

PROCESSO - A. I. Nº 232884.0013/17-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
RECORRIDOS - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0048-06/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0033-12/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. RETORNO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA. Não foi apreciado no Acórdão recorrido o pedido de diligência formulado pelo Autuado. Nulidade da decisão de 1º grau. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2017, no valor de R\$217.233,91, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.10 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, no mês de junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.503,02, acrescido da multa de 150%, prevista no Art. 42, V, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere à Nota Fiscal de Entrada nº 1518, emitida pelo Autuado em 26/06/2013, referente ao retorno de mercadoria remetida para depósito fechado no Estado do Rio Grande do Sul.

Infração 02 - 01.02.26 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no mês de novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.846,79, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere à entrada de mercadoria originada em outra unidade da Federação, beneficiada com a isenção prevista no Convênio ICMS nº 101/97, Nota Fiscal nº 67, emitida em 29/11/2013.

Infração 03 - 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e fevereiro a abril, agosto e novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$17.059,25, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere aos serviços prestados de transporte de cargas iniciados em outra unidade da Federação com destino ao Estado da Bahia, com alíquotas de 12% e 17%, não tendo sido objeto de estorno o crédito fiscal a maior.

Infração 04 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de agosto de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$90.542,55, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere às saídas interestaduais para o Estado do Piauí, a título de remessa em consignação de pallet anchoring system D36(M39)L3000.

Infração 05 - 12.03.03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal do imposto destacado nas notas fiscais de entradas relativas a importações de mercadorias, entretanto com imposto recolhido e destinadas fisicamente para outra unidade da Federação, no mês de fevereiro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$86.282,30, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere às Notas Fiscais nº 3383 e 3386, com ICMS recolhido via GNRE para o Estado do Rio Grande do Sul.

A 6ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0048-06/18 (fls. 204 a 208), com base no voto a seguir transcrito:

“Cumpre 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.

Induvidosamente, 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 |
| TOTAL | 217.233,91 | 116.104,82 | | |

A 6ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 218 a 237), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual destacou a preliminar de nulidade do Acórdão recorrido em razão da falta de apreciação do seu pedido para conversão do processo em diligência para a efetiva confirmação da natureza dos itens objeto das Notas Fiscais nºs 5728, 6044 e 6046, visando o seu correto enquadramento na NCM.

Também alegou a nulidade da Decisão recorrida em decorrência da indevida inovação dos fundamentos do lançamento tanto referente à Infração 03, já que não havia sido questionada a legitimidade do crédito fiscal, mas apenas a sua circunscrição ao percentual de 7%, quanto à Infração 04, pois em nenhum momento o lançamento foi motivado sob o fundamento de que os itens objeto das Notas Fiscais nºs 5728, 6044 e 6046 estariam supostamente enquadrados na NCM 7318.15.00.

Disse que a motivação dos atos administrativos deve ser contemporânea à sua produção e que, por via oblíqua, a inovação dos fundamentos impõe a nulidade do próprio lançamento.

Defendeu o direito ao aproveitamento do crédito exigido na Infração 01, tendo em vista que a referida Nota Fiscal nº 1518 foi emitida para viabilizar a reentrada dos itens da Nota Fiscal nº 2241,

que foram objeto de recusa por parte do destinatário, sem ingressar fisicamente em seu estabelecimento, com o intuito de anular os efeitos da saída antecedente, conforme previsto no Art. 450, I e II do RICMS/12.

Sustentou também o direito ao aproveitamento do crédito exigido na Infração 03, pois os serviços de transporte se dão no seu fluxo produtivo, sendo que, apesar de ter origem e destino em outros estabelecimentos, sem qualquer vinculação societária, foram realizados por sua conta e ordem, nos termos da própria redação do Art. 29 da Lei nº 7.014/96, ao dispor que o direito ao crédito se dá sobre o “*imposto anteriormente cobrado em operações de que tenham resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento*”. (grifou)

Afirmou que as saídas a que se refere a Infração 04 são isentas, pelo fato das mercadorias estarem enquadradas no NCM 8503.00.90, independentemente de ser consignação ou venda, nos termos do inciso XII, da cláusula primeira do Convênio ICMS 101/97, reiterando o pedido de conversão do processo em diligência para que se confirme o correto enquadramento na NCM dos itens objeto das Notas Fiscais nºs 5728, 6044 e 6046.

Aduziu que a multa aplicada na Infração 01, prevista no Art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96, é confiscatória, pois não pode ultrapassar 100% do valor do tributo exigido, conforme decidido no RE nº 833.106, em sede de repercussão geral, na forma do Art. 543-A do CPC/73.

Requeru o acolhimento das preliminares arguidas para a decretação da nulidade parcial do Acórdão em relação à Infração 04 e a nulidade da autuação sobre as Infrações 03 e 04, bem como a insubsistência das Infrações 01, 03 e 04 e, subsidiariamente, a redução para o percentual de 100% da multa aplicada na Infração 01.

Registro a presença na sessão de julgamento do patrono do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Fernando Beltrão Lemos Monteiro - OAB/SP nº 236.565.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa mediante 5 (cinco) infrações, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, Infrações 01, 02, 03 e 05, e pela falta de recolhimento em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, Infração 04.

O Autuado requereu a declaração de nulidade da Decisão ora recorrida, entre outros fundamentos indicados a seguir, tendo em vista que pleiteou a realização de diligência em sua Manifestação (fl. 179), mas que a referida Decisão não se pronunciou sobre tal pedido.

Quanto ao fundamento de que ocorreu inovação na Decisão em relação às Infrações 03 e 04, em que foi pleiteada tanto a nulidade da Decisão recorrida, quanto a nulidade da própria autuação, não acolho tal pedido, pelos seguintes motivos:

- a) em relação à Infração 03, só teria inovação se o julgamento passasse a exigir o valor total do imposto da operação. Se o valor total do imposto foi considerado indevido, a exigência quanto à parcela do imposto está correta. No entanto, a diferença só pode ser exigida em outro lançamento.
- b) em relação à Infração 04, não há inovação, o próprio demonstrativo, parte integrante do Auto de Infração, já indicava que as mercadorias estavam enquadradas na NCM 7318.15.00 (fl. 30).

Ressalto, que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas.

Entretanto, não consta no Acórdão ora recorrido nenhuma manifestação acerca do pedido formulado para que o processo fosse convertido em diligência, tendo sido descumprido o

preceito contido no Art. 18, III do RPAF/99, motivo pelo qual voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar NULA a Decisão de piso, de modo que o processo retorne à 1ª instância para novo julgamento a salvo da falha apontada. Recurso de Ofício considerar PREJUDICADO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **232884.0013/17-5**, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo o processo retornar à 1ª Instância, para que seja efetuado novo julgamento a salvo da falha apontada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS