

PROCESSO - A. I. Nº 180461.0003/14-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - RADIANTE MÓVEIS LTDA.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0188-02/19
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/09/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. 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 insubsistente. **2. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO NA EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Cálculos refeitos pelo revisor, para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado no registro na EFD, e cujas mercadorias não ingressaram no estabelecimento. Reduzida a multa, de 10%, para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei nº 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 À TRIBUTAÇÃO.** Pelo fato de a apenação prevista na Lei nº 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 insubsistente. **4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA.** Refeitos 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. Mantida a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0188-02/19, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2014, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “a” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$350.202,97, tendo em vista as infrações abaixo:

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 ficta 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.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 1412 a 1445), informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 1628 a 1636), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª JF que após análise julgou Procedente em Parte, nos seguintes termos:

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, entendendo 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 aposta, 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 Nº 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 AGRADO DE INSTRUMENTO 441782 MG 2002/0027327-2 pela 2ª Turma, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto, assim entendeu:

*Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL - AGRADO 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 AGRADO REGIMENTAL. AGRADO 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, reduz 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 apegua 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 contido, 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 a 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 somente 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.

Analisando 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 derrogada 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 insubsistente.

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 excluí-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.

Respalado 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

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0188-02/19, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2014, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do

RPAF, que exige o valor histórico de R\$350.202,97, pelo cometimento de 5 infrações, cujo valor em 1ª Instância fora reduzido para R\$45.763,51.

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, é cabível o presente Recurso, por se tratar de redução de infração em valores superiores a R\$200.000,00, razão pela qual, passo a analisar.

Em relação à Infração 01, julgada pela JJF como improcedente, foi lavrada em virtude do contribuinte ter transferido mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, para as empresas consideradas pela fiscalização como interdependentes, com o valor inferior ao praticado nas entradas, com base no Art. 56, Inciso IV, alínea “a” do RICMS, Decreto nº 6.284/97 (até 31/03/2012), e Art. 17, Inc. II, § 7º da Lei nº 7.014/96, os quais citam que 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).

Em relação a esta infração, a JJF baseou-se no 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”.

Entretanto, parte da autuação, é decorrente da transferência entre empresas interdependentes, nos termos do Art. 6º, § 1º, abaixo transcrito:

“§ 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”.

Conforme se observa da Informação fiscal, 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, razão pela qual, deve ser mantida a improcedência da Infração 01.

No tocante à Infração 02, cujo valor fora reduzido de R\$37.396,39, para R\$1.358,72, lavrada originalmente pela entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada multa de 10% sobre o valor das mesmas, totalizando R\$37.396,39, em decorrência de Notas Fiscais Eletrônicas que não foram lançadas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, no período de janeiro a maio, julho, setembro e novembro de 2011, julho, agosto e novembro de 2012, após defesa apresentada pela autuada, com a apresentação de notas que haviam sido escrituradas, após análise, foram excluídas pelo ilustre auditor, que reduziu o lançamento para o montante de R\$10.502,70.

Não houve contestação por parte da autuada, nem tampouco nenhum evento que confirmasse a não circulação das mercadorias, cancelamento da operação ou comprovação de que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento.

Todavia, o Auto de Infração com a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória, teve seu lançamento datado de 10 de dezembro de 2014, época na qual vigia a seguinte redação para o artigo 42 da Lei nº 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”.

Entretanto, tal redação foi alterada pela promulgação da Lei nº 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, e tal retificação se fez 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, o que reduziu a penalidade para 1% do montante inicialmente lançado, resultando em valor de R\$1.358,72.

Já no tocante à Infração 03, lavrada pela 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, trata-se de notas fiscais fictas, emitidas com base nos Decretos da Presidência da República de nº 7.663, de 29/12/2011, e 7.712, de 03/04/2012, que dispõe sobre a devolução ficta 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, também foi julgada improcedente pela JJF.

Em sua defesa, a autuada se apegou 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 nºs 7.663/11 e 7.712/12, não correspondendo a entradas de mercadorias.

Tais determinações legislativas, aduz 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 somente, para fins de ajustes tributários em relação ao IPI, logo, não se trata de entradas de mercadorias no estabelecimento. Por esta razão, acompanho a decisão da JJF.

Com relação à Infração 04, que também fora considerada improcedente em decisão de piso, foi lavrada pela escrituração de livros fiscais sem prévia autorização, em novembro de 2014, sendo cominada multa de R\$1.120,00, e que consta da informação da autuante, que a autuada 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, sendo aplicada a multa prevista na alínea XVIII, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, e alterações posteriores.

Conforme devidamente analisado pela JJF, o art. 684 previa a comunicação da adesão ao SEPD (de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados), e não prévia autorização (exigência até 12/2000), 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 derrogada 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. Não havendo o ilícito, descabe a imposição de penalidade. Razão pela qual, a Infração em questão é insubsistente.

Por derradeiro, a Infração 05, que fora reduzida do valor de R\$47.815,94, para R\$44.404,79, foi lavrada pelo fornecimento de 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.

A própria empresa, em sua defesa, reconheceu 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.

Desta forma, 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.

Desta forma, o revisor, 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.

Assim, por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida e inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180461.0003/14-2**, lavrado contra **RADIANTE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória valor de **R\$45.763,51**, previstas no artigo 42, incisos IX e XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS