

A. I. N° - 180461.0003/14-2
AUTUADO - RADIANTE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - MARIA JOSÉ MIRANDA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0188-02/19

EMENTA: ICMS. 1. ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Nas transferências internas, não incide o ICMS, de acordo com entendimento exarado no Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0. Infração insubstancial. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO NA EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Cálculos feitos pelo revisor, para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado o registro na EFD e cujas mercadorias não ingressaram no estabelecimento. Reduzida a multa, de 10% para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei 13.461/2015, aplicando-se a retroatividade benigna nos termos da alínea “c” do art. 106 do CTN. Infração parcialmente subsistente. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Pelo fato da apenação prevista na Lei 7.014/96 se referir a entradas de mercadorias com valor comercial, o que não ocorreu no caso presente, vez que as notas foram emitidas apenas em operações fictas, conforme determinação normativa, a infração não procede. 3. ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. MULTA. Comprovado que no período inexistia a obrigação do contribuinte solicitar qualquer autorização para utilização de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, para emissão de livros fiscais, a infração é insubstancial. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Feitos os cálculos na informação fiscal prestada pelo revisor. Reduzido o valor da multa. Não acolhidas as questões preliminares suscitadas. Negado o pedido para realização de diligência. Rejeitada a redução das multas por descumprimento de obrigação acessória. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 10 de dezembro de 2014 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$350.202,97, bem como multa no percentual de 60%, além de multas pelo descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **03.02.05.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$257.607,66, para ocorrências verificadas nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012. Consta a seguinte informação proveniente da autuante: “*O contribuinte transfere mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular e para as empresas consideradas pela fiscalização como interdependentes, com o valor inferior ao praticado nas entradas. De acordo com o Art. 56, Inciso IV alínea a do RICMS Decreto 6.284/97 (até 31/03/2012) e Art. 17 Inc II § 7º da Lei 7.014/96, na saída de mercadoria para estabelecimento situado neste estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é: o preço de aquisição ou valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria (até 31/03/2012) e valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria (a partir de 01/04/2012).*

Para confirmar mais ainda a interdependência, nas saídas de mercadorias no CFOP 5.102 – Vendas, consideradas pela fiscalização como TRANSFERÊNCIAS, encontram-se no CD anexo ao processo duas planilhas das SAÍDAS – REGISTRO 54 de 2011 e 2012, onde se constata diversos exemplos de saídas das mesmas mercadorias nos CFOPs 5.102 – Vendas e CFOP 5.152 – Transferências, pelo mesmo preço”. (Mantida a grafia original).

Infração 02. **16.01.01.** Deu entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada multa de 10% sobre o valor das mesmas, totalizando R\$ 37.396,39. Consta a observação de “*Trata-se de Notas Fiscais Eletrônicas que não foram lançadas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias*”. Período da autuação de janeiro a maio, julho, setembro a novembro de 2011, julho, agosto e novembro de 2012.

Infração 03. **16.01.02.** Deu entrada, no estabelecimento, de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o montante das aquisições, resultando em lançamento de R\$6.262,98 para os meses de: fevereiro, março, junho, agosto e setembro de 2012. Afirma a autuante “*Trata-se de notas fiscais fictas emitidas com base nos Decretos da Presidência da República de n.º 7.663 de 29/12/2011 e 7.712 de 03/04/2012, que dispõe sobre a devolução ficata e a reintegração de estoques do fabricante de eletrodomésticos. O contribuinte emitiu a nota fiscal de devolução com base no § 1º dos referidos decretos, lançou nos livros de saída, entretanto não lançou diversas notas fiscais de entradas emitidas pelo fornecedor. Trata-se de notas fiscais eletrônicas*”. (Grafia original)

Infração 04. **16.04.05.** Escriturou livros fiscais sem prévia autorização, sendo cominada multa de R\$ 1.120,00. Consta a informação da autuante de que “*escriturou pelo Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, os livros Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Saída de Mercadorias, Registro de Apuração de Icms e Registro de Inventário, dos exercícios de 2011 e 2012 sem prévia autorização da Secretaria da Fazenda. Com base no Art. XVIII alínea do Art. 42 da Lei 7.014/96 e alterações posteriores, será aplicada a penalidade de R\$ 140,00 por cada livro: 08 livros x R\$140,00 = R\$1.120,00*”. Ocorrência lançada em novembro de 2014.

Infração 05. **16.12.22.** Forneceu arquivos magnéticos, enviados via Internet através do programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, calculando-se a multa de 5% sobre o valor das operações ou prestações omitidas, limitada a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas realizadas pelo estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Através do monitoramento de Arquivos Magnéticos, a empresa foi intimada a transmitir o Sintegra dos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2011 e fevereiro a dezembro de 2012, já que os arquivos haviam sido apresentados com os Registros 10 e 311 do Sintegra. Em 18/09/2013 e 25/09/2013 os mesmos foram apresentados, conforme Relatório do SCAM. Após a validação dos referidos arquivos foi verificado que os mesmos foram transmitidos com diversas inconsistências e em 01/10/2013 a empresa foi intimada a corrigi-los no prazo de trinta dias. Em 09/12/2013 os arquivos foram reapresentados, mas ainda com diversas inconsistências. Em 11/12/2013 a empresa foi mais uma vez cientificada das divergências. Considerando que as intimações anteriores haviam sido

encaminhadas via e-mail, em 28/01/2014, a empresa foi intimada por escrito, sendo que em 10/03/2014, a empresa reapresentou todos os arquivos de 2011 e 2012, porém, ainda com inconsistências, o que gerou a autuação, no valor de R\$47.815,94.

A empresa autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 1.412 a 1.445, onde, após resumir a acusação, aponta a existência de nulidade da Infração 01, ante à ausência de comprovação quanto à interdependência entre as empresas apontadas pela fiscalização, pois se teria verificado suposta transferência de mercadorias entre o contribuinte autuado empresas consideradas interdependentes, cujo valor da saída era inferior ao praticado na entrada.

Alega que, apenas com base na constatação de que a empresa efetuou saídas a título de vendas (CFOP 5.102) e transferências (CFOP 5.152) pelo mesmo valor, a autuante equivocadamente considerou que as operações regularmente escrituradas pelo contribuinte como vendas eram, na verdade, transferências para empresas que supostamente seriam interdependentes.

Diz ter sido tal ilação feita sem nenhum fundamento plausível, não se verificando no Auto de Infração, tampouco na documentação a este anexa, qualquer elemento que comprove a condição de interdependência entre a autuada e aquelas para quem foram vendidas as mercadorias com preço supostamente inferior ao de aquisição.

Destaca um verdadeiro contrassenso na descrição da Infração 01 contida no Auto de Infração, na qual a autuante diz, expressamente, que as saídas de mercadorias regularmente escrituradas, enquanto que na linha subsequente indica que vai desconsiderar o registro contábil existente.

Entende que tal abuso torna-se ainda mais evidente ao se constatar que o conceito de “empresas interdependentes” consta da própria legislação estadual. Nesse sentido, invoca o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), em seu artigo 12, devidamente transcrito.

Interpreta que de acordo com o COTEB, o entendimento de que empresas são interdependentes serve para imputar a responsabilidade pelo crédito tributário devido por terceiro, nas situações em que especifica. Assim, para poder realizar a aplicação deste conceito precisaria demonstrar o inadimplemento do tributo pelo contribuinte além de comprovar a ocorrência de alguma das hipóteses previstas nas alíneas do parágrafo único do artigo 12 acima transcrito, frisa.

Garante inexistir, na autuação impugnada, qualquer referência a crédito tributário devido por terceiro que supostamente daria azo a aplicação do conceito de empresa interdependente além de não constar qualquer prova ou, ao menos, mera imputação de uma das circunstâncias definidas no dispositivo.

Tem como absolutamente desprovida de fundamento que justificasse a exigência formulada, a alegação feita no bojo do Auto de Infração, além de inexistir menção a qualquer dispositivo legal que pudesse ser aplicado para desconsiderar as operações que foram, como confessado no próprio lançamento, regularmente escrituradas.

Ressalta que, aparentemente, o critério que foi utilizado para atribuir às empresas adquirentes das mercadorias vendidas a condição de interdependentes, ou seja, a semelhança entre os valores contidos nas vendas para terceiros e nas transferências para estabelecimentos do mesmo contribuinte, carece de respaldo jurídico, sendo fruto de presunção arbitrariamente criada, sem qualquer amparo na lei ou na jurisprudência deste Conselho.

Fala ter a autoridade fiscal procedido de forma oblíqua, enviesada, incorrendo em flagrante violação ao princípio da legalidade (que norteia e vincula a atividade administrativa), ao utilizar presunção sem fundamento jurídico em detrimento dos critérios previstos na legislação que regulamenta o ICMS, restando demonstrado o absurdo víncio que macula o procedimento fiscalizatório adotado, culminando na lavratura de Auto de Infração nulo, inclusive por violação do princípio da verdade material, da legalidade e da tipicidade cerrada.

Invoca, nesse sentido, acerca da nulidade da autuação fiscal, o artigo 18, IV, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), reproduzido.

Pontua que além da transgressão ao princípio da legalidade estrita, no que tange à alegação de transferência de mercadorias para supostos estabelecimento interdependentes, verifica que o procedimento fiscalizatório adotado pela autuante não foi levado a cabo com base em provas concretas, tampouco pautou-se em critérios precisos e objetivos que pudessem identificar e delimitar, com clareza, a dita infração praticada.

Repisa que consta do próprio Auto de Infração a informação de que as saídas de mercadorias efetuadas foram regularmente escrituradas em seus livros fiscais, sendo cediço que a escrita fiscal do contribuinte, quando regularmente feita, goza de presunção de veracidade, a qual só pode ser elidida mediante a apresentação de provas em sentido contrário pela Administração Tributária.

No entanto, desconsiderando completamente a regularidade das operações escrituradas nos livros fiscais do contribuinte, bem como a legislação tributária pertinente à matéria, se aplicou ao caso uma interpretação oriunda apenas do entendimento pessoal da autuante, através da qual lhe imputou a prática de infração tributária ainda que não tenha sido capaz de afastar a legítima presunção de veracidade dos documentos fiscalizados, seja por meio de argumentos fáticos ou jurídicos, observa.

Por derradeiro, tem como evidenciado que a ausência de parâmetros razoáveis para a imputação da condição de interdependência entre a empresa e suas filiais, traz a incerteza e a insegurança da autuação fiscal, uma vez que não há elementos aptos a embasar a presunção subjetiva de que se valeu a autuante para considerar como transferências as vendas realizadas, impossibilitando até mesmo o exercício da ampla defesa e do contraditório pela Impugnante em sua plenitude.

Diz completamente descabida a desconsideração feita, sem qualquer argumento jurídico válido ou elemento probatório apto a justificar a existência de interdependência entre as empresas adquirentes das mercadorias e a ora autuada, pugnando seja reconhecida e declarada a nulidade da Infração 01 do Auto de Infração em epígrafe, em razão da utilização de metodologia arbitrária, desprovida de previsão legislativa e que ofende a verdade material para apurar o ICMS supostamente devido.

Apresenta, a seguir a segunda razão de nulidade que entende presente na infração 01, uma vez que o ICMS foi calculado tomando-se por base a suposta diferença entre o valor da entrada e o valor de saída das mercadorias no seu estabelecimento.

Destaca seu entendimento no sentido de que apenas na hipótese em que o valor de transferência fosse superior ao de entrada haveria a possibilidade de exigir-se diferenças de ICMS. Afinal, acaso a transferência ocorresse por valor inferior ao de entrada inexiste fato gerador do ICMS, logo, não há que se falar em pagamento de diferença a este título. Tal tese, como já afirmado, será melhor desenvolvida adiante.

Supõe ainda que houvesse ICMS a incidir sobre a diferença entre o valor de transferência e o valor de entrada, para que esta exigência fosse validamente realizada ela precisaria estar calcada em fundamento legal idôneo a tanto, além de ser calculada por meio de parâmetros que não fossem arbitrariamente criados pela autuante.

Menciona não haver indicação do dispositivo legal que possa ser utilizado como fundamento para o cômputo realizado e inexiste no Auto de Infração qualquer descriminação comprehensível da fórmula adotada para identificar os ditos valores de entrada.

Na planilha que acompanha a impugnação, (cuja cópia em CD não foi recepcionada, diferentemente do quanto dito na narrativa fática da infração) há a menção de que o valor mínimo para a transferência seria: “VL. UNIT. C/IPI e ICMS/L= vl. Unit + IPI + 17%”, inquirindo, entretanto, qual o fundamento para que esta seja a fórmula adotada? Qual a alíquota de IPI considerada na mesma?

Indica constar o número da Nota Fiscal de entrada que, supostamente, fora utilizada para a identificação das informações necessárias ao cálculo realizado, todavia, quando da tentativa de

realização do cálculo.o na forma indicada não é possível obter-se o valor adotado pela fiscalização.

A título de amostragem, traz algumas das apurações dos valores de entrada correspondente a transferências de mercadorias relacionadas na folha 1 de 74 da planilha anexa ao Auto de Infração:

GUARDA ROUPA LONDRES 696 IMB/PRT

Consoante a Nota Fiscal 37640 emitida pela MOVAL – Móveis Arapongas Ltda. (DOC. 02) o referido roupeiro teve Valor de Entrada destacado em R\$191,19, enquanto que o ICMS incidente nesta operação foi de 7% e o IPI de (5%). Caso aplicadas tais alíquotas ao valor unitário da mercadoria, apuraria o valor de R\$ 214,13, sensivelmente diverso dos R\$225,74 utilizados na apuração da Base de Cálculo do ICMS.

Questiona qual o critério utilizado para obter-se valor diverso, o fundamento legal a tanto, se foi utilizada alguma outra informação além da constante na Nota Fiscal, qual teria sido, e por qual razão este não está indicado no auto de infração ou na planilha a ele anexa?

GUARDA ROUPA SAN DIEGO 610 BR/TB

Na mesma Nota Fiscal acima colacionada (37640) fala ser possível constatar a inconsistência das informações em relação as demais mercadorias, como o guarda-roupa San Diego, que teve o valor de entrada destacado em R\$ 268,01, sendo adotados os critérios criados para identificar o valor de entrada desta mercadoria, consoante os dados contidos na Nota Fiscal, obtém-se a seguinte informação:

Valor Unitário	IPI - 5%	ICMS - 7%	TOTAL
268,01	13,40	18,76	300,17

O valor obtido do cálculo indicado não confere com os R\$ 316,45 adotados na planilha ora impugnada, aponta.

GUARDA ROUPA ITAPEMA 679 IMB/PRT

Na Nota Fiscal 37641 (DOC. 03) emitida pela MOVAL consta a informação de que o valor unitário desta mercadoria foi de R\$223,18, de sorte que o valor a ser considerado pela fiscalização, com a incidência do IPI e ICMS destacados na NF deveria ser de R\$ 249,96, que não condiz com os R\$263,51 adotados pela Autuante, de acordo com a tabela apresentada.

Valor Unitário	IPI - 5%	ICMS - 7%	TOTAL
223,18	11,16	15,62	249,96

Assegura que as referidas inconsistências se repetem em todas as mercadorias alvo da imputação feita na infração 01, o que demonstra ser absolutamente incompreensível o procedimento adotado pela fiscalização para obter os valores que supostamente deveriam ser considerados como mínimo para a transferência.

Da análise realizada, fala ser possível aduzir que não há como identificar o critério utilizado na definição da suposta base de cálculo, o que macula o Auto de Infração vergastado por ofender a sua ampla defesa. Afinal, não lhe foi dada a oportunidade para verificar se os cálculos realizados pela fiscalização possuem respaldo legal ou não.

Ante a ausência de elementos que identifiquem com clareza a suposta infração, a qual a autuante reputa como ocorrida, deve ter vez a declaração de nulidade da mesma, nos termos do artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), reproduzido.

Entende que o lançamento realizado deve ser considerado nulo, tanto pela ausência de fundamentos fáticos para se determinar a infração supostamente cometida e em razão do prejuízo ao exercício do contraditório e ampla defesa decorrente da ausência de definição expressa do

critério utilizado para determinar a base de cálculo correspondente ao valor das entradas, tanto no Auto de Infração quanto nas planilhas anexas.

Invocando a Súmula nº 01 do CONSEF, garante que a simples menção dos artigos 56 e 124 do RICMS (Decreto 6.284/97) e dos artigos 56 e 124, I da Lei 7.014/96 a título de enquadramento legal não serve para justificar os vícios do lançamento em razão da falta de expressa descrição e comprovação dos critérios unilateralmente criados pela fiscalização para determinação da base de cálculo do ICMS por ela apurada.

Ante o exposto, desde já, requer a declaração de nulidade da infração 01 e a sua consequente exclusão do computo do *quantum* considerado devido.

A seguir, aborda a existência de nulidade na infração 05, frente a necessidade de entrega ao contribuinte da listagem diagnóstico contendo as irregularidades verificadas nos arquivos magnéticos, uma vez que na mesma lhe foi imputada o suposto descumprimento de obrigação acessória de entrega de arquivo magnético (Sintegra) contendo todas as informações atinentes ao registro fiscal das operações realizadas pela empresa nos períodos de janeiro a abril de 2011 e fevereiro a dezembro de 2012.

Registra que, ao descrever a mencionada infração, a autuante indicou que os arquivos Sintegra apresentados pelo contribuinte possuíam “*diversas omissões e inconsistências*”, não tendo sido devidamente corrigidos após intimação específica para tanto. Por assim entender, aplicou a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, no valor de 5% sobre o valor das divergências apuradas, totalizando R\$47.815,94 (valor histórico).

Entretanto, ocorre que a acusação fiscal referente à infração 05 não poderá prevalecer, tendo em vista a existência de vícios no procedimento de fiscalização, o qual deixou de observar o regramento contido no artigo 708-B do RICMS/97.

Nesse sentido, ainda que a autuante entenda que a entrega dos arquivos magnéticos, após intimações para correção, não tenha apresentado todas as informações exigidas na legislação, deveria lhe entregar Listagem Diagnóstico com as irregularidades verificadas, conforme dispõe o § 3º do artigo 708-B do RICMS/97, copiado.

Ocorre que a medida mencionada acima não foi adotada, ou seja, não lhe foi oportunizada a revisão dos arquivos Sintegra com base em documento que identificasse as ditas “inconsistências” relatadas no Auto de Infração, garante.

Como pode ser aferido na própria descrição fática da infração 05, relata inexistir qualquer menção à entrega da Listagem Diagnóstico para que pudesse tomar conhecimento das correções a serem efetuadas nos arquivos Sintegra referentes a 2011 e 2012, sendo tal procedimento indispensável até mesmo para que pudesse aferir se as inconsistências efetivamente existiam ou se tratavam de erro perpetrado pela fiscalização.

Ressalta o entendimento manifestado pelo CONSEF, o qual se coaduna com a sua tese desenvolvida, representada no Acórdão CJF 0442-11/08, cuja Ementa reproduz.

Destaca, por fim, que a própria ausência da precisa indicação a respeito das supostas inconsistências em cada um dos arquivos do Sintegra, já dá azo para o reconhecimento da nulidade da infração combatida, afinal, não foi indicado quais seriam as operações tidas como omitidas em cada um dos arquivos, o que inibe a verificação das informações contidas no Auto de Infração e prejudica o pleno exercício do direito de defesa.

Destarte, ante à ausência de cumprimento da legislação tributária por parte da autuante, que deixou de lhe intimar para que procedesse à retificação das omissões apuradas nos registros do arquivo Sintegra por meio da entrega da competente listagem diagnóstico, pugna seja reconhecida por esta Junta Julgadora a nulidade da infração 05.

No mérito, aborda inicialmente a improcedência da infração 01, pela inocorrência do fato gerador e inexistência de recolhimento a menor de ICMS.

Ainda no que diz respeito à infração 01, na remota hipótese de não serem reconhecidas as nulidades suscitadas, o que cogita a título meramente argumentativo, adentra no mérito da acusação fiscal a fim de demonstrar a improcedência da mesma.

Verifica que a fiscalização imputa recolhimento a menor de ICMS em virtude de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas quando da transferência destas para estabelecimento do mesmo contribuinte e nas vendas de mercadorias para empresas consideradas pela fiscalização como interdependentes.

Logo, ainda que a arbitrária desconsideração das operações de compra e venda regularmente escrituradas seja feita e prevaleça a fantasiosa alegação de que estas camuflaram transferências para empresas interdependentes e que seja afastado o vício apontado na apuração da base de cálculo do imposto, nenhum valor poderia vir a ser exigido a título de ICMS em razão da inociorência do fato gerador do referido imposto, garante.

Tal constatação decorre da análise das circunstâncias fáticas relativas à autuação fiscal, a partir da qual é possível afirmar que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos não é fato gerador de ICMS, consoante pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser visto na ementa do Acórdão do Recurso Especial nº 1.125.133, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010, submetido ao rito dos recursos repetitivos, cuja Ementa transcreve.

Observa, não ser a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, como a descrita no lançamento ora combatido, fato gerador de ICMS, contando tal entendimento, inclusive, com súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça. Logo, de pronto é possível observar a total improcedência da autuação.

Ressalta que mesmo na hipótese de as transferências terem sido realizadas por valor menor do que as entradas, é possível afirmar que desta circunstância fática não decorre recolhimento a menor de ICMS, invocando o artigo 56, inciso IV, alínea “a” do antigo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto 6.284/97), copiado em seu teor.

Da mesma maneira, indica o disposto no artigo 17, § 7º, da Lei 7.014/96 (reproduzido), utilizados pela autuante como fundamento legal para a cobrança de ICMS em virtude da realização de transferências, pelo contribuinte, com base de cálculo inferior àquela prevista na legislação que regulamenta o imposto. No entanto, é imperioso esclarecer que, devido ao princípio da não-cumulatividade, gizado no artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal, inexiste qualquer diferença de imposto a ser recolhido.

Justifica que, uma vez que as operações de transferência de mercadorias foram realizadas com base de cálculo menor do que aquela utilizada na aquisição, consequentemente fora transferida para as filiais da empresa crédito menor de ICMS. Por sua vez, tendo estas se creditado de pequeno valor do imposto na entrada da mercadoria, o ICMS pago na saída foi maior, razão pela qual não há que se falar em recolhimento insuficiente.

Registra que a utilização de base de cálculo em valor menor, quando das transferências para estabelecimentos do mesmo titular, não implica em recolhimento a menor de ICMS, mas apenas em transferência menor de créditos do imposto com base no regime da não cumulatividade. Portanto, o ICMS devido na cadeia de operações foi devidamente pago.

Admite que somente poderia ser cobrado ICMS acaso tivesse ocorrido a hipótese prevista no inciso I do § 9º do artigo 17 da Lei 7.014/96, cujo texto colaciona, e de cuja leitura se depreende que a cobrança de ICMS em face da empresa que transfere mercadorias para suas filiais somente tem lugar quando o valor da transferência é superior ao da aquisição. Isso porque, nesta hipótese, se estaria, indevidamente, transferindo às suas filiais crédito de ICMS maior do que aquele pago na aquisição do produto.

Infere, a partir dos argumentos desenvolvidos ao longo deste tópico, que não ocorreu o fato gerador do ICMS, razão pela qual tem como indevida qualquer exigência a este título.

Ainda que se entendesse que a transferência de mercadorias com valor menor do que o de entrada daria azo a exigência de ICMS, em razão da não-cumulatividade do referido imposto,

é manifestamente indevido se falar em recolhimento a menor do mesmo, reforça.

Traz, para fins de comprovação do quanto alegado no presente tópico cópias por amostragem das notas fiscais de saída emitidas pelas suas filiais, referentes às vendas das mercadorias transferidas no período fiscalizado (DOC. 04), nas quais consta o valor do ICMS destacado, o qual foi devidamente recolhido.

Anexa, com o objetivo de afastar quaisquer dúvidas a respeito do pagamento do imposto, planilha em que identifica os valores pagos a título de ICMS pelos seus estabelecimentos no ano de 2011 (DOC. 05), e no ano de 2012 (DOC. 06), de sorte a ratificar o argumento de que inexiste recolhimento a menor de ICMS, haja vista que quando das vendas realizadas pelos estabelecimentos destinatários das transferências, o imposto devido foi integral e regularmente pago.

Conclui restar plenamente demonstrada a impossibilidade de cobrança de diferença de ICMS contra si, uma vez que não foi praticado qualquer ato ensejador da incidência do imposto. Nesse esteio, da transferência de mercadorias para as suas filiais apenas resultou a apropriação de valor menor, a título de crédito, por parte destas, cujo pagamento do imposto foi regularmente efetuado (conforme atestam as cópias anexas das notas fiscais de saída e respectivas cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS).

Acaso este órgão julgador, por absurdo, entenda pela ausência de nulidade na autuação, pugna seja reconhecida a total improcedência da Infração 01 do Auto de Infração ora impugnado, em virtude da inocorrência do fato gerador do ICMS e inexistência de saldo remanescente a ser pago pelo contribuinte em relação às operações de transferência de mercadorias para seus estabelecimentos.

Por oportuno, desde já informa que a integralidade dos documentos originais mencionados, bem como os livros de apuração do ICMS estão à disposição do CONSEF acaso se entenda pela necessidade de aferição dos mesmos na diligência a ser realizada pela ASTEC, a qual é, desde já, requerida.

Abordando a seguir a infração 02, indica não merecer acolhimento a acusação fiscal, haja vista que parte das entradas listadas nas planilhas confeccionadas pelo Autuante, intituladas “Notas Fiscais de Entrada Não Registradas”, referentes aos exercícios de 2011 e 2012, foram regularmente escrituradas, enquanto que as demais não se referem a entradas de mercadorias no seu estabelecimento.

A fim de comprovar o quanto aduzido, colaciona à sua peça de defesa cópias do Livro Registro de Entradas da empresa (Número 5), referentes às notas fiscais de nº 123, 170, 199, 200, 201 e 202 (DOC. 07), a partir das quais é possível verificar o devido registro das operações em sua escrita fiscal, devendo ser reconhecida a improcedência da autuação quanto a estes valores.

Da análise das referidas cópias, é possível verificar que estas possuem datas de emissão e valores idênticos àqueles registrados na planilha elaborada pela autuante. Além disso, o livro Registro de Entradas da empresa está devidamente autenticado pela responsável pela lavratura do presente Auto de Infração, sendo, portanto, inquestionável a prova trazida quanto à impossibilidade de cobrança anteriormente citada, uma vez que as entradas daquelas mercadorias foram devidamente escrituradas.

Esclarece, em relação ao restante das entradas consignadas nas planilhas, que tais mercadorias jamais chegaram a ingressar no seu estabelecimento, seja por motivo de cancelamento das operações, envio para destinatário diverso, erro na emissão da nota fiscal de saída pelos supostos fornecedores ou quaisquer outras situações que impediram a entrada de tais produtos, e nesse sentido, a fim de fazer prova quanto à não ocorrência da entrada das mercadorias no

estabelecimento da empresa, enviou aos respectivos fornecedores pedidos de esclarecimentos quanto às notas fiscais constantes das planilhas elaboradas (DOC. 08).

A maior parte das respostas solicitadas ainda não foi remetida, razão pela qual pugna, desde já, pela concessão de oportunidade futura para a juntada dos demais documentos comprobatórios da inexistência da obrigação de escriturar as seguintes Notas Fiscais:

Emissor	Notas Fiscais
Neoplast S/A	4651
Gelius S/A	8720
Wilmar Móveis	2.000
CSM - Indústria de Fogões	42.082
Bahia Móveis	2581
América Indústria S/A	211 e 214
Móveis K1 S/A	60016
JCM Movelaria S/A	16139

De outro lado, a CIMOL COMÉRCIO INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA., um dos fornecedores que indevidamente emitiram notas fiscais de saída, apresentou resposta em tempo hábil (DOC. 09) a qual comprova que as notas fiscais de nº 10.609, 10.610 e 10.611, todas emitidas no dia 04/02/2011, foram canceladas pela emitente, razão pela qual não se pode exigir que conste dos seus livros fiscais o registro de tais entradas (que juntas perfazem o valor de R\$105.890,62).

Reitera que a declaração, ora anexada aos autos, constitui apenas parte do acervo probatório documental que pretende produzir, e permanece aguardando a resposta dos demais fornecedores, razão pela qual pugna lhe seja oportunizada a juntada posterior das demais declarações emitidas, com o objetivo de comprovar a inocorrência de entrada das mercadorias constantes das notas fiscais apontadas pela autoridade fiscal.

Destarte, frente à demonstração do efetivo registro de parte das notas fiscais listadas pela Autuante, no Livro Registro de Entradas da empresa, bem como em virtude da comprovação da ausência de obrigatoriedade em registrar as demais notas emitidas pelos fornecedores, solicita seja reconhecida a total improcedência da Infração 02.

Em homenagem ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de a exigência não ser integralmente refutada requer seja aplicado ao feito o § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, de sorte a cancelar ou reduzir a 10% do valor tido como devido.

No que concerne à Infração 03, assevera que a descrição fática da mesma não condiz com a imputação de não escrituração, em seus livros fiscais, de operações de entrada de mercadorias, diante do fato de, segundo a autuante, ter deixado de registrar em sua escrita fiscal as notas fiscais de entrada emitidas pelos respectivos fornecedores. Entretanto, não constitui obrigação da empresa adquirente das mercadorias a escrituração de notas fiscais de entrada emitidas pelo fornecedor. Tal ônus procedural compete aos próprios fornecedores, aos quais deve ser imputada eventual responsabilidade pela ausência de registro de tais documentos.

Esclarece que, mesmo na hipótese de haver um erro na descrição fática realizada e serem consideradas as notas fiscais de saída emitidas pelos fornecedores, as peculiaridades do caso ora analisado demonstram a desnecessidade de escrituração das mesmas no seu livro Registro de Entradas.

Nesse sentido, consoante afirmado pela própria autuante na fundamentação do Auto, a presente infração tem por objeto a realização de devoluções fictas, com base nos Decretos Federais nº

7.663/11 e 7.712/12. Para tanto, emitiu notas fictas de devolução para os respectivos fornecedores; estes, por sua vez, emitiram notas fiscais de saída fictas em seu nome.

Ocorre que, por se tratarem de devoluções fictas, efetuadas com o simples objetivo de ensejar para o fabricante direito ao creditamento do IPI que incidiu na saída efetiva do produto para as empresas atacadistas e varejistas, não vislumbra a necessidade de escrituração destas notas fictas no livro Registro de Entradas.

Constata serem inaplicáveis ao presente caso os dispositivos legais que fundamentam a autuação fiscal, na medida em que não ocorreu qualquer das hipóteses previstas em ambos os regulamentos de entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento; de aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento e dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte.

Com efeito, não tendo sido apurada a entrada de mercadorias no estabelecimento do contribuinte, tampouco a aquisição destas sem a sua transição pelo estabelecimento, indevida a autuação com base nos dispositivos legais supramencionados, seja porque não dispõem sobre a situação fática objeto da Infração 03, seja porque inexistiu, em verdade, qualquer violação à legislação tributária relativa ao ICMS.

Registra que as mesmas notas fiscais objeto da Infração 03, através da qual a Administração Tributária, busca responsabilizar o contribuinte pela sua não escrituração no Livro Registro de Entradas, são apontadas também na Infração 05, que versa sobre supostas divergências entre as informações constantes dos livros fiscais da empresa e aquelas enviadas ao Fisco através do arquivo Sintegra.

Tal circunstância apenas demonstra, na sua ótica, que a infração 05 não passa de um reflexo do erro cometido na interpretação dos fatos quanto à infração 03, de maneira que o reconhecimento da improcedência de ambas é inevitável. Contudo, serão feitas considerações pormenorizadas acerca daquela infração em tópico específico a seguir.

Por derradeiro, na remota hipótese de não serem admitidos os argumentos expostos acima, do que cogita a título meramente argumentativo, em homenagem ao princípio da eventualidade, invoca mais uma vez a aplicação ao feito do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, que prevê a possibilidade de cancelamento ou redução das multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Da análise da presente Infração 03, diz restar claro que não se utilizou de má-fé perante o Fisco estadual, haja vista que deixou de efetuar os registros em sua escrita fiscal em virtude da ausência de entrada de mercadorias em seu estabelecimento, cuja exigência não encontra respaldo na legislação do ICMS. No mesmo sentido, não foi comprovado pela autuante a utilização de quaisquer artifícios ou expedientes fraudulentos pela empresa para tentar se esquivar de recolher o imposto, o qual fora integralmente recolhido, haja vista que em nenhuma das infrações aqui combatidas foi realizada a exigência de qualquer suposta diferença de ICMS.

Por fim, consoante explicado acima, tratando-se de emissão de notas fiscais de devolução ficta, seguidas da emissão de notas fictas de saída pelos fornecedores, a fim de que estes pudessem transferir créditos de IPI para a empresa, não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS, restando preenchido o último requisito exigido pela lei para que possa ser cancelada ou reduzida a multa aplicada.

Desse modo, comprehende que a atuação repressiva da Administração Pública diante de infrações de pequeno porte, como o descumprimento pontual e ínfimo de obrigação acessória, deve ter caráter eminentemente educativo (cominando penalidades idôneas que possibilitem o seu cumprimento pelo contribuinte), e não de arrecadação desmesurada do Estado.

Não é outro o entendimento consagrado no Acórdão CJF Nº 0035-12/04, como pode ser observado no voto do Relator, Conselheiro José Raimundo Ferreira dos Santos, o qual foi acompanhado à

unanimidade pelos demais componentes da Segunda Câmara de Julgamento do CONSEF, cujo trecho reproduz.

Assim, requer, acaso se conclua pela aplicação de alguma penalidade em razão da suposta ausência de registro de operações de entrada de mercadorias na sua escrita fiscal, que esta seja também cancelada ou reduzida a 10% do valor originariamente exigido, conforme a jurisprudência deste Conselho de Fazenda Estadual acerca da interpretação do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Analizando a infração 04, indica que a fiscalização se valeu da previsão contida no artigo 317 do RICMS/97 (transcrito), o qual é absolutamente inservível a este fim, já que não prevê a necessidade de autorização do fisco estadual para a escrituração dos citados livros fiscais.

Firma que da leitura de tal dispositivo legal, que versa sobre algumas formalidades a serem observadas quando da abertura, autenticação e encerramento de livros fiscais, não há qualquer previsão acerca de autorização emanada pela administração tributária estadual para que o contribuinte possa escriturar seus livros fiscais através do SPED, e ademais, todas as formalidades ali contidas foram preenchidas, de sorte a não haver mácula ao procedimento adotado pelo Contribuinte e tornando evidente o manifesto descompasso entre o dispositivo legal invocado e a imputação realizada, razão pela qual entende ser a mesma improcedente.

Diz melhor sorte não merece a autuação fiscal quanto à infração 05, uma vez que, ao examinar o seu Livro Registro de Saídas, nota que determinadas operações de saída de mercadorias não chegaram a se concretizar. Nesse sentido, a escrita fiscal da empresa comprova que algumas mercadorias foram devolvidas pelos respectivos adquirentes, enquanto determinadas vendas foram canceladas, como fora devidamente registrado nos livros fiscais.

Tal constatação torna-se evidente nos meses de dezembro de 2011 e março de 2012, cujas cópias do livro Registro de Saídas afirma seguirem anexadas à presente defesa (DOCS. 10 e 11), as quais fazem prova quanto ao efetivo registro da devolução das mercadorias, bem como quanto ao cancelamento de determinadas vendas.

Tal comprovação implica na redução dos valores constantes da planilha “Levantamento Fiscal – Divergência de Dados em Arquivo Magnético”, referentes aos meses 12/2011 e 03/2012, e sendo assim, nos termos das planilhas de cálculos elaboradas, as quais acompanham as cópias do livro Registro de Saídas, o valor constante do campo “SAÍDAS – Valor Contábil – LRS” da planilha confeccionada pela Auditora Fiscal, quanto ao mês de março de 2012, passará de R\$1.349.963,92 para R\$1.206.442,67, tendo em vista o abatimento da quantia de R\$143.521,25.

No mesmo sentido, com relação ao mês de dezembro de 2011, do valor consignado na planilha da autuante, referente às saídas registradas nos livros fiscais da empresa, deverá ser abatido o saldo de R\$369.180,66, passando de R\$2.032.936,23 para R\$1.663.755,57. Como consequência, a diferença a ser apurada no mês de 03/2012 é de R\$38.766,36, e não de R\$104.754,89, ao passo em que, no mês 12/2011, o seu valor deverá ser reduzido de R\$420.518,41 para R\$51.337,75.

Além das inconsistências abordadas acima, pontua também que a autuante preencheu, com informações incorretas, a planilha referente à infração, utilizada para a imputação da penalidade, uma vez que foi registrado, no mês de fevereiro de 2011, o valor de R\$909.730,69, embora no Livro Registro de Apuração do ICMS conste o valor de R\$919.730,69. Por outro lado, no mês de maio de 2012 foi informado o valor de R\$ 1.054.386,47, não obstante conste do RAICMS o valor de R\$1.057.460,07. Por último, no mês de dezembro de 2012 o valor apurado pelo contribuinte e registrado em seus livros fiscais foi de R\$1.509.798,70, enquanto a Autuante consignou em sua planilha a cifra de R\$1.499.159,66.

Com o objetivo de comprovar as alegações formuladas acima, garante estar apresentando as cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS referentes aos meses supramencionados (DOC. 12), nas quais constam os valores corretos das saídas apuradas, que não foram devidamente observados pela auditora fiscal quando da elaboração da planilha.

Consequentemente, o valor da multa referente a estes meses seria inferior, por força da menor diferença entre os valores de saídas registrado nos livros fiscais da empresa e aqueles enviados através de arquivos magnéticos.

Ante ao exposto, requer seja reconhecida a improcedência parcial da Infração 05, em virtude da existência de vícios e equívocos no lançamento tributário que deu azo à lavratura do presente Auto de Infração, demonstrados através do acervo probatório documental colacionado aos presentes autos.

Contudo, acaso se entenda pela manutenção de qualquer exigência de multa incidente sobre as operações tidas como omitidas nos arquivos magnéticos, requer a Impugnante seja cancelada ou reduzida a multa em 90%, aplicando-se ao caso o § 7º do indigitado artigo 42, vez que ausente o intuito fraudulento do contribuinte, bem como pelo descumprimento da obrigação acessória não ter resultado em ausência de recolhimento do ICMS.

Requer, em conclusão, face aos erros de interpretação dos fatos e do direito contidos na lavratura do Auto de Infração, que seja declarada a nulidade da autuação fiscal em relação à Infração 01, ante à ausência de provas quanto à condição de interdependentes das empresas para as quais vendeu mercadorias, adotando-se um critério diverso daquele previsto em lei, que exige a comprovação de umas das hipóteses previstas no artigo 12, parágrafo único, do COTEB, bem como ante a incerteza e insegurança da imputação realizada em decorrência da utilização de critérios arbitrários, sem fundamento legal, para a determinação da base de cálculo do ICMS supostamente devido, conforme a Súmula nº 1 do CONSEF.

De igual maneira, pede seja declarada a nulidade da Infração 05, haja vista a ausência de entrega, ao contribuinte, do arquivo contendo a Listagem Diagnóstica das supostas irregularidades apuradas nos arquivos Sintegra, nos termos do artigo 708-B, § 3º do RICMS/97.

Acaso vencidos os argumentos acima, deseja ter reconhecida a improcedência da Infração 01, mercê da inocorrência do fato gerador, bem como face a inexistência de saldo remanescente de ICMS a ser recolhido, uma vez que o imposto foi integralmente pago pelos estabelecimentos que receberam as transferências.

Solicita, ainda, seja reconhecida a improcedência da Infração 02 em razão da comprovação da efetiva escrituração, no Livro Registro de Entradas, de parte das notas fiscais listadas pela autuante, bem como em virtude da demonstração de que as mercadorias relacionadas as outras notas fiscais não ingressaram no seu estabelecimento. Subsidiariamente, acaso se repute como devido qualquer monta a título de multa, pugna seja cancelada ou reduzida a 10% do valor tido como devido, nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96.

No caso específico da infração 03, pede seja reconhecida a sua improcedência, diante da ausência de entrada de mercadorias no estabelecimento da empresa a justificar a necessidade de escrituração em seu livro Registro de Entradas. Subsidiariamente, o seu cancelamento ou redução para 10% do valor tido como devido, nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96.

Em relação à infração 04, solicita seja reconhecida a sua improcedência, mercê da falta de pertinência entre a descrição da conduta infratora e a sua capitulação legal junto ao RICMS/97, e, sucessivamente, acaso não provida a preliminar de nulidade, seja reconhecida a improcedência parcial da infração 05, uma vez constatada a existência de erros nos dados constantes da planilha “Levantamento Fiscal – Divergência de Dados em Arquivo Magnético”, cuja retificação implicará na redução da multa aplicada com base no artigo 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96. Subsidiariamente, acaso se repute como devido qualquer monta a título de multa, solicita seja cancelada ou reduzida a 10% do valor tido como devido, nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, de logo, seja determinada a realização de diligência pela ASTEC (realizada por estranho ao feito), a fim de que sejam confirmados os erros perpetrados na lavratura do Auto de Infração notadamente no tocante as infrações 01, 02, 03 e 05, bem como lhe seja oportunizada a juntada posterior de documentos e

planilhas, inclusive em contra prova, sendo neste momento, também, permitida a exibição dos elementos complementares para dirimir os erros de direito e de fato cometidos pela autuação ora impugnada, como os esclarecimentos prestados pelos fornecedores que ainda não foram recepcionados (relacionadas à infração 02), bem como, a apresentação dos livros fiscais, como o Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS que os julgadores eventualmente reputem necessários.

Por fim, solicita que todas as intimações, sejam feitas no nome de seus patronos, indicados, em seu endereço profissional.

Informação fiscal, constante às fls. 1.628 a 1.636, por estranho ao feito, após resumo da acusação e dos termos defensivos apresentados, esclarece, quanto a Infração 01, em relação as questões preliminares, que a empresa ignora ou desconhece a comunicação ao Inspetor Fazendário relatando a irregularidade detectada envolvendo operações de transferências entre empresas interdependentes, cujas razões sociais e respectivas inscrições estaduais são relacionadas, inclusive com a indicação e recomendação de providencias consideradas cabíveis (fls. 1.401 a 1.403).

Salienta que nas planilhas “Demonstrativo de Transferência_2011_2 e Demonstrativo de Transferência_2012_2” estão relacionados os dados que permitem a identificação das respectivas empresas consideradas como interdependentes em razão das operações de transferência efetuadas.

Observa, terem sido elencadas nas mencionadas planilhas, apenas as operações de transferências efetuadas por valor abaixo do preço de aquisição. Para isso estão relacionados os elementos de identificação e caracterização da anomalia, a exemplo do número do documento fiscal, data de emissão, inscrição estadual do emitente, além dos demais dados dos itens de mercadorias objeto de transferência por valor abaixo do preço de aquisição, o que faz com que não prospere a alegação referente a ausência de identificação das empresas interdependentes, para isso basta considerar e comparar os sócios e/ou responsáveis que atuam como procuradores, facilmente identificados pela Inscrição Estadual e C.G.C. presentes nas planilhas e nas notas fiscais arroladas como anexos de comprovação da infração e presentes no processo (fls. 385 a 374).

Pontua, ainda, que na própria descrição da infração constante no Auto de Infração há a menção do dispositivo legal que tipifica e corrobora a irregularidade detectada e demonstrada a partir das planilhas contendo os demonstrativos que detalham e comprovam o cometimento da infração. Expressa o artigo 56 Inciso IV alínea “a” do RICMS/BA (Dec. 6.284/97) que trata da base de cálculo das operações internas e interestaduais, consoante reprodução.

Aduz que a menção efetuada ao artigo 12 do COTEB não está em conflito com o que dispõe o artigo 56 do RICMS, pois enquanto o artigo do COTEB versa sobre responsabilidade pelo pagamento do ICMS quando devido, o RICMS trata da base de cálculo nas operações de transferência. Ademais, as alegações de defesa ignoram os elementos que subsidiaram a identificação, demonstração e tipificação da irregularidade para arguir ausência de fundamentos, ou ainda alegar presunção arbitrária por parte da Autuante.

Pontua que os elementos apensados ao Auto de Infração configuram e comprovam a deliberada intenção de tirar proveito fiscal através da inobservância da legislação mencionada. Quanto a tentativa de nulidade da Infração 01 sob a alegação de incerteza e insegurança evidencia o desconhecimento, possivelmente fruto da não consulta da tipificação da infração mencionada, ou ainda a tentativa de confrontação entre os elementos de prova presentes no Auto de Infração, cujos documentos e demonstrativos foram encaminhados através dos Correios, com Aviso de Recebimento (AR), também apensados ao PAF que lhe oportunizou ciência dos elementos que levaram a emissão do Auto de Infração.

Insiste que as alegações da defesa quanto aos critérios para determinação da base de cálculo refletem o ignorar dos dispositivos legais que regem a determinação da mesma e ainda a não consulta das planilhas produzidas para a identificação dos valores que fundam a autuação.

Assevera que a postura da autuada em não prestar os esclarecimentos previstos em Lei, de não observar o que dispõe a legislação usando, inclusive o subterfúgio de não comparecer à INFRAZ Varejo para ciência da autuação, reflete a dificuldade em refutar a autuação, que não seja as alegações de incerteza e insegurança.

Frisa não ter sido possível a realização do roteiro de auditoria de estoques pela não apresentação, mesmo após seguidas solicitações, dos Arquivos Magnéticos que atendessem os requisitos dispostos na legislação, ignorando nos seus argumentos de defesa de que o ICMS compõe a base de cálculo para apuração do imposto, algo evidentemente de conhecimento e que esclarece e justificativa alegada de incomprensão na repetição e validação da base apurada.

Diz, ainda, não produzir a autuada, nas alegações apresentadas a sinalização de elementos que subsidiem o pleito de que a infração deve ser objeto de nulidade. O conhecimento da legislação, assim como, o exame do material apensado ao Auto de Infração demonstra a existência de irregularidade, causa para a caracterização da infração em questão.

Em relação as questões de mérito, aponta ter a autuada na sua peça de defesa alegado a não existência de fato gerador para a citada infração, e, consequentemente inexistência de recolhimento a menor, mencionando a Súmula 166 do Supremo Tribunal de Justiça editada em 25 de agosto de 2010, para arguir que não houve a ocorrência de fato gerador, sendo que os fatos trazidos conduzem à necessidade de rediscussão dos elementos de natureza legal que sustentam a autuação, ao considerar que a transferência entre unidades (matriz e filiais) não configuram a transferência de propriedade.

Se posicionar em acatar as alegações de defesa, com a consequente nulidade da Infração.

Quanto à infração 02, garante ter restado comprovada a escrituração das Notas Fiscais de 123, 170, 199, 200, 201 e 202 apensadas na peça de defesa como conjunto de DOCUMENTOS 07 (fls. 1.518 a 1.522), sendo tais valores excluídos da planilha “NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS – 2011”, ao passo que os demais, objeto de imputação de multa foram questionados sem comprovação, estando as respectivas notas fiscais eletrônicas apensadas nas páginas 779 a 799, de modo que não existem outros elementos de prova produzidos pela defesa que levem à reconsideração da aplicação da multa para as demais notas fiscais, além das mencionadas acima.

Defende a manutenção da infração em questão, após os ajustes produzidos em nova versão da planilha, que considerou todos os elementos de defesa efetuados e acompanhados por documentos de prova cabal das afirmações postas.

Assim, indica o valor total da Infração passar de R\$37.396,39 para R\$24.176,34 (Anexo 1 – Notas Fiscais Não Registradas – 2011).

Quanto à Infração 03, que se reporta a entrada de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, anota se tratar de notas fiscais fictas emitidas com base nos Decretos da Presidência da República de 7.663/2011 e 7.712/2012, sendo imputada multa de 1% pela não escrituração das notas fiscais emitidas pelos fornecedores, de operações ou de documentos fiscais não registrados no Livro de Saídas, independentemente ou não de haver base de cálculo apurada nos mencionados documentos.

Argumenta que a alegação de defesa não prospera quando argui que, *“por se tratarem de devoluções fictas, efetuadas com o simples objetivo de ensejar para o fabricante direito ao creditamento do IPI que incidiu na saída efetiva do produto para as empresas atacadistas e varejistas, não há necessidade de escrituração destas notas fictas no Livro Registro de Entradas da Impugnante”*.

Insiste que o fato de não haver base de cálculo de ICMS nos mencionados documentos emitidos não exime a necessidade do registro das mesmas, se posicionando pela manutenção da infração, considerando que houve o descumprimento de obrigação tributária, independente de consideração quanto a má fé ou não por parte da empresa.

No tocante à infração 04, relativa a escrituração de Livros Fiscais sem prévia autorização, informa conforme consta em cópia do INC do contribuinte constante na fl. 1.239 não possuía na oportunidade autorização para escrituração por meio eletrônico dos Livros Fiscais. O relatório apensado demonstra factualmente isso, configurando ter a mesma descumprido o que dispõe a legislação.

Ressalta que conforme Informação Cadastral (ver Anexo 2 Não Autorização Escrituração Livros Fiscais SPED), a situação de irregularidade permanece até a presente data, não tendo a autuada à luz da legislação verificado e corrigido o deslize fiscal, o que concorre para a manutenção da infração, pelos elementos apensados aos autos, que configuram a existência do cometimento de uma infração a legislação tributária.

Quanto a Infração 05 (Apresentação de arquivos magnéticos, com omissão de operações ou prestações), posiciona-se no sentido de que não há o que reconsiderar acerca da penalidade imputada, sendo que para os meses de dezembro de 2011 e março de 2012 os valores apontados nas planilhas expressam os valores escriturados nos respectivos livros de Saídas (2011 e 2012).

Argumenta que o rol de notas fiscais relacionadas nas fls. 1.538, 1.539 e 1.585 foram objeto de cancelamento deveriam estar consignadas apenas o cancelamento e não sua escrituração no livro de Saídas como expressando uma venda comercial, inexistindo elementos que evidenciem a necessidade de exclusão das mencionadas notas fiscais e respectivos valores do levantamento produzido nas respectivas planilhas de apuração e cálculo da mencionada multa.

Considerando e efetuando os ajustes sinalizados na peça de defesa, para os valores relativos aos meses de fevereiro de 2011, maio e dezembro de 2012, cujas novas planilhas estão sendo apensadas a presente Informação Fiscal e que serão encaminhadas à autuada.

Anota que após os ajustes o valor de multa imputada passou a ser da ordem de R\$35.031,56 para o ano de 2011 e de R\$9.373,23 para o ano de 2012, assim o valor total da infração passa de R\$47.815,94 constante no Auto de Infração para R\$ 44.404,79. (Multa Arquivo Magnético com duas planilhas – Anexo 3).

Conclui, sinalizando quanto ao posicionamento e recomendação efetuado na presente Informação Fiscal, e pelos fatos já relatados a procedência parcial do lançamento.

Assevera ter sido produzida nova planilha apensada ao processo e encaminhada com a presente Informação Fiscal para conhecimento e ciência à autuada, e em razão da alteração dos valores imputados para as infrações 02 e 05, indica que a presente informação fiscal será encaminhada acompanhada das planilhas que sofreram ajustes, para conhecimento e manifestação no prazo legal de dez dias por parte da empresa.

A empresa autuada retorna ao processo (fls. 1.643 a 1.648), no sentido de se manifestar em relação à informação fiscal prestada.

Quanto à infração 01, observa que na informação fiscal foi reconhecida, expressamente, a sua nulidade, sendo desnecessárias maiores considerações acerca da matéria. Sendo assim, deve ser abatido do total do saldo devedor do presente Auto de Infração o valor originário de R\$ 257.607,66, correspondente ao montante ali indicado, admitido como insubsistente pelo revisor.

Na infração 02, diante do fato de o revisor ter desconsiderado as demais alegações constantes da impugnação apresentada, notadamente no que diz respeito às notas fiscais relativas a mercadorias que jamais chegaram a ingressar no seu estabelecimento, notadamente no que se refere às Notas Fiscais:

Emitente	Notas Fiscais
Neoplast S/A	4.651
Gelius S/A	8.720
Wilmar Móveis	2.000

CSM - Indústria de Fogões	42.082
Bahia Móveis	2.581
América Indústria S/A	211 e 214
Móveis K1 S/A	60.016
JCM Movelaria S/A	16.139

Como forma de ratificar sua tese, solicitou esclarecimentos aos respectivos fornecedores, cujas respostas serão anexadas a este processo assim que recebidas.

De qualquer sorte, informa que a resposta do fornecedor CIMOL COMÉRCIO INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA., referente às notas fiscais 10.609, 10.610 e 10.611, já acompanhava a impugnação e, mesmo assim, foi ignorada pelo revisor. No citado documento, o fornecedor informa que as notas fiscais em questão foram regularmente canceladas, de modo que não haveria razão para serem escrituradas no seu livro Registro de Entradas.

Conclui, no que concerne a esta infração, dever ser efetuada a dedução do imposto incidente sobre as mencionadas notas fiscais, ante a comprovação do registro de parte das mesmas, bem como em razão do cancelamento das respectivas operações.

Quanto à infração 03, registra que o revisor não refutou os argumentos de defesa, limitando-se a aduzir que a inexistência de base de cálculo de ICMS nas notas fiscais não exime o contribuinte da obrigação de escritura-las.

Rebate tal afirmativa, vez garantir que jamais trouxe tal argumento em sua impugnação. Em sede de defesa, apenas esclareceu que não lhe cabe a obrigação de escriturar, em seus livros fiscais, notas fiscais de entrada emitidas por fornecedores, sobretudo quando a obrigação que, de fato, lhe competia, foi devidamente cumprida, qual seja a de escriturar no Livro Registro de Saídas as notas fiscais de devolução, conforme admitido pela autuante na própria descrição da infração.

Ademais, diz não haver na legislação do ICMS no estado da Bahia, qualquer dispositivo legal que sirva de lastro para a pretensão fiscal, especialmente quando as operações analisadas consistem em devoluções fictas, sendo dos fornecedores a obrigação de emissão e registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Sendo assim, não tendo o revisor trazido qualquer argumento para contrapor a tese de defesa do contribuinte, há de ser reconhecida a improcedência da infração, ou, no mínimo, a necessidade de redução da multa aplicada, haja vista que o suposto descumprimento de obrigação acessória não decorreu de má-fé da empresa, como expressamente reconhecido, tampouco implicou em ausência de recolhimento de imposto.

Na infração 04, reitera ter demonstrado que a autoridade fiscal não apresentou o fundamento legal para o suposto ato ilícito imputado à empresa, uma vez que o artigo 317 do Decreto 6.284/97 não impõe ao contribuinte a obrigatoriedade de autorização prévia da SEFAZ/BA para a utilização do SPED.

Por sua vez, o revisor não se desincumbiu desse ônus, mantendo a alegação genérica constante da autuação fiscal sem, contudo, informar a normal legal que serve de base para a acusação de utilização do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados sem a autorização da Secretaria Estadual da Fazenda. Sendo assim, reitera o pleito de reconhecimento da improcedência da infração 04.

Quanto à infração 05, inicialmente destaca que o revisor não teceu qualquer argumento acerca do pleito de declaração de nulidade da mesma, frente ao seu entendimento de que a autuante deveria ter entregue à empresa a Listagem Diagnóstico prevista no artigo 708-B, §3º, do RICMS/97, contendo as inconsistências verificadas, mas tal obrigação não foi cumprida.

No mérito, nota que somente foram considerados os seus argumentos para fins de correção dos valores equivocadamente preenchidos na planilha que acompanha o Auto de Infração, especificamente quanto aos meses 02/2011, 05/2012 e 12/2012.

Com relação aos meses em que houve a devolução de mercadorias ou o cancelamento de vendas (12/2011 e 03/2012), não obstante tenha efetuado o devido registro em sua escrita fiscal, indica que o revisor deixou de contabilizá-las sem trazer qualquer argumento plausível para justificar sua negativa.

Portanto, acaso não seja acolhida a tese de nulidade (o que não se espera), entende dever ser reconhecida por esta Junta de Julgamento a necessidade de redução das diferenças encontradas nos meses de dezembro de 2011 e março de 2012, e, subsidiariamente, deve ser aplicado ao caso o artigo 42, § 7º, da Lei 7.014/96 para que seja cancelada ou reduzida a multa combinada.

Em conclusão, reitera os pedidos formulados em sede de impugnação, no sentido de que seja acolhida a nulidade da Infração 05 do presente Auto de Infração, bem como de que seja reconhecida a improcedência desta e das demais infrações imputadas ao contribuinte, conforme alegado na defesa administrativa apresentada.

Por fim, na remota hipótese de não serem atendidos os pleitos anteriores, solicita seja aplicado ao presente feito o artigo 42, § 7º, da Lei 7.014/96, a fim de que sejam canceladas ou, subsidiariamente, reduzidas as multas aplicadas pelo suposto descumprimento de obrigações acessórias, tendo em vista a inexistência de má-fé, assim como pelo fato das citadas infrações não terem culminado em recolhimento a menor de ICMS.

Protesta, mais uma vez, por todos os meios de prova em direito admitidos e informa que uma cópia da presente petição, em formato editável (WORD), foi enviada para o endereço de e-mail do CONSEF.

Nova informação fiscal do estranho ao feito (fls. 1.650 a 1.652), esclarece em relação à infração 02, que, com base nas informações prestadas na peça de manifestação apresentada, datada de 01/09/2016, onde são sinalizadas notas fiscais canceladas pelo emitente CIMOL Comércio Indústria de Moveis número 10.609, 10.610 e 10.611 não foram excluídas do novo levantamento produzido, indica caber razão à defesa, na forma dos documentos apensados na peça inicial às fls. 1.533 a 1.536.

Informa que os valores foram excluídos e uma nova planilha (Anexo A) foi gerada com alteração dos montantes apurados para a Infração 02 e que está sendo disponibilizada para conhecimento e ciência.

Quanto as Notas Fiscais relacionadas e questionadas a sua desconsideração na informação fiscal anterior, cuja tabela reproduz com a inclusão de dados complementares, esclarece que na peça de defesa inicial, já se havia questionado a cobrança de multa pela não escrituração das mencionadas notas, tendo incluído, naquela oportunidade, cópia de correspondências remetidas em 02/03/2015 aos respectivos emitentes solicitando declaração de que tais notas fiscais não foram emitidas, ou mesmo foram objeto de cancelamento (fls. 1.524 a 1.531), tendo sido as mesmas consultadas no Portal Nacional de Notas Fiscais Eletrônicas (www.nfe.fazenda.gov.br/portal), para a produção da presente informação fiscal, sendo validadas como emitidas dentro dos preceitos legais, tendo impresso o espelho das respectivas notas fiscais apensadas como “Anexo B”.

Registra que as mencionadas notas fiscais já haviam sido apensadas aos autos, conforme menção abaixo das respectivas páginas, e foram objeto de cobrança de multa e não há o que reconsiderar. Apresenta planilha.

Indica que, com o ajuste decorrente da exclusão das notas fiscais do fornecedor CIMOL, o valor apurado da multa relativa ao ano de 2011 passou de R\$21.091,77 para R\$10.502,70.

Quanto à infração 03, diz não haver o que considerar em relação as novas alegações de defesa, ao passo que para a infração 04, invoca a menção da legislação no corpo do Auto de Infração e não demanda tecer considerações sobre o “julgamento” efetuado pela empresa.

Para a infração 05, ressalta que não há o que reconsiderar dos valores imputados para a base de cálculo, visto que, as alegações defensivas não encontram respaldo legal para sustentação quanto a necessidade de excluir valores decorrentes de notas fiscais canceladas, notas fiscais essas que não foram escrituradas com tal, nos respectivos períodos em que foram emitidas, não havendo o que reconsiderar quanto aos valores imputados.

Finaliza, apontando que, em razão da alteração dos valores imputados para a Infração 02, a presente informação fiscal será encaminhada à empresa acompanhada da nova planilha, para conhecimento e manifestação no prazo legal de dez dias.

Mais uma vez se manifestando, a autuada (fl. 1.663), diante da anuência do estranho ao feito a parte das alegações defensivas relacionadas à infração 02, argumenta que inexistindo matéria nova sobre a qual deva se manifestar, ratifica os termos anteriores, reiterando os argumentos defensivos já postos.

Encaminhado para julgamento (fl. 1.666), o feito foi distribuído em 28/09/2016, tendo a relatora o devolvido em 29/06/2017 (fl. 1.666-v), por motivo de estar em gozo de licença prêmio, sendo em 07/07/2017 redistribuído para nova relatora (fl. 1.167), a qual o devolveu em 16/11/2017, tendo em vista o retorno ao trabalho da relatora originária (fl. 1.167-v).

Esta, em 23/03/2018 propôs a conversão do feito em diligência, a fim de que o estranho ao feito responsável pelas informações fiscais apensasse ao processo as planilhas produzidas através do saneamento realizado (fl. 1.668 e 1.669).

Em 22/05/2018 a diligência é dada como cumprida, através de despacho do Supervisor da Inspetoria do Varejo (fl. 1.672), estando o CD solicitado à fl. 1.673.

Intimado acerca da diligência (fls. 1.681 e 1.682), o sujeito passivo se manifesta às fls. 1.684 e 1.685, esclarecendo que por motivo das mesmas corroborarem as manifestações do estranho ao feito responsável pelas informações fiscais, não possui novas considerações a fazer.

Reitera os termos da impugnação, bem como das manifestações posteriores.

Por sua vez, à fl. 1.688 o estranho ao feito responsável pelas informações fiscais prestadas ao curso do processo, argumenta que em função da inexistência de novos elementos, considera ter cumprido o solicitado na diligência.

Diante da aposentadoria da relatora inicialmente designada, foi o processo redistribuído para este relator.

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa realizou sustentação oral, na qual reiterou os termos defensivos, já expostos ao longo da tramitação do feito, requerendo a adequação da multa na infração 02, nos termos do artigo 106 do CTN.

VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Na forma do artigo 39 do RPAF/99, o mesmo se fez acompanhar dos demonstrativos de débito, nos quais foram apontados os períodos sobre o qual incidiu a cobrança, bem como seus valores, base de cálculo, datas em que o imposto passou a ser devido, enquadramento legal, e demais requisitos ali postos. De igual modo, foi obedecido o disposto no artigo 142 do CTN, para a constituição do crédito tributário, sob o aspecto formal. Logo, descabe se falar em cerceamento de defesa por este motivo, ou por qualquer outro diante da observância de todos os requisitos legais, bem como do acesso irrestrito da empresa a todos os elementos do lançamento ora analisado, e a participação em todos os atos processuais.

Ainda assim, a defesa sustentou a existência de diversos motivos que ensejariam a nulidade do feito.

A primeira delas seria a ausência de comprovação da condição de interdependência entre a empresa autuada e aquelas outras para quem foram destinadas as mercadorias com preço supostamente inferior ao de aquisição, na infração 01, além do que a autuante agiu de forma arbitrária.

A bem da verdade, a definição de empresas interdependentes se encontra no artigo 6º, § 1º da Lei 7.014/96, tendo a autuante, inclusive, acostado diversas notas fiscais das transferências realizadas, sendo de fácil constatação no próprio site da SEFAZ tal confirmação.

Ademais, se a empresa autuada não sabe quais são aquelas empresas dela interdependentes na forma da Lei, quem mais saberia? Fato é que, neste caso, não há que se falar em qualquer cerceamento ou prejuízo para a defesa, tal como aventado.

Quanto ao entendimento de ter agido de forma arbitrária a autuante, claro está que a mesma agiu em conformidade com as normas legais, e pautada no seu entendimento acerca das operações praticadas pela empresa. O fato desta eventualmente discordar da autuação, ou mesmo do entendimento da autuante, não significa que a mesma agiu ao seu arbítrio, mas está circunscrita aos termos da lei, tendo o sujeito passivo os instrumentos legais necessários para discordar e tentar reverter a autuação. Uma delas, está sendo exercida neste momento, através da apreciação de suas razões de defesa, não podendo este fato ser invocado como motivador de nulidade do lançamento.

A segunda, é quanto ao seu entendimento de que somente na situação em que o valor de transferência fosse superior ao de entrada haveria a possibilidade de exigir-se diferenças de ICMS, uma vez que na hipótese de a transferência tivesse na operação valor inferior ao de entrada inexistiria fato gerador do ICMS.

A rigor, e isso foi devidamente indicado na infração 01, a disposição contida no artigo 17, § 7º inciso I, da Lei 7.014/96, e não, como mencionado pela autuante na descrição da infração o artigo 17, inciso II § 7º, é no sentido de que a base de cálculo a ser utilizada na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, se tratando, como no caso, de estabelecimento comercial, é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, o que não teria sido observado pela autuada, nas palavras da autuante.

Ademais, esta questão se encontra afeita muito mais ao mérito da autuação, do que a qualquer outro aspecto, devendo ser abordada na análise, acaso superadas as preliminares aventadas.

Já em relação à nulidade suscitada relativa a base de cálculo da infração 01, diante do entendimento da defesa de não estar a mesma devidamente explicitada, o que prejudicaria seu direito de defesa, entendo prejudicada, pois, ainda que fosse correta tal hipótese, há de ser aplicado a determinação do artigo 155, parágrafo único do RPAF/99, como se verá adiante.

Frente a nulidade suscitada para a infração 05, sob o argumento de que não havia a autuante intimado a empresa com entrega de listagem diagnóstico, na forma prevista no RICMS/97, faço as seguintes observações.

Com efeito, o artigo 708-B daquele dispositivo regulamentar previa:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”.

E no caso específico de inconsistências nos arquivos apresentados, a previsão estava no seu § 5º:

“§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade ‘2’, referente a retificação total de arquivo”.

Complementando esta disposição, o § 3º do mesmo artigo assim determinava:

“§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas”.

Da análise dos elementos contidos nos autos, verifico que às fls. 1.279 e 1.280 consta Termo de Intimação expedido pela autuante, no sentido de que as inconsistências apontadas fossem corrigidas, com prazo para atendimento de trinta dias a partir da ciência.

Em tal Termo, consta expressamente a indicação dos anexos “Relatórios de Inconsistências”, a saber, aqueles de números 114, 301 e 302, referentes aos exercícios de 2011 e 2012.

Esta Intimação foi devidamente entregue ao sujeito passivo, na pessoa de seu preposto Antônio Hélio, consoante assinatura ali apostada, datada de 28/01/2014.

Verifico, de igual forma, que os “Relatórios de Inconsistências”, enumerados no Termo (114, 301 e 302), foram devidamente acostados aos autos nas fls. 1.281 a 1.289.

Desta maneira, resta cabalmente demonstrado ter a autuante seguido correta e estritamente os termos da norma regulamentar, agindo em perfeita consonância com a legislação, razão pela qual rejeito a arguição preliminar posta para a infração 05, bem como aquelas arroladas para a infração 01.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, nego o mesmo, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas, a verificação for impraticável.

Impende dizer-se que, ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores, reitero.

Ressalte-se que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão do TRF-3 no AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0006443-83.2016.4.03.0000/SP 2016.03.00.006443-3/SP, 2ª Turma, tendo como relator o Desembargador Federal Cotrim Guimarães, datada de 18/10/2016, a qual possui a seguinte Ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO DE PROVA. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE. I – O indeferimento de realização de prova pericial, não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, nem tampouco violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente havendo nos autos acervo documental, suficiente para o julgamento da demanda. II- A necessidade da produção de provas se justifica sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico. Assim, cabe ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não da mesma, eis que é o destinatário da prova”.

Nela, a prova pericial requerida não se demonstra necessária para a causa, e o deferimento de uma determinada prova depende de avaliação do julgador sobre o quadro probatório existente e

sobre a necessidade dessa prova, inclusive previa o artigo 130 do antigo Código de Processo Civil de 1973 a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias.

“A necessidade da produção de provas se justifica sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico”.

Em outro trecho da decisão, consta que *“por seu turno, justifica-se a necessidade da produção de provas sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico”*.

Assim, cabe ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não da mesma, eis que é o destinatário da prova.

No caso em tela, há que se considerar que a prova pericial requerida não se demonstra necessária para o deslinde da causa, frente às infrações arroladas na autuação.

Importante explicitar a existência de diversos precedentes do TRF-3 que enfatizam que cabe ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não da perícia, uma vez que *“a valoração que se dará às provas a serem produzidas depende do livre convencimento motivado, não estando este Juízo adstrito ao laudo pericial a ser produzido (art. 436, do CPC/73)”*.

No mesmo sentido, menciono a seguinte decisão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, ao analisar o AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 441782 MG 2002/0027327-2 pela 2ª Turma, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto, assim entendeu:

Ementa: *“AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E REQUISIÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 7/STJ. A matéria escapa do âmbito de cognição do recurso especial, pois necessário seria o reexame do conjunto probatório para se analisar se as provas dos autos são suficientes para a apreciação do pedido formulado, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 deste Sodalício. Não há que se falar em cerceamento de defesa ou ilegalidade se o juiz indefere a produção de prova pericial e a juntada do processo tributário administrativo ao verificar que o processo está suficientemente instruído. Agravo regimental não provido”*. (Grifei).

Já a 5ª Turma do mesmo STJ na análise de matéria afeita a requerimento de realização de diligência, no AGRG NO ARESP 774036 / SP 2015/0219845-4, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, ainda que não tratando de matéria no âmbito tributário, mas de mesma natureza da ora analisada, assim se manifestou:

“INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada. Precedentes”.

Ainda por pertinência, cito trecho da decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL 0001459-03.1999.4.01.3300 BA 0001459-03.1999.4.01.3300, julgado pela 7ª Turma Suplementar, e relatado pelo Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:

“A realização da prova pericial destina-se ao convencimento do julgador primário, a quem cabe verificar se a documentação constante dos autos é suficiente à sua convicção, podendo dispensar a produção de provas que entender desnecessárias à formação de seu livre convencimento. O indeferimento de prova irrelevante para o deslinde da causa não constitui nulidade processual. Configura cerceamento de defesa a notificação de lançamento fiscal que não oferece ao contribuinte a oportunidade de impugnar a exação. Remessa oficial não conhecida. Apelação a que se nega provimento”.

No caso presente, a exação foi impugnada, o feito se encontra devidamente instruído, inclusive com os elementos de prova tidos como suficientes para suportar a acusação fiscal, além do que a decisão compete ao julgador, diante de sua análise dos elementos que compõem o processo, os quais tenho como suficientes para prolatar decisão de mérito, motivos pelos quais não acolho o pedido defensivo.

Além disso, as diversas intervenções do funcionário revisor encarregado de prestar as informações fiscais, o que resultou na apresentação de várias peças, em diversos momentos distintos do trâmite processual, igualmente concorrem para o indeferimento do pedido formulado.

Ainda a respeito de tal tema, para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Gruz Arenhart e Daniel Mitidiero (O Novo Processo Civil. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, pág. 269/270), “*o juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil brasileiro –, quando os fatos não lhe parecerem esclarecidos, de determinar a prova de ofício, independentemente de requerimento da parte ou de quem quer que seja que participe do processo, ou ainda quando estes outros sujeitos já não têm mais a oportunidade processual para formular esse requerimento...se o processo existe para a tutela dos direitos, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que possa cumprir sua tarefa*” situação que se amolda ao presente caso, na hipótese de eventualmente a prova da acusação não estivesse nos autos, ou seja, a diligência seria solicitada de ofício.

Como já firmado anteriormente, os elementos constantes nos autos são suficientes para o pleno convencimento do julgador e o deslinde da questão, nos termos do artigo 147 incisos I, alínea “a” e II, alínea “a” do RPAF/99.

No mérito, passo a analisar de *per si*, cada uma das infrações.

Primeiramente, na infração 01, a defesa argui a aplicação da Súmula 166 do STJ, para o afastamento da cobrança realizada no lançamento. A tal respeito, esta questão tem suscitado diversas discussões, não somente no âmbito judicial, quando no campo doutrinário.

Até mesmo neste órgão, em relação unicamente às transferências internas, subsistiu o entendimento de que operações de transferências entre empresas aqui localizadas, ensejariam a tributação, a rigor da lógica do imposto.

A Douta Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através de sua Procuradoria Fiscal, se debruçando a estudar especificamente tal tema, assim como outros polêmicos, mantendo o entendimento de que a Súmula 166 tem o seu alcance limitado às operações internas, pois a sua extensão às operações interestaduais resultaria em prejuízos ao estabelecimento destinatário, o qual fica impossibilitado de creditar-se do ICMS incidente nas etapas anteriores às operações de transferência, além de alterar de forma significativa o pacto federativo explicitado na Constituição Federal, ao final do ano de 2016, emitiu, dentre outros, amparado no Decreto 11.737 de 30 de setembro de 2009, o Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, cuja Ementa reza:

“Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Ressalva: Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96”.

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo “*transfere mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular e para as empresas consideradas pela fiscalização como interdependentes, com o valor inferior ao praticado nas entradas*”.

Quanto as transferências de mercadorias, nenhuma dúvida paira. A análise se volta, pois, para as empresas tidas como interdependentes.

Como dito anteriormente, a legislação do estado da Bahia, na Lei 7.014/96, conceitua no artigo 6º, § 1º as empresas interdependentes:

“§ 1º Consideram-se interdependentes duas empresas quando:

I - uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges ou filhos menores, conjunta ou isoladamente, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra;

II - uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor ou sócio com funções de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação;

III - uma delas locar ou transferir à outra, a qualquer título, veículo destinado a transporte de mercadorias”.

A acusação está fincada nas operações realizadas entre a autuada e suas empresas tidas como interdependentes, o valor da venda, tida como transferência, se realizaria por um valor inferior ao praticado nas entradas, o que ensejaria o lançamento da diferença.

Neste caso, como a própria autuante considerou as operações como transferências, realizadas dentro do estado da Bahia, a decisão tem que seguir a mesma lógica para as filiais, qual seja, a da não incidência do imposto, na forma do entendimento da PGE acima reproduzido.

Assim, a infração em tela não pode prosperar, todavia, contrariamente a colocação do responsável pelas informações fiscais, ela não se apresenta como nula, mas sim, como improcedente.

Na infração 02, a empresa, em sede de impugnação, argumentou que algumas notas fiscais se encontravam registradas, ao passo que outras haviam sido canceladas. O servidor encarregado de prestar a informação fiscal, ao longo da tramitação do processo, analisou os documentos acostados e comprovados os argumentos defensivos apresentados, os excluiu, de forma a meu entender correta, reduzindo o lançamento para o montante de R\$ 10.502,70, para o exercício de 2011, não apresentando qualquer demonstrativo retificado relativo a 2012, diante da manutenção das notas fiscais arroladas em tal período.

Os documentos fiscais mantidos no lançamento, com efeito, representam operações realizadas tendo como destino a empresa autuada, não constando nenhum evento que confirme a não circulação das mercadorias ou o cancelamento da operação.

Assim, por exemplo, da listagem apresentada pelo sujeito passivo na manifestação apresentada, de notas fiscais que não haviam ingressado no seu estabelecimento, consta aquela com número de sua chave de acesso 29-1211-14.022.824/0001-77-55-001-000.000.211-118.484.286-3, a qual vem a ser a nota fiscal 0211, emitida em 27/11/2012, com saída na mesma data, por América Indústria de Móveis Ltda., no valor de R\$ 230,00, a qual consta no portal da nota fiscal eletrônica, na condição de autorizada.

Mesma situação da nota fiscal de número 214, emitida em 27/11/2012 pela mesma empresa acima, com chave de acesso 29-1211-14.022.824/0001-77-55-001-000.000.214-144.704.752-1, a qual possui o valor de R\$ 16.093,37, devidamente autorizada, e sem qualquer evento relativo a cancelamento ou não circulação.

Esclareço que a falta de escrituração de notas fiscais nos respectivos livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS, além de causar dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é aplicada multa, conforme estabelece o artigo 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96, haja vista o interesse do Estado em manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a não escrituração dos documentos fiscais impede o pleno exercício de tal controle.

A multa tem previsão em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual. Todavia, sendo o objeto do Auto de Infração a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória, em verdade, lançamento

datado de 10 de dezembro de 2014, época na qual vigia a seguinte redação para o artigo 42 da Lei 7.014/96, a qual determinava:

“IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”.

Tal redação foi alterada pela promulgação da Lei 13.461, de 10 de dezembro de 2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 11 de dezembro de 2015, com efeitos a partir desta data, a qual estabeleceu a seguinte redação para o mesmo dispositivo legal:

“IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”.

Por tal alteração, a partir daquela, na prática, a penalidade por falta de registro na escrita fiscal de entradas de mercadorias, independentemente do fato de serem tributadas ou não, ou ainda com tributação encerrada, comporta a mesma multa: 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

Tal retificação se faz necessária para atender ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, reduzo a penalidade para 1% do montante inicialmente lançado, resultando em valor de R\$1.358,72 para a infração.

Isso pelo fato de diante da regra contida no mencionado artigo 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, segundo a qual a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, diante do fato de que a alteração proporcionada à Lei 7.014/96 ser mais benéfica para o contribuinte, em atenção, inclusive, ao postulado pela defesa em sede de sustentação oral, aplico a redução decorrente da nova redação daquele dispositivo legal, e voto no sentido de que a infração deva ser julgada procedente em parte no valor acima indicado, com adequação da penalidade à nova redação constante na Lei já mencionada para a infração em tela.

Apresento, pois, o demonstrativo de débito para a infração:

2011	
JANEIRO	R\$ 8,66
MARÇO	R\$ 122,49
ABRIL	R\$ 6,13
MAIO	R\$ 151,32
JULHO	R\$ 733,70
NOVEMBRO	R\$ 27,97
2012	
JULHO	R\$ 2,38
AGOSTO	R\$ 142,84
NOVEMBRO	R\$ 163,23
TOTAL	R\$ 1.358,72

Quanto à infração 03, tem a mesma natureza da infração 02, qual seja, a entrada de mercadoria no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, apenas aqui as operações são consideradas como não tributadas.

A defesa se apega ao argumento de que as notas fiscais foram emitidas de forma ficta, apenas e tão somente para propiciar o uso de crédito de IPI, nos termos dos Decretos 7.663/11 e 7.712/12, não correspondendo a entradas de mercadorias.

Inicialmente, cabe verificar a determinação do inciso artigo 42, inciso XI da Lei 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores, e base para a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória:

“XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”.

Chamo a atenção para a expressão “*valor comercial da mercadoria adquirida*” ali contida, que seria a base para a tributação.

Já os mencionados Decretos, dizem respeito a “*devolução ficta e a reintegração de estoques do fabricante de eletrodomésticos nos casos mencionados*”, possuindo, basicamente, o mesmo texto em ambos.

Por eles, deviam ser adotados os seguintes procedimentos:

“Art. 1º As pessoas jurídicas atacadistas e varejistas dos produtos de que tratam as Notas Complementares (NC) 73-3 e 84-5 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, poderão efetuar a devolução ficta ao fabricante desses produtos, existentes em seu estoque e ainda não negociados até 1º de dezembro de 2011, mediante emissão de nota fiscal de devolução.

§ 1º Da nota fiscal de devolução deverá constar a expressão ‘Nota Fiscal emitida nos termos do art. 1º do Decreto nº 7.663, de 29 de dezembro de 2011’.

§ 2º O fabricante deverá registrar a devolução do produto em seu estoque, efetuando os registros fiscais e contábeis, e promover saída ficta para a mesma pessoa jurídica que o devolveu, com a utilização da alíquota vigente no momento da emissão da nota fiscal.

*§ 3º A devolução ficta de que trata o **caput** enseja ao fabricante direito ao crédito relativo ao IPI que incidiu na saída efetiva do produto para as pessoas jurídicas atacadistas e varejistas.*

§ 4º O fabricante fará constar na nota fiscal do novo faturamento a expressão ‘Nota Fiscal emitida nos termos do art. 1º do Decreto nº 7.663, de 29 de dezembro de 2011, referente à Nota Fiscal de Devolução nº’.” (Decreto 7.663/2011).

“Art. 1º As pessoas jurídicas atacadistas e varejistas dos produtos de que tratam as Notas Complementares NC (39-4), NC (48-2), NC (94-1), e NC (94-2) da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, poderão efetuar a devolução ficta ao fabricante desses produtos, existentes em seu estoque e ainda não negociados até 26 de março de 2012, mediante emissão de nota fiscal de devolução.

§ 1º Da nota fiscal de devolução deverá constar a expressão ‘Nota Fiscal emitida nos termos do art. 1º do Decreto nº 7.712, de 3 de abril de 2012’.

§ 2º O fabricante deverá registrar a devolução do produto em seu estoque, efetuando os devidos registros fiscais e contábeis, e promover saída ficta para a mesma pessoa jurídica que a devolveu com a utilização da alíquota vigente no momento da emissão da nota fiscal.

*§ 3º A devolução ficta de que trata o **caput** enseja para o fabricante direito ao crédito relativo ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI que incidiu na saída efetiva do produto para as pessoas jurídicas atacadistas e varejistas.*

§ 4º O fabricante fará constar da nota fiscal do novo faturamento a expressão ‘Nota Fiscal emitida nos termos do art. 1º do Decreto nº 7.712, de 3 de abril de 2012, referente à Nota Fiscal de Devolução nº

§ 5º O disposto neste artigo também se aplica às cadeiras para salões de cabeleireiro classificadas no código 9402.10.00 da TIPI”. (Decreto 7.712/2012).

Da leitura de tais determinações legislativas, verifica-se que as notas fiscais não correspondem a qualquer operação comercial, e sim consoante determinação expressa ali contida, “devoluções fictas”, sem qualquer natureza comercial, emitidas apenas e tão comente para fins de ajustes tributários em relação ao IPI.

Logo, não se enquadram no tipo “*valor comercial da mercadoria adquirida*”, pois caso fosse a intenção do legislador apenas qualquer tipo de nota fiscal eventualmente não registrada na escrita fiscal do contribuinte, certamente a redação da norma legal assim especificaria.

Todavia, ele reservou a aplicação da multa apenas e tão somente para as entradas de mercadorias com valor comercial, o que não é o caso, sobretudo pelo fato das notas fiscais elencadas na autuação não se referirem a entradas de mercadorias, o que deságua na improcedência da autuação.

Analizando agora a infração 04, esclareço, inicialmente, em resposta ao questionamento do contribuinte, que a utilização de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD), para fins fiscais, se encontrava previsto nos anos de 2011 e 2012, no artigo 683 do RICMS/97:

“Art. 683. Poderá ser utilizado sistema eletrônico de processamento de dados (Conv. ICMS 57/95):

I - para emissão dos documentos fiscais relacionados no art. 192;

II - para escrituração dos livros:

a) Registro de Entradas;

b) Registro de Saídas;

c) Registro de Controle da Produção e do Estoque;

d) Registro de Inventário;

e) Registro de Apuração do ICMS;

f) Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) (Conv. ICMS 55/97);

g) Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente.

§ 1º Também fica obrigado às disposições deste Capítulo o contribuinte que utilizar sistema de terceiros para emitir documento fiscal ou escriturar livro fiscal por sistema eletrônico de processamento de dados”.

Já o artigo 684 determinava a comunicação da sua adesão ao SEPD:

“Art. 684. O usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de Livros Fiscais (SEPD) comunicará o uso, a alteração do uso ou a cessação do uso, por meio eletrônico, na página disponibilizada no endereço www.sefaz.ba.gov.br, com as seguintes informações:

I - o livro ou o documento a ser utilizado, alterado ou cessado;

II - a identificação do responsável pelo software;

III - o sistema operacional;

IV - a identificação e o endereço do estabelecimento onde se localiza a Unidade Central de Processamento (UCP)”;

Note-se que a legislação vigente na época dos fatos não falava em autorização de uso, mas sim, em comunicação, tendo em vista que a Seção II, que se inicia exatamente no artigo acima reproduzido (684), determinava na redação vigente antes da edição do Decreto 7.886, em 29/12/2000, com efeitos a partir de 30/12/2000 o seguinte:

“Art. 684. O uso, alteração do uso ou desistência do uso de sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documentos fiscais e/ou escrituração de livros fiscais deverá ser previamente requerido ao Inspetor Fiscal da circunscrição do estabelecimento interessado, mediante o preenchimento de requerimento em formulário próprio (Anexo 50), em 4 vias, conforme instruções contidas no Manual de Orientação (Anexo 64), a ser protocolizado na repartição fazendária do domicílio do requerente, contendo as seguintes informações:”

Logo, reafirmo, na época dos exercícios fiscalizados (2011 e 2012), cabia ao contribuinte apenas e tão somente comunicar o uso do SEPD, de acordo com as exigências acima explicitadas.

Por outro lado, a multa indicada na autuação (artigo 42, inciso XVIII, alínea “a” da Lei 7.014/96), se reporta a “*escrituração de livros fiscais sem prévia autorização, havendo tantas infrações quantos forem os livros assim escriturados*”.

Como já visto, a autuação partiu do pressuposto de que seria necessária prévia autorização para escrituração de livros fiscais por SEPD, quando, em verdade, esta obrigação já se encontrava derogada desde o ano de 2000, sendo necessária apenas prévia comunicação, não se tendo notícia nos autos de ter ou não o contribuinte praticado tal ato.

Desta maneira, não havendo o ilícito, descabe a imposição de penalidade. Infração insubstancial. Por fim, na infração 05, ultrapassada a preliminar aventada, no mérito, a própria empresa reconhece o fato constante na acusação, ou seja: de que os arquivos magnéticos apresentados continham inconsistências, tanto que na própria peça apresentada, requer seja reconhecida a improcedência parcial da Infração.

Algumas observações preambulares são pertinentes, especialmente aquelas relativas ao argumento defensivo de que as mesmas notas fiscais objeto da Infração 03, teriam sido apontadas também na Infração 05, sendo esta, na sua visão, reflexo do erro cometido na interpretação dos fatos quanto à infração 03.

Como já visto, analisado e decidido, a infração 03 versa sobre o não registro de documentos fiscais emitidos contra a empresa autuada, o que ensejou a indicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Já nesta infração 05, se aplica penalidade também por descumprimento de obrigação acessória, relativa a inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos do Sintegra transmitidos pelo sujeito passivo à SEFAZ, também com sugestão de aplicação de multa.

O fato de os mesmos documentos fiscais estarem arrolados nas duas infrações, não as invalida, vez que, como visto, tratam-se de infrações sem qualquer relação ou dependência, autônomas uma da outra, não se podendo falar em reflexo neste caso, sequer em ilícitos consuntos (incidência do princípio da absorção dos tipos (consunção). Assim, crime consunto é o absorvido; consuntivo, o que absorve), vez que apartadas e autônomas.

A defesa trouxe, ainda, situações nas quais entendia que algumas operações deveriam ser retiradas dos cálculos efetuados para fins de apuração do valor devido a título de multa.

O revisor, ao meu entender, de forma correta, excluiu alguns deles, por concordar com os argumentos defensivos apresentados, nos meses de fevereiro de 2011, março, maio e dezembro de 2012, conforme planilha demonstrativa refeita, o que ensejou a redução do montante originalmente lançado de R\$47.815,94 para R\$44.404,79, o qual acolho, o que torna a infração parcialmente procedente.

Quanto as alegadas devolução de mercadorias ou o cancelamento de vendas ocorridas nos meses de 12/2011 e 03/2012, diante da recusa do autuante em acatá-los, pelo fato dos valores apontados nas planilhas representarem aqueles devidamente escriturados nos respectivos Livros de Saídas, como se as operações tivessem sido realizadas, falhou a autuada em trazer o necessário elemento de prova de seus argumentos, no sentido de exclui-los dos valores considerados na apuração da base de cálculo da penalidade, agindo o revisor acertadamente.

Em relação aos reiterados pedidos de aplicação ao feito do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, que prevê a possibilidade de cancelamento ou redução das multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias, desde que comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, nego.

Na dicção do mencionado diploma legal tem o termo “poderá”, e não “deverá”, o que joga nas mãos do julgador a decisão pelo atendimento ou não do pedido. Se por um lado é certo não ter sido aventada a presença de dolo, fraude ou simulação, vez que esta condição sequer foi aventada nos autos, por outro lado, como bem indicado pelo revisor, as práticas adotadas pelo contribuinte, inviabilizaram, por exemplo, a realização de levantamento quantitativo de estoques, prejudicando, sobremaneira, os trabalhos de auditoria.

Por outro lado, na infração 02 já foi aplicada a retroatividade benigna do artigo 106 do CTN, em benefício da autuada, o que já representou significativa redução do valor devido.

Além disso, foram várias infrações, inclusive na de número 05, apesar de devida e regularmente intimado, o contribuinte não retificou os arquivos magnéticos por dois anos seguidos.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações se fizessem na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido.

Ainda assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Respaldado nos argumentos expostos, julgo o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$45.763,51, de acordo com a seguinte demonstração:

Infração 01	IMPROCEDENTE
Infração 02	R\$ 1.358,72
Infração 03	IMPROCEDENTE
Infração 04	IMPROCEDENTE
Infração 05	R\$ 44.404,79

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, de ofício, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180461.0003/14-2 lavrado contra **RADIANTE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória valor de **R\$45.763,51**, previstas na Lei 7.014/96, artigo 42, incisos IX e XIII-A, alínea “i”, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR