

A.I. Nº - 207103.0012/19-8
AUTUADO - GE ENERGIAS RENOVÁVEIS LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP – INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/09/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE RELATIVO A MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Inexiste previsão na legislação tributária para efeito de utilização de créditos fiscais correspondentes às operações de saídas com mercadorias ocorridas com isenção do imposto na forma do art. 264, inc. XIX do RICMS/2012 e Convênio ICMS 101/97. Infração subsistente. Efetuada a adequação da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$846.438,30, acrescido da multa de 150%, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, apurado no período de janeiro a dezembro de 2015.

O autuante complementa informando que “*A GE LANÇOU NOS LIVROS FISCAIS - RES/EFDS CRÉDITOS DE ICMS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES ALHEIOS AO ESTABELECIMENTO DA MESMA, SITUADO EM CAMAÇARI. TENDO O INÍCIO E O TÉRMINO DAS PRESTAÇÕES EM UFs OUTRAS QUE NÃO A BAHIA.*

INFRINGIU ALÉM DOS DISPOSITIVOS LEGAIS CONSTANTES NO SLCT, OS SEGUINTES: ART. 1º, INC. II; ART. 2º, INC. VI; ART. 4º, INC. XI; ART. 8º, INC. V; ART. 13º, INC. II, ALÍNEA “A”; ART. 17; INC. VIII; ART. 23 DA LEI Nº 7.014/96”.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96.

Multa tipificada no art. 42, inc. V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 15 a 32, onde inicialmente ao relatar os fatos, se identifica como pessoa jurídica de direito privado, descreve a atividade econômica que desenvolve, sujeitando-se, portanto, a tributação do ICMS, nos termos da legislação.

Se mostra surpresa com a lavratura do auto de infração em referência, sob a fundamentação de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal relativo a frete de mercadorias supostamente alheio ao estabelecimento, apesar do regular cumprimento de suas obrigações fiscais, baseado no seu entendimento de que os fretes não estariam vinculados a contratações de serviços de transporte prestados ao estabelecimento situado neste Estado.

Assevera que restará demonstrado, ter sido regular a apropriação do crédito de ICMS sobre as operações arroladas pela fiscalização, estando apoiada em efetivas contratações de serviços de transporte sobre as quais recaiu o ônus do ICMS – Doc. 03, e assim, será demonstrado o equívoco da fiscalização em se ater ao início e término do transporte como único critério para a validação do direito ao crédito do imposto.

Assinala que o caso em exame, retrata operações triangulares em que adquiriu mercadorias de fornecedores situados em outros Estados para serem entregues a destinatários finais com os quais mantém relações comerciais e se encontram sediados em outros Estados – Doc. 03.

Assim sendo, as remessas sobre as quais houve a contratação do frete se deram à sua conta e ordem, que, sob a égide da cláusula CIF, aplicada nas respectivas vendas, ficando responsável pela entrega dos equipamentos aos destinatários finais.

Complementa que essa triangulação também ocorre quando remete, à sua conta e ordem, os equipamentos em fabricação para serem industrializados por seus fornecedores. Portanto, não corresponde à realidade dos fatos a acusação do Fisco de ter se apropriado de créditos sobre serviços de transporte alheios ao estabelecimento. Muito pelo contrário, frisa.

Acrescenta que os serviços sobre os quais o ICMS foi creditado, são efetivos, o que, sequer é questionado pelo Fiscal, os quais foram efetivamente contratados por seu estabelecimento situado na Bahia, constituindo-se custos próprios do seu estabelecimento e que independente do deslocamento físico, o direito ao crédito do ICMS deverá ser preservado.

Ressalta a tempestividade da defesa e passa a abordar o direito ao crédito do ICMS sobre o transporte contratado em operações triangulares, sobre as quais explana, o que denomina de contornos básicos de uma operação triangular de venda à ordem, por meio da qual uma empresa (adquirente originário) vende determinada mercadoria a outra (destinatário final), mas, com a entrega a ser realizada por um terceiro (vendedor/remetente).

Frisa que as operações autuadas retratam exatamente essas operações triangulares, que, sendo interestaduais, possuem fundamento de validade no art. 40 do Convênio ICMS s/n de 1970, em parte reproduzido.

Relata que tendo adquirido as mercadorias de empresa situada em outro Estado (vendedor remetente) para serem entregues, à sua conta e ordem, ao destinatário final também situado em outro Estado, de fato, conforme apontado pela fiscalização, o deslocamento físico da mercadoria se deu entre estabelecimentos alheios ao seu, situado neste Estado.

Entretanto, pontua, que a fiscalização desconsiderou que a remessa foi realizada à sua conta e ordem, que no caso, reveste-se na condição de adquirente originária da mercadoria, que assumiu o custo relativo ao envio da mercadoria ao destinatário final, razão pela qual consta como a tomadora do serviço de transporte, que constitui objeto dos CONHECIMENTOS DE TRANSPORTE, sobre os quais os créditos foram apurados – Doc. 03.

Cita como exemplo a situação relativa ao Conhecimento de Transporte nº 000.339, emitido pela TRANSUÍCA LOC. E PREST. DE SERVIÇOS LTDA., que tem por objeto a remessa pela GESTAMP WIND STEEL PERNAMBUCO S/A, à sua conta e ordem, de equipamento à NOVA ASA BRANCA III, que constitui objeto da NF-e nº 023.655, cujas cópias plota.

Conclui, do exame dos documentos, que o frete refere-se ao transporte de uma mercadoria sob o contexto de uma venda à ordem e a despeito da mercadoria não ter transitado fisicamente pelo estabelecimento em Camaçari-BA, trata-se de um custo vinculado à sua operação própria, pois assim no Conhecimento de Transporte nº 339 consta como a tomadora do serviço de frete.

Complementa que apesar da mercadoria não ter saído fisicamente de seu estabelecimento, o fato é que o transporte foi efetivamente por ela tomado, e, sendo responsável pelo frete até o destino, contratou o serviço de transporte interestadual, sobre o qual recaiu o ICMS. Dessa forma, não há dúvida que o serviço de transporte foi por ela efetivamente tomado, estando inserido sob o contexto de uma operação de venda efetuada ao seu cliente.

Adicionalmente informa que a mercadoria quando sai do estabelecimento do vendedor/remetente, ocorre sob o contexto fático e jurídico de uma venda efetuada por seu estabelecimento situado na Bahia, motivo pelo qual, revestida da condição de tomadora dos serviços de transporte, sobre os quais deve apropriar-se do crédito do ICMS, pois, apesar de ter tido origem em outro estabelecimento, o transporte se deu por sua conta e ordem, integrando o custo de sua operação.

Isto é, o serviço de transporte sobre o qual o crédito foi apropriado, apesar de refletir o deslocamento físico da mercadoria entre o estabelecimento do vendedor/mente até o do destinatário final, corresponde ao frete relativo à operação de venda por ela promovida.

Conclui que, contrariamente ao quanto deduz a fiscalização, não houve afronta ao art. 29 da Lei nº 7.014/96, pois, estando gravadas pelo ICMS as operações de transporte contratadas no ciclo de comercialização de mercadorias, o direito ao crédito deverá ser preservado em respeito ao princípio da não-cumulatividade.

Reitera que efetivamente tomou o serviço de transporte, integrando o seu custo próprio de comercialização, que, em vez de receber fisicamente a mercadoria de seu fornecedor para encaminhá-la na sequência ao seu cliente, adotou a estrutura da triangulação, sendo que a mesma situação se dá nos casos em que houve a remessa, à sua conta e ordem, para fins de industrialização de itens, cujo custo de contratação lhe é próprio.

Explica que também remeteu para industrialização os equipamentos em fabricação diretamente de um fornecedor para outro, isto é, à sua conta e ordem, sem que tais itens tenham transitado fisicamente pelo seu estabelecimento. Contudo, isso não significa que o serviço de transporte, sobre o qual recai a exigência do ICMS, deixou de representar um custo próprio de produção do seu estabelecimento.

Apresenta como outro exemplo o Conhecimento de Transporte nº 004.516, emitido pela EXPRESSO SANTA CLARA LTDA., que tem por objeto o transporte, à sua conta e ordem, de materiais com a finalidade de industrialização, descritos na NF-e nº 049.795, emitida por NR METALS FUNDIÇÕES LTDA., cuja cópias plota.

Destaca que da análise dos documentos, conclui-se que embora não tenha transitado fisicamente pelo seu estabelecimento, o transporte reflete claramente um custo próprio do seu estabelecimento em Camaçari-BA.

Pontua que a identificação do trecho do deslocamento físico da mercadoria, apesar de representar um indício, não poderia ser considerada pela fiscalização como critério absoluto de validação do direito ao crédito, evidenciando a impertinência da glosa promovida pelo Fiscal.

Para esclarecer quaisquer dúvidas, além dos casos trazidos como exemplos, diz acostar à defesa relação completa dos Conhecimentos de Transporte sobre os quais os créditos de ICMS foram mantidos na escrita fiscal, com a vinculação destes documentos às respectivas notas fiscais que sustentaram as remessas – Doc. 04.

Assegura não restar dúvidas de que todos os serviços de transportes contratados, por terem se realizado à sua conta e ordem, refletem um custo próprio de produção do estabelecimento de Camaçari-BA, resguardando o direito ao crédito em homenagem ao princípio da não-cumulatividade do ICMS e assim, infere ser legítimo o direito ao crédito sobre o frete que foi efetivamente gravado pelo ICMS e se encontra inserido no ciclo de uma operação própria – Docs. 02 e 03, e não de terceiros.

Assim sendo, diz não haver a caracterização da infração apontada pela fiscalização, devendo ser cancelada a exigência dos débitos de ICMS e seus encargos.

Quanto à multa aplicada, afirma ter caráter abusivo e caso se entenda que residualmente alguma irregularidade foi cometida, pede licença para demonstrar a desproporcionalidade e o caráter a abusivo da multa que se pretende aplicar.

Explica que a multa em matéria tributária tem sua aplicação em regime jurídico diverso daquele relativo à instituição do tributo, sendo decorrente do próprio direito de punir do Estado, mas especificadamente de seu poder-dever *jus puniendi* que, depois de consubstanciado o ilícito, transfigura-se em uma pretensão individualizada ao transgressor da norma primária.

Leciona que a multa difere da sanção penal na medida em que se mostra desnecessário um julgamento para sua aplicação perante o Poder Judiciário, obrigatoriamente prévio à aplicação da

pena. A multa, desse modo, é aplicada diretamente pela Administração, razão pela qual se evidencia sua relação com os princípios pertinentes ao ramo do Direito Penal e Administrativo.

Afirma que a doutrina e a jurisprudência têm entendido que os princípios afetos ao ramo do Direito Tributário, são aplicáveis também às multas, não obstante o fato dos princípios norteadores de tal cognição serem corolários de primados constitucionais, citando lições de Sampaio Dória e Sacha Calmon Navarro Coêlho.

Defende que, seja qual for o fundamento que se adote, os primados constitucionais inerentes à própria atividade administrativa já seriam suficientes para limitar a imposição de multas, como se depreende nas lições de Helenilson Cunha Pontes, cujos trechos reproduz.

Cita decisões judiciais sobre a matéria, copiando ementas de julgados e diz restar claro que, no presente caso, deveria existir uma compatibilização da sanção imposta com a gravidade da conduta levada a cabo pelo contribuinte.

Frisa que a multa definida no artigo 42, inc. V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, imposta no auto de infração, ora discutido, retrata justamente as situações em que o contribuinte se apropria de créditos sobre operações inexistentes, o que se dá com o nítido intuito de burlar a arrecadação.

Conclui que baseado nos elementos expostos, há que se decretar o cancelamento das multas incidentes, ou, caso assim não se entenda, a aplicação da penalidade deverá ser revista para atender a parâmetros condizentes com o próprio descumprimento da norma supostamente infringida.

Por fim, requer a integral procedência da impugnação e a improcedência do auto de infração.

Protesta, desde já, caso se entenda necessário, pela produção de todos os meios de prova admitidos no âmbito do processo administrativo fiscal, em especial pela realização de diligência para fins de confirmação da natureza das operações relacionadas aos fretes que serviram de base para o aproveitamento de crédito, objeto da glosa, tudo conforme relação trazida no Doc. 04.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 83 a 100, onde inicialmente reproduz a infração e as razões da defesa.

Afirma que ao desenvolver os trabalhos na empresa autuada, constatou nos registros fiscais o lançamento de créditos de ICMS decorrentes de prestações de serviços de transportes tomados junto a transportadoras, contratadas na condição CIF, em operações de saídas de mercadorias em operações com os CFOPs 6.923, 6.924 e prestações de serviços de transportes do AEROPORTO DE VIRACOPOS em Campinas-SP para EADI AURORA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA., em Sorocaba-SP, da qual não foi possível identificar o CFOP, em razão de não constar no CT-e a NF-e a que está vinculado.

Afirma que apesar da autuada ser tomadora dos serviços, as prestações de serviços de transportes não dão direito aos créditos do ICMS.

Reproduz o teor do art. 1º, inc. II; art. 2º, inc. IV; art. 4º, inc. XI; art. 8º, inc. V, art. 13, inc. II, alínea “a”; art. 29, §§ 2º e 4º, inc. I e §5º todos da Lei nº 7.014/96, para concluir que o fato gerador nas prestações de serviços de transportes ocorre no início do transporte.

No caso em análise, os fatos geradores ocorreram em estabelecimentos de contribuintes localizados em outras unidades da Federação, ou seja, não ocorreu no estabelecimento da autuada, afirma.

Ressalta que deve-se observar qual o local da prestação de serviço de transporte para definição do contribuinte e para efeito do cálculo do imposto.

Explica que, conforme as regras do ICMS, para que se tenha direito ao crédito do imposto nas prestações de serviços de transportes, sob condição CIF, não basta ser o tomador, devendo-se observar em qual estabelecimento se iniciou o fato gerador do imposto.

Transcreve o art. 11, inc. II, alínea “a” e art. 12, inc. V da Lei Complementar nº 87/96, introduzidos na Lei nº 7.014/96.

Ao referir-se aos casos apresentados na defesa como exemplos: CT-e nº 339 vinculado à NF-e nº 23.566 e CT-e nº 4.516 vinculado à NF-e 49.795, além da operação iniciada no AEROPORTO DE VIRACOPOS em Campinas-SP para Sorocaba-SP, salienta que as prestações de serviços de transportes se iniciaram em outros estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação, ou seja, os locais em que ocorreram os fatos geradores das prestações de serviços de transportes, sob condição CIF, foram os estabelecimentos onde ocorreram as saídas das mercadorias.

Como o local do início da prestação de serviço de transporte define o fato gerador e o contribuinte responsável pela cobrança e o pagamento do imposto, sob condição CIF e a quem o imposto é devido, conclui que nestas operações de saídas, ainda que tenha os CFOPs 6.923 e 6.924, os impostos são obrigações legais devidas pelas transportadoras que realizaram as prestações dos serviços, que deveriam paga-los e posteriormente cobrar das empresas de onde saíram as mercadorias. Se fosse o caso de substituição tributária, seriam pagos diretamente pelas empresas de onde saíram as mercadorias, que teriam direito ao crédito do imposto pago.

Complementa que os fretes deveriam ser incluídos nos valores das operações pagas pelas empresas de origem das mercadorias e os valores destacados no campo próprio das notas fiscais. Portanto, como a autuada não recolheu o ICMS, entende que não tem direito ao crédito.

Complementa que também considerou indevidos os créditos, porque não há na legislação hipótese para sua manutenção. Também afirma ter constatado que os CT-e arrolados na autuação, estão vinculados às notas fiscais de saídas de mercadorias com CFOP 6.923, referente a operação isenta, conforme nota fiscal nº 023.655, além das operações com CFOP 6.924, também com operação isenta na nota fiscal nº 049.795, onde todas as mercadorias vendidas pela autuada, estão relacionadas na Cláusula primeira do Convênio ICMS 101/97, que reproduz integralmente.

Assim, afirma ter constatado que todas as operações arroladas na autuação estão contempladas com a isenção do ICMS.

Explica que a autuada tem direito à manutenção do crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações, ou seja, operações de saídas isentas, previstas no Convênio ICMS 101/97.

Esclarece que o contribuinte pode manter o crédito do ICMS, se relativo as prestações dos serviços de transportes tomados por ela, na condição FOB, relacionadas às aquisições de insumos aplicados nas mercadorias cujas operações de saídas posteriores foram beneficiadas pela isenção do imposto, conforme prevê o citado convênio, cujo dispositivo consta no RICMS/BA, a ele introduzido pelo Decreto nº 7.216/98, no art. 264, inc. XIX.

Adverte que os valores do ICMS relacionados aos fretes e vinculados às operações de saídas, cláusula CIF, relacionadas no demonstrativo de débito, fls. 09 a 11, estão vinculados a operações isentas ou não tributadas, dessa forma, não permitem o direito à manutenção do crédito fiscal por não estarem amparadas pela isenção prevista no art. 264, inc. XIX do RICMS/2012, que reproduz, sendo que o direito ao crédito fiscal, somente ocorre quando o crédito é relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações.

Afirma que é vedado o crédito fiscal do ICMS relativo aos serviços tomados, condição CIF, vinculados às operações de vendas isentas, pois o art. 264 do RICMS, é taxativo: “*crédito relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações*”.

Entretanto, diz, ser de direito o crédito dos serviços tomados, condição FOB, vinculados às operações de entradas dos equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica prevista no Convênio ICMS 101/97, com ressalva de que também sejam beneficiadas com a isenção, ou tributada com alíquota zero o IPI.

Reproduz a Cláusula segunda do Convênio ICMS 101/97 e conclui que a autuada tem direito a isenção do ICMS nas operações com os produtos constantes nos incisos da Cláusula primeira, sendo que a Cláusula segunda assegura a manutenção dos créditos nas aquisições de

equipamentos e acessórios para aproveitamento de energias solar e eólica, conforme também prescrita no art. 264, inc. XIX do RICMS/BA.

Por fim ratifica a glosa dos créditos fiscais tomados pela autuada, no valor de R\$846.438,30.

É o relatório.

VOTO

Versa o auto de infração, ora discutido, sobre uma infração imputada ao contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição NORMAL, que apura o ICMS na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL e exerce a atividade principal de fabricação de motores e turbinas, peças e acessórios, exceto para aviões e veículos rodoviários, tempestivamente impugnada.

Previamente ao analisar o lançamento, com fundamento no RPAF/99, sobretudo observando ao que preconiza o art. 39, vê-se que não há qualquer vício de caráter formal que possa macular o lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à sua lavratura.

Observo que não há nos autos quaisquer elementos que indique a existência de erro quanto a indicação e qualificação fiscal do sujeito passivo; quanto ao valor do tributo e das penalidades, com indicação dos acréscimos tributários incidentes; a indicação dos dispositivos da legislação infringidos, e demais requisitos exigidos no RPAF e no CTN, restando suficientes os elementos presentes nos autos para se determinar, com segurança a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e propor a aplicação da penalidade cabível.

Registro que não vislumbro qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Consta à fl. 04 o Termo de Início de Fiscalização, lavrado em 01/10/2019, o Termo de Intimação Inicial, fls. 05 a 07, recebido pelo contribuinte em 01/10/2019, tendo assim, sido cientificado do início da ação fiscal.

O demonstrativo analítico foi elaborado de forma clara e precisa pelo Auditor Fiscal, fls. 09 a 11-v, entregues ao contribuinte quando da cientificação da lavratura do auto de infração, ocorrida em 20/12/2019, fl. 02, quando do recebimento de cópia e do CD, fl. 12, onde encontra-se gravado o arquivo em planilha eletrônica, circunstâncias que permitiram o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, o lançamento exige do ICMS decorrente do uso indevido de crédito fiscal do ICMS, decorrente da prestação de serviços de transporte associados a operações de vendas de mercadorias promovidas pela autuada, amparadas pela isenção do ICMS, arroladas pela autoridade fiscal e demonstradas nos levantamentos gravados no CD, fl. 12.

A defesa adota a tese da legalidade dos créditos apropriados e levantados pela Fiscalização, pois a acusação não corresponde à realidade dos fatos, sob o argumento que os casos em exame retratam operações triangulares onde adquiriu mercadorias de fornecedores situados em outras unidades da Federação para serem entregues a destinatários finais situados também em outros Estados.

Assegura que as remessas sobre as quais houve a contratação do frete se deram à sua conta e ordem, sob cláusula CIF, e assim, ficou responsável pela entrega dos equipamentos aos destinatários finais, arcando com os custos de transportes e pelo pagamento do ICMS sobre eles incidente.

Acrescenta que essa triangulação também ocorre quando remete, à sua conta e ordem, os equipamentos em fabricação para serem industrializados por seus fornecedores.

Oportuno, então tecer considerações acerca do termo “operação triangular”, que corresponde as operações identificadas como vendas à ordem.

Trata-se de uma operação mercantil na qual o vendedor aguarda a ordem do comprador designado em qual dos estabelecimentos deverá ser entregue as mercadorias.

A operação envolve pelo menos três atores: o fornecedor, vendedor, o adquirente originário, comprador e o destinatário final, uma terceira pessoa física ou jurídica, que desempenham os seguintes papéis: o primeiro entrega a mercadoria, o segundo vende o produto e o terceiro recebe a mercadoria do fornecedor remetente por ordem do comprador originário, conferindo, assim, uma característica triangular a essa operação, proporcionando agilidade na distribuição das mercadorias e redução do custo de transporte e seguro.

No caso em análise, as operações relacionadas pelo autuante, correspondem a operações regulares ditas, vendas à ordem, cujos procedimentos a serem observados quanto às obrigações tributárias, encontra-se regulamentados no art. 340 do RICMS/2012, que reproduz as regras contidas no art. 40 do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970, instituidor do SISTEMA NACIONAL INTEGRADO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS – SINIEF, com a alteração dada pelo AJUSTE SINIEF 01/87.

Do exame do demonstrativo analítico, fls. 09 a 11-v, resta claro que as operações arroladas na autuação correspondem exatamente a operações de prestação de serviços de transportes, associados a estas operações de venda à ordem. Portanto, são operações de fretes associados as operações de saídas de mercadorias, pois a única diferença desta modalidade, para uma operação, dita convencional, de saída de mercadorias do estabelecimento, reside exatamente no fato das mercadorias não transitarem fisicamente pelo estabelecimento do adquirente originário.

Feitas as considerações, relevantes para o deslinde da lide, pela importância do tema atribuído pela defesa, cabe ressaltar que não se trata de uma questão fundamental para a solução da controvérsia, como veremos.

Como já dito anteriormente, a autuada atua na área de fabricação de motores e turbinas, peças e acessórios, exceto para aviões e veículos rodoviários, no setor de energia renovável, combinando tecnologias eólicas, hidrelétricas e solar.

No demonstrativo analítico estão relacionados os CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES ELETRÔNICOS – CT-e, cujos serviços foram tomados pela autuada para o transporte de mercadorias de estabelecimentos fornecedores para os estabelecimentos adquirentes das mercadorias, constando todas as notas fiscais a estes associadas.

O direito ao crédito fiscal do ICMS anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado no recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior, está previsto no art. 29 da Lei nº 7.014/96, que assegura ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado no recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

O citado artigo, no seu §2º determina que “*Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento*”.

O Regulamento do ICMS vigente, trata da matéria no art. 309, inc. V, e parágrafos devendo-se observar concomitantemente as regras quanto a vedação à manutenção do crédito fiscal, conforme art. 310 do mesmo diploma regulamentar.

Da análise dos documentos fiscais arrolados no demonstrativo, fls. 09 a 11-v, que serve de base para a autuação e em consulta ao PORTAL DO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE ELETRÔNICO e da NOTA FISCAL ELETRÔNICA, constato que parte dos documentos referem-se a remessas de mercadorias promovidas pela autuada para industrialização, por conta e ordem da autuada, cujo documento fiscal emitido pelo estabelecimento industrializador é em nome do destinatário/adquirente da mercadoria, apesar de constar como tomador do serviço a empresa ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA., cujo CNPJ corresponde ao mesmo da autuada,

17.692.901/0008-60, ou seja, trata-se de operações de saídas de mercadorias, cuja agregação do valor industrializado ocorreu em momento posterior à venda, e o custo dessa industrialização foi arcado pelo adquirente da mercadoria, conforme se verifica, por exemplo, nos documentos, fls. 66 a 69.

Outra situação refere-se a operações de vendas pelo estabelecimento autuado, cujos destinatários são estabelecimento localizados em outras unidades da Federação, conforme documentos, fls. 62 a 65, 70 a 73, ou seja, são serviços de transportes em operações ocorridas a partir do endereço do estabelecimento industrializador, fora deste Estado, para outro estabelecimento localizado em outro Estado, apesar de constar no DCTE o estabelecimento da ALSTOM, localizado em Camaçari-BA, como sendo o tomador dos serviços.

Portanto, resta claro que as operações de vendas à ordem, sobre as quais recaíram a glosa dos créditos fiscais sobre o serviço de transporte contratado, são operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica e, portanto, estão beneficiadas pela isenção do ICMS, previstas no art. 264, inc. XIX do RICMS/2012, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, que assim estabelece.

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;

A isenção do ICMS nestas operações foi autorizada pelo Convênio ICMS 101/97, que concede isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica, e assim preconiza.

Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com os produtos a seguir indicados e respectivas classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH: (...)

Cláusula segunda Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder a manutenção dos créditos do imposto nas operações a que se refere a cláusula anterior.

Da leitura e análise dos dispositivos transcritos, estando amparadas pela isenção e por se tratarem de operações de saídas de mercadorias, não há previsão de manutenção de crédito fiscal do ICMS sobre o frete, posto que o art. 264, inc. XIX do RICMSBA/2012, assegura tão somente o direito à manutenção do crédito fiscal nas entradas das mercadorias relacionadas no Convênio ICMS 101/97, e às prestações de serviços de transportes a elas vinculadas, contrariamente ao entendimento da autuada.

Ressalto que a matéria não é nova neste CONSEF que já se posicionou consoante este entendimento, conforme decisões prolatadas nos Acórdãos JJF nº 0111-01/18, JJF nº 0098-03/19 e JJF nº 0148-04/19, relacionados a autos de infração onde figura como parte, a mesma autuada.

A pilar central da defesa se fundamenta no fato de que os serviços de transportes iniciaram e foram concluídos fora do território baiano, além de serem operações denominadas triangulares. Contudo, friso que esta não se constitui numa questão fundamental, que reside do no fato dos créditos fiscais utilizados pelo autuado e glosados no lançamento, se relacionarem a operações de saídas de mercadorias isentas, isto é, operações com os equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica, especificados no Convênio ICMS 101/97 e no art. 264, inc. XIX, onde prevê a manutenção dos créditos fiscais nas operações de entradas das mercadorias e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações, o que não é o caso ora discutido.

Com relação a multa sugerida, que a autuada alega ser desproporcional e abusiva, prevista no art. 42, inc. V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, no percentual de 150%, registro que este percentual foi reduzido para 100% pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019. Trata-se de multa por descumprimento de obrigação principal prevista em lei, e neste caso, as Juntas de Julgamento Fiscal não tem competência para reduzi-la ou cancelá-la.

Contudo, analisando os autos, identifico a necessidade adequação da mesma à norma prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” do mesmo diploma legal, para o patamar de 60%, tal como procedeu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF nº 0148-04/19 a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal conforme Acórdão CJF nº 0046-12/19, pelo fato de se configurar hipótese de infração diversa das previstas na citada Lei que importe no descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal.

Por pertinência, transcrevo trecho do voto acolhido por unanimidade pelos membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF nº 0046-12/19.

“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,...”.

Quanto ao pedido de realização de diligência, indefiro com base no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, quanto à lide.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a adequação da penalidade ao patamar de 60%, na forma já explicitada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207103.0012/19-8**, lavrado contra **GE ENERGIAS RENOVÁVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$846.438,30** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à Distância, 24 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR