste estado, quer seja em outros estados da federação. Assim, não necessariamente os recipientes/úteis são retornados ao estabelecimento fabril/matriz, nem exatamente ao estabelecimento filial de onde saiu, pois, em razão de sua própria natureza de ser um material necessário para acondicionamento durante o transporte de partes e peças, informa que referidos bens estão a todo momento circulando entre os estabelecimentos da IMPUGNANTE, por todo território nacional. Em outros momentos, para fins de armazenagem, quando não há demanda de utilização, informa que os “úteis” podem ser remetidos a Armazéns Gerais até que se sejam novamente remetidos a alguns dos seus estabelecimentos.

Por outro lado, ressalta que tem o dever de sempre emitir os documentos fiscais que acobertem novas remessas dos “úteis”, mas não necessariamente Notas Fiscais de Retorno, como pretendido pela d. fiscalização. Logo, considerando que a d. fiscalização não teve problemas em obter informações relativas às remessas dos recipientes, entende restar claro que a IMPUGNANTE cumpriu seu dever instrumental de emissão de documentos fiscais, sendo totalmente descabida a alegação de que teria sido descumprida esta obrigação acessória.

Argumenta que pretende a d. fiscalização, com as devidas vêniás, é fazer crer, de forma equivocada, que os recipientes não teriam retornado ao estabelecimento remetente, nem a outro estabelecimento filial da IMPUGNANTE. Raciocina que isto implica dizer que o i. Fiscal presumiu que a Impugnante comercializou tais bens de seu ativo; ou simplesmente o Sr. Fiscal se equivocou quanto à extensão da isenção conferida pelo Convênio ICMS 88/91. Ora, considerando que a estrutura organizacional da IMPUGNANTE e a natureza destes bens, conclui que não há como se presumir que houve comercialização dos recipientes, pois referidos úteis foram fabricados de forma personalizada com intuito de atender o encaixe perfeito das partes peças dos aerogeradores da IMPUGNANTE.

Ademais, argumenta que o Convênio 88/91 não prevê qualquer prazo mínimo ou máximo para que os recipientes sejam retornados ou transferidos para outro estabelecimento. Afirma que tal exigência não teria qualquer conteúdo lógico ou jurídico, haja vista que o intuito da norma é isentar operações que fazem parte do contexto operacional necessário às atividades inerentes ao objeto social dos contribuintes, haja vista o conteúdo do inciso II da cláusula primeira do Convênio, ao prever que a operação de retorno ou “nova remessa” será igualmente isenta, tal qual a remessa originária.

Argumenta que isto demonstra com clareza que o legislador buscou acobertar também os contribuintes que possuem operação similar à da IMPUGNANTE, qual seja, a prática de circulação de recipientes entre vários estabelecimentos filiais, sem que seja obrigatório o retorno ao estabelecimento remetente e podendo inclusive ocorrer a sua remessa a um armazém geral.

Para que não restem dúvidas a respeito da plena eficácia e validade do Convênio para com as operações autuadas, destaca recente julgado proferido pela 1ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cuja ementa transcreve, em apoio aos seus argumentos.

Conclui, portanto, que, ainda que não tivessem ocorrido os supostos e pretendidos retornos suscitados pelo Sr. Fiscal, ou ainda novas remessas para outras filiais ou armazéns, FATO É QUE SE TRATA DE OPERAÇÕES ISENTAS DE ICMS pois não há qualquer intuito comercial entre filiais da mesma empresa, justamente por se tratar de operações de simples remessa de bens do próprio ativo imobilizado.

Frisa que, no presente caso, conforme será demonstrado documentalmente e explicitado abaixo, os úteis de transporte retornaram ao estabelecimento da IMPUGNANTE na Bahia ou seguiram para outros estabelecimentos filiais, evidenciando-se a plena e irrestrita aplicação do Convênio ICMS nº 88/1991. De rigor, portanto, o cancelamento integral da autuação, por ter expressamente desconsiderado o comando do Convênio ICMS nº 88/1991.

Conforme disposto acima, como condição para a norma isentiva, faz-se necessário comprovar o retorno dos úteis de transporte ao estabelecimento da IMPUGNANTE na Bahia, ou a outro estabelecimento filial, nos termos do disposto na cláusula primeira, inciso I do Convênio ICMS nº 88/1991. Nesse ponto, passa a explicitar cada uma das situações que ocorrem com os úteis de transporte, evidenciando o adimplemento da exigência do Convênio 88/91. Para tanto anexa ao presente, cópia das Notas Fiscais autuadas (doc. 6):

Operações que o útil de transporte retornou a outro estabelecimento do mesmo titular - (doc. 7):

NF 37715 (NF retorno 863) // NF37716 (NF retorno 865) //
 NF 37717 (NF retorno 713) // NF 37718 (NF retorno 864) //
 NF 39489 (NF retorno 356) // NF 39490 (NF retorno 357) //
 NF 39491 (NF retorno 360) // NF 39492 (NF retorno 354) //
 NF 39494 (NF retorno 358) // NF 39496 (NF retorno 359) //
 NF 43444 (NF retorno 541) // NF 43445 (NF retorno 606) //
 NF 43446 (NF retorno 611) // NF 43447 (NF retorno 612) //
 NF 43449 (NF retorno 613) // NF 43450 (NF retorno 576) //
 NF 46395 (NF retorno 282).

Anexa, a título ilustrativo, a NF 37715 e respectiva NF 863 (retorno) para comprovar o quanto alega, destacando que, neste contexto, os úteis de transporte saíram de estabelecimento da SIEMENS em Camacari/BA => em remessa a estabelecimento da SIEMENS em Serra do Mel/RN => e, posteriormente remetido a outro estabelecimento da SIEMENS em Areia Branca/RN. Ou seja: em perfeita sintonia com o Convênio 88/91 que autoriza o “retorno” para outro estabelecimento do mesmo titular. Lista também outra operação em que o útil de transporte retornou ao estabelecimento remetente - (doc. 8): NF 38353 (NF retorno 4350).

Lista, ainda, operações em que o útil de transporte permaneceu no local de destino (juntadas no bojo do doc. 6):

NF 37375 (parcial) // NF37712 (parcial) // NF37784 // NF 38466
 // NF 41150 // NF 43964 // NF 43965 // NF 44063 // NF 44362
 // NF 44363 // NF 44365 // NF 44504 // NF 44505 // NF 44507
 // NF44509 // NF44510 // NF45805 // NF 46704 // NF 47058
 // NF 64281 // NF 64652 // NF64679.

Diante do exposto, conclui restar comprovada a aplicabilidade da isenção e flagrante nulidade da autuação aqui combatida, que simplesmente ignorou a redação do Convênio e também toda a documentação trazida pela IMPUGNANTE.

Ainda no mérito, alega não incidência de ICMS sobre a remessa de bens do ativo imobilizado. Além do exposto acima, alega que as operações não devem ensejar a incidência do ICMS com base em um segundo fundamento: *“esses bens estão internalizados no ativo imobilizado da IMPUGNANTE e são remetidos para outros estabelecimentos para viabilizar a fabricação dos aerogeradores, sem a alteração da titularidade”*. Informa que registra os itens necessários à mobilização das partes e peças dos aerogeradores com destino a parques eólicos, no seu ativo permanente, subgrupo ativo imobilizado, uma vez que (i) tais bens têm vida útil superior a 360 dias e (ii) são necessários à manutenção das atividades da IMPUGNANTE.

Transcreve o texto do art. 179, inciso IV da Lei 6.404/76, em apoio ao argumento de que contabilizou corretamente tais bens. Ou seja, uma vez que esses equipamentos são necessários para a exploração do objeto social da IMPUGNANTE e se espera utilizar por mais de um ano (“período”), enquadraram-se no conceito de ativo imobilizado. Por ser um ativo imobilizado, explica que devem ser classificadas, consequentemente, como um ativo permanente.

Assim, argumenta que a legislação estadual (Lei Estadual nº 7.014/1996) reconhece a não incidência do ICMS nas hipóteses em que não há a transferência de titularidade do bem, ou seja, quando se trata de uma simples remessa, como por exemplo nas operações de comodato, ou industrialização por encomenda. Transcreve a legislação, a doutrina de José Eduardo Soares e a jurisprudência do STF, em apoio aos seus argumentos.

Arremata a sua peça defensiva, afirmando que, no caso ora analisado, as operações em discussão ultrapassam os limites previstos acima, tendo em vista que as remessas são realizadas para estabelecimentos filiais da IMPUGNANTE, o que evidencia a não incidência do ICMS (i) nas saídas dos bens para os estabelecimentos filiais em outros Estados; e (ii) na entrada dos bens vindos de outros Estados, precipuamente em relação a bens de seu ativo imobilizado.

Diante do exposto, conclui que está devidamente comprovado que as d. Autoridades Fiscais não consideraram o comando da isenção prevista no Convênio ICMS nº 88/1991, pois, além de se tratar de operações de circulação de bens do ativo imobilizado entre filiais, há expressa comprovação documental de que houve retorno dos recipientes (i) ao estabelecimento remetente; ou (ii) a outro estabelecimento filial (ou seja, estabelecimento de titularidade da IMPUGNANTE).

Em vista de tais comprovações, a IMPUGNANTE requer seja a presente Impugnação devidamente processada, para ao final, seja julgada procedente, cancelando integralmente o lançamento consubstanciado no Auto de Infração nº 2985740007/24-3, em razão de ser uma autuação descabida pelos próprios fundamentos que a subsidiam.

Subsidiariamente, protesta pela conversão em diligência do julgamento, para que todas essas informações e documentos sejam apuradas e reanalisadas (notas fiscais ora anexadas), para que sejam incluídas no cálculo promovido pelas autoridades fiscais, o que permitirá a confirmação da validade das alegações da IMPUGNANTE.

Por fim, protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, em atenção ao princípio da verdade material e pela realização de sustentação oral quando da inclusão do presente feito em sessão de julgamento.

Nestes termos, pede deferimento.

Às folhas 139/141, o autuante presta informação fiscal, mediante a qual tece as seguintes considerações.

Quanto à preliminar suscitada, registra que, no procedimento administrativo realizado, foi ofertada a possibilidade de o Autuado exercer o contraditório referente às operações fiscais descritas nos demonstrativos preliminares ao lançamento tributário, como se observa na fl. 6, dada a intenção do Fisco em avaliar a regularidade das operações fiscais do Contribuinte no pleno exercício da atividade vinculada conferida aos seus recursos humanos.

Relata que a Impugnante aponta a existência de itens descritos nos levantamentos fiscais denominados ‘ÚTIL DE TRANSPORTE’, de acordo com as fls. 24 a 27, afirmando que “*não são mercadorias, mas sim bens necessários para viabilizar o transporte de partes e peças imensas, necessárias para a fabricação do aerogerador*”, bem como assevera a inexistência de intuito mercantil subjacente ou transferência da propriedade nas respectivas operações fiscais do lançamento tributário.

Em que pese a juntada dos Docs. 6 a 8 pela Impugnante, alega que o enquadramento das infrações consiste no descumprimento da conduta estabelecida no inciso I do Convênio ICMS 88/91, pela falta de comprovação do retorno dos itens enviados sob CFOP’s 5920 e 6920. Argumenta que, para utilização plena da isenção tributária alegada, a Impugnante deve, também, provar que os úteis de transportes não foram cobrados ao destinatário ou não integraram o valor das mercadorias que acondicionem, tendo em vista, inclusive, as apresentações nas fls. 24 a 26. Destaca que, neste processo administrativo fiscal, a respectiva comprovação não consta dos autos, ônus do Autuado. Assim, defende aplicarem-se os artigos 140, 141 e 143 do RPAF/99.

Em que pese a apresentação pela Impugnante acerca do retorno dos itens cujas operações fiscais foram objeto da autuação, assevera que não há comprovação da aptidão plena da isenção tributária de acordo com a informação acima. Argumenta que os úteis de transporte são espécies de embalagens, recipientes. fls. 24 a 27.

Alega não ser passível de acolhimento o entendimento do Autuado de que são bens do Ativo Imobilizado, nem como operação fiscal de transferência diante dos registros fiscais na EFD sob CFOP's 5920 e 6920, inclusive ao afastar o uso do código fiscal de operação – CFOP específico para os itens descritos nos levantamentos fiscais. Conclui que o lançamento fiscal deve ser mantido. Arremata a sua peça informativa, requerendo que o auto de infração deva ser julgado PROCEDENTE.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de que os recipientes fazem parte do ativo imobilizado e de que tais saídas não possuem natureza mercantil, tal questão tangencia o mérito da presente exigência fiscal e como tal será tratada, no momento oportuno.

Quanto ao pedido de diligências, denego por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da convicção dos julgadores.

Trata-se de duas infrações, enquadradas, todavia, no mesmo tipo legal, qual seja “*Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo*”. Trata-se de exigências fiscais decorrentes, ambas, de remessa de recipientes, sem prova do seu retorno, conforme esclarece a peça inaugural do lançamento. A Infração 01 teve por objeto as operações internas, CFOP 5.920, enquanto que a Infração 02 afetou as operações interestaduais, CFOP 6.920.

O presente lançamento teve por base o descumprimento do quanto previsto na Cláusula primeira, inciso I do Convênio 88/91, cujo teor reproduzo abaixo.

“CONVÊNIO ICMS 88/91

Concede isenção do ICMS nos casos que menciona.

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 (grifo acrescido),

...”

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, deduzindo quatro argumentos distintos, quais sejam: 1) alega não incidência do imposto estadual, vez se tratar de saídas de bens do ativo imobilizado, com mais de um ano de uso; 2) alega que as saídas dos recipientes não ostentam caráter mercantil, pois o ativo imobilizado se destina a outros estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o que estaria contemplado pelo benefício da isenção, previsto no inciso I, *in fine*; 3) alega que as saídas de recipientes são isentas nos termos da Cláusula Primeira do Convênio 88/91; e 4) lista notas fiscais cujos recipientes saídos retornaram para o seu estabelecimento.

Quanto à alegação de que os recipientes se classificam como bens do ativo imobilizado, tal argumento depende de prova, por parte do Sujeito Passivo, cuja evidenciação é o cerne da presente lide.

De fato, embora os recipientes possam, efetivamente, traduzir-se em itens do ativo imobilizado do estabelecimento remetente, o legislador somente admitiu tal tratamento quando fique provado que tais itens não foram cobrados do destinatário e que tenham retornado à empresa vendedora (para qualquer dos seus estabelecimentos), conforme prevê a Cláusula primeira, acima reproduzida.

Nesse sentido, a Cláusula segunda do Convênio em exame é clara ao estabelecer que as operações de remessa e retorno deverão ser acobertadas por via adicional, para efeito de controle do benefício fiscal aludido, conforme abaixo.

“Cláusula segunda Na hipótese do inciso II da cláusula primeira, o trânsito será acobertado por via adicional da Nota Fiscal relativa à operação de que trata o inciso I ou pelo DANFE referente à Nota Fiscal Eletrônica de entrada referente ao retorno (grifo acrescido).”

Assim, somente prevalecerá o argumento empresarial, neste ponto, quando revelada a prova do retorno, o que será resolvido quando do exame do argumento “4”, acima listado.

Embora não tenha sido estipulado um prazo específico de retorno dos “úteis”, não se pode admitir que inexista prazo para comprovação do quanto estabelecido no inciso I da Cláusula primeira, já que tal inferência resultaria em subtrair completamente a efetividade da norma posta, esvaziando o seu sentido, o que não é lícito ao intérprete. Entendo que o prazo para comprovação é aquele adequado à operação da empresa, considerando o seu ciclo operacional, o que nos leva à conclusão de que em março de 2024 (data da autuação), já representa um tempo mais do que suficiente para comprovação do retorno dos recipientes utilizados no período de 2020 a 2021.

Quanto à alegação de que as saídas dos recipientes não ostentam caráter mercantil, pois o ativo imobilizado se destina a outros estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, gozando do benefício da isenção, o exame dos demonstrativos de débito revela que assiste razão em parte ao Sujeito Passivo, pois parte das operações autuadas tiveram como destino outras filiais da empresa.

Na Infração 01, há apenas uma Nota Fiscal (de nº 64281) que teve como destino a filial 0082-17. Na Infração 02, há diversas Notas Fiscais destinadas às filiais 0066-05 (NF's 37712 e 37784), 0080-55 (NF 45805 e 46704), 0017-19 (NF 64652), e 0029-52 (NF 64679).

Ora, se o recipiente deve retornar para o estabelecimento de origem ou outro do mesmo titular (nos termos do inciso I da Cláusula primeira do Conv. 88/91), é porque se admite a sua permanência no destino, quando se trate de filial da empresa remetente. Nesse sentido, entendo que as infrações devem ser decotadas, de forma a excluir tais operações de saída do demonstrativo de débito, vez que se trata de operações isentas.

Por fim, quanto à relação apresentada pelo Sujeito Passivo, noto que nenhuma das notas fiscais lá indicadas compuseram os demonstrativos de débito acostados às folhas 08/13, não se prestando, portanto, para elidir a presente exigência.

Assim, reduzo o valor lançado, em face da exclusão das notas fiscais *relativas às operações de transferência, acima indicadas, conforme demonstrativos abaixo.*

INFRACÃO 01

MÊS	ICMS
dez/20	R\$ 104.639,05
jan/21	R\$ 309.178,06
abr/21	R\$ 66.915,86
dez/22	R\$ -
TOTAL	R\$ 480.732,97

INFRACÃO 02

MÊS	ICMS
mar/20	R\$ 27.748,90
abr/20	R\$ -
mai/20	R\$ 17.691,36
set/20	R\$ 48.903,53
mar/21	R\$ -
dez/22	R\$ -
TOTAL	R\$ 94.343,79

Do exposto, julgo o Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**, conforme abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS
1	R\$ 480.732,97
2	R\$ 94.343,79
TOTAL	R\$ 575.076,76

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298574.0007/24-3, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento do imposto no montante de **R\$ 575.076,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR