

A. I. Nº - 276468.0010/20-5
AUTUADO - INTERTRIM LTDA.
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/08/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. b) AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. d) USO EXTEMPORÂNEO SEM AUTORIZAÇÃO DO FISCO. Infrações abarcadas pela decadência. **2. CRÉDITO FISCAL. TRANSFERÊNCIA IRREGULAR.** Diante da comprovação de ter o sujeito passivo transferido crédito acumulado para a Ford Motor Company do Brasil Ltda., em valor superior ao que poderia fazê-lo, por força da concessão de Regime Especial, através do Parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015, a infração se apresenta subsistente para as ocorrências não alcançadas pela decadência. Infração procedente em parte. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** A legislação autoriza a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que no caso concreto, corresponde a 1% (um por cento) do valor comercial das mercadorias adquiridas, que adentraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Não foi comprovado o registro das notas fiscais listadas na autuação. Alegação de não realização de operações registradas em notas fiscais requer registro próprio no ambiente do SPED. Infração mantida. Negado o pedido para realização de perícia/diligência. Prejudicada a apreciação da questão preliminar levantada. Reconhecida a ocorrência decadência parcial no lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de setembro de 2020 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 48.074,96, bem como multas de 60%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.01.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no total de R\$ 102,00, além da multa de 60%, apurado em março de 2015. Consta a informação do autuante de que *“Infração evidenciada pelos demonstrativos Débito de diferencial de Alíquota – Material de uso e consumo – Listas de notas /itens e Débito de Diferencial de Alíquota - Material de uso e consumo – resumo do débito, ambos integrantes e anexos a este Auto de Infração”* (redação e grafias originais).

Infração 02. 01.02.02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no montante de R\$521,02, proposta multa de 60%, para ocorrência de março de 2015. Observa o autuante: “*Infração evidenciada por meio dos demonstrativos Crédito Indevido Uso Consumo analítico Crédito indevido uso consumo resumo, ambos anexo e integrantes deste auto de infração*” (mantida a grafia original).

Infração 03 01.02.40. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais nos meses de fevereiro, março e julho de 2015, no valor de R\$12.846,10, além da multa de 60%, vez que, de acordo com o autuante “*Contribuinte pertencente ao PROAUTO que apropriou-se de crédito destacado nas NFe de aquisições de insumos que estão sujeitas ao diferimento. Lei 7537/99, art. 12, § 1º, inc. I, ‘b’ e § 5º*” (redação original).

Infração 04 01.02.53. Transferiu irregularmente crédito fiscal de ICMS a outros estabelecimentos, pelo fato de, conforme o autuante “*O Contribuinte, transferiu Crédito fiscal a maior para FORD MOTOR COMPANY LTDA em desacordo com a legislação do PROAUTO, em especial o parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015, cláusula 5ª, § 2º alínea ‘a’ até ‘c’*”. Monta o débito em R\$ 11.340,18, multa de 60%. Ocorrências em fevereiro, novembro e dezembro de 2015.

Infração 05 01.02.73. Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito, de R\$17.723,17, em janeiro de 2015, bem como a multa de 60%. De acordo como autuante “*Infração evidenciada por meio do Demonstrativo Crédito Extemporânea, anexo e integrante do presente auto de infração*”.

Infração 06 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma delas, que monta R\$ 5.542,49, para os meses de janeiro a dezembro de 2015, sendo indicado estar a infração devidamente evidenciada através dos demonstrativos “*Multa NF não lançada analítico e Multa NF não lançada, em pdf e xls que seguem anexo e integrantes deste auto de infração*” (mantida a grafia e redação original).

Tempestivamente, o autuado, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 45 a 55-v, onde após sintetizar a autuação, alega incidência da decadência, pelo fato de como ser sabido, o prazo para que ocorra do tributo sujeito a lançamento por homologação, inexistindo declaração prévia do débito, sem a ausência de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, nos termos do artigo 173, I, do CTN; ocorrendo o pagamento parcial, creditamento indevido, ou mesmo cobrança de multa isolada ou de ofício, o prazo decadencial para o lançamento suplementar é de cinco anos contados do fato gerador, conforme a regra prevista no artigo 150, § 4º, do CTN, reproduzido.

Na mesma linha, tem-se que a decadência das obrigações acessórias também deve ser aferida com base no artigo 150, § 4º do CTN.

Afirma que quando o sujeito passivo realiza o fato gerador da obrigação acessória de antecipar a documentação fiscal, sem o prévio exame da autoridade fiscal, ou seja, para que seja futuramente realizada a sua análise, se está diante de obrigação acessória a título precário, apenas sendo “extinto” de fato, com a devida homologação do mesmo.

Deste modo, uma vez realizado o lançamento da obrigação acessória, cabe à Fiscalização homologar ou realizar um lançamento de ofício para suprir as falhas de lançamento realizadas pelo contribuinte, aduz.

Frisa que em outros termos, sabendo que os prazos decadenciais se alicerçam no comportamento do sujeito passivo, consoante decisão da Ministra Eliana Calmon do STJ, no “Eesp 183.603/SP, publicado em 13/08/2001”, não há dúvida de se estar diante de típica relação de homologação tal qual a de sua obrigação principal, regida pelo artigo 150, § 4º do CTN, motivo pelo qual o item 06

da autuação foi atingido pela decadência, razão pela qual o crédito tributário exigido está definitivamente extinto.

Apresenta tabela explicativa por infração, considerando ter sido cientificado da lavratura do Auto de Infração em 27/11/2020.

Caso não seja tal tese acolhida, adentra na análise do mérito, em relação ao qual, para a infração 01, após transcrever os artigos 30, inciso III, e 42, inciso VII, alínea “a” da 7.014/96, o artigo 310, inciso IX do RICMS/12, argumenta não poder prosperar a autuação, pois o tapete ergonômico objeto da nota fiscal 182.770 deve ser reconhecido o seu direito ao crédito.

Invoca a Norma Reguladora de Ergonomia (NR) 17, resposta do Ministério do Trabalho ao crescente número de casos de doenças ocupacionais em nosso país, objetivando a segurança e a saúde dos trabalhadores.

Esclarece ser a fadiga localizada responsável por inúmeras enfermidades como a Lesão por Esforço Repetitivo (LER), Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT) e Afecções Musculares Relacionados ao Trabalho (AMERT).

Reforça que o Tapete Antifadiga” está perfeitamente enquadrado no espírito da NR 17, por se tratar de equipamento que ajusta as propriedades originais do piso, à natureza do trabalho, que se desenvolve sobre ele.

Logo, ressalta que não há como considerar que o tapete ergonômico foi utilizado para fim alheio a atividade do estabelecimento, sendo essencial para o processo produtivo, por ser absolutamente necessário para que a linha de produção possa funcionar perfeitamente.

Para a infração 02, após copiar os dispositivos legais tidos como infringidos, e os relativos à penalidade aplicada, expõe que os créditos glosados são provenientes de materiais utilizados diretamente no processo produtivo (ribbon, etiquetas, carrinho, etc.).

Esclarece que no exercício de seu objeto social, a matriz lhe transfere partes e peças de teto de veículos, para que possa finalizá-los e comercializá-los, sendo as etiquetas, ribbon e carrinho materiais essenciais para o processo produtivo, na forma das fotos que acosta a peça impugnatória (Doc. 05), para identificar/orientar o processo de identificação, separação e montagem dos tetos dos carros produzidos pela Ford, sendo que esta exige tal identificação, e sem ela não conseguiria identificar que teto deve ser utilizado em cada carro a ser montado.

Aponta que o regramento que baliza a utilização do crédito fiscal é estatuído pelo RICMS da Bahia, no artigo 309, inciso I, alínea “b”, reproduzido.

De tal dispositivo, em sintonia com as demais normas atinentes ao regime de compensação do ICMS, chega à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, depende do atendimento de determinadas condições, a saber: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem estar vinculados à industrialização, ser empregadas no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço, na condição de elemento indispensável ou necessário.

Após copiar o teor do artigo 93, § 1º do RICMS/12, traz à tona o dispositivo constante na Instrução Normativa 52/2013, emitida pelo estado da Bahia, que conceitua produtos secundários, cujo item 1.1 transcreve, bem como decisão do CONSEF através do Acórdão JF 0317-01/08, em sua Ementa, bem como em trechos da decisão.

Ressalta que não há como se considerar que ribbon, etiquetas, carrinho sejam materiais de uso e consumo do estabelecimento, na medida em que demonstrada a sua essencialidade no processo produtivo, por serem absolutamente necessários para que os tetos sejam perfeitamente utilizados na linha de montagem de seu cliente, o que desemboca na improcedência da autuação.

Relativamente à infração 03, após descrevê-la, indica que após a lavratura do presente Auto de Infração, o autuante percebeu ter se equivocado na tipificação e descrição dos fatos,

reconhecendo a nulidade de tal item, e para retificar tal erro, lavrou o Auto de Infração 276468.0015/20-7.

Traz como suporte de tal assertiva cópia de e-mail encaminhado pelo autuante, o que a motiva a pedir a nulidade da infração, evitando-se eventual cobrança em duplicidade.

Com relação a infração 04, justifica a improcedência requerida, pelo fato de que as transferências em questão, foram realizadas nos exatos termos do regime PROAUTO, instituído pela Lei 7.537/99.

Após explicitar resumidamente como opera tal Programa, chama atenção para o fato de ter sido garantido à Ford Motor Company do Brasil Ltda., regime especial do PROAUTO, conforme doc. 07.

Esclarece que por este motivo, o dito benefício fiscal também foi estendido aos estabelecimentos fornecedores da Ford que participam do sistema de produção industrial de veículos sob o esquema de Produção Compartilhada, relacionados no Anexo Único do Parecer e situados no próprio Complexo Industrial Ford Nordeste, tal como determinado na Lei 7.537/99, artigo 12, § 5º.

Assevera que neste sentido, cabe a cada fornecedor elaborar, no último dia de cada mês, o demonstrativo de cálculo de crédito fiscal acumulado do ICMS, contendo, no mínimo:

- a) o valor dos créditos escriturados no respectivo período de apuração;
- b) o valor total das operações de saídas ocorridas no período, assim consideradas aquelas que resultem em transferência/transmissão de propriedade bem como as operações de transferência para outro da mesma titularidade;
- c) o valor total das operações de saídas com diferimento do ICMS com destino a Ford (Camaçari e Pirajá) ou respectivos fornecedores, inclusive no PROAUTO;
- d) o coeficiente a ser aplicado sobre os créditos do mês, resultado da relação proporcional entre os totais dos itens “c” e “b” acima;
- e) o valor do crédito fiscal acumulado transferido será o resultado da multiplicação do coeficiente obtido no item “d” sobre o valor dos créditos obtidos na letra “a”.

Resume que os valores de ICMS a serem creditados são anotados em uma planilha cujo modelo foi fornecido pela própria Ford, que posteriormente ao seu preenchimento será remetida a aprovação da Ford e, caso aprovada, tem o creditamento realizado ao final do mês, como já pontuado desde a fase fiscalizatória (Doc. 08).

Desta forma, o creditamento ocorre de acordo com a soma dos montantes das compras e transferências com o diferimento do ICMS ao longo do mês, e ao final, então, cruzam-se os créditos e débitos, arremata.

Frisa que a transferência dos créditos acumulados ocorre mediante emissão de uma única nota fiscal em cada período de apuração do imposto, globalizando os créditos originados das operações ocorridas naquele período, devendo ser demonstrado no corpo da nota fiscal o valor total dos insumos adquiridos no mês com crédito do ICMS.

Com a finalidade de demonstrar que as operações de creditamento ocorreram nos exatos termos do PROAUTO, sem qualquer creditamento de valor superior ao devido, garante juntar à peça apresentada, o Relatório de Vendas de 2015 (Doc. 09), bem como as respectivas notas fiscais globais do mesmo período (Doc. 10).

Ressalta se poder ver do relatório toda a relação e cotejo de notas fiscais dos insumos adquiridos/recebidos com crédito de ICMS no mês, bem como toda a relação de notas fiscais emitidas com diferimento do ICMS para a Ford.

Com o fim de facilitar, exemplifica o creditamento tal qual ocorrido no mês de maio de 2015, ressaltando que quando observado o Relatório de Vendas do mês de maio (Doc. 09), se constata a relação das notas fiscais dos insumos adquiridos/recebidos com crédito de ICMS que, após a soma individual de cada nota fiscal, se apure o crédito de maio, no montante de R\$ 308.556,13.

De outro giro, as notas fiscais emitidas com diferimento do ICMS para a Ford chegaram ao montante de 3.476.793,27, e ao aplicar a fórmula anteriormente descrita, apurando o valor do crédito a ser transferido, tal qual verificado no Relatório de Vendas de maio de 2015, destaca o coeficiente de 100% relativo à Cláusula 7ª.

Observa que em perfeita consonância com o cálculo ora demonstrado, a nota fiscal do mês de maio de 2015, de número 8.388 (Doc. 10) demonstra sinteticamente os valores utilizados para o cálculo do creditamento, tal qual demonstrado nos relatórios acima expostos, nos termos do “Parecer DITRI/GETRI 2398/2018”.

Plota recorte do documento mencionado.

Deste modo, assevera não restar dúvida de que a transferência ocorreu de forma legítima, correspondendo o creditamento ao exato montante devido, devendo ser totalmente anulada a infração.

Já na infração 05, justifica que por uma falha em seu sistema, o crédito da nota fiscal de importação 7.389, de 20/11/2014, foi utilizado no momento da emissão da nota fiscal e apuração de seu respectivo ICMS.

Ao perceber que o creditamento a que tinha direito não foi realizado em virtude de falha sistêmica, realizou o creditamento extemporâneo, em janeiro de 2015.

Para demonstrar o corrido, e que não houve ilegitimidade no creditamento, ainda que extemporâneo, assegura estar juntando, novamente, planilha de custo de produção de cada mercadoria fabricada, ainda que remetida por estabelecimento atacadista (Doc. 11).

Constata ter sido realizada regularmente a escrituração das notas sem o devido valor do crédito, consoante se observa na EFD ICMS/IPI (Doc. 12), onde se verifica a ocorrência de estorno no exato valor questionado pelo auto de Infração.

Ao verificar o livro Registro de Apuração do ICMS (Doc. 13), que uma vez que não teria sido realizado o devido creditamento, o realizou nos montantes outrora não feitos.

Assim, considerando comprovado que seu processo de creditamento, em que pese extemporâneo, foi todo pautado nos devidos termos legais, utilizando-se de crédito que lhe é de direito e de acordo com os ditames legais, vê como improcedente a infração em tela.

Finalmente, quanto a infração 06, diz que tal autuação não merece prosperar, vez que, diferentemente do entendimento do autuante, não houve a efetiva entrada das mercadorias no seu estabelecimento, se tratando de notas fiscais de embalagens, emitidas por seus fornecedores, que, entretanto, não foram recebidas, e por tal razão, não foram escrituradas.

Assim entende não poder ser penalizada por deixar de escriturar notas fiscais de embalagens que nunca recebeu, não podendo ser responsabilizada pelo fato de seus fornecedores não lhe entregarem a mercadoria, além do que a sua conduta não resultou em danos ao erário estadual, eis que suas operações não eram tributadas.

Tem com evidente se estar diante de uma multa nitidamente confiscatória, situação vedada pelo nosso ordenamento, anda mais no caso em que agiu totalmente de boa-fé, como diz já demonstrado e comprovado, invocando a seu favor, o teor do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, o qual entende dever ser interpretado em conjunto com o inciso XXII do artigo 5º da Carta Magna.

Destaca que eventual erro no cumprimento de dever instrumental como no caso em tela, não acarreta lesão ao Fisco, por não culminar com exigência do imposto em si.

Ademais, ainda que seja apurado eventual descumprimento de dever instrumental, fala ser evidente a ausência de dolo e má-fé na sua conduta, eis que em momento algum omitiu o valor da correta base de cálculo, nem teve o intuito de fraudar a legislação tributária.

Ressalta evidente a ausência de prejuízo ao Erário, eis que em momento algum deixou de recolher ICMS, mesmo diante do fato de não se poder falar em pagamento de tributo nas

operações em evidência, sendo a autuação completamente desproporcional e abusiva, considerando a origem da suposta infração.

Reforça que em função de não ter tal fato influenciado na arrecadação do imposto, não trazendo prejuízo para o Estado, verifica a possibilidade de relevação da multa, ou, no mínimo, sua adequação, uma vez que a mesma denota quantia exorbitantemente alta e desproporcional, caracterizando enriquecimento ilícito por parte do Erário, onde o melhor cenário possível ao Fisco é o que no qual o contribuinte não pague tributos.

Ao final, requer seja reconhecida a nulidade da infração 03, diante do erro na tipificação e descrição dos fatos que embasaram a autuação, reconhecidas pelo próprio autuante, bem como pelo fato de ter o mesmo crédito tributário estar sendo exigido no Auto de Infração 276468.0015/20-7, evitando-se, assim, eventual cobrança em duplicidade;

Solicita o reconhecimento da decadência do crédito tributário, extinguindo-o, uma vez decorridos mais de cinco anos entre os fatos geradores (janeiro a novembro de 2015) e a sua intimação acerca da lavratura do Auto de Infração em 27/11/2020;

Por derradeiro, ainda que não se acate a nulidade posta, nem se reconheça a decadência do crédito tributário, postula o provimento da impugnação apresentada, para julgar improcedente o Auto de Infração.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 123 a 125, após transcrever a acusação e os argumentos defensivos apresentados, indica:

Quanto a arguição de decadência, assevera existir polêmica muito grande a respeito do assunto, mas quanto ao ICMS o entendimento que tem como correto a se aplicar é a regra do primeiro dia do exercício seguinte ao que deveria ter sido realizado, e caso não seja este o entendimento dos julgadores, lembra terem sido *“cobrados também multa sobre lançamentos posteriores à data de ciência, 27/11/2020”*.

Para a infração 01, argumenta *“como o item não está intrinsecamente ligado à produção, deve ser considerado como bem de consumo”*.

Já na infração 02, *“informo que trata-se de materiais de uso e consumo, já que são apenas coadjuvantes do processo produtivo, não fazendo parte dos produtos finais*

Manifestamo-nos pela procedência total deste item”.

Em relação à infração 03, aduz que *“reconhecemos que houve erro insanável quanto à tipificação fiscal. Comunicamos ao contribuinte que o mesmo item seria objeto de nova cobrança por meio do AI 2764680015/20-7, já lavrado, dado ciência ao contribuinte e registrado.*

Manifestamo-nos pela nulidade do item”.

Ao tratar da infração 04, diz: *“informamos que elaboramos demonstrativo constante às fls. 34 a 36, entregues ao contribuinte em papel e Excel, em que demonstramos exaustivamente o passo a passo do procedimento do Parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015. Nessa planilha ficou evidente que as únicas diferenças do índice de transferência se deram nos meses de novembro e dezembro, quando foi necessário computar os efeitos das exportações (vide fl. 36).*

Manifestamo-nos pela total procedência deste item”.

Quanto a infração 05, argumenta que *“informamos que apesar de caracterizada a boa-fé do contribuinte, nossa legislação é taxativa quanto ao prazo e consequências da escrituração fora dos prazos, isto é, até o mês subsequente é possível. Após isso, carece de submissão à Fazenda pública para aprovar o crédito extemporâneo.*

Manifestamo-nos pela procedência deste item”.

Finalmente, para a infração 06, apenas e tão somente reproduz o entendimento da defesa, não tecendo qualquer comentário acerca do mesmo, sequer se posicionando frente a infração.

Conclui, manifestando-se pelo não reconhecimento da decadência e, caso assim não se decida, relembra ser a data da ciência 27/11/2020.

Reconhece a nulidade da infração 03, consoante exposto.

Pugna pelo conhecimento das demais e procedência dos demais itens, ou seja, 01, 02, 04, 05 e 06, conforme as considerações tecidas.

Foram os autos remetidos pelo órgão preparador para instrução e julgamento em 09/03/2021 (fl. 127), recebidos no CONSEF em 17/03/2021, e distribuídos a este relator em 17/06/2021 (fl. 127-v).

VOTO

O lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Cientificação de Início de Ação Fiscal em 09/07/2020, lida e cientificada pelo contribuinte na mesma data, mensagem 165.689 (fl. 08).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 09 a 36, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 37, devidamente entregue ao contribuinte conforme recibo de fl. 38 subscrito pelo procurador da empresa, Sr. Ronaldo Macedo Barreto, mesma pessoa que assinou o Auto de Infração.

A ciência do Auto de Infração se deu de forma pessoal, na pessoa de representante da autuada, mediante assinatura no corpo do Auto de Infração em 27/11/2020 (fl. 04).

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

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa e ao contraditório, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, ainda que sob a forma da peça de impugnação.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Fabricação de artefatos de tapeçaria”, CNAE 13-52-9-00, estabelecido no município de Camaçari.

Duas questões precisam ser analisadas em primeiro lugar: a primeira, diz respeito a prejudicial de existência de decadência, enquanto a segunda é quanto a nulidade do lançamento relativamente a infração 03.

Analisando a prejudicial de decadência, a legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, § 4º, que “*o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto ao Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior da mesma, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: *“Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas”*.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: *“Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”*.

E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.

E a justificativa para tal entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

E tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no RESp 1.277.854:

“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a

lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”.

Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendo presente a hipótese de decadência parcial, vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências do período de janeiro a outubro de 2015, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor.

Por tais razões, acolho a argumentação defensiva, devendo vários dos valores lançados no período acima indicado ser excluídos, como se demonstrará adiante, o que vem a afetar várias das infrações arroladas, uma vez que tendo sido o contribuinte intimado da lavratura do Auto de Infração em 27/11/2020, conforme recibo apostado no corpo do próprio Auto de Infração na fl. 04, este é o prazo para a contagem do interregno temporal decadencial.

A reforçar o entendimento, a Súmula 12 do CONSEF, como bem lembrado na defesa, determina que *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”.*

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo às infrações lançadas, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte e sem adotar qualquer ação frente ao ocorrido, diante do longo lapso temporal decorrido (a partir de janeiro de 2015) e o lançamento tributário com ciência ao contribuinte (novembro de 2020).

Logo, por tais motivos, se encontram albergadas pela decadência, as seguintes ocorrências:

Infração 01: março de 2015;

Infração 02: março de 2015;

Infração 03: fevereiro, março e julho de 2015;

Infração 04: fevereiro de 2015;

Infração 05: janeiro de 2015

Pelo fato de as infrações, 01, 02, 03 e 05 após a retirada das ocorrências decaídas não mais apresentarem meses lançados, ficam, de plano, declaradas improcedentes, restando prejudicado o pleito defensivo invocado como preliminar, para a declaração de nulidade da infração 03.

Na infração 04, remanescem as ocorrências dos meses de novembro e dezembro de 2015, a terem o seu mérito analisado em momento posterior.

No caso específico da obrigação acessória descumprida (infração 06), independentemente de qualquer outra consideração a ser feita em oportuno momento, ressalto que como já tive oportunidade de decidir, e diante da pacificação do entendimento a respeito da matéria, cabível a aplicação do artigo 173, I do CTN no caso do descumprimento de obrigações acessórias, para efeito de aplicação da decadência, acompanhando a tese por demais esposada nos Tribunais Superiores, podendo, como exemplo, mencionar a decisão do RESP 1055540 SC 2008/0098490-8, relatado pela Ministra Eliana Calmon, na 2ª Turma, publicada em 27/03/2009, cuja Ementa reza:

“TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APRESENTAÇÃO DA GFIP - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO - DECADÊNCIA - REGRA APLICÁVEL: ART. 173, I,

DO CTN. 1. A falta de apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), assim como o fornecimento de dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias devidas configura descumprimento de obrigação tributária acessória, passível de sanção pecuniária, na forma da legislação de regência. 2. Na hipótese, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI. 3. Ausente a figura do lançamento por homologação, não há que se falar em incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN. 4. Recurso especial não provido” (grifei).

Logo, estribado em tais elementos e argumentos, não acolho a prejudicial suscitada em relação à infração 06, diante do fato de não estar alcançada pela decadência, que somente se materializaria a partir de janeiro de 2021, período posterior ao da ciência do lançamento pelo contribuinte.

Relativamente ao pedido para realização de perícia/diligência, indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) 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;

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

A desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos para e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas e recebidas e livros fiscais transmitidos pela EFD), os quais se encontram em poder as SEFAZ, o que dispensa qualquer apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seria o objetivo da diligência, e o que deveria ser devidamente analisado quando do seu deferimento, acaso acatado.

Ainda obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal 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.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

Como exemplo, posso mencionar trecho do voto prolatado pelo STJ no RESP 1.519.662/DF, em julgamento ocorrido em 18/08/2015 na 6ª Turma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim se pronunciou a respeito:

“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, pois o magistrado é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes’”.

Recente decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1887326-RS, datada de 25/03/2021, demonstra ainda ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que 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”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, igualmente recente, eis que datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Lembro ainda, concorrer para o indeferimento do pleito, o não atendimento ao preceito estatuído no parágrafo único do artigo 145 do RPAF/99:

“Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço”.

No mérito, serão analisadas apenas as infrações 04 e 06, sendo que na primeira delas (04), a acusação diz respeito ao fato de a empresa autuada ter transferido irregularmente crédito fiscal para a empresa Ford, da qual é sistemista/fornecedora, e, de acordo com o autuante, teria agido em desacordo não somente com a legislação do Programa PROAUTO, como, igualmente com o Regime Especial concedido pelo parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015, cláusula 5ª, § 2º, alínea ‘a’ até ‘c’, no que é contestado pela autuada, que assegura ter agido nos estritos termos legais.

Inicialmente, convém se transcrever o teor do mencionado Regime Especial concedido para a empresa autuada:

“Ementa: ICMS. Regime Especial. Transferência de créditos fiscais acumulados de ICMS por estabelecimentos fornecedores de empresa fabricante de veículos automotores, nos termos do parágrafo 22 do artigo 286 do Decreto nº 13.780/12. Pelo deferimento. Vigência até 31 de dezembro de 2024.

(...)

DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino pela concessão de Regime Especial, nos seguintes termos:

DO REGIME ESPECIAL

Cláusula primeira - As empresas identificadas nos Anexos I e II, doravante denominadas Fornecedores, deverão transferir os créditos fiscais de ICMS acumulados nas operações com diferimento, previstas no inciso LXVI do art. 286 do RICMS/BA, em decorrência das saídas destinadas aos estabelecimentos da empresa FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA., localizados na Av. Henry Ford, 2000, bairro COPEC, Camaçari-BA, com Inscrição Estadual nº 51.852.847, CNPJ nº 03.470.727/0016-07, e na Estrada da IASA, s/n, Pirajá, Salvador - BA, CNPJ nº 03.470.727/0023-36, Inscrição Estadual nº 57.068.095, assim como das saídas para os próprios fornecedores listados nos Anexos I e II.

§ 1º Os Fornecedores deverão considerar apenas os créditos vinculados às mercadorias existentes em estoque em 1º de janeiro de 2015 e aqueles decorrentes de aquisições a partir dessa data.

§ 2º Os créditos fiscais acumulados nos termos deste regime, decorrentes das operações com diferimento, não poderão ter outra destinação que a prevista nesta cláusula.

§ 3º A transferência dos créditos fiscais deverá ter como destino o estabelecimento da Ford Camaçari, localizado na Av. Henry Ford, 2000, bairro COPEC, Camaçari-BA, com Inscrição Estadual nº 51.852.847.

Cláusula segunda - A transferência dos créditos acumulados do ICMS dar-se-á mediante emissão de uma única nota fiscal, em cada período de apuração do imposto, globalizando os créditos originados das operações ocorridas naquele período, devendo ser demonstrado no corpo da nota fiscal o valor total dos insumos adquiridos no mês com crédito do ICMS, bem como contendo a expressão: 'Transferência de Crédito Acumulado de ICMS no valor de R\$____, Parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015'.

Cláusula terceira - Consideram-se transferíveis os créditos fiscais correspondentes a aquisições - assim consideradas, além das compras, os demais recebimentos - de matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, pneumáticos e acessórios e os decorrentes de serviços de transporte, energia elétrica e aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado.

Cláusula quarta - O valor do crédito fiscal acumulado, indicado na nota fiscal de transferência, será lançado exclusivamente nos quadros 'Outros Débitos', com a expressão: 'Créditos Fiscais Acumulados Transferidos - Parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015' e 'Outros Créditos - Créditos Fiscais Acumulados Recebidos - Parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015', respectivamente, do Registro de Apuração do ICMS, do estabelecimento remetente (Fornecedor) e do destinatário dos créditos (Ford Camaçari).

Cláusula quinta - Sendo o Fornecedor detentor de créditos fiscais acumulados por força das vendas realizadas para a FORD ou para fornecedores constantes nos Anexos I e II, com diferimento, o valor a ser transferido será de acordo com o percentual de participação das vendas destinadas à FORD e aos seus Fornecedores, relacionados nos Anexos I e II, em relação ao total das saídas, nos termos do parágrafo segundo desta cláusula.

§ 1º Os créditos não transferidos no respectivo período de apuração poderão ser objeto de transferência posterior, desde que obedecidos os critérios de cálculo estabelecidos neste regime especial.

§ 2º O Fornecedor elaborará no último dia de cada mês e deixará à disposição da fiscalização demonstrativo de cálculo do crédito fiscal acumulado do ICMS, referente a esta cláusula, que contenha, no mínimo, os seguintes dados:

a) o valor dos créditos escriturados no respectivo período de apuração, nos termos da cláusula terceira;

b) o valor total das operações de saídas ocorridas no período, assim consideradas aquelas que resultem em transferência/transmissão da propriedade, bem como as operações de transferência para outro estabelecimento da mesma titularidade;

c) o valor total das operações de saídas com diferimento do ICMS com destino a FORD ou fornecedores constantes nos Anexos I e II;

d) o coeficiente a ser aplicado sobre os créditos do mês, resultado da relação proporcional entre os totais das letras 'c' e 'b' acima;

e) o valor do crédito fiscal acumulado transferido, que será o resultado da multiplicação do coeficiente obtido na letra 'd' sobre o valor dos créditos obtido na letra 'a'.

§ 3º. Os fornecedores constantes nos Anexos I e II não poderão utilizar os créditos acumulados em decorrência das saídas para a FORD ou para fornecedores listados nos Anexos I e II para compensar débitos do ICMS gerados em outras operações realizadas.

Cláusula sexta - Os Fornecedores constantes nos Anexos I e II e a FORD ficam dispensados da observância das formalidades previstas nos no art. 316 e nos parágrafos 4º e seguintes do art. 317 do RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, bem como de outras normas especiais que disciplinam ou que venham a disciplinar essa matéria.

Cláusula sétima - O presente Regime Especial poderá ser alterado, revogado ou cassado a qualquer tempo no interesse da Administração Tributária e a sua concessão não dispensa o contribuinte do cumprimento das demais obrigações, principal e acessórias, previstas na legislação estadual.

Cláusula oitava - Este regime especial terá vigência de 1º de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2024”.

Esta é a metodologia a ser adotada para usufruir corretamente de tal regime. O contribuinte, na sua peça defensiva explicitou tal cálculo, ainda que relativo a mês cuja decadência havia requerido o reconhecimento, quando o podia fazer em relação aos meses não abarcados por tal figura, o que, num primeiro momento, se amoldaria aos termos do Regime Especial, todavia, em sede de informação fiscal, o autuante argui “*nessa planilha ficou evidente que as únicas diferenças do índice de transferência se deram nos meses de novembro e dezembro, quando foi necessário computar os efeitos das exportações (vide fl. 36).*”

Da análise de tal demonstrativo, constato que o autuante aplicou o regramento estabelecido no Parecer acima reproduzido, sendo que para o cálculo do item “d”, que corresponde a divisão de “c” sobre “b”, ou seja, para se apurar o coeficiente a ser aplicado sobre os créditos do mês, resultante da divisão do valor total das operações de saídas com diferimento do ICMS com destino a Ford (Camaçari e Pirajá) ou respectivos fornecedores, inclusive no PROAUTO pelo valor total das operações de saídas ocorridas no período, assim consideradas aquelas que resultem em transferência/transmissão de propriedade bem como as operações de transferência para outro da mesma titularidade, nos meses de novembro e dezembro de 2015 se apurou o índice de 0,95 e 0,99 respectivamente, diversamente dos outros meses, nos quais o número resultante da aplicação da fórmula matemática foi sempre 1,00, ou seja, os créditos apurados poderiam ser integralmente transferidos para a Ford, o que não aconteceu nos meses mencionados.

Tal cálculo, não contestado numericamente pela defesa, demonstra que os índices de 0,95 e 0,99 deveriam ser aplicados sobre os valores dos créditos, para indicar os valores máximos que poderiam ser transferidos para a Ford, a título de crédito acumulado, tendo sido transferidos créditos em valores superiores aos permitidos a partir do cálculo matemático apurado, com base na formulação contida do Parecer DITRI/GETRI 2398/2015.

Da mesma forma, a empresa apesar de apontar a metodologia de cálculo, teoricamente correta, diga-se de passagem, não se debruçou sobre os dados dos dois únicos meses apreciados na autuação, de forma a demonstrar que, numericamente, o valor do crédito transferido atendia na integralidade o disposto na legislação, e no Regime Especial concedido, o que, igualmente, justifica a manutenção no lançamento das parcelas autuadas, ficando a infração parcialmente procedente em R\$ 11.297,12, pela exclusão da ocorrência alcançada pela decadência, de acordo com a seguinte demonstração:

2015

Novembro R\$ 10.461,94

Dezembro R\$ 835,18

Na infração 06, saliento que o registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal da empresa se apresenta como obrigação acessória da mesma, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Por pertinência, esclareço que não se está cobrando imposto, mas apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada nota fiscal.

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

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

Por este motivo, diferentemente do entendimento da autuada, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Ressalto que para caracterização da infração, não há de ser considerada a natureza da operação ou qualquer outro elemento, e sim, o fato de notas fiscais relativas a tais operações não estarem escrituradas na EFD do contribuinte, não tendo vindo aos autos prova de tal escrituração.

O deslinde da matéria necessitaria da imprescindível prova, o que não veio aos autos, repito, além do que, em se tratando de documentos fiscais emitidos de forma eletrônica, o Fisco tem pleno conhecimento e controle das operações realizadas entre a empresa autuada e seus fornecedores, o que dificulta a omissão dos respectivos registros.

Além disso, em relação ao argumento defensivo, observo existirem vários eventos relativos à Nota Fiscal Eletrônica, no sentido de registrar qualquer ocorrência extraordinária, como a mencionada na impugnação, sendo elas:

A manifestação do destinatário que permite ao destinatário da Nota Fiscal Eletrônica manifestar-se sobre a sua participação comercial descrita na NF-e, confirmando as informações prestadas pelo seu fornecedor e emissor do respectivo documento fiscal. Este processo é composto de quatro eventos:

Ciência da Emissão: recebimento pelo destinatário de informações relativas à existência de NF-e em que esteja envolvido, quando ainda não existam elementos suficientes para apresentar uma manifestação conclusiva;

Confirmação da operação: o destinatário confirma que a operação descrita na NF-e ocorreu. Quando a NF-e trata de uma circulação de mercadorias, o momento de registro do evento deve ser posterior à entrada física da mercadoria no estabelecimento do destinatário. Após a Confirmação da Operação, a empresa emitente fica impedida de cancelar a NF-e;

Operação não realizada: Manifestação do destinatário declarando que a operação descrita na NF-e foi por ele solicitada, mas não foi efetivada. Este registro deve ser feito, por exemplo, se a carga foi extraviada ou roubada durante o transporte;

Desconhecimento da operação: Manifestação do destinatário declarando que a operação descrita da NF-e não foi por ele solicitada.

O destinatário, se pessoa jurídica inscrita no cadastro de contribuintes, está obrigado ao registro de evento relativo à operação de circulação de mercadoria com valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Vale mencionar as disposições presentes no RICMS/12, artigo 89:

“§ 15. O registro dos eventos relacionados à NF-e, previstos no § 14 deste artigo, deverão ser efetuados nos seguintes prazos:

I - ciência da operação, antes da remessa pelo remetente;

II - confirmação da operação e operação não realizada, contados da data de autorização de uso da NF-e:

a) nas operações internas, 20 (vinte) dias;

b) nas operações interestaduais, 35 (trinta e cinco) dias;

c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 70 (setenta) dias;

III – desconhecimento da operação, contados da data de autorização de uso da NF-e:

a) nas operações internas, 10 (dez) dias;

b) nas operações interestaduais, 15 (quinze) dias;

c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 15 (quinze) dias.

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado”.

Ou seja, o contribuinte possui diversos mecanismos para controlar as notas fiscais relativas as mercadorias e bens que adquire, o que não consta nos autos ter adotado, inclusive a título de prevenção da ocorrência de fraudes em compras feitas utilizando o seu CNPJ, prática comumente observada.

Contrariamente ao entendimento da autuada, não se pode falar aqui em natureza confiscatória da multa imposta, vez que a mesma possui base legal, e se encontra devidamente adequada ao entendimento dos Tribunais Superiores.

Seria de se esperar que a empresa colacionasse aos autos a prova documental no sentido de sustentar o argumento defensivo utilizado, que poderia ser as notas fiscais de seus fornecedores, dando entrada em seus estabelecimentos das mercadorias que não teriam sido “entregues” à autuada, o que não ocorreu.

Diante do fato de não terem sido apresentados quaisquer elementos probantes consistentes capazes de alterar o lançamento efetuado, senão a mera arguição de que se tratam de materiais de embalagem que não teriam sido recebidas pela autuada, sem que viessem aos autos documentos ou elementos neste sentido, tenho tal infração como caracterizada, sendo, pois, tida como procedente.

Quanto ao pedido para relevação ou redução da multa aplicada, por se tratar de descumprimento de obrigação acessória, e diante da revogação do § 7º, do artigo 42 da Lei 7.014/96, por força da edição da Lei 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, com produção de efeitos a partir de 13/12/19, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme requerido, diante da falta de respaldo legal.

Pelos expostos argumentos, voto no sentido de que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, de acordo com a seguinte demonstração;

Infração 01 R\$	0,00 Improcedente
Infração 02 R\$	0,00 Improcedente
Infração 03 R\$	0,00 Improcedente
Infração 04 R\$	11.297,12 Procedente em parte
Infração 05 R\$	0,00 Improcedente
Infração 06 R\$	5.542,49 Procedente

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276468.0010/20-5**, lavrado contra **INTERTRIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.297,12**, acrescida da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos VII, alínea “c” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.542,49**, prevista no artigo 42, IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR