

PROCESSO - A. I. Nº 087016.0005/18-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GATRON INOVAÇÃO EM COMPOSITOS S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0192-04/18
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0150-12/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO E NÃO INCIDÊNCIA. Não se encontra comprovado nos autos estarem as operações autuadas amparadas pelo Convênio ICMS 101/97, motivo pelo qual, a utilização do crédito fiscal é devida. Negado o pedido de diligência. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Improcedente o Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 30 de maio de 2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$159.058,29, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 01.02.03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção de imposto, fatos verificados nos meses de abril a dezembro de 2013, janeiro a março, maio, junho, agosto a novembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015. Consta a indicação do autuante de que “conforme Anexo I, referente as entradas de mercadorias com isenção prevista no Convênio ICMS 101/97, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte”.

Após apresentação da impugnação às fls. 60 a 63, da Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 100 e 101, a 4ª JJF decidiu pela Improcedência da autuação nos seguintes termos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma, para a sua validade.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Quanto ao pedido para realização de diligência/perícia formulado na peça defensiva, não acolho, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção, os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Impende dizer-se, que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalto que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento ou da necessidade de coligar ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a

sua necessidade, o que em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

No mérito, a base na qual se estriba a tese defensiva, é a de que as notas fiscais foram devidamente submetidas à tributação, e consequentemente destaque de imposto, o que tornaria o lançamento improcedente.

Analizando o Convênio ICMS 101/97, o qual concede isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica, observo que o mesmo, na sua Cláusula primeira, determina estarem “isentas do ICMS as operações com os produtos a seguir indicados e respectivas classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH” que enumera.

A seguir, lista os vinte itens com respectivos códigos NCM/SH.

Em seu § 1º estipula que “O benefício previsto no caput somente se aplica aos equipamentos que forem isentos ou tributados à alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados”.

A resolução da lide, pois, fica restrita à verificação da NCM constantes das operações arroladas na autuação, suas descrições e adequações ao texto do mencionado Convênio, e a observação de destaque ou não do IPI nos documentos fiscais que propiciaram a autuação, ou seja, as condições impostas como propiciadoras da isenção em tela.

Da análise dos elementos constantes no processo, observo que de forma efetiva, as condições impostas pelo Convênio ICMS 101/97 acima listadas, não foram devidamente atendidas, o que leva à constatação de serem as operações arroladas na infração, tributadas de forma efetiva pelo imposto, tal como o foram.

Assim, por exemplo, a nota fiscal 144.172 emitida em 23/10/2015, com chave de acesso 38390855 4249 6200 0170 5500 3000 1441 7218 3839 0855, possui como produtos “complemento defletor LE S-1” “complemento defletor LE S-1,” sendo “o IPI suspenso cfe. Decreto 7212/2010, Título VII, Capítulo II, Sessão II, artigo 43, inciso X”, sem destaque de tal imposto. A NCM para tais produtos é 8503.09.90, entretanto, o inciso XII, da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 101/97, estipula a isenção para “pá de motor ou turbina eólica”, produto diverso em sua descrição com o contido no documento fiscal.

Da mesma maneira, a nota fiscal 8738 emitida em 28/08/2015, com chave de acesso 41150800931787000105550010000087381008738387 traz os produtos “Rears Housings Close Handrail” “Handrail Closing Rear Cover 2”, “Handrail Closing Rear Cover 1”, “Frame Anchoring”, “Lateral Support Cover 2”, “Trap Door 3 Frame”, “Front Housing Anchoring”, “Floor Cooler Duct 1”, “Rear Housing Reinforcement Tube”, “Cooler Suction Right Frame”, “Cooler Expulsion Frame”, “Rear Lower Cover Assembly”, “Cooler Duct Cover” e “Inserto Icamento Gamesa”, todas com NCM 8503.00.90, bem como o não destaque de IPI no documento fiscal, pautado segundo informações complementares constantes do documento em suspensão nos termos do artigo 31 da MP 66/02. Entretanto, como visto anteriormente, tal NCM que propiciaria a isenção, seria relativa ao produto “Pá de Motor ou Turbina Eólica”, diverso dos mesmos.

Tomando como exemplo a nota fiscal 124.809, emitida em 25/08/2014, com chave de acesso 41140881424962000170550030001248091838390857, apresenta o seguinte CFOP para a mercadoria “Conjunto de cabos G8X”: 8503.00.90, bem como não apresenta destaque de IPI em seu corpo, diante da informação de suspensão do IPI conforme Decreto 4.544/2002, título VII, Capítulo II, Seção II, artigo 42, inciso XI. Como já visto anteriormente, a NCM listada no Convênio 101/97, no inciso XII da Cláusula Primeira, é “pá de motor ou turbina eólica”, diversa daquela objeto da autuação.

De igual forma, a nota fiscal 110242, emitida em 07/12/2013, tendo a chave de acesso 41131281424962000170550030001102421833018428, possui os produtos “Fibra cone Gamesa”, “Fibra tercio Gamesa” e “Fibra ventana Gamesa” não apresentando destaque de IPI em seu corpo, diante da suspensão amparada pelo Decreto 4.544/2002, título VII, Capítulo II, Seção II, artigo 42, inciso XI. Todos os itens possuem a mesma NCM: 8503.00.90, entretanto, o produto com tal NCM listado no Convênio 101/97, no inciso XII da Cláusula Primeira, é “pá de motor ou turbina eólica”, diverso dos presentes.

Já na nota fiscal anexada pelo sujeito passivo à fl. 93, de número 144.816, emitida em 12/11/2015, as mercadorias não possuem destaque de IPI, sendo que as NCMs 3717.2300, 7413.0000, 3917.4090 e 8708.2919, ali listadas e correspondentes às mercadorias nela constante, não encontram previsão para aplicação da isenção no mencionado Convênio ICMS. Apenas a NCM 8544.4900 está ali prevista, no inciso XV “cabos de Controle NCM 8544.49.00”, entretanto, com a ressalva contida no seu § 2º de que “o benefício previsto no caput somente se aplica aos produtos relacionados nos incisos XIV a XVII quando destinados a fabricação de torres para suporte de gerador de energia eólica”, o que não se prova nos autos, até pelo fato de que a atividade econômica constante no documento de fl. 06 e desenvolvida pela empresa ser “fabricação de artefatos de material plástico para usos industriais”, fabricação de artefatos de material plástico para uso na construção, exceto tubos e acessórios, fabricação de outras peças e acessórios para veículos automotores não especificadas anteriormente, construção de edifícios, serviços especializados para construção não especificadas anteriormente, serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores, serviços de engenharia, comércio por atacado de peças e acessórios novos para veículos automotores, e neste

caso não estaria abarcada pela isenção.

Esclareço que na Tabela do IPI (TIPI), a NCM 8503.00.90 está desdobrada em dois grandes grupos de produtos. Um deles é aquele relativo a “partes utilizadas exclusiva ou principalmente em aerogeradores classificados no código 8502.31.00”, e o segundo é denominado de “outros”.

As fotos reproduzidas nos fólios pelo autuante, relativas a produtos industrializados no estabelecimento industrial da empresa autuada, não demonstram que os mesmos se destinem a aerogeradores, suas partes e peças.

No presente caso, em momento algum da autuação vieram aos autos qualquer elemento de prova (e aí caberia ao autuante produzi-las), de que tais produtos são empregados como as “partes utilizadas exclusiva ou principalmente em aerogeradores classificados no código 8502.31.00” e por outro lado, constato também que dispositivos enumerados como motivadores da não incidência do IPI, tais como o Decreto 4.544/2002, que regulamentava a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), foi revogado pelo Decreto 7.212/2010.

Com a Medida Provisória 66/2002, também invocada para a suspensão do IPI, informo que a mesma foi convertida na Lei 10.637/2002, a qual “dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS), e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências”, ou seja, também não guarda correlação com isenção, suspensão ou não incidência do IPI.

Assim, se verifica que embora ainda possam haver operações analisadas que apresentem a não incidência de IPI, seja por suspensão, seja por isenção, o que atenderia uma das condições estipuladas pelo Convênio ICMS 101/97, para que as operações fossem tidas como isentas, a segunda condição, qual seja, que os produtos possuam as NCM e descrições ali contidas, o que, se por um lado se apresenta na NCM, por outro, destoa e diverge na descrição, não se configurando em produtos que se relacionem com “operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica”, na forma do objetivado no mencionado Convênio, de acordo com os elementos contidos nos autos, o que leva à comprovação de não terem sido observadas as condições impostas pelo citado Convênio ICMS 101/97, quanto à dispensa de tributação pela via da isenção, o lançamento é julgado improcedente.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17 de agosto de 2018.

VOTO

Observe-se tratar de Recurso de Ofício cabível, tendo em vista a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do **Acórdão 4º JJF nº 0192-04/18**, devido à desoneração total do Auto de Infração, julgando pela improcedência.

Após discurrir sobre a nulidade e pedido de diligência ou perícia, denego nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA por entender que os elementos contidos no processo se afiguram como suficientes para a apreciação e pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

O colegiado de piso, no mérito, apontou em sua decisão a existência das notas fiscais fls 12 a 18, devidamente **submetidas a tributação**, destacando por conseguinte o imposto, **tornaria improcedente o auto de infração**, tudo amparado legalmente pelo art. 264, inciso XIX do RICMS/BA, reproduzido adiante:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(....)

XIX - as operações com os equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica especificados no Conv. ICMS 101/97, desde que beneficiadas com isenção ou tributadas com alíquota zero do IPI;

Assim como, estão contempladas pela isenção concedida pelo Convênio ICMS 101/97, em sua **“Cláusula primeira** *“onde Ficam isentas do ICMS as operações com os produtos a seguir*

indicados e respectivas classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH, do convenio supra:

Ato: **Convênio ICMS**
Número: **101/97**
Complemento:
Publicação: **18/12/1997**
Ementa: **Concede isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica.**
Assunto: **Isenção**
Energia Solar/Eólica

Portanto em vista do exposto, entendo que não cabe reparo a decisão de piso, atendendo as condições estipuladas no Convenio ICMS 101/97, porque as operações tidas como isentas foram contidas NCMS específicas de equipamentos e componentes para aproveitamento das energias solar e eólica, onde coadunamos com a *decisão a quo*.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, concordando com a IMPROCEDENNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087016.0005/18-5**, lavrado contra **GATRON INOVAÇÃO EM COMPOSITOS S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS SALAU – REPR. DA PGE/PROFIS