

**A. I. Nº** - 232884.0013/17-5  
**AUTUADA** - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.  
**AUTUANTES** - AGILBERTO MARVILA FERREIRA E EDUARDO TADEU SANTANA  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 14.02.2022

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0007-05/22-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA a) RETORNO INEXISTENTE DE MERCADORIA ENVIADA PARA DEPÓSITO FECHADO: falta de comprovação do retorno justifica a ação fiscal; irregularidade procedente; b) SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO: NCM corrigida e admitida pela fiscalização no informativo fiscal torna a infração elidida; irregularidade improcedente c) DESTAQUE A MAIOR EM DOCUMENTOS FISCAIS: admitido o crédito apenas correspondente à alíquota interestadual; irregularidade procedente; d) IMPORTAÇÃO DESTINADA FISICAMENTE PARA OUTRO ESTADO: contribuinte demonstra que estornou o crédito no mesmo mês de competência, fazendo com que a exigência seja improcedente; 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS: NCM da mercadoria não se enquadra na hipótese de isenção, assistindo razão aos autuantes; irregularidade procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

Bom frisar, que conforme adiante pormenorizado, prefere-se repetir quase na íntegra a decisão colegiada anterior de primeira instância, por economia processual, fidelidade meritória e concatenação dos elementos fático-jurídicos, tanto no relatório, quanto na fundamentação, efetuando-se as adaptações que se fizerem pertinentes.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, contou com as seguintes infrações:

**Infração 01 – cód. 01.02.10:** *Uso indevido de crédito fiscal, haja vista o retorno não comprovado de mercadoria enviada para depósito fechado. Fatos geradores em junho de 2013. Valor histórico de R\$ 8.503,02. Enquadramento legal: arts. 29 e 31 da Lei 7014/96. Multa de 150% prevista no art. 42, V, “b” da Lei atrás mencionada.*

**Infração 02 – cód. 01.02.26:** *Uso indevido de crédito fiscal de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção. Fatos geradores em novembro de 2013. Valor histórico de R\$ 14.846,79. Enquadramento legal: arts. 29, §4º, II, da Lei 7014/96. Multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a” da Lei atrás mencionada.*

**Infração 03 – cód. 01.02.41:** *Uso indevido de crédito fiscal, em função de destaque a maior em documentos fiscais, por se tratar de prestações iniciadas em outros Estados do Sul/Sudeste (exceto Espírito Santo) e destinadas para a Bahia. Fatos geradores em janeiro a agosto de 2013, outubro a dezembro de 2013, fevereiro a abril de 2014, agosto de 2014 e novembro de 2014. Valor histórico de R\$ 17.059,25. Enquadramento legal: arts. 29 e 31 da Lei 7014/96, c/c o art. 309, §7º, do*

*RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012. Multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a” da Lei atrás mencionada.*

**Infração 04 – cód. 02.01.03:** *Falta de pagamento de ICMS por ter praticado remessas em consignação sem tributação. Fatos geradores em agosto de 2014. Valor histórico de R\$ 90.542,55. Enquadramento legal: arts. 2º, I e 32, da Lei 7014/96, c/c o art. 332, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012. Multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” da Lei atrás mencionada.*

**Infração 05 – cód. 12.03.03:** *Uso indevido de crédito fiscal, em razão de entradas de mercadorias importadas cujo imposto foi recolhido para outro Estado. Fatos geradores em fevereiro de 2014. Valor histórico de R\$ 86.282,30. Enquadramento legal: arts. 13, I, “d” e 31, da Lei 7014/96, c/c os arts. 434 e 435 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012. Multa de 60% prevista no art. 42, II, “f” da Lei atrás mencionada.*

Dão suporte à cobrança termo de início de fiscalização (fl. 10), intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fl. 11), demonstrativos analíticos das infrações (fls. 13/14, 16/18, 23, 30), DANFES (fls. 15, 19/22 e 24/25), Conv. ICMS 101/97 (fls. 26/28 – frente e verso) e CDR contendo arquivos eletrônicos (fl. 52).

Ciente do lançamento em 05.10.2017, a impugnação (fls. 55/59) foi protocolada em 28.5.2018, conforme registro presente nos autos (fl. 31).

De começo, sujeito passivo assegurou que o estabelecimento autuado é sua unidade fabril, atuando com ênfase na fabricação de equipamentos para a geração de energia eólica, notadamente a fabricação de pás, torres metálicas e montagem das naceles de aerogeradores.

Quanto à infração 01, foi articulado que, seguindo o quanto previsto na legislação, emitiu a Nota Fiscal nº 1518, para viabilizar a reentrada dos itens que foram objeto de recusa pelo destinatário, apropriando-se do crédito, sob o mesmo percentual de 12% (doze por cento) suportado inicialmente, com o único intuito de anular os efeitos da saída antecedente.

Quanto à infração 02, foi articulado que emitiu Carta de Correção relativa à Nota Fiscal nº 67 para fins de alterar a NCM 85030090, que de fato possui previsão no Convênio ICMS nº 101/97, para a NCM 84844010, que, por sua vez, não é isento.

Quanto à infração 03, foi articulado que apesar da autuada revestir-se da qualidade da tomadora desses serviços de frete, as remessas, diversamente do quanto presumido pela fiscalização, não tiveram necessariamente como destino o Estado da Bahia, tal como se observa dos respectivos Conhecimentos de Transporte. E isso se mostra absolutamente equivocado, pois, para fins de definir a alíquota aplicável, seja ela interna ou interestadual, há que se investigar o local de origem e destino da correspondente remessa, e não o domicílio do tomador do serviço.

Quanto à infração 04, foi articulado que, a despeito do tipo da saída, seja ela uma consignação ou uma venda, o ICMS não deverá incidir de acordo com o tipo de mercadoria que lhe constitui objeto. E, nesse caso, as saídas são isentas pelo fato das mercadorias autuadas enquadrarem-se na NCM 85030090.

Quanto à infração 05, foi articulado que o crédito cobrado foi anulado no mesmo mês, através de lançamento de estorno de mesmo valor na escrita fiscal.

Subsidiariamente, dado o caráter confiscatório da multa, pelo fato de não poder ultrapassar 100%, solicitou a sua diminuição.

Acompanharam a contestação documentos de representação legal (fls. 49/78), notas fiscais eletrônicas (fls. 85/97, 101/104, 140/156), carta de correção (fl. 99), CTes (fls. 106/138), registros de apuração do ICMS (fls. 158/159) e CDR contendo arquivos eletrônicos (fl. 160).

Nas suas informações fiscais (fls. 163/167), a auditoria rebate as infrações 01, 03 e 04. Reconhece, porém, a improcedência das infrações 02 e 05. Para a infração 01, anexa a NF 1518 (fl. 168) e para a infração 04, apensa as NFs 3383, 3386 e 4635 (fls. 169/171).

Em face destes novos elementos, o contribuinte é notificado para se manifestar e assim o faz, reiterando basicamente as suas alegações defensivas (fls. 176/179), juntando mídia respectiva (fl. 187).

Concluída a instrução e pautado o processo para julgamento, a 6ª JJF decidiu pela procedência parcial do lançamento de ofício, nas bases externadas às fls. 241/245, de cuja síntese, no mérito, foi na seguinte direção:

A infração 01 foi considerada totalmente procedente, vez que não basta a simples emissão de nota fiscal de entrada pelo autuado para demonstrar que ocorreu o retorno da mercadoria, até porque o destinatário dela estava capacitado para expedir regularmente documentos fiscais. Em acréscimo, também não ficou demonstrado de que o produto efetivamente circulou fisicamente de volta para a impugnante.

A infração 02 foi considerada improcedente por se tratar de produto com NCM cujo crédito fiscal é admitido na entrada, aliás conforme a própria auditoria admitiu, após ter verificado a correção documental atestada nos autos.

A infração 03 foi considerada totalmente procedente, eis que a glosa referiu-se à diferença do crédito em face da prestação interestadual, à vista dos conhecimentos de transporte examinados pela relatoria (fls. 106/138).

A infração 04 foi considerada totalmente procedente, posto que as importações do mesmo produto autuado, cuja análise da classificação fiscal passa pelas autoridades aduaneiras, registram a NCM 7318.1500, estranha ao benefício da isenção previsto no Conv. ICMs 101/1997.

A infração 05 foi considerada improcedente, porquanto ficou evidenciado nos autos que o contribuinte procedeu ao estorno dos créditos fiscais respectivos na Apuração do imposto (fls. 158/159).

Inconformado com a decisão de primeiro grau, o autuado interpôs recurso voluntário (fls. 218/237), arguindo, em resumo: (1) a nulidade da decisão recorrida, visto não ter ela “abstraído” (sic.) o pedido de conversão do processo em diligência, inserido em petição pós informação fiscal, fl. 179. (2) a nulidade da decisão recorrida por ter ela inovado nos fundamentos do lançamento de ofício. (3) no mérito, para a infração 01, o direito a ter o crédito fiscal mantido, visto que a mercadoria sequer saiu do estabelecimento autuado. (4) no mérito, para a infração 03, o direito a ter o crédito fiscal mantido, visto que os serviços de transporte se dão no fluxo produtivo do estabelecimento autuado. (5) no mérito, para a infração 04, o fato das mercadorias serem classificáveis na NCM 8503.0090, cujas operações são protegidas pela isenção. (6) subsidiariamente, o caráter confiscatório da multa de 150% para a infração 01, determinando-se a sua redução para 100%.

O r. Colegiado de segundo grau (fls. 251/255) considerou nula a decisão de grau primeiro, aduzindo basicamente o que se segue:

*“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” (negritamos).*

Pelo que, à vista deste resultado, foi o recurso de ofício prejudicado e o recurso voluntário provido, sem enfrentamento direto de mérito.

Vale dizer que o Colégio “ad quem” também se pronunciou a respeito do pedido de nulidade da decisão recorrida, pelo fato desta ter inovado os fundamentos da autuação, visto que a fiscalização nunca questionou a legitimidade do crédito, e sim que este deveria ficar adstrito à alíquota de 7%.

A este respeito, assim se manifestou a instância de segundo grau:

*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).*

Neste quadro, retornam os autos para este relator fazer a reanálise do processo e, agora na condição de integrante da v. 5ª JJF, em conjunto com o Colégio respectivo, fazer a prolação de novo julgamento.

É o relatório.

## VOTO

De começo, cumpre tecer algumas considerações a respeito da questão suscitada pelo contribuinte, acatada no segundo grau, de ter ocorrido nulidade da decisão recorrida, em decorrência da não apreciação do pedido de conversão do processo em diligência, aposto à fl. 179, afeto à infração 04, isto é, operação tributável que não foi tributada na saída, a título de remessa em consignação de “*pallet anchoring system D36 (M39) L 3000*”, NCM 7318.1500. Como fundamento desta autuação, os Auditores Fiscais produziram a planilha respectiva (fl. 30).

Sobre esta irregularidade, a impugnação limitou-se a dizer, que ao contrário do mencionado pelo Estado, “**desnecessárias maiores digressões** para se reconhecer que as saídas são isentas pelo fato de as mercadorias objeto das saídas autuadas enquadrarem-se no NCM 8503.0090” (fl. 42), independente de ser venda ou consignação, pois o produto estaria acobertado pela isenção prevista na cláusula primeira, XIII do Conv. ICMS 101/1997. E que, como é possível verificar dos aludidos documentos” (doc. 08 – fls. 140/156), “os itens objeto das Notas Fiscais 5728, 6044 e 6046 estão enquadrados no NCM 8503.0090” (sic.). **Foi o próprio contribuinte que sustentou não haver sequer necessidade de grandes digressões, para no seu entendimento, a operação estar isenta.**

Por sua vez, a informação fiscal anexou a título de amostragem as NFs de entrada 3383, 3386 e 4635 (juntadas às fls. 169 a 171, **as duas primeiras já existentes nos autos, por si suficientes, do ponto de vista instrutório – fls. 24/25**), acobertando as importações **do mesmo produto objeto da controvérsia**. Nelas se vê que o **fisco federal**, em princípio a esfera competente para fazer as classificações fiscais, apontou dito produto pertencer à NCM 7318.1500.

O pleito da diligência, discretamente aposto à fl. 179 (**e não destacado no item III – DO PEDIDO, da manifestação pós-impugnatória**), sucedeu a alegação de que o informativo fiscal novamente sustentou o enquadramento dos “pallets” na NCM 7318.1500, **ante o registro deste código nas notas fiscais de importação, emitidas pela própria autuada**; porquanto “não há como se tomar como referência a utilização desse enquadramento equivocado na entrada, como uma prova inquestionável da exigência do ICMS” (sic.).

Tinha o singelo pedido de diligência o seguinte teor: “caso não se entenda pela aplicação do NCM 8503.0090, a Autuada pugna pela conversão do julgamento em diligência para que se confirme o correto enquadramento dos itens objeto das NFs 5728, 6044 e 6046” (sic.).

**Pedido impossível de ser atendido, por incompetência absoluta do fisco estadual neste caso específico, já que o fisco federal, repita-se, ao examinar os itens autuados no procedimento de importação, objeto da infração 04, isto é, “pallets anchoring system D36 (M39) L 3000”, qualificou-os dentro da NCM 7318.1500, sobre a qual o Estado, em face da manifestação expressa da União, dela não poderia discordar.**

Debaixo do título “Entes Tributantes e Ingerência na Classificação das Mercadorias na Nomenclatura do Mercosul (NCM)”, tivemos a oportunidade de opinar (In Direito e Justiça – Aspectos Atuais e Problemáticos – Tomo II – Direito Público – CONSINTER, coord. de Alessandra Galli, - 2015 - pp. 97 – 118):

*Na hipótese de exigência do tributo estadual ou municipal e estando o contribuinte acobertado por uma resposta em consulta que lhe é favorável, nenhum dos entes da federação – nem mesmo a União, no que pertine a tributos federais – poderá efetuar a cobrança de tributo desconsiderando tal posicionamento.*

*Portanto, os Estados-membros e Municípios nada poderão fazer no sentido de modificar o entendimento da consulta, pois do contrário incorrer-se-ia em usurpação de competência...*

*Mutatis mutandis* do conteúdo atrás transcrito, é de se dizer que se a União, através das autoridades aduaneiras, dentro do processo de importação, classificou a mercadoria sob análise numa determinada NCM, nem o contribuinte nem o Estado poderia entender um outro enquadramento fiscal, e ao seu alvedrio indicar uma outra NCM, visto que a atribuição federal resultou preenchida, clarividente, devidamente exercitada.

Pois bem.

Tecnicamente, a impugnação ao lançamento veio através de substancial petição apresentada às fls. 35 a 47, acompanhada de volumosa documentação, apensa às fls. 48 a 160. Nela, o pedido (item IV), resumiu-se a reivindicar a improcedência do auto de infração, no mérito, em face dos itens II-1, II-2 e II-3 e, subsidiariamente a redução da multa proposta na infração 01.

Fosse observado estritamente o RPAF-BA, não se pode perder de vista o disposto no art. 123, § 1º, abaixo transcrito:

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.*

*(...)*

*§ 1º A **matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez***

*(...)*

*§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.*

Logo, quisesse o sujeito passivo solicitar uma diligência, tecnicamente deveria fazê-lo quando do oferecimento de sua contestação de uma só vez, salvo se um fato novo, impeditivo, contraposto e/ou superveniente (que não aconteceu), tivesse ocorrido, até porque já havia o Estado anexado ao auto de infração provas irrefutáveis de que os “pallets”, dentro do processo de importação, vindos da China, estavam enquadrados na NCM 7318.1500, NFs. 3383 e 3386 (fls. 24/25).

O regulamento processual administrativo citado no mesmo art. 123, é claro ao determinar que:

*§ 5º A **prova documental será apresentada na impugnação, precluindo** o direito de o impugnante fazê-la **em outro momento processual, a menos que:***

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

*§ 6º A **juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de***

**uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior.**

Claro que a solicitação da diligência, se aprovada, iria exigir a juntada de documentos. Ou ainda: poderia o contribuinte, independente da diligência, anexar documentos que contestassem a adoção pela União da NCM 7318.1500, sem necessidade de maiores digressões, como ele próprio assegurara em seu libelo.

Se o contribuinte ofereceu um argumento modificativo que confrontava documentação fiscal de própria autoria, já existente nos autos (fls. 24/25), qualificando os referidos “pallets” dentro do procedimento de importação na NCM 7318.1500, deveria ele mesmo oferecer a sua contraprova, até porque dispunha (ou poderia dispor), de elementos comprobatórios.

Então, impensável se levantar a hipótese de contraposição de fato ou argumento *posteriormente* trazido aos autos, se as notas fiscais de entrada que registraram as importações já constavam às fls. 24/25, *anteriormente* ao singelo pedido feito à fl. 179.

Apresentar um requerimento de execução impossível por parte do Estado, qual seja, de prepostos auditores verificarem a correta classificação fiscal dos “pallets”, quando a União, nos trâmites da importação, a considerou na NCM 7318.1500, e ele mesmo, o contribuinte, emitiu as notas fiscais de entrada por importação com este qualificativo (fls. 24/25, 169/171), traduz comportamento que equivale no direito a pedido inexistente, fora do mundo jurídico, do qual não comportaria a mínima análise de deferimento ou indeferimento.

A respeito de **atos processuais defeituosos inexistentes**, a voz autorizada de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo, Saraiva, 2020, p. 464):

*O ato inexistente é o que está no primeiro plano, não chegando a preencher os elementos essenciais à sua constituição... O ato inexistente não produz efeitos jurídicos, simplesmente por não existir... A inexistência não convalesce, devendo ser praticado um novo ato, com elementos constitutivos mínimos.*

Assim, não deveria o pedido de diligência merecer qualquer apreciação. O menor cabimento processual, posto que no caso específico nada poderia fazer o Estado da Bahia, por incompetência absoluta, posto que a União, acerca dos “pallets”, nunca excede repetir, já houvera feito a sua classificação fiscal. Caberia ao contribuinte, no âmbito federal, fazer as contestações e postulações de praxe, para, munido de uma resposta diferente da constante dos autos, considerada pelo fisco federal, apresentar as provas correspondentes. Logo, não há que se falar em decisão nula, por falta de apreciação de ato processual anterior inexistente da parte.

Veja-se o que diz ainda o RPAF-BA:

*Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, **deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.***

Não houve, no discreto pedido de fl. 179, qualquer fundamentação da sua necessidade. Pedir que prepostos fazendários estaduais contestem a NCM já declarada pela União, não poderia traduzir a menor utilidade prática, o menor proveito processual probatório, e portanto, despontou desprovido do mínimo fundamento da sua necessidade.

Não obstante todo este desenvolver de raciocínio, apenas aqui produzido para fins de contextualização jurídica, a decisão recorrida, **mesmo assim, pronunciou-se claramente sobre o discreto, e sobretudo juridicamente inexistente pedido de diligência formulado à fl. 179,** tanto no relatório (parte do acórdão no qual, a rigor, pelo diploma processual de regência, deva constar), quanto na fundamentação do *decisum a quo*:

**Primeiro, quando no relatório do acórdão recorrido, lugar apropriado indicado pela legislação, mencionou-se que se mostraram satisfatórios para o convencimento da relatoria “os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído” (sic; fl. 242).**

Aliás, as expressões utilizadas no acórdão quase são uma **reprodução textual do art. 147, I, “a”** do RPAF-BA, tido como inobservado pela decisão recorrida, as quais remetem ao indeferimento de eventuais pedidos de diligência. Veja-se o teor:

*Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

*a) o julgador **considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos**, ou quando a verificação for considerada impraticável;*

Veja-se ainda o que diz o RPAF-BA, art. 147, § 2º sobre constar no relatório (a despeito da atecnia, *maxima permissa venia*), o indeferimento da diligência:

*§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:*

*II - pela Junta ou Câmara de Julgamento, na fase de instrução do processo, caso em que:*

*a) o indeferimento deverá ser consignado na ata da sessão em que o mesmo for declarado;*

*b) por ocasião da decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento **no relatório do acórdão da decisão (destaques da transcrição)***

**Depois, quando já na fundamentação do voto ficou dito que foram atendidos o contraditório e a ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário. Preservado o direito de defesa, segundo a decisão apelada, conota a desnecessidade da diligência.**

Ambas as referências feitas no relatório e fundamentação, expressaram o afastamento do pleito da diligência, repita-se, discretamente oferecido à fl. 179, omitido no tópico processualmente adequado (item III- DO PEDIDO), mas de sobejo explorado na peça recursal (item II-1, fls. 222/225).

Vale trazer à baila os ensinamentos do mencionado jurista da UFRJ, que dentro da processualística moderna leciona a respeito dos princípios da colaboração e da razoável duração processual (art. 6º do CPC/2015, aplicação subsidiária, e art. 5º, LXXVIII, da CF/1988):

*Preconiza o princípio, inferido do art. 139, II, do CPC/2015, que a prestação jurisdicional obedeça a uma vantajosa relação custo-benefício, ou seja, que proporcione maior eficiência com o menor custo possível ... O Princípio demanda análise do **binômio custo-benefício ao deferir diligências processuais**, a partir da sua real necessidade naquele processo (p. 102) ...*

*Este princípio significa que o processo precisa ser concluído em prazo razoável sem dilações desnecessárias para alcançar o seu resultado útil e produzir justiça (p. 425).*

*Os sujeitos do processo – não só as partes, mas também o juízo – assumem a responsabilidade de, em atuação conjunta, trabalhar para a obtenção de uma decisão meritória justa e efetiva, em tempo razoável ... A partir de todas essas considerações, faz-se mister em conta que o processo, **em sua roupagem contemporânea**, se revela nada mais, nada menos, do que o resultado da cooperação entre as partes e o órgão jurisdicional, na busca pela efetivação dos direitos fundamentais e pela edificação de um processo justo (p. 440).*

Tais considerações, entretanto, apenas tiveram o intento de aprofundar reflexões acerca dos princípios que se põem mais importantes do que supostos desatendimentos de pedidos juridicamente inexistentes, impossíveis de execução do ponto de vista da competência, incapazes de ensejarem a presença do fenômeno processual da supressão de instância.

Na verdade, é de dever da instância de primeiro grau acatar e alterar os termos da decisão recorrida, conforme indicado pela instância *ad quem*, à luz do exposto nos fundamentos contidos às fls. 254/255.

Com efeito, aponta a v. relatoria de segundo grau, que não consta na decisão da 6ª JJF nenhuma

manifestação acerca do pedido formulado, para que o processo fosse convertido em diligência.

A despeito de todas as inflexões atrás formuladas, é de se dizer:

No que tange ao pedido de diligência formulado à fl. 179, não tem ele o mínimo cabimento, haja vista já existirem no processo os elementos fático-jurídicos probatórios suficientes para a formação do convencimento desta relatoria, na forma do art. 147, I, “a” do RPAF-BA.

No mais, mantêm-se toda a fundamentação externada na decisão anterior, e que se passa a reproduzir agora quase na íntegra.

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 (NFe 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.

Por outro lado, à época da lavratura do lançamento, a multa prevista era de 150%. Mas o inciso V, do art. 42 da Lei 7014/96 foi alterado pela Lei 14.183/2019, efeitos a partir de 13.12.2019, no intuito de diminuir para 100% a multa aplicável para todas as irregularidades indicadas no citado dispositivo. Logo, em face da retroatividade benigna, reduz-se a sanção para 100% (cem por cento).

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 (NFe 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 CTes 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, 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 (NFs 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, portanto, sujeito à tributação pelo imposto estadual. Isso está sobejamente demonstrado nos documentos anexos ao auto de infração, juntados antes da manifestação empresarial pós-impugnatória, conforme se extrai do conteúdo das notas fiscais exibidas às fls. 24 e 25, estes sim, documentos que merecem crédito probatório, posto que registram a entrada no país do produto denominado *pallet anchoring system D36 (M39) L 3000*, oriundo da China, mediante processo específico, com *Invoice*, Declaração de Importação e outros documentos exigidos pelo fisco federal, oportunidade em que as autoridades aduaneiras conferem fisicamente a mercadoria importada e atribuem a classificação correta na NCM. Salta aos olhos que tais “pallets”, conhecidos na mercancia como plataformas que facilitam a movimentação, o transporte e a armazenagem de qualquer mercadoria, não poderiam ganhar o enquadramento na NCM 8503.0090 (partes e peças usadas exclusiva ou principalmente em aerogeradores, ou em geradores fotovoltaicos – conf. Conv. ICMS 101/97, fl. 26, verso).

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 (NFs 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 fl. 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 JJF 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 a autuação ser julgada procedente em parte, pela procedência total das infrações 01 (R\$ 8.503,02, com multa de 100%), 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\$)	MANTIDO (R\$)	MULTA	RESULTADOS
01 – 01.02.10	8.503,02	8.503,02	100%	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
	<b>217.233,91</b>	<b>116.104,82</b>		

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232884.0013/17-5**, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 116.104,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 107.601,80, e de 100% sobre R\$ 8.503,02, previstas art. 42, incisos II “a”, VII, “a”, e V, “b da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR