



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

RESOLUÇÃO Nº 121/2019

CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO : 18ª EM: 30/05/2019

PROCESSO : Nº 0035/2018

RECORRENTES: DIV. PROC. ADM FISCAIS

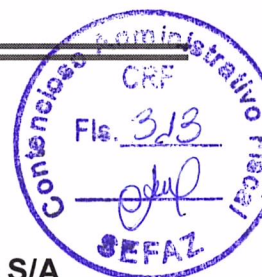
SOENERGY – SISTEMAS INTERNACIONAIS DE ENERGIA S/A

RECORRIDO : DIV. PROC. ADM FISCAIS

AUTUANTES : LÉA CRISTINA LINHARES VASCONCELOS

ALEXANDRE DE SOUZA CRUZ SILVA FILHO

RELATOR : ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA



EMENTA: ICMS – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – RECEBIMENTO DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS POR NF-E INIDÔNEA – MERCADORIA ENTREGUE A DESTINATÁRIO DIVERSO DO CONSTANTE NO DOCUMENTO FISCAL E NATUREZA DA OPERAÇÃO INCOMPATÍVEL A OCORRIDA DE FATO – CARACTERIZADA COMO TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ENTRE MATRIZ E FILIAL - INCIDÊNCIA DE ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – RECURSO VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO DESPROVIDOS – AUTO DE INFRAÇÃO NULO - DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração nº 7603/2018, lavrado em 23/05/2018, o Fisco estadual exige da empresa identificada na epígrafe, o valor de R\$ 3.268.847,71 (três milhões, duzentos e sessenta e oito mil, oitocentos e quarenta e sete reais e setenta e um centavos), a título de multa isolada, por recebimento de mercadorias isenta ou não tributadas acobertadas por NF-e inidônea.

A irregularidade foi identificada como infração ao artigo 110, inciso IX e XII, combinado com o artigo 147 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001.

Foi aplicada a penalidade prevista no artigo 69, inciso III, alínea "a" da Lei nº 059/93, com multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor das operações ou prestações respectivas.

Inconformado com a exigência fiscal, o autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 198-286) alegando em síntese:

1. Que não houve a compra de mercadorias por parte da Boa Vista Energia, mas tão somente foram alocados geradores de propriedade da Soenergy para geração de energia, nos exatos termos do edital publicado pela concessionária;

04



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCESSO: Nº 0035/2018

Fls. 02

2. Que resta evidente que o fato de os geradores de energia terem sido encaminhados para Roraima, para fins de atender contrato firmado com a Boa Vista Energia, não altera a questão relativa ao ICMS, uma vez que não configura atividade de mercancia entre as partes e nem a transmissão da propriedade;

3. Que a alegação do Fisco de que não se trata de comodato, mas sim locação, não dá azo a cobrança de ICMS, uma vez que resta claro que não há atividade de mercancia, ou seja, os geradores continuam sendo de posse da Soenergy tão logo seja encerrado o contrato, deverá retirar os geradores do Estado.

Ao final requer que a Defesa Administrativa seja recebida e acolhida, para deixar de ser aplicada qualquer penalidade imposta no auto de infração em epígrafe.

A decisão monocrática considerou a autuação nula por vício insanável na capitulação equivocada da infração, assim ementado:

EMENTA: ICMS – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – RECEBIMENTO DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS POR NF-E INIDÔNEA – MERCADORIA ENTREGUE A DESTINATÁRIO DIVERSO DO CONSTANTE NO DOCUMENTO FISCAL E NATUREZA DA OPERAÇÃO INCOMPATÍVEL A OCORRIDA DE FATO – CARACTERIZADA COMO TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ENTRE MATRIZ E FILIAL - INCIDÊNCIA DE ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – SÚMULA 166 STJ NÃO VINCULANTE - IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA NÃO PROVIDA – AÇÃO FISCAL DECLARADA NULA – AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Considera que:

A apuração da irregularidade foi constatada em cumprimento à Ordem de Serviço n.º 000318/2018 (fl. 03), que determinava efetuar roteiro de fiscalização, relativo às NF-es do período de 01/01/2013 a 09/03/2018, tendo como remetente a empresa SOENERGY – Sistemas Internacionais de Energia S/A, CNPJ: 03.818.451/0012-81, e como destinatária a empresa BOA VISTA ENERGIA S.A., CGF: 24.007.022-3, CNPJ: 02.341.470/0001-44.

A empresa Boa Vista Energia S.A., Anexo II, foi intimada em 04/04/2018 (fl. 018) a esclarecer o recebimento de diversas mercadorias descritas nas NF-es (fls. 019-111), tendo a referida empresa como destinatária, remetidas pela Soenergy – Sistemas Internacionais de Energia S/A, matriz e outras filiais, no montante de R\$ 65.376.954,14 (sessenta e cinco milhões, trezentos setenta e seis mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e quatorze centavos), exercícios 2014 a 2017 (fl. 019-111), sendo bens do ativo imobilizado/uso/consumo, principalmente Grupos Geradores;

04



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCESSO: Nº 0035/2018

Fls. 03

Em resposta à intimação, Ofício CTA/DFAT Nº 1173/2018 DE 18/04/2018 (fl. 113-114), a empresa Boa Vista Energia afirmou não ter recebido as mercadorias e que não adquiriu, não tem a posse e nem há nenhum de seus funcionários manuseando os bens relacionados na intimação de 04/04/2018, e por fim, que não gera energia, somente compra energia e distribui para os consumidores em sua área de concessão (018-111). A Boa Vista Energia afirma que as mercadorias constantes nas NF-es em epígrafe foram recebidas pela empresa Soenergy – Sistemas Internacionais de Energia S.A. (filial RR).

Diante dos fatos, a empresa Soenergy – Sistemas Internacionais de Energia S.A., foi intimada a apresentar o comprovante de pagamento de multa (5%), conforme art. 69, inciso III, alínea “a”, combinado com o parágrafo 2º, inciso II da Lei 059/1993, no montante de R\$ 3.268.847,71, em virtude de ter recebido mercadorias com NF-es inidôneas no montante de R\$ 65.376.954,14, com aplicação da Súmula 166 do STJ e de acordo com julgado do STF AG. REG. no Agravo de Instrumento 810.921, Rio de Janeiro (Anexo II da intimação de 07/05/2018), não foi cobrado o diferencial de alíquota;

A Fiscalização deixou de cobrar o Diferencial de Alíquota baseado na Súmula nº 166 do STJ.

A obrigação de recolher o imposto devido a título de diferencial de alíquota decorre do disposto na Carta Magna, art.155, § 2º, incisos VII e VIII, alíneas “a” e “b”, cuja matéria está regulamentada pelo artigo 75, §1º, inciso I, do Decreto nº 4.335-E/2001 do Regulamento do ICMS no Estado de Roraima.

No mesmo sentido está a segunda parte do inciso I, do art. 12, da Lei Kandir, ao informar que *“considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”*.

No Estado de Roraima, a hipótese de incidência está disciplinada no inciso I do Art. 2º da Lei Estadual n.º 059/93.

A Súmula nº 166 do STJ tem como referência o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Conforme esse decreto em seu Artigo 1º, Inciso I, § 2º, quando a mercadoria for remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, **no mesmo Estado**, incide o fato gerador do ICMS.

A disposição trazida pela LC 87/96, que atualmente regulamenta o ICMS, torna a Súmula 166 totalmente superada, uma vez que foi gerada ao tempo do Decreto Lei nº

04



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCESSO: Nº 0035/2018

Fls. 04

406/68, portanto, vinte anos antes da Constituição de 1988. Cabe salientar que a referida Súmula é de natureza simples, não sendo vinculante, ou seja, não pode se sobrepor às Leis, assim como não pode constituir obrigatoriedade.

A operação em tela trata-se de transferência de bens do ativo imobilizado entre matriz e filial para disponibilizar potência e geração de energia elétrica (conforme relatório fiscal) e não se enquadra em nenhuma hipótese de não incidência disposta no RICMS/RR, Decreto nº 4.335-E/2001. Nesse sentido, está caracterizada a incidência do ICMS Diferencial de Alíquota, disposto no inciso I, § 1º do artigo 75 do ICMS.

Afirma não existir no referido contrato, cláusula que trate especificamente sobre aluguel de grupo geradores, ou ainda aluguel de máquinas e equipamentos.

O contrato de locação trata-se de “obrigação de dar” e não é o que ocorre neste contrato. Como já visto, trata-se de fornecimento de disponibilidade de Potência e Geração de Energia, ou seja, “obrigação de fazer”.

Diante do exposto, não resta dúvida, que as Notas Fiscais em questão são inidôneas, devido ao fato do destinatário ser diverso do documento fiscal e a natureza da operação ser incompatível com os fatos. Tratando-se a operação em tela de transferência de bens do ativo imobilizado entre matriz e filial para disponibilizar potência e geração de energia elétrica, caracterizando a incidência do ICMS Diferencial de Alíquota, disposto no inciso I, § 1º do artigo 75 do RICMS, Decreto 4.335-E/2001. Na ação fiscal foi cobrada equivocadamente somente a multa isolada de acordo com alínea “a”, inciso III combinado com o parágrafo 2º do artigo 69.

Assim, de acordo com o artigo 54 do Decreto nº 856/94-E, *in verbis*:

Art. 54 - São absolutamente nulos:

(...)

III- quaisquer atos quando praticados em desobediência a dispositivos expressos em lei”

Considera prejudicada a ação fiscal, pois não houve a cobrança do ICMS Diferencial de Alíquota, ou seja, não foi obedecido o dispositivo expresso em lei, padecendo de vícios que ensejam a nulidade do Auto de infração, ficando ressaltado o direito do Fisco a uma nova ação fiscal, desde que elaborada sem os vícios de que padece a presente.

A recorrente apresentou contrarrazões ao recurso de ofício repetindo as alegações da impugnação, requerendo a manutenção da nulidade da autuação, porém por motivo diverso ao indicado na decisão monocrática.

Encaminhando à Procuradoria, aquele órgão emitiu parecer pela manutenção da decisão monocrática, ressalvada a realização de nova ação fiscal.

DM



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCESSO: Nº 0035/2018

Fls. 05

Aduz que este Conselho já tratou outras vezes desta matéria, especificamente nos processos 022101.001020/15-43 e 022101.000222/15-22. Onde o debate girou em torno de se definir ser devido ou não o ICMS, especificamente referente à diferença de alíquota, bem como tratar-se de locação ou prestação de serviços com utilização de equipamentos e venda de bem móvel (energia elétrica).

Que aqui não é diferente. Mas complementa “muito embora entender que apenas a capitulação errônea, por si só, não seja capaz de anular o feito fiscal, neste caso, seguir o entendimento do Julgador de Primeira Instância é medida que se recomenda por cautela”.

É o relatório.

Enias Peixoto de Oliveira
Conselheiro Relator

VOTO

A presente lide refere-se a autuação lavrada contra a recorrente com a acusação de RECEBIMENTO DE MERCADORIAS ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS ELETRONICAS INIDONEAS DEVIDO AO FATO DO DESTINATARIO SER DIVERSO DO DOCUMENTO FISCAL E A NATUREZA DA OPERAÇÃO SER INCOMPATÍVEL COM OS FATOS, SENDO AS MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS.

A base da autuação foram remessas efetuadas pela Soenergy – Sistemas Internacionais de Energia S/A, matriz e outras filiais, no montante de R\$ 65.376.954,14 (sessenta e cinco milhões, trezentos setenta e seis mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e quatorze centavos), exercícios 2014 a 2017 (fl. 019-111), sendo bens do ativo imobilizado/uso/consumo, principalmente Grupos Geradores, para Boa Vista Energia S/A.

Resumidamente, a Fiscalização deixou de cobrar o Diferencial de Alíquota com base na Súmula 166 e optou por cobrar multa acessória pelo recebimento de mercadorias isentas ou não tributadas por nota fiscal inidônea.



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCESSO: Nº 0035/2018

Fls. 06

A fiscalização deixou de cobrar o diferencial de alíquota, baseado na aplicação da Súmula 166 do STJ e de acordo com julgado do STF AG. REG. no Agravo de Instrumento 810.921, Rio de Janeiro (Anexo II da intimação de 07/05/2018).

O auto de infração foi considerado nulo na decisão singular, visto que o diferencial de alíquota é devido no Estado de Roraima e deveria ter sido cobrado ao invés da autuação por multa acessória.

A recorrente apresentou contrarrazões ao recurso de ofício repetindo as alegações da impugnação de que não praticou a mercancia e que a simples transferência de bens entre matriz/filial não incide ICMS, requerendo a manutenção da nulidade da autuação, porém por motivo diverso ao indicado na decisão monocrática.

A obrigação de recolher o imposto devido a título de diferencial de alíquota decorre do disposto na Carta Magna, art.155, § 2º, incisos VII e VIII, alíneas “a” e “b”, cuja matéria está regulamentada pelo artigo 75, §1º, inciso I, do Decreto nº 4.335-E/2001 do Regulamento do ICMS no Estado de Roraima.

No mesmo sentido está a segunda parte do inciso I, do art. 12, da Lei Kandir, ao informar que “considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”.

No Estado de Roraima, a hipótese de incidência está disciplinada no inciso I do Art. 2º da Lei Estadual n.º 059/93.

A operação em tela trata-se de transferência de bens do ativo imobilizado entre matriz e filial para disponibilizar potência e geração de energia elétrica (conforme relatório fiscal) e não se enquadra em nenhuma hipótese de não incidência disposta no RICMS/RR, Decreto nº 4.335-E/2001. Nesse sentido, está caracterizada a incidência do ICMS Diferencial de Alíquota, disposto no inciso I, § 1º do artigo 75 do ICMS.

Segundo o artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), um tributo é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”

Portanto, a fiscalização não é atividade discricionária, mas sim VINCULADA. Não pode a fiscalização optar por lançar ou não um tributo. Tem que seguir as normas vigentes.

Handwritten signature



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCESSO: Nº 0035/2018

Fls. 07

Nesse caso, por todo o exposto, a fiscalização deveria ter lançado o ICMS diferencial de alíquota.

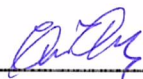
Este Conselho já tratou outras vezes desta matéria, especificamente nos processos 022101.001020/15-43 e 022101.000222/15-22, onde o debate girou em torno de se definir ser devido ou não o ICMS, especificamente referente à diferença de alíquota, bem como tratar-se de locação ou prestação de serviços com utilização de equipamentos e venda de bem móvel (energia elétrica).

Portanto, a decisão singular está correta. O tributo devido nas operações é o ICMS diferencial de alíquotas.

A exigência fiscal deve ser considerada nula, ressalvada a realização de nova ação fiscal.

É o voto.

EM BRANCO



Enias Peixoto de Oliveira
Conselheiro Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCESSO: Nº 0035/2018

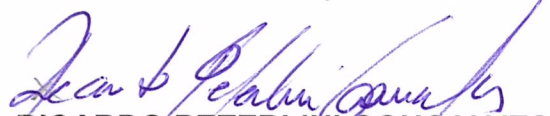
Fls. 08

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que são recorrentes: **DIV. PROC. ADM FISCAIS E SOENERGY – SISTEMAS INTERNACIONAIS DE ENERGIA S/A** e recorrido: **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS**,

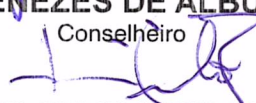
RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA**, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos voluntário e de ofício, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão de primeira instância, julgando nulo o Auto de Infração nº 7603/2018, ressaltando ao Fisco o direito de nova ação fiscal, de acordo com o parecer da Procuradoria do Estado, nos termos do voto do relator. Foi impedida de presidir este julgamento a Exm^a. Sr^a. Léa Cristina Linhares de Vasconcelos, por ser a autuante do Auto de Infração nº 7603/2018, tendo presidido a sessão o Exm^o. Sr. Ricardo Peterlini Gonçalves, de acordo com o Art. 9º, Inciso I da Lei 072/94 e alterações.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista-RR, 11 de julho de 2019.

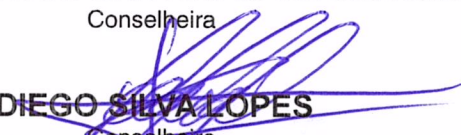

RICARDO PETERLINI GONÇALVES
Vice – Presidente

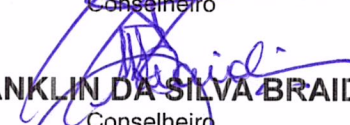

ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA
Conselheiro Relator

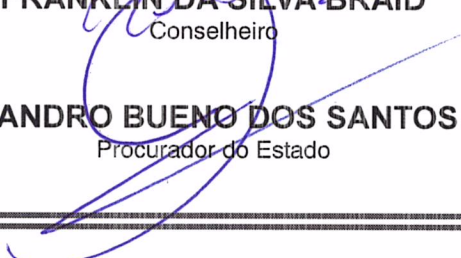

JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE
Conselheiro


ELENILZO DE OLIVEIRA BONFIM
Conselheiro


FERNANDA DOS SANTOS R. DE OLIVEIRA
Conselheira


DIEGO SILVA LOPES
Conselheiro


FRANKLIN DA SILVA BRAID
Conselheiro


SANDRO BUENO DOS SANTOS
Procurador do Estado