

**A. I. Nº** - 232884.0013/17-5  
**AUTUADA** - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.  
**AUTUANTES** - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e EDUARDO TADEU SANTANA  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 25/02/2019

#### 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0048-06/18

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO **a)** RETORNO INEXISTENTE DE MERCADORIA ENVIADA PARA DEPÓSITO FECHADO: falta de comprovação do retorno justifica a ação fiscal; **b)** SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO: NCM corrigida e admitida pela fiscalização no informativo fiscal torna a infração elidida; **c)** DESTAQUE A MAIOR EM DOCUMENTOS FISCAIS: admitida o crédito apenas correspondente a alíquota interestadual; **d)** IMPORTAÇÃO DESTINADA FISICAMENTE PARA OUTRO ESTADO: contribuinte demonstra que estornou o crédito no mesmo mês de competência, fazendo com que a exigência seja improcedente; 2. FALTA DE RECOLHIMENTO EM FACE DE TER PRATICADO OPERAÇÕES TRIBUTADAS TRATANDO COMO NÃO TRIBUTADAS: NCM da mercadoria não se enquadra na hipótese de isenção, assistindo razão aos autuantes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, contou com as seguintes infrações:

Infração 01 - Código 01.02.10: *Uso indevido de crédito fiscal, haja vista o retorno não comprovado de mercadoria enviada para depósito fechado. Fatos geradores em junho de 2013. Valor histórico de R\$8.503,02. Enquadramento legal: arts. 29 e 31 da Lei nº 7014/96. Multa de 150% prevista no art. 42, V, “b”, da Lei atrás mencionada.*

Infração 02 - Código 01.02.26: *Uso indevido de crédito fiscal de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção. Fatos geradores em novembro de 2013. Valor histórico de R\$14.846,79. Enquadramento legal: arts. 29, § 4º, II, da Lei nº 7.014/96. Multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei atrás mencionada.*

Infração 03 - Código 01.02.41: *Uso indevido de crédito fiscal, em função de destaque a maior em documentos fiscais, por se tratar de prestações iniciadas em outros Estados do Sul/Sudeste (exceto Espírito Santo) e destinadas para a Bahia. Fatos geradores em janeiro a agosto de 2013, outubro a dezembro de 2013, fevereiro a abril de 2014, agosto de 2014 e novembro de 2014. Valor histórico de R\$17.059,25. Enquadramento legal: arts. 29 e 31 da Lei nº 7014/96, c/c art. 309, § 7º, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012. Multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei atrás mencionada.*

Infração 04 - Código 02.01.03: *Falta de pagamento de ICMS por ter praticado remessas em consignação sem tributação. Fatos geradores em agosto de 2014. Valor histórico de R\$90.542,55. Enquadramento legal: arts. 2º, I e 32, da Lei nº 7014/96, c/c art. 332, Iº do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012. Multa de 60% prevista no art. 42, II, “a”, da Lei atrás mencionada.*

*Infração 05 - Código 12.03.03: Uso indevido de crédito fiscal, em razão de entradas de mercadorias importadas cujo imposto foi recolhido para outro Estado. Fatos geradores em fevereiro de 2014. Valor histórico de R\$86.282,30. Enquadramento legal: arts. 13, I, “d” e 31, da Lei nº 7014/96, c/c arts. 434 e 435 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012. Multa de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei atrás mencionada.*

Dão suporte à cobrança termo de início de fiscalização (fl. 10), intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fl. 11), demonstrativos analíticos das infrações (fls. 13/14, 16/18, 23, 30), DANFes (fls. 15, 19/22 e 24/25), Convênio ICMS 101/97 (fls. 26/28 – frente e verso) e CDR contendo arquivos eletrônicos (fl. 52).

Ciente do lançamento em 05.10.2017, à impugnação (fls. 55/59) foi protocolada em 28.5.2018, conforme registro presente nos autos (fl. 31).

De começo, sujeito passivo assegurou que o estabelecimento autuado é sua unidade fabril, atuando com ênfase na fabricação de equipamentos para a geração de energia eólica, notadamente a fabricação de pás, torres metálicas e montagem das naceles de aerogeradores.

Quanto à infração 01, foi articulado que, seguindo o quanto previsto na legislação, emitiu a Nota Fiscal nº 1518, para viabilizar a reentrada dos itens que foram objeto de recusa pelo destinatário, apropriando-se do crédito, sob o mesmo percentual de 12% (doze por cento) suportado inicialmente, com o único intuito de anular os efeitos da saída antecedente.

Quanto à infração 02, foi articulado que emitiu Carta de Correção relativa à Nota Fiscal nº 67 para fins de alterar a NCM 85030090, que de fato possui previsão no Convênio ICMS 101/97, para a NCM 84844010, que, por sua vez, não é isento.

Quanto à infração 03, foi articulado que apesar da autuada revestir-se da qualidade da tomadora desses serviços de frete, as remessas, diversamente do quanto presumido pela fiscalização, não tiveram necessariamente como destino o Estado da Bahia, tal como se observa dos respectivos Conhecimentos de Transporte. E isso se mostra absolutamente equivocado, pois, para fins de definir a alíquota aplicável, seja ela interna ou interestadual, há que se investigar o local de origem e destino da correspondente remessa, e não o domicílio do tomador do serviço.

Quanto à infração 04, foi articulado que, a despeito do tipo da saída, seja ela uma consignação ou uma venda, o ICMS não deverá incidir de acordo com o tipo de mercadoria que lhe constitui objeto. E, nesse caso, as saídas são isentas pelo fato das mercadorias autuadas enquadrarem-se na NCM 85030090.

Quanto à infração 05, foi articulado que o crédito cobrado foi anulado no mesmo mês, através de lançamento de estorno de mesmo valor na escrita fiscal.

Subsidiariamente, dado o caráter confiscatório da multa, pelo fato de não poder ultrapassar 100%, solicitou a sua diminuição.

Acompanharam a contestação documentos de representação legal (fls. 49/78), notas fiscais eletrônicas (fls. 85/97, 101/104, 140/156), carta de correção (fl. 99), CT-es (fls. 106/138), registros de apuração do ICMS (fls. 158/159) e CDR contendo arquivos eletrônicos (fl. 160).

Nas suas informações fiscais (fls. 163/167), a auditoria rebate as infrações 01, 03 e 04. Reconhece, porém, a improcedência das infrações 02 e 05. Para a infração 01, anexa a Nota Fiscal nº 1518 (fl. 168) e para a infração 04, apensa as Notas Fiscais nºs 3383, 3386 e 4635 (fls. 169/171).

Em face destes novos elementos, o contribuinte é notificado para se manifestar e assim o faz, reiterando basicamente as suas alegações defensivas (fls. 176/179), juntando mídia respectiva (fl. 187).

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

## VOTO

Cumpra deliberar, de começo, os aspectos formais e preliminares do processo.

O lançamento de ofício obedece aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória é um dos sócios da autuada, conforme se atesta através do substabelecimento de fl. 77.

Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Faremos o julgamento separadamente por irregularidade.

Infração 01. A exigência refere-se a uso indevido de crédito fiscal, em vista do suposto retorno de mercadoria anteriormente encaminhada para depósito fechado.

Alega a autuada, que o crédito foi apropriado no retorno porque o envio foi tributado, conforme demonstra o documento fiscal de fls. 85 a 91 (NF-e nº 2241).

Acontece que a simples emissão de nota fiscal de entrada por parte do remetente impugnante, não é elemento suficientemente capaz de provar que efetivamente se deu o retorno do produto, considerando que o destinatário era contribuinte normalmente cadastrado no fisco gaúcho e poderia emitir regularmente documentos fiscais. Ademais, não há prova de que a mercadoria efetivamente circulou fisicamente de volta para a autuada, visto inexistir conhecimento de transporte que demonstre o trânsito da operação, sem falar no fato admitido na impugnação de que o adquirente recusou a transação e, mesmo assim, a mercadoria demorou mais de trezentos dias para retornar. Correta a aplicação da multa de 150%.

Infração 01 procedente, no valor histórico de R\$8.503,02.

Infração 02. A cobrança retrata a glosa do crédito fiscal, porquanto a mercadoria adquirida (NF-e nº 67, fl. 15), possui NCM (cód. 8503.0090), que desfruta de isenção do imposto, na forma do Conv. ICMS 101/97, de sorte que, nestas situações, há que se efetuar o estorno.

O contribuinte pondera que, em verdade, o produto classifica-se na NCM 8483.4010, tanto assim que emitiu carta de correção fazendo tal alteração (fl. 99).

A auditoria, após comprovar pelas importações que procede a retificação feita na citada carta, considera a acusação fiscal elidida.

De fato, a NCM retificada não consta no citado acordo interestadual, de modo que suas operações são tributadas na saída, admitindo-se o crédito nas entradas, em homenagem ao mecanismo constitucional da não cumulatividade.

Infração 02 improcedente.

Infração 03. Reclama-se por este viés, a falta de pagamento do imposto em virtude de créditos fiscais usados indevidamente, referentes a serviços de transporte de cargas iniciados em outros Estados, tendo como destinação o território baiano.

Verifica-se nos documentos de fls. 106 a 138, que há CT-es tendo como destinatários recebedores o autuado, mas há outros em que os destinatários recebedores são estabelecimentos situados em outras unidades federativas.

A glosa limitou-se à diferença entre a alíquota praticada na prestação e a de 7%, esta última porque se refere à prestação interestadual com origem no Sul/Sudeste e final aqui na Bahia.

A circunstância de constar como tomador do serviço a autuada é meramente contratual, para dar feição jurídica formal à avença, por ser ela a matriz da empresa. Do contrário e todas as prestações celebradas formalmente para deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos da autuada espalhados em todo o país faria equivocadamente convergir os créditos fiscais para a

autuada e faria com que o erário baiano suportasse toda a carga tributária, de onde quer que se iniciasse e terminasse o serviço de transporte.

Não desautoriza a presente cobrança, o fato de remanescerem diferenças de imposto a buscar, segundo ponderação da auditoria à fl. 165, haja vista a glosa correta ser total e não parcial.

Infração 03 procedente, no valor histórico de R\$17.059,25.

Infração 04. Aqui a cobrança recai sobre a falta de tributação nas remessas em consignação (Notas Fiscais nºs 5728, 6044 e 6046), do produto denominado “*pallet anchoring system D36 (M39) L 3000*”, haja vista tais operações ensejarem tributação, nos termos do art. 334 do RICMS-BA.

O sujeito passivo retruca, ao argumento de que tais produtos enquadram-se na NCM 8503.0090, isentos de tributação, nos moldes do Conv. ICMS 101/97.

Efetivamente, a auditoria consegue demonstrar pelas importações do mesmo produto - cuja análise da classificação fiscal passa pelas autoridades aduaneiras – que a codificação correta é a de nº 7318.1500, estranha ao acordo interestadual isentivo e, portanto, sujeito à tributação pelo imposto estadual.

Infração 04 procedente, no valor histórico de R\$90.542,55.

Infração 05. Neste particular, o lançamento reclama a glosa do crédito fiscal referente a importações de mercadorias destinadas fisicamente para outro Estado (Notas Fiscais nºs 3383 e 3386) e cujo recolhimento foi efetuado em favor deste último.

A empresa esclarece que dentro do mesmo mês sanou a anormalidade, ao lançar na Apuração do ICMS, como estornos de créditos, valor equivalente, conforme se extrai do documento de fls. 158 a 159.

A auditoria identifica o procedimento regularizador e concorda com o argumento contestatório.

Individuosamente, o uso irregular do crédito fiscal acabou sendo anulado no próprio mês - fevereiro de 2014. Operações aritméticas contrárias de mesmo valor acabam elidindo a autuação.

Infração 05 improcedente.

Subsidiariamente, fulcrado na vedação de confisco, a impugnante entende ser elevada a multa de 150%, e aponta decisão do STF (RE 833.106).

A proposição da multa para a infração 01, teve respaldo em comando de lei (art. 42, V, “b”, da Lei nº 7014/96).

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Ademais, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária, até porque a multa proposta não deriva de incumprimento de obrigação acessória.

Rejeito o pedido de redução da penalidade.

Do exposto, deve ser a autuação ser julgada procedente em parte, pela procedência total das infrações 01 (R\$8.503,02, com multa de 150%), 03 (R\$17.059,25, com multa de 60%), e 04 (R\$90.542,55, com multa de 60%), e pela improcedência das infrações 02 e 05, totalizando o valor histórico de imposto de R\$116.104,82, conforme replicado no resumo abaixo:

INFRAÇÕES	HISTÓRICO (R\$)	JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADOS
01 – 01.02.10	8.503,02	8.503,02	150%	PROCEDENTE
02 – 01.02.26	14.846,79	0,00	60%	IMPROCEDENTE
03 – 01.02.41	17.059,25	17.059,25	60%	PROCEDENTE
04 – 02.01.03	90.542,55	90.542,55	60%	PROCEDENTE
05 – 12.03.03	86.282,30	0,00	60%	IMPROCEDENTE
<b>TOTAL</b>	217.233,91	116.104,82		

## 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 **232.884.0013/17-5**, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$116.104,82**, acrescido das multas de 150% sobre R\$8.503,02, e 60% sobre R\$107.601,80, previstas no art. 42, incisos V, “b”, II “a”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta 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/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAUJO – JULGADORA