

PROCESSO - A. I. N° 232884.0010/17-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1^a JJF nº 0210-01/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/07/2020

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0116-12/20-VD

EMENTA: ICMS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. PREÇOS INFERIORES AO CUSTO DE PRODUÇÃO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE. Mudança do fulcro da autuação, sendo justificado pelos autuantes que o lançamento de ofício foi na ocorrência de saídas em transferência em valor inferior ao da entrada mais recente da mercadoria. Assim, houve perante o autuado, dificuldade em conduzir sua defesa, diante da contradição entre a realidade da infração, a descrição dos fatos e o enquadramento legal. Destaca-se ainda, que há erro na indicação de dispositivo legal e na descrição dos fatos, sendo que as mercadorias objeto da autuação, não foram submetidas a qualquer processo de industrialização no estabelecimento do autuado, não tendo, consequentemente, saídas com preço inferior ao custo de produção. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2017, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 05.02.02 - Efetuou saídas de produtos em transferências para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, setembro e outubro de 2013 e fevereiro, março, maio e setembro a novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$152.991,57, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

A 1^a JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, em decisão por maioria, vencido o voto do Relator, mediante o Acórdão nº 0210-01/18 (fls. 57 a 62), com base nos votos a seguir transcritos:

“VOTO VENCIDO”

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a Fiscalização, apesar de não ter indicado com correção a fundamentação de fato e de direito no corpo da peça inicial, apresentou os documentos e demonstrativos, com seus dados, anexos, informações e cálculos.

De fato, tanto na descrição das ocorrências quanto no enquadramento legal (art. 13, §4º, II da LC nº 87/1996), está dito que se trata de “saídas de produtos em transferências para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção”, quando os levantamentos e demais peças estão a indicar que as apurações foram efetuadas com base nas entradas mais recentes (art. 13, §4º, I da LC nº 87/1996), e não nos custos de produção.

Tal estado de coisas, foi perfeitamente compreendido pelo impugnante, tanto que chamou atenção para que se observasse na aba “B-2” da planilha, elaborada pelos auditores que o “custo médio” de R\$2.017,29, foi calculado com base nas entradas compreendidas entre 01/02/2013 e 28/02/2013. Ao invés de se pautar na entrada mais recente, que a seu ver seria a correta, a metodologia projetou o que chamou de “custo” sob o prisma de uma entrada futura, posterior à própria operação de saída considerada, argumentação acolhida na informação fiscal, da qual resultou a pertinente revisão.

Portanto, inexiste violação ao Princípio do Devido Processo Legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do

RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Importa ressaltar, que não há nulidade sem prejuízo, e que as indigitadas falhas não causaram óbices para que o defendente compreendesse o teor da imputação.

Prova disso é que o autuado também se insurgiu contra o fato de os auditores terem considerado a reentrada de item anteriormente remetido, sob a égide de regime de exportação temporária, que não exprime a base de cálculo a ser observada nas remessas interestaduais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (produto de código TRAFO 34,5-0,69KV2350KVA60HZ-170ANSI-IEC).

Sustentou ser indevida a consideração do reingresso de itens remetidos ao exterior, por força do regime de exportação temporária, para fins de definição do “custo médio”. Citou o inciso I, do §4º, do artigo 13 da LC nº 87/1996, destacando que a base de cálculo a ser considerada na transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade será o “valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria”, para alegar que não seria qualquer entrada a ser levada em conta sob o prisma do dispositivo citado, mas sim aquela que exprima de fato a aquisição da mercadoria, sob pena de se consumar uma nítida distorção.

Ou seja, os erros de descrição e de enquadramento não causaram prejuízos ao defendente, pois este compreendeu perfeitamente a natureza da acusação, tendo exercido de forma plena o direito de defesa e do contraditório.

Não há que se levar o Processo Administrativo Fiscal – que é regido pela formalidade moderada (ou até mesmo pela informalidade) -, a um patamar de rigor procedural tal que reste não observado o interesse público primário de recolher ao Erário o que é efetivamente devido pelos particulares, em prejuízo das necessidades primárias da sociedade.

Com isso, não deixo de reconhecer a importância da correta motivação do ato administrativo, que existe exatamente para que não sejam agredidos os direitos de defesa e do contraditório dos administrados, os quais não foram atingidos neste Auto de Infração.

O Princípio da Motivação determina que a Administração deve justificar os seus atos, apresentando as razões que a fizeram decidir sobre os fatos com a observância da legalidade governamental. Os atos administrativos precisam ser motivados, com a especificação das razões de direito que levaram os agentes a proceder deste ou daquele modo.

Poder-se-ia até mesmo supor que com os referidos equívocos, os auditores não observaram o sobredito princípio (da Motivação). Ainda que se admita verdadeira tal assertiva, seria o caso de levar a efeito uma ponderação de princípios para determinar qual dentre os colidentes deve ser aplicado (o da Motivação ou o da Indisponibilidade do Interesse Público de recolher ao Erário o que é efetivamente devido pelos particulares).

Os conflitos entre regras podem ser solucionados a partir da visualização da validade, excluindo-se para tanto, a norma reputada como inválida. A priori, na hipótese de colisão entre duas regras, a resolução ocorrerá a partir da introdução de uma “cláusula de exceção”. Não sendo possível tal disposição, pelo menos uma das regras em antinomia será tida como inválida, devendo, portanto, ser excluída do ordenamento jurídico.

As confrontações entre princípios devem ser solucionadas a partir da submissão / cessão pontual de um princípio em relação a outro, em que o princípio cedente – no caso específico e somente naquele caso -, tem peso menor do que o princípio precedente. Por esse viés, não se analisa a dimensão de validade dos princípios. Esses são válidos e intocáveis, sendo casualmente afastados devido ao cotejo de interesses exigido na situação concreta.

Nesse sentido, observa-se que ao se determinar uma prioridade clara acerca da utilização de um princípio, aquele recusado continua a fazer parte do ordenamento jurídico. Esse fenômeno de afastamento momentâneo da aplicação de um princípio, ao caso concreto, é a chamada ponderação.

Na situação em enfoque, o referido fenômeno não pode levar a outra conclusão que não seja a de que prevalece o Interesse Público, inclusive porque a Motivação existe para proteger a ampla defesa e o contraditório, que, digo mais uma vez, restaram intocados no lançamento de ofício objurgado.

Voto pela rejeição da preliminar de nulidade.

VOTO VENCEDOR

Divirjo do entendimento do relator quanto à rejeição da preliminar de nulidade. Constatou que assiste razão ao impugnante quando afirma que as mercadorias não foram submetidas a qualquer processo de industrialização.

Na descrição da infração consta que o autuado efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra Unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção. O enquadramento legal está em sintonia com a descrição dos fatos, sendo indicado o inciso II, do § 8º, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, conforme a seguir:

§ 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

Entretanto, nos demonstrativos de débito e na informação fiscal, os autuantes mudaram o fulcro da autuação, passando a justificar o lançamento de ofício na ocorrência de saídas em transferência em valor inferior ao da entrada mais recente da mercadoria, com base no inciso I, do § 8º, do art. 17 da Lei nº 7.014/96.

Não há como se admitir que inexisti dificuldade para o autuado em conduzir a sua defesa diante da contradição entre a realidade da infração e a descrição dos fatos e enquadramento legal. Destaco que não estamos diante de simples erro na indicação de dispositivo legal, mas de erro também na descrição dos fatos. As mercadorias objeto da autuação não foram submetidas a qualquer processo de industrialização no estabelecimento do autuado. Não havendo, portanto, que se falar em saídas com preço inferior ao custo de produção.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

A 1ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS e multa, em decorrência da realização de saídas de produtos em transferências para estabelecimento situado em outra Unidade da Federação, com preço inferior ao previsto na Lei Complementar nº 87/96.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$317.537,93, conforme extrato (fl. 113), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A desoneração decorreu do entendimento de que houve mudança no fulcro da autuação, porquanto a sua descrição e enquadramento se referem a transferências com preço inferior ao custo de produção, enquanto os demonstrativos e a Informação Fiscal foram baseados no valor correspondente à entrada mais recente das mercadorias transferidas.

Ressalto que foi vencido o voto do Relator, o qual afastou a nulidade por expressar que não causou prejuízo ao Autuado, consagrando o princípio de que não há nulidade sem prejuízo, já que o mesmo efetuou sua Defesa de forma específica e detalhada.

Analizando a Informação Fiscal, constato que o Autuado não requereu a nulidade pela citação ao custo de produção, mas pela utilização de preços relativos a entradas ocorridas após as saídas, e de reentrada de item anteriormente remetido sob o regime de exportação temporária.

Sendo assim, entendo que a Decisão recorrida não expressou o melhor resultado para a lide ao anular o Auto de Infração, me alinhando ao seu Voto Vencido, o qual me privo de copiar aqui por fazer parte do Relatório acima, já que efetivamente não ocorreu o cerceamento do direito de defesa.

Entretanto, a Decisão de primo grau não avaliou as demais questões de mérito da infração, sem verificar se efetivamente ocorreu o recolhimento a menor do imposto.

Portanto, para que o Autuado não seja prejudicado pela supressão de instância, voto pela NULIDADE DA DECISÃO DE PISO, para que os autos sejam novamente remetidos à 1ª Instância, para que seja proferida nova decisão, ultrapassando a preliminar de nulidade e avaliando o mérito da autuação.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia para, salvo melhor juízo, divergir do Ilustre Relator, por entender que a decisão de piso não merece reparos, notadamente porque a ação fiscal, de fato, foi cometida de vício material que ensejou a flagrante nulidade do auto de infração.

Isto porque, houve manifesta incongruência jurídica entre a capitulação legal inserida na

autuação e as exigências lançadas nos demonstrativos apurados pelo agente autuante, situação que, indubitavelmente, prejudica o pleno exercício do direito de defesa e contraditório, garantias constitucionais atribuídas, *in casu*, ao contribuinte.

Tanto na descrição das ocorrências quanto no enquadramento legal (art. 13, §4º, II da LC nº 87/1996), é mencionado que se trata de “saídas de produtos em transferências para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção”. Ocorre que, se observado os levantamentos e demais peças, é possível constatar que as apurações foram efetuadas com base nas entradas mais recentes (art. 13, §4º, I da LC nº 87/1996), e não nos custos de produção.

Não se poderia exigir do contribuinte recorrido a suposição acerca da infração a si imputada, sob pena de, repita-se, implicar em prejuízo ao seu amplo direito de resposta.

E nesse caso, entendo que não cabe a conclusão de que o contribuinte, não obstante o conflito material da autuação, conseguiu exercer seu direito de defesa. Precede à essa precária análise o fato de que efetivamente a autuação está eivada de nulidade, em face da notória dissociação entre a capitulação legal prevista na autuação e o cenário jurídico evidenciado nos correlatos demonstrativos.

A ausência de correlação entre a autuação, pelo dispositivo legal ali invocado, e a exigência do autuante revelada nos seus demonstrativos, integrantes da mesma ação fiscal, denotam a irretocável evidência de nulidade do auto de infração, e, por conseguinte, a manutenção da decisão proferida pela Junta de origem.

E peço ainda a atenção deste MM Colegiado, para o fato de que sequer foi oportunizado ao contribuinte recorrido o direito de, caso fosse sanado ou esclarecido o vício material aqui demonstrado, promover eventual complementação à sua defesa.

Dessa forma, e respeitosamente divergindo do Ilustre Relator, voto pela rejeição do Recurso de Ofício, mantendo na íntegra a decisão proferida pela JJF, que concluiu pela nulidade do auto de infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **232884.0010/17-6**, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, José Raimundo Oliveira Pinho, Henrique Silva de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva e Eduardo Ramos de Santana.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO VENCEDOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS