

PROCESSO - A. I. N° 279757.0009/17-9
RECORRENTE - ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF n° 0042-03/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/03/2019

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0046-12/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENTRADA POR TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS IMPORTADAS TRIBUTADAS. Desembaraçadas no Estado da Bahia. ICMS destacado em Nota Fiscal de transferência cujo recolhimento ICMS na importação foi indevidamente feito ao Estado de origem. ICMS importação devido ao Estado do destino físico da mercadoria. Destaque do ICMS não admitido. Transferência por nota fiscal inidônea. Infração subsistente. **b)** ENTRADA POR TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS IMPORTADAS ISENTAS. Desembaraçadas no Estado da Bahia. ICMS destacado indevidamente em Nota Fiscal de transferência. Destaque do ICMS não admitido. Transferência por nota fiscal inidônea. Infração subsistente. **c)** ENTRADA POR TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS IMPORTADAS TRIBUTADAS. Desembaraçadas no Estado da Bahia. ICMS destacado em Nota Fiscal de transferência cujo recolhimento ICMS na importação foi indevidamente feito ao Estado de origem. ICMS importação devido ao Estado do destino físico da mercadoria. Destaque do ICMS não admitido. Transferência por nota fiscal inidônea. Infração subsistente. **d)** ENTRADA POR TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS IMPORTADAS ISENTAS. Desembaraçadas no Estado da Bahia. ICMS destacado indevidamente em Nota Fiscal de transferência. Destaque do ICMS não admitido. Transferência por nota fiscal inidônea. Infração subsistente. **e)** CRÉDITO APROPRIADO EM DUPLICIDADE. Entrada por transferência interestadual de mercadorias importadas tributadas. Desembaraçadas no Estado da Bahia. ICMS destacado em Nota Fiscal de transferência cujo recolhimento de ICMS na importação foi indevidamente feito ao Estado de origem. ICMS importação devido ao Estado do destino físico da mercadoria. Destaque do ICMS não admitido. Transferência por nota fiscal inidônea. Infração subsistente. **f)** CRÉDITO APROPRIADO EM DUPLICIDADE. Entrada por transferência interestadual de mercadorias importadas isentas. Desembaraçadas no Estado da Bahia. ICMS destacado indevidamente em Nota Fiscal de transferência. Destaque do ICMS não admitido. Transferência por nota fiscal inidônea. Infração subsistente. Adequada a multa para a inexistência de dolo. Modificada a Decisão recorrida. Recurso

PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, no valor de R\$2.751.413,87, lavrado em 28/06/2017, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 12.03.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal pela compra no mercado interno, de mercadoria importada por estabelecimento de outro Estado e destinada após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do Autuado, no período de julho e novembro de 2012 e fevereiro e março de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.152.447,68, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda do lançamento tratar-se de importações de mercadorias tributadas, desembaraçadas no Porto de Salvador e Aeroporto Luís Eduardo Magalhães, em Salvador, por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida na Av. Charles Schneider, s/n, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté-SP, CNPJ: 88.309.620/0026-06 e IE 688.298.423.113, e destinadas fisicamente ao estabelecimento sito no município de Camaçari-BA, conforme demonstrativo Anexo A, Anexo A-1 e Anexo A-1.1, partes integrantes do Auto de Infração.

Infração 02 - 12.03.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal pela compra no mercado interno, de mercadoria importada por estabelecimento de outro Estado e destinada após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do Autuado, no período de maio, julho, agosto e novembro de 2012 e fevereiro, março e outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$706.585,30, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda do lançamento tratar-se de importações de mercadorias isentas, desembaraçadas no Porto de Salvador e Aeroporto Luís Eduardo Magalhães, em Salvador, por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida na Av. Charles Schneider, s/n, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté-SP, CNPJ: 88.309.620/0026-06 e IE 688.298.423.113, e destinadas fisicamente ao estabelecimento sito no município de Camaçari-BA, conforme demonstrativo Anexo A, Anexo A-1 e Anexo A-1.1, partes integrantes do Auto de Infração.

Infração 03 - 12.03.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal pela compra no mercado interno, de mercadoria importada por estabelecimento de outro Estado e destinada após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do Autuado, no período de julho e outubro de 2012, fevereiro a maio e outubro a dezembro de 2013 e fevereiro a abril de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$781.388,46, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda do lançamento tratar-se de entradas em transferências de mercadorias tributadas importadas por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida na Av. Charles Schneider, s/n, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté-SP, CNPJ: 88.309.620/0026-06 e IE 688.298.423.113, com destino físico ao estabelecimento sito no município de Camaçari-BA, conforme demonstrativo Anexo A, Anexo A-1 e Anexo A-1.1, partes integrantes do Auto de Infração.

Infração 04 - 12.03.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal pela compra no mercado interno, de mercadoria importada por estabelecimento de outro Estado e destinada após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do Autuado, no período de setembro a dezembro de 2012 e fevereiro, março, outubro e novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$60.702,10, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda do lançamento tratar-se de entradas em transferências de mercadorias isentas importadas por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida na Av. Charles Schneider, s/n, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté-SP, CNPJ: 88.309.620/0026-06 e IE 688.298.423.113, com destino físico ao estabelecimento sito no município de Camaçari-BA, conforme demonstrativo Anexo A, Anexo A-1 e Anexo A-1.1, partes integrantes do Auto de Infração.

Infração 05 - 12.03.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal pela compra no mercado interno, de mercadoria importada por estabelecimento de outro Estado e destinada após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do Autuado, no período de março e outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$36.345,96, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

*Consta ainda do lançamento tratar-se de crédito fiscal em **duplicidade** nas entradas em transferências de mercadorias tributadas importadas por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida na Av. Charles Schneider, s/n, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté-SP, CNPJ: 88.309.620/0026-06 e IE 688.298.423.113, com destino físico ao estabelecimento sito no município de Camaçari-BA, conforme demonstrativo Anexo A, Anexo A-1 e Anexo A-1.1, partes integrantes do Auto de Infração.*

Infração 06 - 12.03.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal pela compra no mercado interno, de mercadoria

importada por estabelecimento de outro Estado e destinada após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do Autuado, no período de outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.944,37, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

*Consta ainda do lançamento tratar-se de crédito fiscal em **duplicidade** nas entradas em transferências de mercadorias isentas importadas por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida na Av. Charles Schneider, s/n, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté-SP, CNPJ: 88.309.620/0026-06 e IE 688.298.423.113, com destino físico ao estabelecimento sito no município de Camaçari-BA, conforme demonstrativo Anexo A, Anexo A-1 e Anexo A-1.1, partes integrantes do Auto de Infração.*

A 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0042-03/18 (fls. 124 a 131), com base no voto do Relator, a seguir transscrito:

“Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto à alegação de que as operações objeto da autuação são isentas em vista de que as mercadorias transferidas para a Impugnante são aquelas indicadas no Convênio 101/97, verifico que apenas as acusações referentes às infrações 02, 04 e 06, tratam de crédito indevido em decorrência de operação isenta, com o agravante de que na infração 06, o referido crédito foi utilizado em duplicidade.

Observei quanto a estas infrações, que de fato se referem ao crédito decorrente de entradas de mercadorias isentas, por força do Convênio 101/97 e que estas entradas de mercadorias jamais poderiam garantir o respectivo crédito do ICMS destacado. Tratam-se de fato, como admite a defesa, de mercadorias isentas, e por ser este o motivo da glosa do crédito do ICMS objeto da autuação, não pode sustentar o pedido de nulidade da Impugnante.

Afasto também o pedido de perícia tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a perfeita cognição acerca do feito, em quaisquer das acusações fiscais.

Verifiquei ainda que as infrações 01, 03 e 05, tratam de crédito indevido decorrente de entradas de mercadorias tributadas, sendo que a infração 05 refere-se ao creditamento do ICMS em duplicidade. Todavia, o motivo da glosa a que se referem estas infrações foi devido ao fato de que o ICMS incidente sobre a importação deveria ser recolhido ao Estado da Bahia, tendo em vista que foi o destino físico das mercadorias, como exige o artigo 11, Inciso I, Alínea “d”, da LC nº 87/96. Contudo, o ICMS foi recolhido ao Estado de São Paulo pelo estabelecimento da mesma empresa que se encontra sediado naquele Estado, o qual realizou a importação.

Observo que o ponto comum entre todas as infrações, é o fato de terem sido objeto de importação por empresa sediada em outra unidade da federação, tendo o desembaraço ocorrido no porto de Salvador e daí destinada por transferência para a empresa autuada, que é contribuinte do Estado da Bahia, fato que configurou, conforme acusou o Autuante, o crédito indevido com espeque no artigo 11, inciso I, alínea “d”, da LC nº 87/96.

Assim, feitos os esclarecimentos necessários, passo a analisar em conjunto e por pertinência, primeiro as infrações 02, 04 e 06, que tratam da glosa de créditos de ICMS que se refere às importações de mercadorias isentas, desembaraçadas no Porto de Salvador e Aeroporto Luís Eduardo Magalhães, em Salvador, por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida na Av. Charles Schneider, s/n, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté-SP, CNPJ: 88.309.620/0026-06 e IE 688.298.423.113, e destinadas fisicamente ao estabelecimento autuado.

Conforme já se encontra incontrovertido nos autos, inclusive sendo admitido pela própria Impugnante, as mercadorias a que se referem as infrações 02, 04 e 06, são mercadorias cujas operações são isentas por determinação do Convênio 101/97, por se tratarem de equipamentos e componentes para aproveitamento na fabricação de usinas de energia solar e eólica.

Estas mercadorias foram importadas pelo estabelecimento da empresa que se encontra estabelecido no Estado de São Paulo, cujo desembaraço se deu no Estado da Bahia e posteriormente foram transferidas para a empresa autuada, com saída diretamente do Porto de Salvador e Aeroporto Luís Eduardo Magalhães, em Salvador.

Considerando que se trata de mercadorias isentas, jamais poderiam ser transferidas com destaque do ICMS para a Impugnante e em sendo transferidas nestas circunstâncias, o ICMS erroneamente destacado jamais poderia ter sido objeto de apropriação como crédito pela destinatária, no caso a Impugnante.

Ocorre que a Lei Complementar 87/96 em seu inciso I do §1º do art. 20, proíbe o crédito relacionado a mercadorias resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, trata-se de proibição cogente ao ICMS, prevista também na legislação estadual, de forma que voto pela procedência das infrações 02, 04 e 06, maiormente esta última por se tratar de crédito indevido da mesma natureza das demais e em duplicidade.

Em relação às infrações 01, 03 e 05, depreendo que decorrem das mesmas circunstâncias das analisadas anteriormente, do ponto de vista de terem sido desembaraçadas no Porto de Salvador e Aeroporto Luís Eduardo Magalhães, em Salvador, por Alstom Brasil Energia e Transportes Ltda., estabelecida em Taubaté-SP, e destinada fisicamente por transferência ao estabelecimento autuado, com destaque do ICMS.

Ocorre, entretanto, que o ICMS devido por importação foi recolhido erroneamente ao Estado de São Paulo, quando deveria ter sido recolhido em favor do Estado da Bahia, tendo em vista o destino físico das mercadorias, como exige o artigo 11, Inciso I, Alínea “d”, da LC nº 87/96.

Destarte, concluo que o referido crédito objeto da autuação a que se referem às infrações 01, 03 e 05, não pode ser admitido porque decorre de operação com documentação e recolhimento do ICMS incidente, em desconformidade com o art. 435, em especial seus parágrafos 4º e 5º.

Assim, o crédito que seria admissível para fruição da autuada seria o ICMS que incidiu na importação se este fosse recolhido ao estado da Bahia. Portanto, tendo sido recolhido ao Estado de São Paulo, configura-se o ICMS destacado na nota fiscal de transferência, peremptoriamente, como crédito indevido, assim voto pela procedência também das infrações 01, 03 e 05.

Contudo, verifico que a tipificação legal de multa de todas as infrações devam ser alteradas do Artigo 42, IV, alínea “j” da Lei 7.014/96, que refere-se a 100% do valor do ICMS não recolhido tempestivamente, para o Artigo 42, II, alínea “f” da Lei 7.014/96 que impõe a multa de 60% do valor do ICMS não recolhido tempestivamente.

Recomendo também que seja realizada nova ação fiscal para fins da exigência do ICMS incidente sobre a importação das mercadorias tributadas que deixou de ser recolhido ao Estado da Bahia.

Superadas as questões jurídicas e considerando que não houve questionamentos acerca dos dados que sustentam a exação fiscal em lide, voto pela procedência total deste Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 141 a 152), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual disse que as autoridades fiscais reconheceram a existência dos créditos utilizados, porém, sem qualquer fundamentação ou justificativa, desconsideraram o disposto no Convênio ICMS 101/97 e no Art. 264 do RICMS/BA, que concedem isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica e determinam a manutenção dos respectivos créditos em sua Cláusula segunda.

Questionou a recomendação da 3ª JJF para que fosse realizada nova ação fiscal para exigir o ICMS incidente sobre a importação das mercadorias tributadas que deixou de ser recolhido ao Estado da Bahia, sob a alegação de que foi expressamente reconhecido, no mesmo Acórdão, que as mercadorias objeto das operações em questão estão contempladas pela isenção concedida pelo Convênio ICMS 101/97, não havendo ICMS a ser pago na importação.

Afirmou que o Acórdão recorrido acertadamente reconheceu que a tipificação legal da multa de todas as infrações deve ser alterada do Art. 42, IV, “j”, para o Art. 42, II, “f”, ambos da Lei nº 7.014/96, reduzindo o percentual de 100% para 60% do valor do ICMS não recolhido tempestivamente, entretanto, não constou a redução da penalidade na Resolução do referido Acórdão.

Requeru que o Recurso Voluntário seja julgado integralmente procedente, a fim de que seja:

- a) reformada parcialmente a Decisão recorrida, com o consequente cancelamento do crédito tributário objeto do Auto de Infração, nos termos do Art. 18 do RPAF/99 e do Art. 264, XIX, do RICMS/BA, tendo em vista que todas as mercadorias importadas e transferidas são abarcadas pela isenção definida no Convênio ICMS 101/97, o qual, inclusive, autoriza a manutenção dos créditos do ICMS objeto da norma de isenção, além do fato de ter escriturado todas as operações e emitido todas as notas fiscais, o que comprova a sua inteira boa fé, não tendo praticado qualquer ato ilegal;
- b) adequada a Resolução do Acórdão ao decidido em seu voto condutor, para que não haja qualquer questionamento acerca da redução da penalidade de 100% para 60% do crédito supostamente indevido;
- c) expressamente afastada a necessidade de realização de nova ação fiscal para lançamento de suposto ICMS devido na importação das mercadorias pelo Estado da Bahia, na medida em que

essa operação é isenta por força do Convênio ICMS nº 101/97, tal como reconhecido no próprio Acórdão.

d) Protestou pela realização de sustentação oral, podendo seus patronos serem intimados no endereço que indicou.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão da utilização indevida de crédito fiscal pela aquisição no mercado interno, de mercadoria importada por estabelecimento de outro Estado e destinada após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do Autuado, com base no disposto no Art. 13, I, “d”, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

...

d) importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

...”

Diante do exposto, o imposto relativo à importação, quando devido, deve ser recolhido ao Estado onde esteja o estabelecimento que vai receber fisicamente as mercadorias, independentemente de qual unidade Federada esteja localizado o importador.

Constatou que os Autuantes apontaram 6 (seis) infrações relativas à utilização indevida de crédito, segregando as operações isentas das tributadas, sendo as Infrações 1, 3 e 5 referentes às mercadorias tributadas e as Infrações 2, 4 e 6 referentes às mercadorias isentas, ressaltando que as Infrações 5 e 6 tratam de créditos fiscais utilizados em duplicidade.

Observo que o ponto comum entre todas as infrações é o fato de terem sido objeto de importação por estabelecimento sediado em outra unidade da Federação, tendo o desembaraço aduaneiro ocorrido no porto de Salvador e daí destinado por transferência para o Autuado, que é contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Assim, considerando o princípio do destino físico, explicitado no Art. 13, I, “d”, da Lei nº 7.014/96, em consonância com o Art. 11, I, “d”, da Lei Complementar nº 87/96, o imposto relativo à importação, quando devido, deveria ter sido recolhido ao Estado da Bahia, e como não o foi, não há como o Estado da Bahia ainda suportar um crédito fiscal sobre esta operação, estando, portanto, corretas as exigências.

Além disso, as Infrações 2, 4 e 6 são referentes à utilização indevida de crédito nas entradas de mercadorias isentas. Se as mercadorias são isentas, não há possibilidade de utilização de crédito fiscal.

Saliento que a manutenção de crédito fiscal, de que tratam o Convênio ICMS 101/97 e o Art. 264 do RICMS/12, visa evitar o estorno de crédito fiscal nas aquisições dos produtos ali relacionados que porventura tenham sido adquiridos com tributação, não se aplicando por óbvio às mercadorias isentas ou às mercadorias cujo imposto não foi corretamente recolhido.

Já as Infrações 5 e 6 tratam de créditos fiscais indevidos que foram utilizados em duplicidade, ou seja, ocorreu a duplicação da ofensa à legislação.

No tocante ao pedido para adequação da multa ao percentual de 60%, não vislumbro a ocorrência de ação ou omissão fraudulenta, conforme a multa originalmente aplicada. Verifico que o voto condutor do Acórdão recorrido acertadamente reconheceu que a tipificação legal da multa de todas as infrações deveria ser alterada do Art. 42, IV, “j”, para o Art. 42, II, “f”, ambos da Lei nº 7.014/96, reduzindo o percentual de 100% para 60% do valor do ICMS não recolhido tempestivamente, entretanto, não constou a redução da penalidade na Resolução do referido

Acórdão.

“...

Contudo, verifico que a tipificação legal de multa de todas as infrações devam ser alteradas do Artigo 42, IV, alínea “j” da Lei 7.014/96, que refere-se a 100% do valor do ICMS não recolhido tempestivamente, para o Artigo 42, II, alínea “f” da Lei 7.014/96 que impõe a multa de 60% do valor do ICMS não recolhido tempestivamente.

Recomendo também que seja realizada nova ação fiscal para fins da exigência do ICMS incidente sobre a importação das mercadorias tributadas que deixou de ser recolhido ao Estado da Bahia.

Superadas as questões jurídicas e considerando que não houve questionamentos acerca dos dados que sustentam a exação fiscal em lide, voto pela procedência total deste Auto de Infração.”

Quanto à recomendação para a realização de nova ação fiscal para fins da exigência do ICMS incidente sobre a importação das mercadorias tributadas que deixou de ser recolhido ao Estado da Bahia, ressalto que já foi lavrado Auto de Infração neste sentido de nº 279757.0010/17-7.

Ressalto que não existe qualquer óbice para que o representante legal do Autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta de intimação do representante legal não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação, desde que o contribuinte seja intimado nos termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para adequação da multa aplicada para a prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, reduzindo o seu percentual para 60% do valor do ICMS não recolhido tempestivamente, obedecendo ao disposto no §3º do Art. 164 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0009/17-9**, lavrado contra **ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.751.413,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2019.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS