

PROCESSO - A. I. Nº 278906.0014/18-8
RECORRENTE - ATE XVI TRANSMISSORA DE ENERGIA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO– Acórdão 3ª JJF nº 0131-03/19
ORIGEM - INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0021-12/20

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA DESTINADA AO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As Declarações de Importação não deixam nenhuma dúvida quanto às razões do Recorrente para corrigir as notas fiscais. Ficou demonstrado que as notas fiscais que embasaram o processo continham erros e foram substituídas. É certo que o Recorrente errou em manter notas fiscais, embora canceladas, como ainda existentes, assim como não fez referência à substituição das notas no campo destinado a esta informação, descumprindo obrigação acessória que trouxe embaraços à fiscalização, inclusive com a lavratura deste auto, o que justifica multa por descumprimento de obrigações acessórias. Negada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata presente, de Recurso Voluntário (fls. 261/294) interposto em face de julgamento em Primeira Instância deste Conselho de Fazenda que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2018, com lançamento de crédito tributário no valor histórico de R\$584.702,27, acrescido da multa de 60%, pela constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 12.02.01 – Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de junho, agosto e outubro de 2015. Enquadramento legal: art. 4º, inc. IX; art. 17, inc. VI e art. 34, inc. III da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. IV do RICMS/2012.

Após a impugnação e a apresentação da informação fiscal pelo autuante, a Junta decidiu pela Procedência do lançamento, conforme voto condutor, abaixo transcrito integralmente.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado 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 à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, não havendo do que se cogitar qualquer hipótese de nulidade da autuação.

Vale ressaltar que foi respeitado o disposto no art. 40, parágrafo único do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, “in verbis”:

Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado. Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.

Tendo em vista que houve apenas uma infração constante da autuação, e que a mesma foi superior ao valor de R\$200.000,00, o autuante corretamente lavrou um único Auto de Infração, contemplando todo o período em que as irregularidades ocorreram.

No mérito, o Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento do ICMS, devido pelas importações tributadas,

realizadas pela Autuada, relativas às notas fiscais nºs 256, 869, 877 e 1112 (fls. 53 a 56). O Autuado, em sua defesa, alegou que quando da emissão das referidas notas fiscais de entrada, equivocou-se ao preencher a quantidade dos valores unitários das mercadorias que foram adquiridas, o que acabou repercutindo no valor total dos produtos (NFs nºs 256, 869 e 877); e o código da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM (NF nº 112), o que a levou posteriormente a emitir novas notas fiscais com os valores e códigos corretos.

Asseverou que procedeu à expedição de 3 novas notas fiscais (nºs 260, 900 e 58), às fls. 58 a 60, contemplando, assim, os valores e códigos corretos de cada operação, recolhendo o ICMS antes da data de vencimento do imposto destacado nas notas fiscais autuadas. Entende que a falta de escrituração das notas fiscais questionadas na autuação no seu livro de Registro de Entrada, evidencia que houve a substituição dos documentos, e considera que caberia apenas a cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente do não cancelamento das notas fiscais autuadas.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, podemos chegar as seguintes conclusões. É fato que as notas fiscais que foram objeto da autuação (nºs 256, 869 e 877 e 1112), continuam ativas no sistema da SEFAZ, fato inclusive reconhecido pelo sujeito passivo, o que enseja o pagamento do imposto de importação, devidamente destacado nas mesmas, o que não foi feito.

Nessas circunstâncias, não há como se atestar que as operações feitas através das notas fiscais nºs 260, 900 e 58, sejam as mesmas que o autuado afirma substituírem os documentos mais acima citados, inclusive porque o autuado não junta nenhuma documentação das importações realizadas, que possa comprovar as argumentadas vinculações.

Vale observar, que se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação, conforme previsto no art. 141 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, além destas últimas notas fiscais não fazerem nenhuma referência nas “informações complementares” às notas que estariam substituindo, verifico pela planilha à fl. 29, que o autuado afirma que a NF nº 900 substituiu às de nºs 869 e 877, porém, o imposto recolhido equivale apenas ao total de uma dessas notas. Nota-se, ainda, que a nota fiscal nº 58 (fl. 60), que o autuado informa substituir a de nº 1112, foi emitida em nome da unidade do autuado no Maranhão, enquanto a última, que foi objeto da autuação, foi emitida em nome da unidade do autuado na Bahia.

Diante de tais inconsistências, e considerando que as notas fiscais em questão estão ativas e sem o recolhimento do ICMS devido por importação, considero correto o procedimento fiscal para exigir o imposto devido. O fato de tais notas não estarem escrituradas no livro Registro de Entradas do autuado, não tem o condão de elidir a exigência em comento, pois como as mesmas foram regularmente emitidas e continuam válidas, caberia, inclusive, a aplicação também da multa prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, pela entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Registro, ainda, que a multa para a infração em comento está prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, inexistindo motivos para o cancelamento ou redução da mesma, inclusive, não cabendo apreciação do argumento de confisco, nem de caráter abusivo, uma vez que a mesma está tipificada em Lei, e acorde o disposto no art. 167 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Destarte, fica mantida na integralidade a exigência contida na infração ora em exame. Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com o resultado do julgamento, a Recorrente apresentou tempestivamente o presente Recurso Voluntário, onde pleiteia a desconstituição do crédito tributário, com os argumentos abaixo transcritos, em resumo.

Das nulidades.

Inicialmente, pede pela nulidade do auto de infração pela ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para cobrança de ICMS-Importação sobre a Nota Fiscal nº 1112. Que após a emissão da Nota Fiscal nº 1112, a empresa verificou ter incorrido em equívocos no seu preenchimento, dentre os quais, o preenchimento dos dados do estabelecimento destinatário da mercadoria.

Que como verificado pelo o Ilmo. Relator em seu voto vencedor, na nota fiscal nº 58 emitida em substituição da Nota Fiscal nº 1112, consta como emitente estabelecimento da recorrente no Estado do Maranhão:

“Nota-se, ainda, que a Nota Fiscal nº 58 (fl. 60), que o autuado informa substituir a de nº 1112, foi emitida em nome da unidade do autuado no Maranhão, enquanto a última, que foi objeto da autuação, foi emitida em nome da unidade do autuado na Bahia.”

Isso porque, conforme pode-se constatar através do extrato da declaração de importação nº

15/1788047-7 (doc. nº 02), as mercadorias discriminadas nas referidas notas fiscais foram importadas através Porto do Itaqui, localizado no Estado do Maranhão. Dessa forma, de acordo com o disposto no art. 155, §2º, IX, “a” da CF/88, o ICMS-Importação é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento do destinatário da mercadoria, que no presente caso, é o Estado do Maranhão, de forma que, assim, a empresa efetuou o respectivo recolhimento.

Portanto, o Estado é Bahia é parte ilegítima para efetuar a cobrança do ICMS-Importação incidente sobre a operação ora analisada, uma vez que não possui legitimidade ativa para exigir ICMS-importação de mercadorias importadas através do Estado do Maranhão.

Isto posto, comprovada a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigência de ICMS-importação sobre operação acobertada pela Nota Fiscal nº 1112 substituída pela Nota Fiscal nº 58, requer-se a nulidade do presente auto de infração.

Sucessivamente, apenas a título ilustrativo e para reforçar a nulidade da cobrança, mesmo que a Nota Fiscal nº 1112 pudesse ser objeto de autuação pelo Estado da Bahia, esta não poderia ocorrer através do presente auto de infração.

Isso porque, com a simples leitura art. 40, § único, do RPAF/BA, podemos constatar a nulidade do auto de infração, uma vez que o referido dispositivo é taxativo quanto a necessidade do fiscal autuante lavrar uma autuação exclusiva para a infração que for superior a R\$ 200.000,00. Veja-se:

“Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.

Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.”

Assim, resta evidente que a cobrança de ICMS do período de outubro de 2015 ultrapassa – e muito – o valor estipulado no art. 40, parágrafo único do RPAF/BA, conforme se verifica. Logo, o fiscal autuante deveria ter lavrado um auto de infração apartado para a cobrança deste débito, em vez de conjugar os débitos de todos os períodos em uma única autuação.

Ademais, o referido dispositivo legal é cristalino ao determinar que apenas será admitida a inclusão – no mesmo auto de infração – de débitos que sejam estritamente consequentes desta atuação, o que não ocorreu na espécie.

Afinal, os demais débitos (períodos de junho e agosto de 2015) são anteriores à expedição da NF nº 1112 e ambos não se configuram como descumprimentos de obrigações acessórias inerentes à autuação do período de outubro de 2015. Patente, portanto, o descumprimento do art. 40, parágrafo único, do RPAF/BA e a consequente necessidade de anulação do presente auto de infração.

Do Direito.

Em junho, agosto e outubro de 2015, a ora Recorrente emitiu notas fiscais para acobertar operações referentes à importação de bens para seu ativo imobilizado, todos adquiridos da empresa *Abencor Suministros S/A*.

No entanto, após a emissão das referidas notas fiscais de entrada, a Recorrente constatou ter se equivocado ao preencher *(i)* a quantidade dos valores unitários das mercadorias que foram adquiridas, o que acabou repercutindo no valor total dos produtos (Notas Fiscais nºs 256, 869 e 877); *(ii)* o código da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM (Nota Fiscal nº 1112); e *(iii)* Emitente (Nota Fiscal nº 1112).

Ocorre que, o art. 92, § 1º do Decreto nº 13.780/2012 estabelece o prazo de 24 (vinte quatro) horas para o contribuinte realizar o cancelamento da nota fiscal e, esgotado o referido prazo, autoriza a emissão de uma nova nota fiscal, no prazo de 60 (sessenta) dias. É ver:

Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.

§ 1º Após o prazo máximo referido no caput e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica

admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso, desde que emitida no prazo de sessenta dias da emissão da nota fiscal incorreta.

Sucedeu-se que, em 2015, a Recorrente entrou em recuperação judicial, tendo passado por diversas dificuldades financeiras e principalmente operacionais, tendo ocorrido demissões em massa, prejudicando diretamente os mecanismos de controles internos, motivo pelo qual a empresa somente constatou o erro no preenchimento das referidas notas fiscais após o prazo de 24 horas para realização do cancelamento.

Logo, a Recorrente de boa-fé emitiu novas notas fiscais (Notas Fiscais nºs 260, 900 e 58) com os dados corretos de cada operação, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, conforme o disposto no art. 92, § 1º do Decreto nº 13.780/2012.

Dessa forma, a empresa emitiu as Notas Fiscais nºs 58, nº 260 e nº 900 como forma de regularização, em perfeita consonância com o disposto no art. 92, § 1º do Decreto nº 13.780/12, sendo, portanto, totalmente legítimas as substituições das notas fiscais autuadas.

Logo, tendo em vista que o contribuinte realizou o procedimento cabível à época, as referidas notas fiscais não deveriam constar como ativas no sistema da SEFAZ. E, ao contrário do alegado no acórdão recorrido, a empresa demonstrou veracidade da substituição das Notas Fiscais, uma vez que pela leitura do seu livro de Registro de Entrada de ICMS, fica claro que a Recorrente sequer escriturou as operações constantes nas Notas Fiscais autuadas em sua contabilidade.

Dessa forma, fica evidente não só a inocorrência da circulação de mercadoria como também a inexistência de qualquer dano ao Erário estadual. Portanto, basta analisar todas as notas fiscais emitidas para verificar a similaridade entre as mesmas, uma vez que possuem (i) a mesma natureza da operação; (ii) os mesmos produtos; (iii) a mesma base de cálculo do ICMS; e (iv) uma diferença máxima de 4 (quatro) dias entre as emissões das notas.

Patente, portanto, que as mercadorias supostamente importadas jamais entraram no estabelecimento da Autuada. Ademais, tendo em vista o exíguo prazo para apresentação da impugnação, à época a empresa não conseguiu obter os extratos das declarações de importação que embasavam as operações de importação ora debatidas, de forma que, a fim de que não restem dúvidas quanto aos fatos relatados, utiliza-se da presente para realizar a juntada das referidas declarações de importação (doc. nº 03).

Importante ressaltar que os valores de ICMS cobrados na presente autuação correspondem exatamente aos valores destacados e recolhidos nas novas notas fiscais. Ademais, a Impugnante recolheu o ICMS antes da data de vencimento do imposto destacado nas notas fiscais autuadas, não havendo, assim, razão para a cobrança da multa de mora no valor de 60% do tributo supostamente não recolhido.

Ora, resta evidente então que a aplicação da multa do art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei Estadual nº 7.019/96 não merece prosperar, visto que não houve atraso no pagamento do tributo. Muito pelo contrário, a Recorrente recolheu os valores ora autuados antes mesmo de seus vencimentos.

Como se vê, toda a controvérsia aqui debatida se deu pelo fato de a Recorrente ter apenas recolhido o ICMS relativo às notas fiscais emitidas corretamente (Notas Fiscais nºs 260, 900 e 58). Até porque, vale dizer, as operações atinentes às notas fiscais emitidas com erro (Notas Fiscais nºs 256, 869, 877 e 1112) não se efetivaram.

Diante deste cenário, deve-se constar que um simples erro formal no preenchimento de notas fiscais não pode prevalecer sobre a verdade material dos fatos, nem tampouco acarretar a exigência de imposto sobre operações que não se concretizaram, inexistindo, assim, prejuízo ao Erário.

Com efeito, revela-se legítimo o procedimento adotado pela Recorrente de não levar em consideração as notas fiscais emitidas com erro (Notas Fiscais nºs 256, 869, 877 e 1112), quando da

apuração do saldo devedor de ICMS relativo ao período de junho, agosto e outubro de 2015. Afinal, repita-se: não houve recolhimento a menor de ICMS-Importação no período, mas mero erro formal no preenchimento de notas fiscais.

Isto posto, uma vez esclarecidos os motivos para o suposto não recolhimento de ICMS-Importação no período autuado, e sendo certo que tais divergências não acarretaram qualquer prejuízo ao Erário estadual, a extinção do presente auto de infração é medida que se impõe, cabendo, quando muito, a imputação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Da multa aplicada

Por fim, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal entendeu não caber a apreciação do caráter confiscatório da multa aplicada, uma vez que a mesma encontra-se tipificada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei Estadual nº 7.019/96.

No entanto, é notório que a autoridade administrativa deve exercer sua função de acordo com os dispositivos e princípios constitucionais, dentre os quais, ora destacamos o Princípio do Não Confisco.

Dessa forma, a submissão da autoridade administrativa ao Princípio da Legalidade, manifestamente não a impõe o dever de cumprir normas inconstitucionais. Isso porque, como apontado em sua Impugnação, o E. STF já se manifestou em diversos julgados no sentido de que a multa de mora não poderia ultrapassar o percentual de 20% do valor do tributo devido, visto que uma penalidade acima desse percentual seria evidentemente confiscatória.

Do pedido

Ante o exposto, pede a Recorrente que seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, reconhecendo-se a insubsistência integral do Auto de Infração em exame, com extinção do crédito tributário nele consubstanciado.

Sucessivamente, caso subsista qualquer valor em cobrança, pugna-se pela redução da multa de mora aplicada para, no máximo, 20% do valor do tributo exigido, conforme precedentes do STF.

VOTO

Trata-se de lançamento de crédito tributário decorre do não pagamento do imposto devido pelas importações cujos documentos comprobatórios encontram-se anexados ao processo, tendo a primeira instância deste Conselho, à luz das provas, mantido integralmente o auto de infração.

Inicialmente pede nulidade do procedimento, por ilegitimidade passiva acerca de uma das notas fiscais (1112) e por ultrapassar o valor limite de R\$200.000,00 estabelecido no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Quanto ao limite estabelecido no RPAF, este não se reporta a um fato gerador, mas à infração, conforme dita o parágrafo único do art. 40. Assim, é que se houver 10 importações de R\$200.000,00, deve se lavrar o auto de 2 milhões de reais, não podendo se lavrar no mesmo auto, por exemplo, um crédito indevido, ou de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, podendo se acrescentar outras infrações desde que sejam correlatas com o fato apurado.

Quanto à ilegitimidade passiva suscitada, também não se trata de questão de nulidade, mas de eventual improcedência, que será analisada nas razões de mérito. Assim, denego o pedido de nulidade.

O Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento do ICMS, devido pelas importações tributadas, realizadas pela Recorrente, relativas às Notas Fiscais nºs 256, 869, 877 e 1112 (fls. 53 a 56), anexadas pela defesa, e com os correspondentes DANFE anexados pelo autuante às fls. 5/22.

Em breve síntese, a Recorrente alega que emitiu as notas que lastreiam o lançamento, mas constatou o erro no preenchimento das referidas notas fiscais, e de boa-fé, emitiu novas notas

(Notas Fiscais nºs 260, 900 e 58) com os dados corretos de cada operação, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, conforme o disposto no art. 92, § 1º do Decreto nº 13.780/2012.

Dessa forma, a empresa emitiu as Notas Fiscais nºs 58, nº 260 e nº 900 como forma de regularização, em perfeita consonância com o disposto no art. 92, §1º do Decreto nº 13.780/12, sendo, portanto, totalmente legítimas as substituições das notas fiscais autuadas.

Justifica ainda que pela leitura do seu livro de Registro de Entrada de ICMS (anexado ao processo), fica claro que a Recorrente sequer escriturou as operações constantes nas Notas Fiscais autuadas, em sua contabilidade. Que basta analisar todas as notas fiscais emitidas para verificar a similaridade entre as mesmas, uma vez que possuem (i) a mesma natureza da operação; (ii) os mesmos produtos; (iii) a mesma base de cálculo do ICMS; e (iv) uma diferença máxima de 4 (quatro) dias entre as emissões das notas.

Que, a fim de que não restem dúvidas quanto aos fatos relatados, utiliza-se da presente para realizar a juntada das referidas declarações de importação (doc. nº 03). Ressalta que os valores de ICMS cobrados na presente autuação correspondem exatamente aos valores destacados e recolhidos nas novas notas fiscais. Ademais, a recorrente recolheu o ICMS antes da data de vencimento do imposto destacado nas notas fiscais autuadas, não havendo, assim, razão para a cobrança da multa de mora no valor de 60% do tributo supostamente não recolhido.

Acerca da Nota Fiscal nº 1112, que afirma estar substituída pela Nota Fiscal nº 58, mas que a nota do lançamento (1112) consta como destino o Estado da Bahia. Alega que o próprio julgamento em primeira instância, diz que consta como sendo o emitente, o estabelecimento do Recorrente no Estado do Maranhão.

De fato, tais afirmações estão no voto recorrido, contudo o Relator "*a quo*", entendeu que o fato de tal nota não estar lançada no livro registro de entradas - LRE do contribuinte, não tem o condão de elidir o lançamento de ofício, pois foram regularmente emitidas, estão ativas no sistema da SEFAZ, e continuam válidas.

Que nestas circunstâncias, não há como atestar que as operações das notas fiscais substituídas sejam as mesmas do autuado, inclusive porque o autuado não junta nenhuma documentação das importações realizadas. Que as notas fiscais, no campo das informações complementares, não fazem nenhuma referência às notas que estariam substituindo e que considera correto o procedimento do fiscal autuante e que o fato das notas não estarem registradas no LRE do contribuinte não tem o condão de elidir o lançamento.

Postas as razões do fundamento do voto recorrido, e do Recurso Voluntário, passo à análise aprofundada das provas.

Analisando o primeiro lançamento, junho de 2015, no valor de R\$136.049,41, comparando a Nota Fiscal nº 260 (emitida em 12/06/2015), que alegadamente substituiu a de nº 256 (emitida em 11/06/2015), constato que ambas, além de emitidas com 1 dia de diferença, tem realmente mesmo valor total, de R\$6.778.462,08, mesma base de cálculo do ICMS, R\$800.290,63 e mesmo imposto destacado, R\$136.049,41, que corresponde ao valor lançado neste auto de infração em 30.06.2015.

Porém comparando-se com DI, constata-se valor total dos produtos são diferentes (R\$5.938.452,47 na primeira, substituída e R\$5.302.189,76 na segunda, substituta), valor este que confere exatamente com o valor declarado na importação, fl.292.

O valor do IPI é exatamente igual, de R\$593.845,20 nas duas notas, o que sugere mesmo erro, pois seria improvável o lançamento de IPI de mesmo valor para importações com valores diferentes, corroborando mesmo que o valor da nota fiscal do lançamento (256, emitida em 11.06) está com o valor errado.

Além disso, a quantidade, de 572.749 kg de mercadorias é idêntica nas 2 notas fiscais, e corresponde ao valor declarado na DI à fl. 293, o que corrobora a justificativa tanto na impugnação inicial como no Recurso Voluntário, de que a nota fiscal estava com valor unitário

errado (R\$10,37), contra R\$ 9,25; isto porque, o valor da mercadoria foi lançado a maior na nota fiscal autuada, alegadamente emitida com erro, e consequentemente com valor unitário maior.

Ou seja, embora a base de cálculo e o imposto destacado sejam exatamente iguais, há clara diferença no valor da mercadoria, no campo destinado à descrição, quantidade e valor, mas é certo que a segunda nota fiscal emitida, embora não altere os campos destinados ao cálculo do imposto devido, apresenta valor da mercadoria em exata correspondência com a Declaração de Importação, comprovando erro de preenchimento da nota fiscal, apenas no campo destinado à descrição e demais detalhes da mercadoria, embora nada tenha alterado quanto ao tributo a recolher, que estão iguais nas duas notas fiscais. Por fim, consta o pagamento do imposto, no exato montante de R\$136.049,41 à fl. 62.

O lançamento de agosto diz respeito às duas Notas Fiscais, n^{os} 869 e 877, de idênticos valores lançados, R\$43.906,82 que resultou no dobro, lançamento em R\$87.813,64. Os DANFE estão às fls. 9 e 15. É possível notar que os 2 documentos são quase idênticos, a começar pelo valor da base de cálculo e ICMS destacado, sendo a primeira (869), autorizada às 12:55 hs de 31/08/2015, a segunda, 877, às 17: 47 hs do mesmo dia.

Aparentemente, conforme se esclarece no Recurso, as duas notas foram emitidas com erro, embora a segunda, fosse para corrigir erro da primeira.

Os itens são “isoladores de vidro”, mesma quantidade, mesma NCM, estão com mesmo valor do IPI, mesma base de cálculo e imposto destacado, contudo os itens têm quantidades com pequena diferença.

Na Nota Fiscal n^o 869, as quantidades são respectivamente 20.580, 14.700 e 4.221, e na Nota Fiscal n^o 877, as seguintes quantidades, 20.580, 14.700 e 4.224, ou seja, difere apenas na última (4.424 e 4.421), com apenas 3 unidades a mais que na primeira nota fiscal emitida às 12:55hs.

Contudo, ao que se apresenta, a segunda Nota Fiscal (877) também foi emitida com erro, e o Recorrente emitiu uma terceira Nota Fiscal, de n^o 900, com os mesmos itens e quantidades, da Nota Fiscal n^o 877, porém havia ainda um erro.

É que em relação ao quantitativo de 4.424 unidades de isoladores de vidro, corrigido na segunda nota, o valor lançado por este item foi R\$104.690, 35, porém estava errado, pois o valor correto era o da primeira nota, que errou na quantidade, mas estava certa no valor (R\$101.733,70). Assim, é que a terceira nota manteve a quantidade correta da segunda nota, e o valor correto da primeira.

Assim, é que a terceira nota fiscal, está exatamente com os valores da primeira, valor total de R\$2.187.592,75 e base de cálculo e imposto destacados em valores também idênticos, corroborando com as quantidades e valores que efetivamente constam na Declaração de Extrato de Importação, fls. 286/89. O comprovante de pagamento do imposto devido, R\$43.906,82 está à fl. 63.

Por fim, o lançamento de outubro de 2015, com base na Nota Fiscal n^o 1112, cujo DANFE se encontra à fl. 21. Tendo sido emitido em 16/10/2015, às 11:49 hs, consta na descrição a mercadoria Cabo Acar 1050 MCM, com base de cálculo de R\$2.122.583,67, e imposto destacado de R\$360.839,22.

O Recurso Voluntário, às fls. 279, apresenta a nota fiscal 058, emitida na mesma data, 16/10/2015, às 17:41hs, com a mesma mercadoria, mesma quantidade e valores, porém destinado para unidade do Recorrente em São Luís do Maranhão.

Nas fls. 280/83 encontra-se o extrato da declaração de importação, em 09/10/2020, no Porto de Itaqui, Maranhão, com a mesma quantidade do material (403.980Kg), que consta em ambas as notas fiscais.

Tendo exposta rigorosa análise das provas, decido. Devo discordar das razões do Relator “*a quo*”, no que diz respeito ao fundamento do voto, que manteve o lançamento, baseado no fato de que as notas fiscais, que deveriam estar canceladas, estão ativas, e que as substitutas, não constam no campo das informações complementares, a referência das notas substituídas.

De fato, se tais formalidade fossem cumpridas, este auto de infração sequer existiria, pois as notas fiscais que lastreiam o lançamento sequer teriam validade, e se válidas fossem constando as referências da devolução, é possível aferir que o julgamento recorrido tivesse acolhido a defesa.

Contudo, é forçoso concluir, que de uma análise rigorosa das provas, comparando-se com as Declarações de Importação, percebe-se que os valores totais, tanto da nota substituta, como da substituída, sequer se alteram tanto no primeiro caso, mês de Junho, como no segundo, agosto, onde se emitiu duas notas com erros consecutivamente.

Os erros estavam, não no total dos valores a serem tributados, mas nos campos intermediários, de preço e unidades, assim como no destino. As Declarações de Importação, não deixam nenhuma dúvida, quanto às razões do Recorrente para corrigir as notas fiscais. Ficou demonstrado que as notas fiscais que embasaram o processo continham erros e foram substituídas o que leva à conclusão pela improcedência do lançamento.

Assim é que, no terceiro caso, mês de outubro de 2014, a nota fiscal substituta 058, foi emitida na mesma data, 16/10/2015, às 17:41hs, com apenas algumas horas de diferença da de número 1112, com a mesma mercadoria, quantidade e valores, porém destinado para unidade do Recorrente em São Luís do Maranhão.

O fundamento do voto recorrido, sustenta que “*nestas circunstâncias, não há como atestar que as operações das notas fiscais substituídas sejam as mesmas do autuado, inclusive porque o autuado não junta nenhuma documentação das importações realizadas*”.

Ora, tal argumento não encontra lastro em uma breve análise da teoria da prova, no que diz respeito à constituição de prova negativa. Isto porque, partindo do princípio que o Recorrente não realizou importações similares, que pudessem dar subsídio à emissão de todas as notas fiscais (substitutas e substituídas), tais provas são impossíveis de serem apresentadas.

O Recorrente não pode provar que não fez outras operações, pode provar que fez apenas as que estão nas declarações de importação. Se existissem outras importações que dessem subsídio a todas as notas fiscais (substitutas e substituídas) caberia ao autuante investigar e apresentar a prova positiva (mediante execução do roteiro de importações), não havendo a menor condição de exigir prova negativa do Recorrente, só por simples ilação de que existiriam outras importações similares, pois se tais importações não existem, não há como exigir do Recorrente, que se faça provas da sua inexistência.

O que pode ser exigido são provas positivas (de que há operações outras que acobrem as notas deste processo), que cabem ao autuante e não ao Recorrente, já que este não tem como provar que não fez outras importações de valores similares. Ainda que trouxesse ao processo todas as suas importações, restaria a dúvida se apresentou mesmo todas, ou seja, é inquestionável que cabe ao autuante a constituição da prova alegada pelo Relator *a quo*.

A verdade formal do processo (notas canceladas, mas ainda tendo existência formal) não podem sobrepor ao princípio da verdade material, que aflora, quando de uma análise mais aprofundada das provas apresentadas no processo.

É certo que o Recorrente errou em manter notas fiscais, embora canceladas, como ainda existentes, assim como não fez referência à substituição das notas no campo destinado a esta informação, descumprindo obrigação acessória que trouxe embaraços à fiscalização, inclusive com a lavratura deste auto, o que justifica multa por descumprimento de obrigações acessórias.

Nos termos do art. 157 do RPAF, diz que “*verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente*”.

Assim, aplico a multa prevista no inciso XXII, do art. 42 da Lei nº 7.014 - R\$460,00 (quatrocentos e

sessenta reais).

Sendo, 2 notas no primeiro lançamento, 3 no segundo, e 2 no terceiro, aplico multa total de R\$3.220,00 relativa às sete notas fiscais com irregularidades.

Face ao exposto, voto pela PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, consequentemente, pelo PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278906.0014/18-8**, lavrado contra **ATE XVI TRANSMISSORA DE ENERGIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.220,00**, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS