

PROCESSO - A. I. Nº 276468.0010/20-5
RECORRENTE - INTERTRIM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0134-02/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0132-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. 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 lhe era facultado (Parecer DITRI/GETRI nº 2398/2015), a infração se apresenta subsistente naquilo que foi mantido em primeiro grau. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. A legislação determina aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no importe de 1% (um por cento) do valor comercial das mercadorias adquiridas que adentraram o estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. A Recorrente não comprovou tratamento adequado das mercadorias que alega nunca ter recebido, pois defende inconformidade de operações registradas em notas fiscais demanda registro próprio no ambiente do SPED. Infração mantida. Negado o pedido para realização de perícia/diligência. Prejudicada a apreciação da questão preliminar levantada. Afastada a decadência, para além do que já reconhecido em primeiro grau. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, implicando desoneração do Sujeito Passivo no montante de R\$ 65.430,57, ao tempo da decisão (fl. 107).

O presente Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2020 e notificado ao Sujeito Passivo em 27/11/2020 (fl. 04), para exigir ICMS no montante de R\$ 42.532,47 (Infrações 01 a 05), agravado por multa (60% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, mais multa formal de R\$ 5.542,49 (Infração 06), com a acusação de cometimento, portanto, de seis irregularidades em períodos de apuração saltados ao longo do exercício de 2015.

Convém destacar desde logo, para além do valor de desoneração inferior ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999 - o “RPAF/99”), que o órgão julgador de primeiro grau acolheu decadência a abranger as infrações 01, 02, 03 e 05, consoante tabela reproduzida abaixo e presente no voto condutor do acórdão:

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

Também é de se destacar que a Recorrente segue a se insurgir contra as duas Infrações remanescentes, além de pugnar por acolhimento de decadência em maior amplitude, razão pela qual transcreve-se abaixo o teor da acusação fiscal em relação às Infrações 04 e 06:

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’”. [...] Enquadramento legal: Art. 31 da Lei 7.014/96 C/C o art. 311 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Art. 42, inciso VII, alínea “c” da Lei 7.014/96. Total da Infração: R\$11.340,18.*

INFRAÇÃO 06 (16.01.02) – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Infração evidenciada por meio dos demonstrativos Multa NF não lançada analítico e Multa NF não lançada, em pdf e xls que seguem anexoe [Sic] e integrantes deste auto de infração. [...] Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96.*

Em 21/07/2021 (fls. 130 a 145), a 2ª JF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

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 enjoadoras 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, entendendo 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 arts. 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 na 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;

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

Não foi interposto Recurso de Ofício, certamente por escapar à alçada recursal.

Regularmente intimado, o Autuado, ora Recorrente, interpôs seu Recurso Voluntário (fls. 157 a 166), parcialmente reiterativo da Defesa, a saber:

- a) para o Auto de Infração como um todo, defende a aplicação da decadência de modo mais amplo do que o reconhecido pela 2ª JF, destacando ser o ICMS tributo lançado ordinariamente por homologação, devendo-se aplicar a regra do art. 150, § 4º do CTN em relação às ocorrências que aduz decaídas uma vez contando-se a decadência em cinco anos antes da intimação da lavratura do Auto de Infração (que afirma ter ocorrido em 27/11/2020);
- b) para a Infração 04, defende que as transferências de crédito fiscal glosadas foram realizadas nos exatos termos do regime PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537/99, tecendo considerações exemplificativas a respeito da correta aplicação do regime de tributação em questão;
- c) em relação à Infração 06, afirma que não houve entrada de mercadoria em seu estabelecimento, que não pode ser penalizada por deixar de escriturar operações de ingresso de mercadorias em seu estabelecimento que jamais ingressaram, e que nesse contexto está-se diante de uma multa nitidamente confiscatória, por infração que não acarreta prejuízo ao erário, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (arts. 150, inciso IV, e 5º, inciso XXII da Constituição Federal) e implica enriquecimento ilícito do Estado.

Concluiu requerendo o reconhecimento da nulidade da autuação, da decadência do crédito tributário, o provimento do recurso para julgar o Auto de Infração totalmente improcedente, e a prova do alegado por todos os meios admissíveis incluindo “*realização de prova pericial, se necessário*”.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados em 25/01/2022. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois,

a esta sessão de 05/05/2022, para julgamento, oportunidade em que se fez presente a representante da Recorrente, a Dra. Alana Ramos, OAB/SP nº 410.555.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

O pleito genérico de “perícia” (perícia fiscal) não deve ser atendido, pois para além de sua formulação de modo genérico, em desconformidade com o RPAF, existem nos autos elementos suficientes para julgamento da lide.

Em outras palavras: no âmbito do PAF baiano, à luz do disposto no art. 147, inciso II, alíneas “b” e “c”, compete ao Interessado, ante à existência de outras provas (e a escrita do empresário faz prova contra si - art. 226 do Código Civil), trazer os elementos para exame da praticabilidade e da necessidade da prova.

Sou pela rejeição do pedido de perícia fiscal.

Adentrando o mérito, no que diz respeito ao pleito de reconhecimento de decadência, é necessário observar que o Sujeito Passivo somente não viu sua pretensão acolhida pela JJF em relação à Infração 06, que trata do lançamento de multa pelo descumprimento de obrigação tributária acessória (deixar de escriturar operações com mercadorias não sujeitas à tributação).

A JJF dirimiu corretamente a lide: obrigações tributárias acessórias, quando incumpridas, ensejam a imposição de penalidade pecuniária, o que se faz por meio de lançamento de ofício (art. 149, inciso VI do CTN). O prazo decadencial do lançamento de ofício é contado da data do primeiro dia útil do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, inciso I do CTN). Constatado que a ocorrência mais antiga (da Infração 06), deu-se em jan/2015, e que o prazo decadencial para a constituição do crédito dela decorrente se iniciaria em 01/01/2016, resta indubitado que a notificação acerca do lançamento ocorrida em 27/11/2020, é eficaz para alcançar os créditos supostamente decaídos.

Rejeitada, portanto, a pretensão de ampliação no reconhecimento da decadência.

Partindo ao exame da Infração 04, mais uma vez temos que agiu com acerto a 2ª JJF, ao manter a acusação fiscal que constatou transferência irregular de crédito, sob o regime do PROAUTO. A despeito das asserções da Recorrente em relação ao regime, é de clareza meridiana que o cálculo do benefício deve-se dar de acordo com a metodologia aplicável ao contribuinte, e de acordo com o ato administrativo de concessão.

A 2ª JJF examinou com precisão o demonstrativo do autuante, que aplicou o regramento estabelecido no Parecer pertinente, evidenciando os equívocos incorridos pela Recorrente. O cálculo 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 Nº 2398/2015.

Não impressiona a adução de que o modelo da planilha para cálculo era fornecido pela própria FORD, pois a convenção entre os particulares não é hábil para modificar os critérios da sujeição passiva tributária (art. 123 do CTN).

De resto, a questão foi solucionada a partir da linguagem das provas, e examinada satisfatoriamente, repita-se, pelo órgão de primeiro grau. Sou pela rejeição da pretensão recursal em relação à Infração 04.

Por fim, em relação à Infração 06, para além de constatar que a notificação do lançamento ocorreu quando já não mais vigiam os dispositivos do COTEB e do RPAF que expressamente autorizavam a este Conselho promover a dosimetria de penalidades, destaco que ao revés do aventado, a penalidade pelo descumprimento da obrigação de escriturar notas fiscais de mercadorias (ainda que não tributáveis), no valor de R\$ 5.542,49, não nos parece desarrazoada ou confiscatória. Seguiu-se rigorosamente a legislação, conforme examinado em primeiro grau.

Sou pelo não provimento, também, da pretensão recursal em relação à Infração 06.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo julgado o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, consoante decidira a 2ª JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276468.0010/20-5**, lavrado contra **INTERTRIM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$ 11.297,12**, prevista no art. 42, VII, “c” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 5.542,49**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS