

A. I. Nº - 279757.0025/19-0
AUTUADO - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.11.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O contribuinte consegue elidir a acusação fiscal. Comprovado nos autos, de acordo com documentos trazidos ao feitos ser a mercadoria objeto da autuação importada, cabendo a aplicação da alíquota de 4%. Reconhecimento pelo autuante da insubsistência da autuação. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. A legislação autoriza a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que no caso concreto, corresponde a 1% (um por cento) do valor comercial das mercadorias adquiridas, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Não foi comprovado o registro das notas fiscais listadas na autuação. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 20 de dezembro de 2019 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$118.994,90, além de multa de 60% e multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de dezembro de 2014, no mês de dezembro de 2014, no valor de R\$ 11.004,01. Consta a informação do autuante de que: *“Aplicou alíquota de 4% nas operações interestaduais, prevista na Resolução SF 12/13, sem comprovação nos registros fiscais da importação das referidas mercadorias, conforme demonstrativo Gamesa_Saídas_Alíquota_SF.xlsx, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues ao Contribuinte”*.

Infração 02. **16.01.02.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2014, sendo apenado com multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$107.990,89.

Tempestivamente, a autuada, por sua procuradora, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 18 a 25, onde alega, após resumir os fatos, que a infração 01 teve como origem a nota fiscal 006, emitida em 12/12/2014, com CFOP 6557 (transferência de materiais de uso e consumo), e por se tratar de transferência entre filiais, a operação não precisa ser submetida à tributação pelo ICMS, em razão da Súmula 166 do STJ, cujo teor reproduz, esclarecendo que a alíquota de 4% foi corretamente aplicada, uma vez serem os produtos transferidos importados.

Menciona ter a nota fiscal 7.782 (Doc. 05), emitida em 11/12/2014, conforme DI 14/2341133-3 (Doc. 6), relativa à entrada a título de importação, esclarecendo que por um lapso não intencional, o

registro nos livros fiscais da nota fiscal 7.786, reconhecendo a entrada das mercadorias importadas, não foi realizada no período, o que lhe caberia a infração por falta de registro do documento fiscal.

Diante do exposto, diz restar claro que a acusação posta não deve prevalecer, devendo ser cancelada.

Para a infração 02, aduz que, das setenta e uma notas fiscais autuadas, trinta e três foram efetivamente escrituradas em períodos posteriores, comprovando o devido registro dos documentos através dos Registros de Entrada da EFD ICMS/IPI (Docs. 9 a 11), bem como a data de escrituração na coluna "O" da relação apresentada nesta infração.

Confirma ter apurado o descumprimento do dever de escrituração de trinta e oito notas fiscais, correspondentes a operações não tributadas pelo ICMS.

Sublinha que não houve qualquer espécie de dolo, fraude ou simulação, tampouco supressão do tributo devido, agindo sempre de boa-fé, e em momento algum causou prejuízo ao Erário, motivo pelo qual pede a devida vênia para que o órgão julgador afaste a exigência, ou, pelo menos, a reduza em respeito às circunstâncias que permeiam o caso concreto.

Destaca que essa possibilidade encontra fundamento de validade no artigo 113, § 2º, do CTN, trazendo trecho de decisão do STJ.

Assim, entende que a instituição de deveres instrumentais somente será legítima quando guardar razoabilidade com o fim que se pretende atingir, que, no caso, é a própria arrecadação de tributos, estando em sintonia com os princípios insculpidos na Constituição Federal que o Estado deve observar, como da finalidade, motivação, proporcionalidade e eficiência.

Anota ter sedimentado na jurisprudência o entendimento de que a imposição de penalidade por conta da inobservância de deveres instrumentais deverá ser harmonizada com o próprio princípio da finalidade da sanção razão pela qual, não havendo prejuízo ao Fisco, inexistente sanção a ser aplicada.

Aborda a necessidade de harmonização entre a instituição de deveres instrumentais aos contribuintes e a atividade arrecadatória exercida pelo Estado; se houve eventual descumprimento no atendimento ao dever acessório pelo contribuinte, deverá ser considerada a sua conduta em face de tal desídia ter prejudicado ou não a arrecadação de tributos.

Registra a existência de disposição no ordenamento positivo que considera justamente essas premissas para fins de aplicação de penalidade decorrente do descumprimento de deveres instrumentais por sua parte.

Reproduz o teor do artigo 42, § 7º, da Lei 7.014/96, que proporcionaria a possibilidade de redução ou afastamento da multa aplicada, sendo tal disposição incorporada ao RPAF/99, em seu artigo 158, e levando em consideração o fato de ter atendido todos os requisitos exigidos pela legislação, requer seja afastada ou reduzida a sanção, ratificando que não houve qualquer espécie de dolo, fraude ou simulação, notadamente diante de todas as circunstâncias ressaltadas anteriormente.

Avançando no raciocínio, aduz que as próprias características dos itens que comercializa, a saber, operações com aero geradores, não dão margem para o entendimento de que a sua conduta estava eivada de má-fé, diante do fato de as mercadorias objeto de comercialização estarem acobertadas pela isenção do ICMS, consoante Convênio ICMS 101/1997, de acordo com cópia que traz.

Reforça que a inexistência de exigência de ICMS na saída de aero geradores, evidencia que uma hipotética ausência de escrituração da entrada dos respectivos insumos nunca poderia levar a um inadimplemento do imposto, ou seja, não haveria vantagem evidente para que deixasse de escriturar a entrada de insumo que, além de resguardar o direito à manutenção do crédito de ICMS, na forma do artigo 264 do RICMS/12, é empregado na produção de item cuja saída é isenta.

Reitera enquadrar-se nos permissivos já mencionados anteriormente, que possibilitam o afastamento da penalidade aplicada, mencionando o reconhecimento para casos semelhantes ao presente, a exemplo do julgamento do Auto de Infração 278868.4001/13-5, julgado em 21/09/2017.

Conclui, requerendo o cancelamento das infrações sofridas.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 138 e 139, indica, inicialmente, que antes da conclusão da ação fiscal, o levantamento das irregularidades foi apresentado a preposto da empresa autuada para justificativas e esclarecimentos, tendo, inclusive, solicitado a DI 14/2341133-3, constante no campo “Informações Complementares”, sem, contudo, ter sido apresentada até a conclusão dos trabalhos.

Constata que a mesma, juntamente com a nota fiscal 7.782, somente em sede de apresentação de impugnação vieram aos autos, juntamente com a nota fiscal 7.786, comprovando que as mercadorias são de origem estrangeira e que não sofreram nenhum tipo de industrialização, motivo pelo qual foi tributada corretamente à alíquota de 4%, prevista no artigo 15, inciso III, alínea “b” da Lei 7.014/96.

Na infração 02, igualmente firma que apresentou à autuada o resultado preliminar do levantamento realizado, para que justificasse ou esclarecesse os fatos apontados.

Tendo a empresa realizado anotações e apresentado a sua EFD, fala ter comprovado regular escrituração de parte, retificando o demonstrativo, consoante se observa nas fls. 10 a 12, restando após tais exclusões, o montante de R\$107.990,99.

Esclarece, por fim, que tal demonstrativo (fls. 10 a 12), exige a multa exatamente sobre as notas fiscais reconhecidas como não lançadas, conforme fl. 21, já contemplando as exclusões requeridas, restando tão somente as não escrituradas.

Conclui pela procedência parcial do lançamento, diante do reconhecimento da improcedência da infração 01.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Cientificação de Início de Ação Fiscal, através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), mensagem 141.503, em 14/11/2019, com leitura e ciência do contribuinte na mesma data (fl. 05).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 06 e 07, 10 a 12, tendo a mídia de fl. 13 sido devidamente entregue ao final da ação fiscal, através do recibo de fl. 14, em 20/12/2019.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticada pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos, documentos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Inexistindo questões preliminares a serem analisadas, adentro no mérito.

Na infração 01, foi lançado imposto, diante do entendimento da fiscalização de ter a empresa autuada recolhido ICMS a menor, por ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, em saídas de mercadorias devidamente escrituradas.

O documento no qual se baseou a acusação fiscal, foi a nota fiscal 006, constante à fl. 08, pelo qual em operação de transferência de material de uso e consumo, emitida pelo estabelecimento autuado, para estabelecimento da mesma empresa localizado no estado do Rio Grande do Norte, ter sido aplicada alíquota de 4%, sobre um valor de operação de R\$121.043,84, resultando em ICMS de R\$4.841,73, destacado no mencionado documento.

A elucidação da questão depende unicamente da prova material, em respeito ao princípio da verdade material, para constatação de ser correta a aplicação da alíquota de 4% ao invés de 12%, alíquota interestadual aplicável normalmente a tais operações, princípio basilar no processo administrativo fiscal, sendo o seu objetivo maior a ser alcançado.

Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) entende que *“O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”*.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 1 6ª edição, 1991, Página 581) entende que *“O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente”*.

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar, aos litigantes, garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos

atos formais realizados pelo agente administrativo, que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal, como visto, busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis, o que não é a hipótese em tela, diante dos elementos coligidos ao feito.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

E assim foi feito, como demonstram os documentos acostados pela defesa, às fls. 39 a 70, referentes à Declaração de Importação (DI) número 14/2341133-3, cujos produtos deram entrada em estabelecimento da empresa, localizado em Camaçari, Bahia, através da nota fiscal de entrada 7.782, emitida em 11/12/2014, consoante se observa às fls. 34 a 38.

Assim, devidamente produzida a prova de que a entrada da mercadoria importada foi regular, correta a aplicação em operação posterior da alíquota de 4%, o que, reitero, em nome do princípio da verdade material, deve ser acolhido, tal como reconhecido e indicado pelo próprio autuante em sede de informação fiscal, sendo a infração improcedente.

Quanto à infração 02, observo ser obrigação acessória da empresa, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12 autoriza a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constato que a lei não excepciona qualquer operação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes do porte, atuação no mercado e reputação da autuada, sendo irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS.

Por tal motivo, contrariamente ao entendimento da autuada, existe, sim, prejuízo para o fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Diante do fato de não terem sido apresentados elementos consistentes capazes de alterar o lançamento efetuado, tendo sido comprovado que os documentos inseridos no demonstrativo de fls. 10 a 12, são aqueles que não foram encontrados registros na escrituração fiscal, tenho como caracterizada a infração.

Por oportuno, menciono ser esta uma prática reiterada adotada pela empresa autuada, a se ver das decisões constantes dos Acórdãos CJF 0127-12/19, julgado em 24/04/2019 e CJF 0114-12/19, julgado

em 15/04/2019, sem que se tenha percebido qualquer esforço envidado pela empresa no sentido de minorar ou evitar tal problema.

Quanto a redução ou dispensa requerida, esclareço que com a promulgação da Lei 14.183, de 12/12/19, publicada no DOE de 13/12/19, com efeitos a partir de 13/12/19, o § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96 foi revogado, motivo pelo qual o pleito defensivo não pode ser atendido, sequer apreciado.

Por tais razões, voto no sentido da procedência parcial do Auto de Infração, diante da improcedência da infração 01, e manutenção da infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0025/19-0** lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$107.990,89**, prevista no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR