

A. I. N° - 279757.0010/17-7  
AUTUADO - ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.  
AUTUANTES - EDUARDO TADEU SANTANA e AGILBERTO MARCILA FERREIRA  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.11.2018

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0163-05/18**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS ST devido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Infração subsistente. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. ISENÇÃO CONV. ICMS 101/97. Razões de defesa elide em parte este item da autuação. Restou comprovado que todos os produtos transacionados são com NCM 8503.0090, como assim arguiu o sujeito passivo, porém, com incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados. Nessa situação, as operações estão fora do alcance da fruição do benefício previsto no Convênio ICMS n° 101/97, que, na forma da § 1º da cláusula primeira, tal benefício só se aplica aos equipamentos que forem isentos ou tributados à alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados. Resta razão ao sujeito passivo, alguns dos produtos constantes da nota fiscal n° 1.581, transacionado com NCM 8503.0090 e alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados zero. Trata-se dos produtos “DISPOSITIVO ANTICHOQUE T 270 M12” e “BUCHA FLANGEADA”, excluídos do demonstrativo de débito da autuação. Infração subsistente em parte. Afastada a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2017, exige crédito tributário no valor de R\$48.635,08, conforme CD/mídia à fl. 30 e demonstrativos/documentos às fls. 11 a 29 dos autos, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 01 - 07.14.03: Deixou de proceder à retenção do ICMS no valor de R\$7.047,61 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, relativo aos meses de abril, setembro, outubro de 2013, janeiro, fevereiro, maio, junho e julho de 2014, na forma do demonstrativo às fls. 11/12 dos autos, com enquadramento no artigo 34, inciso II, da Lei 7.014/96 c/c art. 298 do RICMS/BA publicado pelo Decreto 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 - 12.02.01: Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$41.587,47 devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento nos meses de setembro, outubro, novembro de 2013 e maio de 2014, por não se tratar de mercadorias amparadas pelo benefício da isenção previsto no Convênio ICMS n° 101/97, na forma do demonstrativo às fls. 13/14 dos autos, com enquadramento no artigo 4º, inc. IX; art. 17, inc. VI e art. 34, inc. III, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, inc. IV, do RICMS/BA publicado pelo Decreto 13.780/2012.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 34/50 dos autos, na qual, após dizer que apresentou de forma tempestiva, pleiteia a presente impugnação mediante os fatos a seguir mencionados:

Diz que, na qualidade de pessoa jurídica de direito privado possui, como atividade principal, o desenvolvimento de motores e turbinas, principalmente turbinas eólicas, provendo geração e armazenamento de energia. Na consecução de seu objeto social, compra diversas mercadorias, quais sejam, equipamentos e componentes para o aproveitamento de energia eólica, para serem utilizados em seu processo produtivo, inclusive de outros municípios e estados da federação.

Nestes casos, em que é necessário o transporte intermunicipal e/ou interestadual das mercadorias, contrata empresas de diversos lugares do país para a realização deste transporte, emitindo as competentes Notas Fiscais com o destaque e retenção do ICMS devido, nos exatos termos da lei, além de realizar todos os registros das operações em seus livros fiscais.

Frisa que todas as partes e peças transportadas e adquiridas e indicadas na presente autuação foram utilizadas para a produção exclusiva de produtos e equipamentos utilizados para o aproveitamento da energia eólica, como previsto expressamente no Convênio nº 101/97.

Destaca que, de acordo com o que consta do Auto de Infração ora impugnado, no período de 04, 09, 10 e 11 de 2013 e 01, 02, 05, 06 e 07 de 2014, teria ocorrido a ausência retenção e recolhimento do ICMS devido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às prestações de transporte interestadual e intermunicipal e em razão de ausência de recolhimento de ICMS devido em operações de importação, no valor histórico total de R\$48.635,08, com fundamento respectivamente no art. 34, inciso III da Lei 7.014/96 C/C art. 298 do RICMS, e Art. 4º, inciso IX; art. 17, inciso VI e art. 34, inciso III da Lei 7.014/96 C/C art. 332, inciso IV do RICMS, que destaca.

Todavia, diz que, tal como lavrada, a exigência fiscal não procede, na medida em que as supostas diferenças apontadas na autuação ora combatida se referem, justamente, às mercadorias abrangidas pela isenção de ICMS, nos termos do Convênio nº 101/97. Destaca que essa é, inclusive, a razão pela qual deixou de recolher o ICMS supostamente devido, já que a operação é isenta, como definido pelo convênio retro mencionado.

Desta forma, aduz que, conforme será demonstrado, a exigência fiscal combatida deve ser anulada ou cancelada, na medida em que as operações aqui tratadas são isentas e que as mercadorias importadas e transferidas pela Impugnante são aquelas indicadas no Convênio 101/97, o qual garante a isenção do ICMS nestas operações.

Diz, também, que diversas notas fiscais indicadas no Auto de Infração foram canceladas, razão pela qual não há que se falar em falta de retenção ou recolhimento do ICMS, já que não ocorreu o fato gerador de tais obrigações, em razão do cancelamento dos documentos fiscais.

Ademais, destaca que, ainda que a exigência fiscal seja mantida, o que se considera apenas para fins de argumentação, a multa aplicada deve ser reduzida, na hipótese de não vir a ser relevado, em razão de seu caráter manifestamente confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV da Constituição Federal. É o que se demonstra a seguir.

- ***Do mérito. A incorrencia do fato gerador do ICMS: cancelamento de diversas notas fiscais eletrônicas***

Diz que, no transcurso das atividades da Impugnante, em dadas situações, por motivos alheios à sua vontade, algumas notas fiscais eletrônicas são canceladas, sendo que muitas vezes tal cancelamento se dá antes mesmo de ocorrer a sua escrituração fiscal, tal como ocorreu com as Notas Fiscais Eletrônicas que diz anexar (Doc. 04).

Por sua vez, segundo o entendimento manifestado pela d. autoridade fiscal quando da lavratura do auto de infração aqui combatido, a Impugnante teria incorrido em infração à legislação, pois não reteve e recolheu o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações transporte interestadual e intermunicipal, nem mesmo recolheu o ICMS devido pelas importações tributadas pelo estabelecimento.