

A. I. Nº - 207103.0003/22-9
AUTUADO - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24/10/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-03/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. É indevida a utilização de crédito fiscal decorrente de operações com mercadorias isentas, imunes ou não sujeitas à incidência do ICMS, bem como das prestações de serviços de transporte a elas correlatas. Os cálculos foram refeitos para excluir valores comprovados pelo Defendente, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/03/2022, refere-se à exigência de R\$ 1.411.182,29 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 001.002.003: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2019.

Em complemento, consta a informação de que se trata de entradas de mercadorias com NCMs enquadrados no Convênio ICMS 101/97, e não sujeitas à tributação do IPI, ou com tributação à alíquota zero do IPI. Assim, o crédito do ICMS utilizado pelo Autuado é indevido já que a operação está sujeita à isenção. Infringiu, além dos artigos constantes no SLCT, o art. 264, inciso XIX do RICMS-BA, Decreto 13.780/2012 e o Convênio ICMS 101/97.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 29 a 54 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que é pessoa jurídica de direito privado que, dentre outras atividades, dedica-se à fabricação e comercialização de equipamentos para geração e cogeração de energia elétrica, notadamente de equipamentos eólicos, sujeitando-se, portanto, ao recolhimento do Imposto sobre Mercadorias e Serviços – ICMS, nos termos dos artigos 1º e seguintes da Lei n.º 7.014/1996 e artigo 2º e seguintes, da Lei Complementar n.º 87/1996.

Diz que foi surpreendido pela lavratura de auto de infração que adota como fundamento a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de mercadorias isentas na forma do Convênio ICMS nº 101/1997.

Afirma que conforme será exposto ao longo da impugnação, a autuação padece de nulidade em razão da precariedade do procedimento administrativo que antecedeu a sua lavratura, visto que jamais restou confirmada a materialidade das cobranças em apreço.

Relativamente às operações em que houve o mencionado aproveitamento indevido de crédito, alega que a Autoridade Fiscal se absteve de confirmar efetivamente a incidência da isenção que teria motivado o indevido creditamento do imposto. Isso porque, para fins de concluir que as aquisições efetuadas pela empresa retratariam mercadorias isentas nos termos do Convênio ICMS

nº 101/97, a Autoridade Fiscal pautou-se estritamente na identificação que é atribuída a essas entradas na escrituração do estabelecimento autuado, que é realizada sob a perspectiva do declarante, desconsiderando a situação descrita nas respectivas notas fiscais.

Considerando que as aquisições efetuadas são destinadas à produção dos equipamentos eólicos, a escrituração dessas entradas identifica o produto resultante da industrialização, este sim eventualmente previsto no Convênio ICMS nº 101/1997, mas o que não significa em absoluto que se trata da aquisição de um produto isento. Basta verificar as respectivas notas fiscais de aquisição para se confirmar a ausência de correspondência do NCM no Convênio ICMS nº 101/1997, seja pelo desacordo do NCM, seja pela ausência de aderência à descrição do produto contemplada na norma de desoneração.

Considerando-se os pontos acima expostos, bem como os demais que serão pormenorizadamente suscitados a seguir, afirma que não tem como anuir com a exigência descrita no auto de infração em referência, razão pela qual articula a defesa administrativa consoante as razões a seguir aduzidas.

Pede vênia para destacar a configuração da nulidade do procedimento fiscal, alegando preterição do direito de defesa em razão da multiplicidade de autuações concomitantes.

Informa que, sob o contexto do mesmo expediente de fiscalização, teve contra si lavrados 13 (treze) diferentes Autos de Infração de ICMS pela Superintendência de Administração Tributária da Fazenda do Estado da Bahia, envolvendo 21 (vinte e uma) diferentes acusações fiscais, cada qual com sua especificidade, período de referência e tipo de acusação fiscal.

Faz uma síntese das autuações constituídas e afirma que se verifica da relação de autos de infração, os quais foram lavrados e submetidos à sua cientificação no mesmo momento, ressaltando casos excepcionais, constatando uma aparente variedade de acusações fiscais que envolvem desde o creditamento indevido sobre operações isentas, créditos a mais sobre bens do imobilizado, até estornos de débitos indevidos, além de operações com fornecedor declarado inapto pelo Fisco.

Entende que não há como se desconsiderar o verdadeiro prejuízo imposto ao contribuinte, em razão da necessidade de tomada de todas as providências necessárias para as defesas relativas a todos os casos em questão dentro do prazo único de 60 (sessenta) dias.

Frisa que o legislador, ciente da complexidade do trabalho necessário para contrapor uma indevida pretensão fiscal, incluindo a análise dos termos da infração, reunião dos documentos pertinentes, diagnóstico e avaliação desses documentos, além da própria elaboração das defesas, concedeu o prazo de 60 (sessenta) dias, sendo evidente que a fiscalização, pela via oblíqua, não poderá reduzi-lo ao opor uma série de exigências concomitantes e com matérias diversas.

Para que não parem dúvidas a respeito, basta verificar a situação de um determinado contribuinte que foi autuado pelo Fisco, recebendo um único auto de infração; imagine-se outro contribuinte, situado no mesmo ambiente de negócio, que recebeu o mesmo auto de infração, mas acompanhado de tantos outros dentro do mesmo prazo de defesa.

Diz ser razoável supor que contribuintes em condições análogas experimentem situações díspares do exercício do contraditório apenas pelo fato de a fiscalização ter reunido uma série de infrações de forma concomitante contra o segundo.

Diante do procedimento adotado pelo Autuante na constituição concomitante de 21 (vinte e um) diferentes tipos de acusações, distribuídos em 13 (treze) diferentes autos de infração, envolvendo períodos diversos, entende que não remanescem dúvidas de que há violação aos princípios da ampla defesa e do contrário, corolários do devido processo legal, devidamente contemplados no artigo 5º inciso LV, da Constituição Federal.

Reproduz o art. 18, Inciso II do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/1999, e afirma que apesar de a redação atual do artigo 40 do mencionado Regulamento não ser clara a respeito, tal como constava em

suas redações anteriores, consta a disposição de que a autoridade fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, mas o que, de acordo com o histórico desse dispositivo, tinha por objetivo facilitar o contraditório e a ampla defesa e que, inclusive, até 2010, exigia autorização expressa do inspetor fazendário da jurisdição do contribuinte.

Conclui que a existência de diversos autos de infração sob o prisma do mesmo expediente de fiscalização, diferentemente do quanto admitido no presente caso, constitui uma exceção, e não uma regra. E, diante de sua atividade vinculada, caberia ao Autuante ao menos justificar o motivo de proceder dessa forma, algo sequer cogitado no presente caso.

Dessa forma, pugna pela decretação da nulidade do procedimento fiscal e, por conseguinte, do presente auto de infração, entendendo que houve preterição do seu direito de defesa na imposição concomitante de 13 (treze) autos de infração dentro do mesmo prazo de oferecimento de defesa.

Antes de adentrar propriamente ao mérito da defesa, informa que não poderia deixar de denunciar a insubsistência do método utilizado para a lavratura do auto de infração em referência, bem como o vício de motivação incorrido pelo Autuante para a fixação da Infração 01.

Primeiramente, ressalta que, para fins de apontar a suposta conduta irregular, o Autuante interpretou a isenção prevista no Convênio ICMS n.º 101/1997 em desacordo com os requisitos previstos na cláusula primeira, impondo a severa penalidade de 60% (sessenta por cento) por apropriação indevida de crédito de ICMS em aquisições isentas, em razão do restabelecimento do imposto correspondente ao valor do crédito glosado.

Diz que o equívoco da fiscalização se deu na interpretação equivocada dos critérios que levam a enquadrar determinada mercadoria na isenção tratada no Convênio ICMS n.º 101/1997, que, além de exigir a subsunção do NCM aplicável ao produto, condiciona a incidência da desoneração ao perfeito enquadramento da descrição contida na norma e demais disposições normativas.

Explica: Tratando-se especificamente da isenção em debate, insta introduzir que, a fim de fomentar a utilização de outras fontes de energias, os Estados e o Distrito Federal acordaram, por meio do Convênio ICMS n.º 101, celebrado em 12 de dezembro de 1997, em desonerar o ICMS nas operações com equipamentos e componentes para aproveitamento das energias solar e eólica.

No Estado da Bahia, o Decreto n.º 7.216/1998 ratificou expressamente o Convênio ICMS 101/1997. Além disso, o artigo 264, do RICMS/BA, prevê a isenção do ICMS nas “*operações com 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*”.

Para o gozo dessa desoneração, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n.º 101/97 prevê que a isenção apenas abrangeria as operações de produtos cuja classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul estivesse expressamente discriminada nos incisos subsequentes e, ainda, estivessem de acordo com a correspondente descrição eleita no acordo entre os Estados e Distrito Federal.

Conclui que se impõe dois requisitos cumulativos para que o contribuinte possa fruir da isenção do Convênio ICMS n.º 101/97: i) a mercadoria objeto da operação deve ser classificada com NCM expresso em um dos incisos subsequentes da cláusula primeira; e ii) correspondência de sua descrição no Convênio. Do contrário, não há como se falar em isenção.

Menciona a exigência de interpretação literal que demandam as normas tributárias isentivas, nos termos do artigo 111 do CTN, e afirma que no caso concreto, o Autuante deixou de se atentar para a configuração cumulativa desses 2 (dois) critérios de enquadramento (NCM + descrição da mercadoria) para apontar que as aquisições feitas pelo Impugnante seriam isentas e que, por este motivo, o ICMS efetivamente destacado nos documentos não poderia ser aproveitado como crédito, e deixou até mesmo de confirmar esses pontos nos próprios documentos fiscais, identificando códigos de NCM alheios às mercadorias adquiridas (docs. 03).

A título de exemplo, cita a Nota Fiscal n.º 155, que tem por objeto a mercadoria “PINTURA AMARELA FIXIOLID” indicada no Anexo I do Auto de Infração:

Alega que ao contrário do quanto indicado no Anexo I da autuação em referência, a classificação de NCM da mercadoria acima citada não é de n.º 8503.00.90, mas sim de n.º 9608.20.00.

Apresenta o entendimento de que, para fins de enquadrar a aquisição no NCM 8503.00.90, o Autuante se pautou na forma com que essa entrada foi escriturada pelo estabelecimento, o que adota como fundamento a forma de registro sob a perspectiva do declarante da EFD. Contudo, basta verificar o respectivo documento fiscal para se confirmar que não se trata do NCM 8503.00.90, mas sim do NCM 9608.20.00.

Diferentemente do cenário dos produtos de classificação de NCM sob n.º 8503.00.90 que, na eventualidade de atenderem a respectiva descrição prevista no Convênio ICMS n.º 101/1997, estariam abrangidos pela isenção em apreço, as mercadorias de NCM sob n.º 9608.20.00 não são contempladas no Convênio ICMS n.º 101/1997 independentemente de sua descrição.

Pergunta: Se a Autoridade Fiscal sequer confirmou se as aquisições fiscalizadas se encontravam sob o abrigo da isenção que trata o Convênio ICMS 101/1997, como poderia afirmar que houve creditamento indevido pelo Impugnante?

Revela o seu inconformismo, alegando que a metodologia adotada pelo Autuante se mostra frágil e insubsistente, eis que deixou de se ater à materialidade da infração imputada, assim como impõe o art. 142 do Código Tributário Nacional (“CTN”).

Nesse contexto, traz à baila que, conforme dispõe o artigo 142 do CTN, o lançamento tributário não apenas poderá ser reputado como válido caso o Autuante legalmente incumbido, após instaurar processo administrativo de fiscalização, confirmar a efetiva materialização do fato gerador do crédito tributário então constituído.

Justamente por isso a Autoridade Fiscal competente deve se ater aos limites impostos pela legislação tributária para constituição do crédito tributário, de sorte que apenas revelará obrigação já consumada pelo contribuinte e/ou responsável tributário.

Reproduz ensinamento de Brandão Machado e o que dispõem os artigos 38 e 39, do RPAF-BA, destacando que o ato administrativo deve fundar-se em afirmações sobre fatos devidamente comprovados.

De forma parecida com o caso anterior, diz que a Autoridade Fiscal também se equivocou na classificação de diversos produtos, assim como se pode observar das mercadorias “KIT CABLES INTERLOCK UPDAT DFM V3 2 V3 3” constantes na Nota Fiscal n.º 265, também citadas no Anexo I da autuação.

Explica: Ainda que se admita a correspondência do NCM, não se pode perder de vista que também houve inobservância dos demais requisitos expressos na Cláusula Primeira do Convênio n.º 101/1997, para fins de confirmar a isenção da aquisição acima transcrita, que, nunca é demais deixar de registrar, deve ser interpretada literalmente nos termos do artigo 111 do CTN.

Diz que em relação à previsão do NCM n.º 8544.49.00 aplicável aos cabos de potência, a qual está contemplada no inciso XVI da Cláusula Primeira do Convênio ICMS n.º 101/1997, a isenção somente se aplica quando os cabos em questão são utilizados na fabricação de torres para suporte de gerador de energia eólica, conforme disposto no § 2º do mesmo dispositivo.

Afirma que tal situação não se verifica no presente caso, pois não fabrica torres, mas sim os aerogeradores, ou seja, a isenção atribuída ao NCM 8544.4900 no caso concreto está excepcionada pelo referido § 2º, da Cláusula Primeira do Convênio 101/97.

Acrescenta que, se pretendesse aplicar a isenção nesse fornecimento, considerando que não fabrica torres, certamente a própria fiscalização questionaria esse procedimento.

Não só a Autoridade Fiscal se absteve de verificar se as operações fiscalizadas gozavam efetivamente da isenção que trata o Convênio n.º 101/1997, como recaiu em vício de motivação,

pois indica mercadoria cuja descrição nem poderia estar sujeita à isenção que trata o Convênio ICMS n.º 101/1997, o que, igualmente, macula a validade do ato administrativo.

Acerca do motivo do ato administrativo, reproduz palavras da administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e diz que a observância do pressuposto da motivação é algo inerente à atividade administrativa, que, ressalvadas as exceções, não admite qualquer discricionariedade por parte do agente, o qual deve estrita submissão ao quanto a norma prescreve, cuja constatação é ratificada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tratando-se de atos administrativos que resultem na negativa e/ou limitação de direitos ou, ainda, na imposição de sanções, exatamente como ocorre no presente caso, afirma que a sua motivação deverá ser “explícita, clara e congruente”, atributos estes que não se fazem presentes no auto em referência, notadamente em relação à “Infração 01”.

Conclui que não tendo se desincumbido do dever de demonstrar o descumprimento da legislação tributária, bem como o vício de motivação para enquadramento da infração, o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal revela-se indubitavelmente nulo, razão pela qual o auto em discussão deve ser prontamente cancelado, o que desde já requer.

Defende a regularidade do aproveitamento dos créditos sobre as aquisições relacionadas na Infração 01, alegando que, não bastasse a insubsistência da autuação, consoante o quanto exposto no tópico anterior, verifica-se que as aquisições, de fato, jamais poderiam estar abrangidas pela isenção prevista no Convênio ICMS n.º 101/1997 e, portanto, não há como se falar em creditamento indevido.

Como anteriormente exposto, o Convênio ICMS n.º 101/1997 impôs dois requisitos cumulativos para fruição da isenção: *i*) a operação envolva mercadoria cuja classificação do NCM conste na cláusula primeira; e *ii*) correspondência da descrição da mercadoria para aquele específico NCM.

Em primeiro lugar, destaca que em alguns casos sequer há a correspondência do NCM. É o que se verifica, por exemplo, em relação as mercadorias adquiridas pela Nota Fiscal n.º 120615 (docs. 03), indicada no Anexo I da autuação, cujo NCM aplicado na respectiva nota fiscal (NCM 8483.4010) não está sequer contemplado no Convênio ICMS n.º 101/1997.

Afirma se depreender da cópia do documento acima, que sequer há a indicação do NCM 8503.0090 na aquisição, o que reforça a insubsistência do método adotado pelo Fisco em identificar o NCM aplicável estritamente sob o enfoque da escrituração efetuada pelo estabelecimento autuado.

Além do enquadramento do NCM, caberia à fiscalização também confirmar se a descrição do item na nota fiscal corresponde àquela indicada no Convênio ICMS n.º 101/1997, o que também não foi observado.

Diz que essa situação ocorre em sucessivos casos em que a Autoridade Fiscal estabelece a glosa sobre as aquisições enquadradas no NCM 8413.8100, que, de fato, está previsto no Convênio ICMS n.º 101/1997. No entanto, apesar da correspondência do NCM, o inciso II da Cláusula Primeira expressamente prevê que a isenção somente se aplica para as bombas para líquidos para uso em sistema de energia solar fotovoltaico.

Frisa que o produto enquadrado no NCM 8413.8100 somente será isento do ICMS quando destinado para uso em sistemas fotovoltaicos, o que diverge claramente das operações consubstanciadas pelo estabelecimento que envolvem a fabricação de equipamentos eólicos, nomeadamente os aerogeradores.

Certamente, não há correspondência da descrição do produto no Convênio ICMS n.º 101/1997, o que, dada a literalidade da isenção em matéria tributária (art. 111 do CTN), afasta a aplicação do fator de desoneração do ICMS.

Além disso, reitera a disposição do parágrafo segundo da Cláusula Primeira do Convênio 101/97, que restringe a aplicação da isenção do ICMS aos produtos posicionados nos NCMs 7308.9010

(inciso XIV), 8544.4900 (incisos XV e XVI) e 8479.8999 (inciso XVII) apenas aos casos de fabricação das torres para suporte de gerador de energia eólica.

Diz que tal situação não se verifica no presente caso, pois não fabrica torres, mas tão somente os aerogeradores (NCM 8502.3100), e de acordo com o demonstrativo do Auto de Infração, verifica-se que a Autoridade Fiscal promove indiscriminadamente a glosa sobre entradas de produtos classificados nos NCMs 7308.9010, 8544.4900 e 8479.8999 pela mera correspondência da classificação fiscal, abstraindo por completo a descrição exigida na legislação.

Acrescenta que, sendo inaplicável a isenção e, conseqüentemente, subsistindo o destaque do ICMS nos respectivos documentos fiscais, deve ser resguardada a apropriação de créditos do imposto em homenagem à sistemática não-cumulativa da exação.

Afirma que isso se dá em relação a todas as operações descritas pela fiscalização (docs. 03), seja pelo desacordo do NCM, seja pela ausência de correspondência da descrição da mercadoria ou, ainda, pelas próprias exceções previstas Convênio 101/97, não justificaram a aplicação da isenção pelos seus fornecedores, motivo pelo qual houve o devido creditamento sobre o ICMS efetivamente destacado nos respectivos documentos.

Afirma que se surpreende quanto à forma superficial com que a Autoridade Fiscal presume a aplicação da isenção do ICMS, a despeito de disposições normativas diretamente contrárias. De todo modo, deve-se ter em mente que a interpretação da isenção retrata uma questão objetiva, não sendo possível admitir dois critérios diferentes quando se está diante da aplicação da isenção e quando se está diante da apropriação de créditos do ICMS sobre aquisições pretensamente isentas.

Registra que essa análise do Fisco deverá se ater ao NCM registrado no respectivo documento de aquisição, conforme relação apresentada na impugnação (docs. 03), sendo indevida a identificação do código de enquadramento com base na forma pela qual o Impugnante escritura a correspondente entrada na EFD.

Conclui que sendo legítima a apropriação do crédito sobre os valores efetivamente destacados de ICMS nos documentos fiscais listados pela fiscalização (docs. 03), não há como se conceber a infração à legislação tributária, devendo ser afastada a exigência dos débitos do imposto e encargos que integram a cobrança descrita na “Infração 01”.

Subsidiariamente, contesta a multa aplicada, ressaltando que, caso se entenda que, residualmente, alguma irregularidade foi cometida, a qual, certamente, não coincidirá com aquela ventilada pelo Auto de Infração, pede licença para demonstrar a desproporcionalidade e o caráter abusivo das multas que se pretendeu aplicar.

Diz 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.

Difere, contudo, 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.

Sobre o tema, menciona o entendimento da doutrina e da jurisprudência e apresenta o entendimento de que, seja qual for o fundamento que se adote, não será outra a conclusão senão de que a multa deverá condizente com o ilícito praticado.

Cita o julgamento da ADI 551 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 14.02.2003) e diz que merece censura todo e qualquer ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar, restando claro que, no presente caso, deveria existir uma compatibilização da sanção imposta com a gravidade da conduta levada a cabo pelo contribuinte, respeitando-se, inexoravelmente, os primados aqui tratados.

Diz que a aplicação de multas sob o percentual de 60% (sessenta por cento) revela-se medida excessiva e incompatível com todas as circunstâncias que foram abordadas ao longo da peça de defesa, visto que, nos termos da legislação de regência, ficou devidamente demonstrada a regularidade do procedimento que adotou.

Afirma que não haveria motivo para se questionar a apropriação de créditos sobre aquisições de itens incorporados ao produto final ou consumidos no processo produtivo (“Infração 01”) e com base nos elementos acima expostos, há que se decretar o cancelamento das multas que incidem no Auto de Infração, 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.

Pelas razões de fato e de direito expostas, requer:

- 1) Preliminarmente, seja reconhecido o cerceamento do direito de defesa do Impugnante e a nulidade do lançamento por falta de motivação, consoante os fundamentos articulados nos tópicos “II.1 e II.2” da defesa;
- 2) No mérito, a procedência da Impugnação com o consequente cancelamento do Auto de Infração em questão, tendo em vista a matéria apresentada no tópico “III” da defesa.
- 3) Subsidiariamente, a relevação ou a redução da multa, consoante requerido no tópico “IV” da defesa.

Caso se entenda necessário, pugna, desde já, pela realização de diligências para se confirmar a natureza das operações autuadas, bem como os respectivos NCMs dos produtos que, segundo alegou a Autoridade Fiscal, estariam sujeitos à isenção prevista no Convênio 101/97, confirmando-se, a toda evidência, não se tratar de mercadorias sujeitas à referida isenção e que, consequentemente, justificam o direito ao crédito do ICMS.

O autuante presta informação fiscal às fls. 430 a 436 dos autos. Diz que analisará as questões suscitadas pelo impugnante e, a priori, rechaça os argumentos defensivos, afirmando que após a autuação fiscal o Autuado tenta reclassificar as mercadorias com objetivo de elidir a obrigação tributária do pagamento do imposto.

Registra que o impugnante traz o argumento de que teve contra si lavrados treze Autos de Infração envolvendo vinte e uma diferentes acusações fiscais, com especificidade, período de referência e tipo de acusação. O impugnante afirma que houve violação aos princípios da ampla defesa, constituindo causa de nulidade, e transcreve o inc. II do art. 18 do RPAF-BA, Decreto 7.629/99.

Referente ao tópico apresentado pela defesa que questiona os treze Autos de Infração lavrados envolvendo vinte e uma infrações, cada qual com sua especificidade, período de referência e tipo de acusação fiscal, contra a mesma, o Autuado alega que traria dificuldade ao exercício da ampla defesa, e que caberia ao Autuante justificar o motivo de proceder desta forma.

Diz que a nulidade requerida pelo Defendente não encontra amparo legal, pois os créditos reclamados nos Autos de Infração listados às fls. 32 a 34 do PAF, na defesa do Impugnante, ultrapassaram o valor estipulado no Parágrafo único do art. 40 do PAF, e no art. 18 não há hipótese entre seus incisos que dê guarida ao pedido de nulidade.

Diz que o Autuado alegou que a ação fiscal interpretou a isenção prevista no Convênio ICMS nº 101/97 em desacordo com o previsto na cláusula primeira, e impôs a multa de 60% por apropriação indevida de crédito de ICMS em aquisições supostamente isentas. E que o equívoco da ação fiscal ocorreu ao interpretar os critérios de enquadramento das mercadorias na isenção contida no Convênio ICMS nº 101/97, com o código de NCM aplicável ao produto.

Referente ao argumento apresentado de que há dois requisitos cumulativos para que o contribuinte possa usufruir da isenção contida na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 101/97, afirma que conforme a cláusula retro mencionada, os produtos indicados devem estar classificados nos NCMs relacionados nos incisos desta cláusula, e não há em todo o convênio o segundo requisito mencionado pelo impugnante, qual seja: correspondência de sua descrição no Convênio. Acrescenta que o inciso XIII da Cláusula Primeira do Convênio em comento, é abrangente ao admitir de forma generalizada que partes e peças utilizadas nos geradores fotovoltaicos e torres para suporte de energia eólica, possam ser beneficiados com a isenção do imposto.

Diz que há um segundo critério que condiciona o benefício da isenção no Convênio ICMS nº 101/97, e ele está contido no § 1º da Cláusula Primeira, que é a isenção ou a tributação à alíquota zero do IPI nas aquisições dos equipamentos, ou seja, das mercadorias adquiridas pelo impugnante. Estas duas condicionantes concomitantemente exigidas pelo Convênio citado estão presentes nos lançamentos das mercadorias nos respectivos livros Registros de Entradas/EFD, e constam no Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal às fls. 13 a 20 do PAF.

Referente ao questionamento trazido pelo impugnante sobre a motivação do ato administrativo relacionado ao fato gerador do imposto, em que apresenta a NF 155 com o NCM 9608.20.00, informa que constatou que o Autuado ao analisar o produto adquirido, o deve ter alocado em centro de custo que corresponda a parte ou peça utilizada no processo produtivo do seu aerogerador, classificou e lançou no respectivo livro Registro de Entradas/EFD com o NCM 8503.0090. Como foi observado acima, as alíneas “a” e “b” do inciso XIII da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 101/97, abarca estes produtos quando utilizados na fabricação de aerogeradores.

Referente ao produto, KIT CABLES INTERLOCK UPDAT DFM V3 2 V3 3, acobertado pela NF 265, trazida aos autos pelo impugnante, o NCM 8544.4900, tanto consta na NF, quanto no livro RE/EFD, e pode estar contido nos incisos XV ou XVI da Cláusula Primeira do Convênio. Ao contrário do que afirma o impugnante não está relacionado à utilização em torres para suporte de energia eólica, pois os cabos são itens dos incisos XV e XVI, enquanto as torres estão contidas na alínea “b” do inciso XIII.

Ressalta que não há que se falar de falta de motivação ou equívoco na definição do fato gerador do imposto.

Reproduz argumentos defensivos de que há regularidade do aproveitamento dos créditos sobre as aquisições relacionadas na autuação fiscal e informa que ao desenvolver os trabalhos de fiscalização, constatou que o impugnante lançou créditos de ICMS referentes às mercadorias/produtos adquiridos cujos NCMs estão enquadrados nos incisos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 101/97, e isentas ou tributadas à alíquota zero do IPI. Requisitos concomitantes para conceder o benefício da isenção àquelas mercadorias.

As mercadorias/produtos cujos NCMs estão enquadrados no Convênio ICMS nº 101/97, constam nas NFs relacionadas no Demonstrativo de Débito elaborados e anexados pela ação fiscal às fls. 13 a 20 do PAF. O próprio impugnante classificou as mercadorias com os NCMs beneficiários da isenção do ICMS.

As NFs que acobertaram as aquisições das mercadorias beneficiadas pela isenção foram lançadas nos respectivos livros Registros de Entradas de mercadorias com os NCMs constantes no Convênio ICMS nº 101/97.

Os fornecedores ao vender as mercadorias para o impugnante, as classificava com determinados NCMs condizentes com as mercadorias. No caso das mercadorias constantes na NF 120615, REDUTOR, classificado pelo fornecedor no NCM 8483.4010, o impugnante ao recebê-las classificava as mercadorias conforme sua utilização na fabricação dos aerogeradores. Por isso, as

enquadrava geralmente no NCM 8503.0090 que está listado no inciso XIII da Cláusula Primeira do Convênio, como partes e peças utilizadas na fabricação de aerogeradores.

Apresenta o entendimento de que, para a lide em questão, vale a classificação e utilização da mercadoria realizada pelo impugnante, pois este é detentor do conhecimento e destinação da mercadoria no processo produtivo, poderia enquadrá-la no exato NCM, e ao longo da atividade industrial assim procedeu. De maneira que numa mesma NF como exemplo a NF 120615, trazida aos autos pelo impugnante, os quatro itens foram classificados pelo Autuado com o NCM 8503.0090.

No corpo da NF 120615, no campo descrição do produto temos: REDUTOR YAM DRIVE (EÓLICO). É um redutor de velocidade utilizado na fabricação do aerogerador, e a denominação EÓLICO, bem define que a mercadoria foi utilizada no aerogerador, componente das torres eólicas. Logo, a classificação da mercadoria no NCM 8503.0090 realizado pelo impugnante foi correta, portanto, o impugnante, não poderia ter lançado o ICMS a crédito na escrita fiscal.

Referente a afirmação do Defendente de que a ação fiscal incorreu em sucessivos casos de glosas sobre aquisições enquadradas no NCM 8413.8100, este previsto no Conv ICMS nº 101/97, e que apesar do NCM 8413.8100 constar no inciso II da Cláusula Primeira, somente se aplica para bombas, a ação fiscal apurou que as mercadorias constantes nas NF de aquisições são bombas, como exemplo a NF 602, cuja descrição da mercadoria é: GENERIC GEARBOX ELEC MOTOPUMP 60HZ 3KW.

Referente ao questionamento do Autuado de que os produtos posicionados nos NCMs 7308.9010 (inciso XIV), 8544.4900 incisos (XV e XVI), e 8479.8999 (inciso XVII) seria aplicada a isenção se utilizados na fabricação de torres para suporte de energia eólica, informa que constatou que o impugnante além de produzir aerogeradores, também firma e mantém contratos de manutenção e assistência técnica junto aos clientes que adquiriram seus aerogeradores, reparando e substituindo peças nos aerogeradores e nas torres, enfim nas Naceles e nos Rotores, ocasiões em que as mercadorias adquiridas sob os NCMs 7308.9010, 8544.4900 e 8479.8999 são utilizadas pelo impugnante.

Também informa que o impugnante transfere para estabelecimentos filiais da SIEMENS as mercadorias classificadas no NCM 8544.4900 com isenção do ICMS. Junta o *print screen* do livro Registro de Saída.

O impugnante traz aos autos a questão da necessária aplicação da isenção para mercadorias previstas no Convênio ICMS nº 101/97, informa que os NCMs das NFs divergem dos NCMs que ele próprio escriturou nos livros REs/EFD.

Esclarece que ao desenvolver seus trabalhos adota como base as informações constantes nos livros/EFD que são transmitidos pelos contribuintes ao SPED – Sistema Público de Escrituração Digital até 25 (vigésimo quinto) dia do mês subsequente ao período de apuração, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

Explica: para escriturar os livros fiscais os contribuintes devem observar o disposto no Ajuste SINIEF 02/2009, e nos arts 247 a 253 do RICMS/BA, Decreto 13.780/2012. Nos livros EFD os próprios contribuintes realizam os lançamentos fiscais, dentre os lançamentos se encontram as NFs de operações de saídas, que devem ser escrituradas nos respectivos livros de Registros de Saídas/EFD. Consideram-se escriturados os livros e o documento no momento em que for emitido o recibo de entrega.

Acrescenta que o contribuinte poderá retificar a EFD: i) até o prazo de que trata a cláusula décima segunda independente de autorização da administração pública, até o quinto dia do mês subsequente ao encerramento do mês da apuração; ii) até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês de apuração, independentemente de autorização da administração tributária; iii) após o prazo de que trata o inciso anterior mediante autorização da

SEFAZ da UF do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, isto quando houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de saneá-la por meio de lançamentos corretivos.

A retificação será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária.

Diz que traz o assunto da escrituração fiscal dos livros/EFD porque este tópico levantado pelo impugnante tem como ponto principal a escrituração das NFs de saídas em questão nos respectivos livros de Registros de Saídas pelo próprio impugnante, pois as mercadorias constantes nas NFs relacionadas pela ação fiscal no Demonstrativo de Débito anexados às fls. 13 a 20 do PAF, foram lançadas com NCMs que constam do Convênio ICMS 101/97, logo as operações estão contempladas com a isenção do imposto.

Pelas informações apresentadas e a comprovação de que as mercadorias relacionadas no Demonstrativo de Débito, anexado às fls. 13 a 20 do PAF, satisfazem os requisitos constantes do Convênio ICMS nº 101/97 para usufruir o benefício da isenção, portanto, caracterizando os créditos de ICMS lançados pela impugnante como indevidos, ratifica os trabalhos desenvolvidos e o crédito reclamado.

Registra que o impugnante apresentou um vasto arrazoadado na tentativa de contestar o percentual de 60% da multa aplicada, alegando desproporcionalidade e caráter abusivo da multa, requerendo o cancelamento da multa, ou a sua revisão.

Informa que a tipificação da multa constante no Auto de Infração está prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei ICMS 7014/96, e corresponde a 60%.

Quanto aos pedidos elaborados pela impugnante, afirma que não há cerceamento do direito de defesa, inclusive, ao se observar a extensa impugnação, percebe-se que não houve ofensa ao art. 18 do RPAF-BA, Decreto 7.629/99, devendo ser afastada a possibilidade de nulidade do auto. Quanto ao vício de motivação do lançamento, entende que, por todo o trabalho construído na ação fiscal e demonstrado no processo, inclusive na informação fiscal, se constata que o presente Auto de Infração foi bem alicerçado, com provas documentais e argumentos baseados na legislação do imposto.

Referente aos pontos levantados pela defesa quanto ao mérito, ressalta que no decorrer da informação rebateu um a um os argumentos apresentados em cada tópico, ao trazer, colacionar e demonstrar com fatos, documentos fiscais e informações consistentes o acerto dos trabalhos realizados.

Quanto ao pedido da impugnante da realização de diligência para se confirmar a natureza das operações autuadas, e também os respectivos NCMs dos produtos que a ação fiscal apurou estarem sujeitos à isenção prevista no Convênio ICMS nº 101/97, porque não se tratariam de mercadorias sujeitas à referida isenção e, por consequência, estaria justificado o direito ao crédito do ICMS, acredita não ser necessário, visto que, os documentos acostados aos autos e os argumentos apresentados são suficientes para análise por parte dos julgadores.

Em face da informação ora apresentada, com argumentos, fatos e documentos acostados ao PAF, ratifica o imposto reclamado, apurado no Demonstrativo de Débito do presente Auto de Infração, acostado ao PAF.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Thomaz Alturia Scarpin, OAB-SP Nº 344.865.

VOTO

O Defendente informou que teve contra si lavrados 13 (treze) diferentes Autos de Infração de ICMS, envolvendo 21 (vinte e uma) diferentes acusações fiscais, cada qual com sua especificidade, período de referência e tipo de acusação fiscal.

Disse que o procedimento adotado pelo Autuante na constituição concomitante de 21 (vinte e um) diferentes tipos de acusações, distribuídos em 13 (treze) diferentes autos de infração, envolve períodos diversos, e não remanescem dúvidas de violação aos princípios da ampla defesa e do contrário.

Apresentou o entendimento de que, diante de sua atividade vinculada, caberia ao Autuante ao menos justificar o motivo de proceder dessa forma, algo sequer cogitado no presente caso. Dessa forma, requereu decretação de nulidade do procedimento fiscal e, por conseguinte, do presente auto de infração, afirmando que houve preterição do seu direito de defesa na imposição concomitante de 13 (treze) autos de infração dentro do mesmo prazo de oferecimento de defesa.

Observe que conforme estabelece o art. 40 do RPAF-BA, “*o preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado*”, e o Autuante ressaltou que a nulidade suscitada não encontra amparo legal, pois os créditos reclamados nos Autos de Infração listados às fls. 32 a 34 do PAF, na defesa do Impugnante, ultrapassaram o valor estipulado no Parágrafo único do art. 40 do PAF, e no art. 18 do RPAF não há hipótese entre seus incisos que dê guarida ao pedido de nulidade.

O presente Auto de Infração foi efetuado sob o comando de Ordem de Serviço, não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade e não há prejuízo ao defendente o fato de ter sido lavrado mais de um Auto de Infração, desde que a descrição dos fatos seja efetuada de forma compreensível, sejam indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, o que se verifica no presente Auto de Infração.

Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos e nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas.

O Impugnante alegou insubsistência do método utilizado para a lavratura do auto de infração em referência, bem como o vício de motivação incorrido pelo Autuante para a fixação da Infração 01.

Afirmou que, não tendo se desincumbido do dever de demonstrar o descumprimento da legislação tributária, bem como o vício de motivação para enquadramento da infração, o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal revela-se indubitavelmente nulo, razão pela qual o auto em discussão deve ser prontamente cancelado.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende o conhecimento pelo Auditor Fiscal da legislação tributária, normas de procedimentos, avaliação de livros e documentos fiscais.

Os roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de procedimento fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

No presente caso, o motivo encontra-se descrito na acusação fiscal. Portanto, a motivação está compreensível, tendo em vista que foi considerado indevido crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, relativamente às entradas de mercadorias com NCMs enquadrados no Convênio ICMS 101/97, e não sujeitas à tributação do IPI, ou com tributação à alíquota zero do referido imposto.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de

acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que não concorda, se referindo ao levantamento fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Sobre a alegação do Autuado de que há necessidade de realização de diligências para se apurar a natureza das operações autuadas, bem como os respectivos NCMs dos produtos, e confirmar que não se trata de mercadorias sujeitas à isenção, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Na sustentação oral foi alegado que não foi dado conhecimento ao Defendente da informação fiscal prestada pelo Autuante. Observo que na referida informação fiscal o Autuante não refez os cálculos, apenas não acatou as alegações defensivas. Dessa forma, não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da mencionada informação fiscal, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/BA, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pelo Autuante.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2019.

Consta, na descrição dos fatos, a informação de que se refere a entradas de mercadorias com NCMs enquadrados no Convênio ICMS 101/97, e não sujeitas à tributação do IPI, ou com tributação à alíquota zero do IPI. O crédito do ICMS utilizado pelo Autuado foi considerado indevido porque a operação está sujeita à isenção, infringido, além dos artigos constantes no SLCT, o art. 284, inciso XIX do RICMS-BA, Decreto 13.780/2012 e o Convênio ICMS 101/97.

O Defendente alegou que se impõe dois requisitos cumulativos para que o contribuinte possa fruir da isenção do Convênio ICMS n.º 101/97: i) a mercadoria objeto da operação deve ser classificada com NCM expresso em um dos incisos subsequentes da cláusula primeira; e ii) correspondência de sua descrição no Convênio. Do contrário, não há como se falar em isenção.

Disse que o Autuante deixou de se atentar para a configuração cumulativa desses 2 (dois) critérios de enquadramento (NCM + descrição da mercadoria) para apontar que as aquisições feitas pelo Impugnante seriam supostamente isentas e que, por este motivo, o ICMS efetivamente destacado nos documentos não poderia ser aproveitado como crédito.

Observo que o Convênio ICMS 101/97 concede isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica, estabelecendo na Cláusula

primeira, que ficam isentas do ICMS as operações com os produtos indicados no mencionado Convênio e respectivas classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH.

Vale acrescentar que o benefício previsto no referido Convênio somente se aplica aos equipamentos que forem isentos ou tributados à alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados, conforme Parágrafo primeiro.

O Defendente afirmou que as aquisições efetuadas são destinadas à produção dos equipamentos eólicos, a escrituração dessas entradas identifica o produto resultante da industrialização, este sim eventualmente previsto no Convênio ICMS nº 101/1997, mas não significa em absoluto que se trata da aquisição de um produto isento. Basta verificar as respectivas notas fiscais de aquisição para se confirmar a ausência de correspondência do NCM no Convênio ICMS nº 101/1997, seja pelo desacordo do NCM, seja pela ausência de aderência à descrição do produto contemplada na norma de desoneração.

O Autuante ressaltou que há um segundo critério que condiciona o benefício da isenção no Convênio ICMS nº 101/97, e ele está contido no § 1º da Cláusula Primeira, que é a isenção ou a tributação à alíquota zero do IPI nas aquisições dos equipamentos, ou seja, das mercadorias adquiridas pelo impugnante. As duas condicionantes concomitantemente exigidas pelo Convênio citado estão presentes nos lançamentos das mercadorias nos respectivos livros Registros de Entradas/EFD, e constam no Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal às fls. 13 a 20 do PAF.

Vale salientar, que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. A descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM levando à conclusão de que os produtos se encontram, ou não, enquadrados na regra de isenção prevista no referido Convênio.

O Autuado alegou que a Nota Fiscal n.º 155, que tem por objeto a mercadoria “PINTURA AMARELA FIXIOLID”, ao contrário do quanto indicado no Anexo I da autuação em referência, a classificação de NCM da mercadoria acima citada não é de n.º 8503.0090, mas sim de n.º 9608.2000.

Para fins de enquadrar a aquisição no NCM 8503.00.90, o Autuante se pautou na forma com que essa entrada foi escriturada pelo estabelecimento, o que adota como fundamento a forma de registro sob a perspectiva do declarante da EFD. Contudo, basta verificar o respectivo documento fiscal para se confirmar que não se trata do NCM 8503.0090, mas sim do NCM 9608.2000.

O Autuante informou que o Defendente, ao analisar o produto adquirido, deve ter alocado em centro de custo que corresponda a parte ou peça utilizada no processo produtivo do seu aerogerador, pois a classificou e a lançou no respectivo livro Registro de Entradas/EFD com o NCM 8503.0090. Como a ação fiscal observou que as alíneas “a” e “b” do inciso XIII da Cláusula Primeira do Conv ICMS nº 101/97, abarca estes produtos quando utilizados na fabricação de aerogeradores.

De acordo com a cópia do mencionado documento fiscal (fls. 38/39 do PAF), consta o NCM 9608.2000. Entretanto, o referido código não se encontra indicado no Convênio ICMS nº 101/97, por isso, devem os valores de R\$ 355,17 e R\$ 7,43 (fl. 13 do PAF), totalizando R\$ 362,60, apurado no mês de janeiro de 2017, ser excluídos da exigência fiscal, ficando reduzido o total do imposto no referido mês reduzido de R\$ 1.173,96 para R\$ 811,36.

Também foi alegado pelo Defendente que o Autuante se equivocou na classificação de diversos produtos, assim como se pode observar das mercadorias “KIT CABLES INTERLOCK UPDAT DFM V3 2 V3 3” constantes na Nota Fiscal n.º 265 (fls. 41/42 do PAF).

Ainda que se admita a correspondência do NCM, entendeu que não se pode perder de vista que também houve inobservância dos demais requisitos expressos na Cláusula Primeira do Convênio n.º 101/1997, para fins de confirmar a isenção da aquisição acima transcrita.

Analisando o mencionado documento fiscal referente ao produto, KIT CABLES INTERLOCK UPDAT DFM V3 2 V3 3, (NF 265), trazida aos autos pelo impugnante, verifico que assiste razão ao Autuante, considerando a informação de que o NCM 8544.4900, tanto consta na NF, quanto no livro RE/EFD, e pode estar contido nos incisos XV ou XVI da Cláusula Primeira do Convênio. Ao contrário do que afirma o impugnante não está relacionado à utilização em torres para suporte de energia eólica, pois os cabos são itens dos incisos XV e XVI, enquanto as torres estão contidas na alínea “b” do inciso XIII.

Em relação as mercadorias adquiridas pela Nota Fiscal n.º 120615 (fl. 45 do PAF), indicada no Anexo I da autuação, cujo NCM aplicado na respectiva nota fiscal (NCM 8483.4010) o Autuado alegou que não está sequer contemplado no Convênio ICMS n.º 101/1997. Não há a indicação do NCM 8503.0090 na aquisição, mas o Fisco identificou o NCM aplicável estritamente sob o enfoque da escrituração efetuada pelo estabelecimento autuado.

O Autuante afirmou que os fornecedores ao vender as mercadorias para o impugnante, as classificava com determinados NCMs condizentes com as mercadorias. No caso das mercadorias constantes na NF 120615, REDUTOR, classificado pelo fornecedor no NCM 8483.4010, o impugnante ao recebê-las classificava as mercadorias conforme sua utilização na fabricação dos aerogeradores. Por isso, as enquadrava geralmente no NCM 8503.0090 que está listado no inciso XIII da Cláusula Primeira do Convênio, como partes e peças utilizadas na fabricação de aerogeradores. Por isso, em relação à NF 120615, trazida aos autos pelo impugnante, informou que os quatro itens foram classificados pelo Autuado com o NCM 8503.00.90.

Disse que a classificação da mercadoria no NCM 8503.0090 realizada pelo impugnante foi correta, portanto, não poderia ter lançado o ICMS a crédito na escrita fiscal.

Observo que a composição dos códigos de NCM permite que sejam atendidas as especificidades dos produtos, tais como origem, matéria constitutiva e aplicação, em um ordenamento numérico lógico, crescente e de acordo com o nível de sofisticação das mercadorias. A solução de consultas sobre classificação fiscal de mercadorias é de competência da Secretaria da Receita Federal (SRF), por intermédio da Coordenação-Geral do Sistema Aduaneiro e da Superintendência Regional da Receita Federal.

Em caso de dúvidas sobre a correta classificação fiscal de mercadorias, o interessado deverá contatar a Unidade da Receita Federal do seu domicílio fiscal, formulando consulta por escrito, de acordo com as orientações constantes no *site* dessa Secretaria. Portanto, não se pode aceitar alterações nos códigos constantes nos documentos fiscais sem consulta ao órgão específico da Receita Federal.

No caso em exame, consta na NF 120615, NCM 8483.4010 que não está contemplado no Convênio ICMS n.º 101/1997, por isso, o débito apurado no mês de fevereiro de 2017 (R\$ 13.977,33 – fl. 13v), correspondente ao referido documento fiscal deve ser excluído do levantamento fiscal, ficando reduzido o imposto, de R\$ 125.773,65 para R\$ 112.096,32.

O Defendente alegou, ainda, que em sucessivos casos a Autoridade Fiscal estabelece a glosa sobre as aquisições enquadradas no NCM 8413.8100, que, de fato, está previsto no Convênio ICMS n.º 101/1997. No entanto, apesar da correspondência do NCM, o inciso II da Cláusula Primeira expressamente prevê que a isenção somente se aplica para as bombas para líquidos para uso em sistema de energia solar fotovoltaico.

Disse que o produto enquadrado no NCM 8413.81.00 somente será isento do ICMS quando destinado para uso em sistemas fotovoltaicos, o que diverge claramente das operações consubstanciadas

pelo estabelecimento que envolvem a fabricação de equipamentos eólicos, nomeadamente os aerogeradores.

Verifico que está previsto no Convênio ICMS nº 101/1997, que o produto enquadrado no NCM 8413.8100 é destinado ao “uso em sistema de energia solar fotovoltaico em corrente contínua”. Neste caso, independentemente da destinação que o Defendente atribuiu ao produto, encontra-se indicado no referido Convênio, considerando que o benefício se aplica em função da mercadoria.

Neste caso, acato com o posicionamento do Autuante de que, referente ao argumento defensivo de que os produtos posicionados nos NCMs 7308.90.10 (inc XIV), 8544.49.00 incisos (XV e XVI), e 8479.89.99 (inciso XVII) seria aplicada a isenção se utilizados na fabricação de torres para suporte de energia eólica, que constatou que o impugnante além de produzir aerogeradores, também firma e mantém contratos de manutenção e assistência técnica junto aos clientes que adquiriram seus aerogeradores, reparando e substituindo peças nos aerogeradores e nas torres, enfim nas Naceles e nos Rotores, ocasiões em que as mercadorias adquiridas sob os NCMs 7308.90.10, 8544.49.00 e 8479.89.99 são utilizadas pelo impugnante.

O Autuante também informou que o impugnante transfere para estabelecimentos filiais da SIEMENS as mercadorias classificadas no NCM 8544.49.00 com isenção do ICMS. Junta o *print screen* do livro Registro de Saída.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive os limites ou condições para utilização de créditos fiscais e se considera indevida a utilização de crédito fiscal decorrente de operações com mercadorias isentas, imunes ou não sujeitas à incidência do ICMS, bem como das prestações de serviços de transporte a elas correlatas.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, em razão da redução do débito referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2017, considerando que a escrituração do crédito fiscal deve ser efetuada nos livros fiscais próprios, no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou o direito à utilização do crédito, inexistindo previsão regulamentar para utilização de crédito fiscal referente às operações com mercadorias isentas ou sem incidência do ICMS.

Sobre a informação do Autuante de que houve informação incorreta do Autuado na Escrituração Fiscal Digital – EFD, relativamente aos códigos de NCM de algumas mercadorias, cabe intimar o Contribuinte para a necessária retificação, concedendo o prazo previsto na Legislação, podendo ser aplicada penalidade pela ocorrência de divergências na escrituração da EFD, mediante novo procedimento fiscal.

Subsidiariamente, o Defendente contestou a multa aplicada, apresentando o entendimento de que deve ser decretado o cancelamento das multas que incidem no Auto de Infração, 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.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 207103.0003/22-9**, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.397.142,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA