

A. I. Nº - 206917.0008/14-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
AUTUANTES - LUIZ ORLANDO SANTOS SILVA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 05.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-05/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. b) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. c) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. d) MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTE BENEFICIADAS PELA REDUÇÃO DO IMPOSTO. Itens reconhecidos. e) TRANSFERÊNCIA IRREGULAR DE CRÉDITO FISCAL A OUTRO CONTRIBUINTE. MULTA. e.1 SALDO DO CRÉDITO DISPONÍVEL MENOR QUE O EFETIVAMENTE REALIZADO. Imputada penalidade de 60% sobre o valor excedente do crédito transferido. Item reconhecido. e.2 SALDO DO CRÉDITO INEXISTENTE. Restou comprovado que a empresa transferiu crédito de valores do imposto não pago. Pretendia a empresa apropriar de crédito lançado a maior no processo de parcelamento nº 600000.0207/12-0. Somente pode apropriar-se do crédito das parcelas pagas. Na data da efetivação da transferência do crédito o contribuinte apresentava saldo devedor na conta corrente fiscal, junto a Fazenda Estadual e não credor, após as compensações dos débitos e créditos no período da apuração que deu causa a transferência de crédito indevida. Imputada penalidade de 60% sobre o valor do crédito indevidamente transferido. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO. a.1) NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE SAÍDAS NÃO LANCADAS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). Item reconhecido. a.2) MULTA. a.2.1) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Não acatado o pedido de redução ou cancelamento da infração que dispõe o § 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.104/96. a.2.2) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Não acatado o pedido de redução ou cancelamento das infrações que dispõe o § 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.104/96. Itens caracterizados. b) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Itens reconhecidos. 3. BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. a) ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. b) REDUÇÃO INDEVIDA. UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL DO DECRETO Nº 7799/2000. b.1) VENDAS A CONTRIBUINTES

CANCELADOS/INAPTOs. **b.2)** VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. Itens reconhecidos. **4.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO **b)** PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Itens reconhecidos. **5.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO REFERENTE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PROVINIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO RELACIONADOS NOS ANEXOS 88 e 89. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO REFERENTE À SAÍDAS EM OPERAÇÕES INTERNAS. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST EM OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS. Itens reconhecidos. **5.** ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. O pagamento de débito tributário fora do prazo legal deve ser feito atualizado monetariamente, porém há uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal, que é de exigência dos acréscimos moratórios do ICMS devido à Fazenda Pública Estadual, relativo ao estorno ou anulação do crédito fiscal, decorrente da baixa do estoque das mercadorias sinistradas do estabelecimento. A desconformidade levantada vicia de forma o lançamento da infração 17, vez que sua correção no Auto de Infração não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Logo, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, é nulo o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, exige o débito, no valor de R\$204.532,57, inerente aos anos de 2010, 2011 e 2010, conforme documentos às fls. 19 a 428 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no montante de R\$2.230,63, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Refere-se ao ICMS creditado indevidamente incidente sobre aquisições de materiais promocionais, bonificações e entradas outras sem saídas subsequentes tributadas, nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 21/24 dos autos.

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no montante de R\$595,60, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.

Refere-se ao ICMS creditado indevidamente em decorrência das entradas de mercadorias isentas no estabelecimento, pallets de madeira, feijão carioca, flocão de arroz e arroz, nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 25/27 dos autos.

INFRAÇÃO 3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no montante de R\$311,67, referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamentos de imposto por substituição tributária.

Refere-se ao ICMS creditado indevidamente em decorrência da aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 28/30 dos autos.

INFRAÇÃO 4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no montante de R\$534,84, referente a mercadoria com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Refere-se ao ICMS creditado em valor superior ao legalmente estabelecido, haja visto as saídas subseqüentes com a redução da base de cálculo objeto do art. 87, XXXI, do RICMS/97, se referente ao vinagre, ou com a carga tributária a 10% mas demais saídas objeto do incentivo fiscal a que se refere o art. 1º do Decreto nº 7799/2000, nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 31/32 dos autos.

INFRAÇÃO 5. Transferiu irregularmente crédito fiscal de ICMS a outro estabelecimento. Lançado multa no valor de R\$51.725,29.

Transferiu irregularmente crédito fiscal a outro estabelecimento da mesma empresa, a Distribuidora de Produtos Alimentícios São Roque Ltda., CNPJ:03.705.630/0003-11, I.E: 78143163, no mês de maio de 2011, na importância de R\$120.000,00, quando o saldo do crédito fiscal disponível para transferência no mês era de R\$33.791,18, sendo-lhe, portanto, imputada a penalidade legal sobre o valor excedente do crédito transferido no mês de maio de 2011 no valor de R\$86.208,82, pois o saldo devedor apurado, no referido mês, já fora objeto de pedido de parcelamento. (Cópia da EFD do mês de maio de 2011 e do pedido de parcelamento nº 6000000.0207/12-0, em anexo). Vide Demonstrativo e documentos às fls. 33/39 dos autos.

INFRAÇÃO 6. Transferiu irregularmente crédito fiscal de ICMS a outro estabelecimento. Lançado multa no valor de R\$36.000,00.

Transferiu irregularmente crédito fiscal a outro estabelecimento da mesma empresa, a Distribuidora de Produtos Alimentícios São Roque Ltda., CNPJ:03.705.630/0003-11, I.E: 78143163, no mês de setembro de 2012, na importância de R\$60.000,00, haja vista que o saldo devedor do imposto no mês de dezembro de 2011 era de R\$177.458,42, tento a empresa parcelado a referida importância em 10/01/2012. Posteriormente, o saldo devedor do ICMS do mês de dezembro de 2011 fora retificado para R\$146.886,38, havendo, ainda, a empresa recolhido, adicionalmente, o valor de R\$30.469,28 na competência 12/2011, tempestivamente. Culminado o procedimento adotado em ICMS declarado a maior, no mês de dezembro de 2011, na importância de R\$61.041,32, que a empresa resolveu transferir quase na totalidade para o outro estabelecimento, na importância retro mencionada de R\$60.000,00. Afigura-se essa transferência, entretanto, irregular, pois só poderia apropriar-se a empresa do crédito efetivamente pago, ou seja, somente poderia apropriar-se do crédito após a quitação do pedido de parcelamento. (Cópia das EFD dos meses de dezembro e de setembro de 2012 e do pedido de parcelamento nº 6000000.0207/12-0, em anexo). Vide Demonstrativo e documentos às fls. 33/39 dos autos.

INFRAÇÃO 7. Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamenta(es), ICMS no valor de R\$251,26, referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Refere-se ao ICMS constante de algumas notas fiscais eletrônicas de saídas não lançadas na EFD (Escrituração Fiscal Digital), no mês de janeiro de 2011, conforme Demonstrativo às fls. 40 dos autos.

INFRAÇÃO 8. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$6.107,19, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Refere-se ao ICMS não recolhido em razão de haver praticado operações tributadas como não tributadas, nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 41/59 dos autos.

INFRAÇÃO 9. Recolheu a menor ICMS no valor de R\$12.603,26, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Refere-se ao ICMS recolhido a menor em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos exercícios de 2010 e de 2011, conforme Demonstrativo às fls. 60/64 dos autos.

INFRAÇÃO 10. Recolheu a menor ICMS no valor de R\$3.924,94, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Refere-se ao ICMS recolhido a menor em decorrência de haver utilizado, indevidamente, da redução da base de cálculo do imposto a que se reporta o art. 1º do Decreto nº 7799/2000, na saída de mercadorias tributáveis destinadas a empresa canceladas/inaptas, baixadas ou suspensas em processo de baixa no cadastro do ICMS, no exercício de 2010, conforme Demonstrativo às fls. 156/182 dos autos.

INFRAÇÃO 11. Recolheu a menor ICMS no valor de R\$1.025,94, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Refere-se ao ICMS recolhido a menor em decorrência de haver utilizado, indevidamente, da redução da base de cálculo do imposto a que se reporta o art. 1º do Decreto nº 7799/2000, nas saída de mercadorias tributáveis para não contribuintes (pessoas isentas, não inscritas no cadastro do ICMS), no exercício de 2010, conforme Demonstrativo e documentos às fls. 183/363 dos autos.

INFRAÇÃO 12. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$31.533,66, decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 364/366 dos autos.

INFRAÇÃO 13. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$2.034,14, decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2011 e 2012, conforme Demonstrativo às fls. 367/368 dos autos.

INFRAÇÃO 14. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no valor de R\$2.559,09, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos exercício de 2011, conforme Demonstrativo às fl. 369 dos autos.

INFRAÇÃO 15. Deixou de recolher ICMS retido no valor de R\$377,26, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscrito na condição de microempresa, nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 370/377 dos autos.

INFRAÇÃO 16. Deixou de proceder a retenção do ICMS no valor de R\$1.873,82 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no exercício de 2010, conforme Demonstrativo às fls. 378/408 dos autos.

INFRAÇÃO 17. Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. Lançado ICMS no valor de R\$6.742,08, conforme Demonstrativo à fls. 409 dos autos.

INFRAÇÃO 18. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escritura fiscal. Lançado multa no valor de R\$39.159,37

Refere-se às entradas de mercadorias no estabelecimento sujeitas a tributação sem o devido registro na EFD (Escrituração Fiscal Digital_Documentos Fiscais de Entradas/Aquisições), nos exercícios de 2011 e 2012, conforme Demonstrativo às fls. 410/413 dos autos.

INFRAÇÃO 19. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escritura fiscal. Lançado multa no valor de R\$3.589,28

Refere-se às entradas de mercadorias no estabelecimento sujeitas a tributação sem o devido registro na EFD (Escrituração Fiscal Digital_Documentos Fiscais de Entradas/Aquisições), nos exercícios de 2010 e 2011, conforme Demonstrativo às fls. 414/425 dos autos.

INFRAÇÃO 20. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.353,25, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Refere-se ao crédito fiscal utilizado indevidamente nas entradas de mercadorias tributáveis, resultado do lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadorias decorrente de formação de kit ou de sua desagregação, sob CFOP 1926, sem as respectivas saídas tributadas sob rubrica similar, CFOP 5926, no exercício de 2011, conforme Demonstrativo à fls. 426 dos autos.

Às fls. 435 a 445 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos: após procedimento fiscalizatório, o autuante considerou a existência de 20 infrações realizadas. Com relação às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, e 20, entende que está correto o Agente Autuante e informa que irá proceder o pagamento, seja à vista ou através de parcelamento. Quanto às infrações 06, 17, 18 e 19 entende que laborou em equívoco o Fiscal, tal qual diz que passará a demonstrar.

Com relação à infração nº 06, diz que o Fiscal partiu do entendimento de que a Autuada transferiu irregularmente crédito fiscal a outro estabelecimento da mesma empresa na importância de R\$60.000,00. Em verdade destaca que, o saldo devedor do imposto no mês de dezembro de 2011 era de R\$177.458,42, tendo a Autuada parcelado a referida importância em 10.01.2012.

Conforme relatado pelo Fiscal, a empresa, ao verificar a declaração à maior, retificou o lançamento para R\$146.886,38, havendo, ainda, recolhido, adicionalmente, o valor de R\$30.469,28, na competência 12/2001, tempestivamente. Dito em outras palavras, nos estritos termos descritos no auto de infração, houve uma declaração à maior de R\$61.041,32, sendo R\$146.886,38, parcelados, e R\$30.469,28, pagos à vista. A empresa transferiu para sua filial crédito no valor de R\$60.000,00.

Observa que cometeu dois equívocos o Fiscal Autuante. O primeiro relativo à desconsideração do fato de que a Impugnante, quando da lavratura do auto de infração, já tinha quitado integralmente o crédito tributário, com pagamento à vista, no valor de R\$166.894,85, recolhidos aos cofres públicos estaduais no dia 21.11.2013 (Doc. nº 04).

Segundo, a despeito da existência do parcelamento no momento da transferência dos créditos, quando da lavratura do auto de infração, o Fiscal já tinha pleno conhecimento de que o crédito tributário já estaria inteiramente quitado. Destaca, assim, que o pagamento de R\$166.894,85, juntamente com todos os acréscimos moratórios incidentes, caracterizou um pagamento à maior de R\$61.041,32, mais atualização monetária.

Dito em outras palavras, diz que, a cobrança deste montante, em decorrência da existência de um parcelamento já integralmente quitado, é absolutamente ilegal. Assim, caso a infração seja mantida, gerará de um lado uma cobrança e do outro a existência de um valor a ser restituído, pois, de fato, existiu um recolhimento à maior aos cofres públicos do Estado da Bahia. Pensar de modo diverso seria violar frontalmente os princípios constitucionais da celeridade, economia, moralidade administrativa e boa fé processual. Em outras palavras, a despeito da existência de um parcelamento inicial, quando da lavratura do auto de infração, o crédito tributário comprovadamente declarado à maior, foi integralmente quitado. Assim, gerou um direito à compensação que foi previamente realizado pelo estabelecimento filial.

Diz ainda que, pensar de modo diverso seria uma violação explícita ao princípio constitucional da moralidade administrativa, pois iria obrigar que o contribuinte busque um processo de repetição do indébito, quando poderia compensar com outros créditos tributários da sua filial, como prevê a própria legislação do Estado da Bahia.

De outro lado, diz que, ainda que se considere o momento inicial, o que só admite por hipótese, o Fiscal não considerou o pagamento à vista de R\$30.469,28, nem as parcelas iniciais do parcelamento. Ora, diferentemente da conclusão que teve o Fiscal, existiram pagamentos

realizados anteriormente à transferência do crédito tributário à filial, ou seja, não se estava transferindo, apenas e tão somente, créditos futuros, que seriam pagos pelo parcelamento celebrado pela Impugnante.

Desta forma, como a Impugnante realizou pagamento à vista de R\$30.469,28, necessariamente, para a aplicação da penalidade ou cobrança, tal montante deverá ser subtraído do valor do crédito transferido à filial. Dito de outra maneira, o fiscal partiu do entendimento de que não existiu qualquer recolhimento prévio, quando, na verdade, existiram os recolhimentos das parcelas iniciais do parcelamento, além do pagamento a vista de R\$30.469,28.

Daí entender que a infração nº 06 é improcedente, seja porque antes da lavratura do auto de infração a impugnante já tinha realizado o pagamento integral do parcelamento, seja porque no momento da transferência a requerente já havia quitado, à vista, R\$30.469,28 que, necessariamente, deveria ser abatido da base de cálculo aqui guerreada.

Com relação à infração 17, o Fiscal entendeu que deixara de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. Tais pagamentos, como bem explicitados no lançamento, referem-se aos supostos acréscimos moratórios não recolhidos pelo contribuinte quando da baixa do estoque das mercadorias sinistradas do estabelecimento, evento ocorrido no mês de julho de 2011.

Para o Fiscal, a baixa do estoque deveria ter sido realizada em agosto e somente ocorreu em dezembro de 2011, com imposto devido no valor corrigido de R\$146.886,38, objeto do parcelamento do débito, contudo, sem os devidos acréscimos legais a partir do dia 09.08.2011, posto que os crédito alusivo às referidas mercadorias deveriam ser objeto de estorno no mês de julho de 2011.

Primeiramente, cumpre registrar que em julho de 2011 sofreu o mais duro golpe da sua história: "*um incêndio de grande proporção que atingiu uma das suas lojas e destruiu quase que a integralidade de suas mercadorias ali existentes*". Para se ter a idéia da proporção do referido acidente, juntamos aos autos cópia da certidão de ocorrência do corpo de bombeiros, **Doc. nº 05**, Boletim de Ocorrência, **Doc. nº 06** e diversas reportagens, inclusive com fotos, que relatam o que ocorreu naquele fatídico dia 11.07.2011, **Doc. nº 07**.

Posteriormente ao ocorrido, começou a dar baixa no seu estoque e, em consequência, verificar quais créditos tinha se apropriado de mercadorias que simplesmente sumiram e não mais seriam comercializadas. De outro lado, diz que, não possuía só uma loja, mas algumas filiais na cidade de Feira, ou seja, o trabalho foi duplicado.

Desta forma, pautada na boa fé e no tempo de 4 meses, que teve para fazer o levantamento de toda a mercadoria perdida no seu estabelecimento sinistrado, realizou uma denúncia espontânea e parcelou o crédito tributário creditado, não indevidamente, para que não poderia usar em decorrência de um caso de caso fortuito.

Agora, diz que o Fiscal busca a cobrança de juros moratórios, pois, no seu entendimento, a baixa no estoque deveria ter ocorrido no mês subsequente ao do incêndio. Ocorre que em nosso ordenamento jurídico constitucional tributário existem os institutos do "*caso fortuito*" ou "*força maior*".

Em poucas palavras, caso fortuito significa um evento imprevisível e inevitável. Já força maior é um evento previsível, porém inevitável. Assim, o liame sutil entre os dois institutos é a previsibilidade. Por isso que se fala por aí que força maior seria a força da natureza, como um furacão, que embora previsível, seria impossível evitar. Ressalte-se, quanto ao tema de excludente de responsabilidade civil, que o caso fortuito se divide em fortuito interno e externo. No fortuito interno (teoria do risco do empreendimento e teoria dos cômodos e incômodos), a própria atividade exercida se espera um risco que porventura possa acontecer, já o fortuito externo é baseado, por exemplo, num fato de terceiro.

No caso, o incêndio de grandes proporções não poderia ser prevenido pela Impugnante, daí porque estamos diante de um caso fortuito. Ora, diz o defendente, todo o estoque de uma das lojas foi destruído, além do próprio estabelecimento. Em uma situação como esta, os problemas se multiplicam e a baixa de estoque é, apenas e tão somente, um deles. Desta maneira, 04 meses seria um lapso temporal proporcional ao evento para a baixa do estoque.

Desta forma, em decorrência do caso fortuito, diz que seria praticamente impossível no mês subsequente ao do fato proceder a baixa do estoque. Destaca que 4 meses seria um período razoável para se fazer tais atos, o que foi feito, inclusive com a denúncia espontânea.

Assim, invocando os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade que devem se pautar o administrador público, com base no caso fortuito, requer que seja desconsiderada a infração 17, pois, em decorrência do incêndio de grandes proporções acima descrito, 4 meses seria um prazo razoável para a baixa do estoque.

Pelas Infrações 18 e 19, foram aplicadas multas, pois deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Refere-se às entradas de mercadorias no estabelecimento sujeitas e não à tributação sem o devido registro na EFD (Escrituração Fiscal Digital), nos exercícios de 2010 e 2011.

Diz que as obrigações acessórias, no Direito Constitucional Tributário, têm um único propósito: possibilitar um controle pelo Fisco dos atos praticados pelos contribuintes e, consequentemente, aumentar a arrecadação. A consequência direta das obrigações acessórias é fazer com que o Estado, na acepção ampla da palavra, arrecade.

No caso, a autuação ocorreu em decorrência da inexistência de declaração de mercadorias não tributáveis. Em nenhuma das hipóteses, o Fiscal cobrou o principal, mesmo naquela em que as mercadorias eram tributáveis. Dito em outras palavras, tal ato não gerou qualquer prejuízo ao Fisco.

Observa que o Código Tributário Nacional classifica a obrigação tributária pelo critério do objeto da prestação em duas espécies: principal e acessória. Como não poderia deixar de ser, o objetivo principal do Fisco é receber do contribuinte a obrigação principal, ou seja, o tributo. De outro lado, as obrigações acessórias têm como fundamento básico a facilitação da arrecadação e fiscalização. No ensinamento do professor Sacha Calmon (Comentários ao Código Tributário Nacional, coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 268):

... as chamadas obrigações acessórias não possuem 'fato gerador'; decorrem de prescrições legislativas imperativas: 'emita notas fiscais', 'declare rendas e bens', etc. A improriedade redacional é sem par. Diz-se o fato gerador da obrigação acessória é 'qualquer situação' que, na forma da 'legislação aplicável', impõe a 'prática ou abstenção de ato'. Outra maneira de prescrever deveres de fazer e não fazer por força de lei, cabe apenas reafirmar que a legislação a que se refere o artigo somente pode ser coleção de leis em sentido formal e material.

Dito em outras palavras, diz que a obrigação acessória, por seu caráter instrumental, presta-se a auxiliar na execução das atividades arrecadadora e fiscalizadora dos entes tributantes. Assim sendo, destaca que a obrigação acessória sempre acompanha a principal e tem como razão de existir o pagamento e a fiscalização do tributo. Para chegar a tal fim, a legislação estabelece multas em razão do descumprimento das referidas obrigações acessórias. As multas impostas pelo descumprimento de obrigações acessórias devem obedecer aos princípios da proporcionalidade e o da vedação ao confisco.

Por seu turno, no Estado da Bahia, quando o descumprimento da obrigação acessória não importe na falta de recolhimento do imposto a mesma pode ser relevada pela autoridade administrativa. Nada mais lógico, uma vez que o Estado não tem como intuito principal apenas seus contribuintes, mas fazer com que os mesmos cumpram a obrigação principal. Exatamente por isto, o Estado da Bahia, através do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.104/96 estabeleceu, *in verbis*, que:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Desta forma, no caso, como bem explicitou o Fiscal, o descumprimento de obrigação acessória não implicou na falta de recolhimento do tributo, daí porque requerer sejam relevadas as multas aplicadas nas infrações 18 e 19, pois o descumprimento da obrigação acessória não trouxe qualquer prejuízo ao Fisco.

Assim sendo, pelos fatos e fundamentos explicitados na presente impugnação, requer:

- a. Sejam inteiramente anuladas as infrações 06 e 17 do auto de infração 206917.0008/14-0, em decorrência do pagamento integral do parcelamento antes da lavratura do auto de infração e da ocorrência de caso fortuito que possibilitaria, pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, a dilação do prazo para a baixa do estoque em decorrência de um incêndio de grandes proporções, o que será de inteira justiça;
- b. Com relação às infrações 18 e 19, requer, com fulcro no artigo 42, § 7º, da Lei nº 7.104/96, seja a multa pelo descumprimento de obrigação acessória relevada, pois não houve qualquer prejuízo ao Fisco.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 483 a 492 dos autos, aduz que acerca das Infrações de nºs 01,02, 03, 04, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 20, objeto do presente processo administrativo fiscal, inexiste contencioso a dirimir, na medida em que a recorrente declara, às folhas 435 e 436, que as autuações estão corretas e que irá proceder ao seu pagamento, seja à vista ou através de parcelamento. Quanto as infrações 06, 17, 18 e 19 combatidas pelo sujeito passivo, apresenta as seguintes considerações:

Em relação a infração 6, refuta integralmente as alegações da defesa. Inicialmente, reitera que a penalidade cobrada, consiste, tão somente, na multa proporcional de 60% sobre o valor do crédito indevidamente transferido à filial 03 da empresa. Explicando, não havia crédito fiscal a transferir quando do procedimento adotado pela empresa.

Existia um saldo devedor do ICMS apurado no mês de dezembro/2011 na importância de R\$177.458,42, que foi objeto do parcelamento de nº 6000000.020712-0, em 10/01/2012. Posteriormente, a empresa percebendo que o saldo devedor apurado no referido mês estava a maior, providenciou a retificação do saldo devedor de dezembro/2011 para R\$146.886,38, conforme cópia da comunicação à SEFAZ/BA às folhas 34 a 36 do presente PAF.

Ainda, a empresa recolheu, adicionalmente, o valor de R\$30.469,28, na competência de dezembro/2011, tempestivamente, resultando o parcelamento formalizado no valor de R\$177.458,42 e o valor adicional recolhido de R\$30.469,28, em saldo devedor declarado a maior de R\$61.041,32, dos quais a Recorrente houve por bem transferir a sua filial o valor de R\$60.000,00, em setembro/2012, transferência de crédito feita irregularmente, posto que não havia qualquer crédito fiscal a transferir.

Denote-se, diz o autuante, que o débito efetivo, após a retificação do saldo devedor do ICMS do mês de dezembro/2011, levado a termo pela defendant, era de R\$146.886,38, que ao deduzir-se o valor pago do parcelamento nº 6000000.020712-0, até a data da transferência do crédito (setembro/2012), na importância de R\$10.563,57, e ao deduzir-se, também, o valor de R\$30.469,28, recolhido, adicionalmente, na competência 12/2011, têm-se a recolher ao erário público, sem as devidas cominações legais, a importância de R\$105.853,53.

Conclui-se, portanto, que não havia qualquer valor de crédito fiscal excedente a transferir para outra filial da empresa, havia, sim, crédito tributário a cobrar pela Fazenda Estadual, na medida em que o parcelamento nº 6000000.020712-0, não estava sendo pago, e só o foi Integralmente quitado com o advento da Lei de Anistia de nº 12.903/2013, sem quaisquer cominações legais, na

importância de R\$166.894,85, conforme noticia a própria autuada à peça recursal, às folhas 464 do presente PAF.

Ainda, no tocante as seguintes assertivas da defendant: (1) que o parcelamento fora integralmente quitado antes da lavratura do auto de infração e de (2) que ocorreu, adicionalmente, o pagamento, tempestivo da importância de R\$30.469,28, na competência de dezembro/2011, gerando um pagamento a maior do imposto no valor de R\$ 61.041,32, que resultou na transferência à filial da importância de R\$ 60.000,00; e de (3) que a cobrança motivada por um parcelamento já integralmente quitado é ilegal, culminando, de um lado com uma cobrança e do outro de um valor a ser restituído, porque existiu um recolhimento a maior aos cofres públicos; e (4) que assim pensando se estariam violando vários princípios constitucionais, quais sejam os da boa fé, da moralidade administrativa, da economia e da celeridade processual.

Diz que volta, novamente, a refutá-los, por insubsistente. Aduz que não está em questão o momento da lavratura do auto de infração, mas, o momento da transferência do crédito fiscal, e, como já demonstrado, não havia saldo de crédito fiscal disponível para transferir a qualquer filial do grupo naquele momento. Também, porque, visto, exatamente, o quanto recolhido ao erário, pode se constatar que obrigação tributária principal fora satisfeita, considerando, ainda, que houve o pagamento a maior no valor de R\$61.041,32, contudo, somente no mês de vigência da Lei de Anistia de nº 12.903/2013.

Por consequência, diz que lançou na Infração 06, somente, a multa proporcional sobre o valor do crédito transferido à outra filial da empresa irregularmente, porque não existia crédito a transferir, nem tão pouco, imposto recolhido a maior ao erário, no mês de Setembro/2012, quando foi transferido o crédito fiscal no valor de R\$60.000,00. Cobrou-se, exclusivamente, a multa proporcional, conforme consignado à Infração 06.

Sobre a necessidade de deduzir-se, para aplicação da penalidade ou cobrança, a importância de R\$30.469,28, porque, no dizer da autuada, partira do entendimento de que não existiu qualquer pagamento prévio, de idêntico modo, refuta-se tal assertiva, inicialmente, porque todo o valor pago pelo contribuinte foi considerado, tanto é assim, que consta à Infração 06, apenas, a multa proporcional de 60% sobre o crédito fiscal transferido irregularmente, porquanto inexistente momento da transferência a outro estabelecimento da mesma empresa.

Depois, por absoluta impossibilidade legal, por falta de pertinência ao caso em concreto, não há como deduzir-se imposto (ICMS) de multa proporcional, e, conforme noticiamos à exaustão, a cobrança se refere somente a multa proporcional, todo o valor recolhido a maior na importância de R\$61.041,32, foi devidamente considerado, daí somente a imposição da Multa.

Ante as considerações trazidas a apreciação desse Douto CONSEF, este preposto ratifica integralmente o feito, de referência à Infração 06 em comento.

Acerca da Infração 17, que se refere aos acréscimos moratórios não recolhidos quando da baixa dos estoques das mercadorias sinistradas do estabelecimento, evento ocorrido no mês de julho de 2011, cujos lançamentos foram realizados no mês de dezembro de 2011, sendo o imposto devido objeto de parcelamento de débito, com o valor corrigido, entretanto, sem os acréscimos legais, no período de 09/08/2011 a 09/01/2012.

Às assertivas da Recorrente, (1) quanto ao duro golpe que sofreu a empresa em julho de 2011, quando um incêndio considerável destruiu quase a integralidade dos estoques de um de seus estabelecimentos comerciais e parte do próprio estabelecimento; (2) sobre tratar-se o evento ocorrido, a luz do ordenamento jurídico pátrio, de um caso fortuito; entre outras, diz que, embora se constate o infortúnio que se abateu sobre a empresa da Autuada, este preposto fiscal assevera que essas alegações não encontram ressonância no regramento do tributo, o ICMS, consoante mandamento insculpido no Art. 100, V do RICMS/1997, *ipis literis*:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - ...;

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração.

Portanto, ocorrido o sinistro, no caso o incêndio, um caso fortuito, a organização deve promover ao estorno dos créditos relativos às mercadorias sinistradas, mesmo porque o crédito já houvera sido aproveitado em períodos anteriores da apuração do imposto, anteriores a ocorrência. Ademais, diz que, não cabe a este preposto fiscal a interpretação da legislação tributária, a não ser literalmente, não se podendo valer de outras fontes para interpretação da norma tributária, dado o caráter vinculado de sua atividade administrativa. Ainda, apenas argumentando, veja-se que a norma legal acima, durante sua longa vigência jamais foi guerreada acerca de sua constitucionalidade. Vê-se, pois, que a presente Infração 17 é, também, procedente integralmente.

Das Infrações 18 e 19, sobre as alegações da defendante acerca das obrigações acessórias: (1) do propósito destas para fins de controle pelo Fisco dos atos praticados pelos contribuintes, possibilitando ao exercício da arrecadação; (2) da classificação pelo CTN das obrigações acessórias em duas espécies: principal e acessória; (3) sobre interessar ao Fisco receber do contribuinte a obrigação principal, o tributo; e (4) de que é possível ao julgador administrativo reduzir ou cancelar multas pelo descumprimento das obrigações acessórias, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem em falta de pagamento do imposto.

Destaca que está plenamente de acordo com as assertivas constantes do parágrafo anterior da recorrente, contudo, refuta por insubstinentes, as demais: (1) que a autuação ocorreu em decorrência da inexistência de declaração de mercadorias não tributáveis; (2) que este preposto fiscal em nenhuma hipótese cobrou o principal, mesmo naquela em que as mercadorias eram tributáveis; (3) que tal fato não gerou qualquer prejuízo ao Fisco; (4) que a obrigação acessória sempre acompanha a principal; e, (5) que o descumprimento da obrigação acessória não implicou na falta de recolhimento do tributo, daí porque requer sejam as multas aplicadas nas Infrações 18 e 19 relevadas, pois o descumprimento da obrigação acessória não trouxe qualquer prejuízo ao Fisco.

Diz que refuta estas últimas alegações da Recorrente, pois em momento algum a autuação teve fulcro na inexistência de declaração de mercadorias não tributáveis, mas teve fulcro, exclusivamente, na constatação de que a autuada deu entradas de mercadorias tributáveis (Infração 18) e não tributáveis (Infração 19) no estabelecimento sem o devido registro na escrituração fiscal digital (EFD). Também, se é verdade que ao constatar-se o cumprimento da obrigação principal, uma obrigação acessória a subsídia, de igual modo, é verdade que ao olvidar o contribuinte o cumprimento da obrigação acessória, qual o caso em concreto, escusa-se ao cumprimento da obrigação principal, geralmente.

Doutra parte este preposto fiscal cobrou, no caso, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória, não por reconhecer ou explicar que o procedimento adotado pela autuada não gerou prejuízo ao erário, mas, apenas, adotou a cominação menos gravosa a empresa, então, não se está aplicando nenhuma penalidade com viés confiscatório ou desproporcional.

É de ver-se, ainda, que o descumprimento da obrigação acessória, neste caso em concreto, autoriza o lançamento do tributo, por falta de cumprimento da obrigação tributária principal, consoante disposto no Art. 2º, § 3º, do RICMS/1997, *ips literis*: “§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: I -...; IV - entradas de mercadorias ou bens não registrada”.

Vê-se, portanto, que as Infrações de 18 e 19 são inteiramente procedentes, haja vista constituir-se em hipóteses de exigência do tributo, o ICMS, mediante lançamento, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por presunção, havendo este preposto adotado à espécie, no caso em concreto, a cominação legal menos gravosa à autuada.

Ante as informações prestadas a esse egrégio CONSEF, em contraposição às alegações da Recorrente, vem ratificar o feito no total, haja vista que o pagamento do parcelamento antes da lavratura do auto de infração não inquinha a nulidade a Infração 06, porquanto ali se está a exigir, somente, a multa proporcional pela transferência irregular de crédito fiscal, em setembro/2012, crédito esse inexistente; também, à Infração 17, a ocorrência do sinistro, um caso fortuito, o incêndio, não tem o condão de provocar a dilação de prazo em matéria tributária, mormente quanto ao cumprimento de obrigação tributária principal, a luz dos princípios constitucionais gerais, quando a norma tributária específica dispõe a respeito da matéria, não recaindo sobre a mesma qualquer vício acerca de sua constitucionalidade.

Finalmente, as multas relativas às Infrações 18 e 19 encontram fortes óbices à sua redução pela autoridade administrativa julgadora, pois as infrações incorridas pela defendant, embora de natureza acessória, a falta de registro na escrituração fiscal digital (EFD) de entradas de mercadorias sujeitas e não sujeitas a tributação, se constituem em hipóteses de exigência fiscal por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por presunção, além de haver este preposto fiscal adotado, à espécie, a cominação legal menos gravosa a recorrente.

Por conseguinte, pleiteia-se, junto a esse douto CONSEF a manutenção do feito, integralmente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$204.532,57, relativo a vinte infrações caracterizadas na inicial, sendo as infrações de nºs 01,02, 03, 04, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 20, plenamente acatadas pelo sujeito passivo, com a manifestação expressa de que iria proceder ao seu pagamento, em consequência consideradas subsistentes pelo reconhecimento do sujeito passivo. A contenda resulta na infração 06, que diz respeito à multa cobrada por transferência irregular de crédito fiscal do ICMS; infração 17, relativo à cobrança de acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo; e infrações 18 e 19, que relacionam a aplicação de multa por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas e não sujeitas a tributação, respectivamente, sem o devido registro na escrita fiscal.

Em relação à infração 06, consta da descrição dos fatos de que o sujeito passivo transferiu irregularmente crédito fiscal a outro estabelecimento da mesma empresa, a Distribuidora de Produtos Alimentícios São Roque Ltda., CNPJ.:03.705.630/0003-11, I.E.: 78143163, no mês de setembro de 2012, a importância de R\$60.000,00, conforme se pode observar do demonstrativo e documentos às fl. 33/39 dos autos, com enquadramento no art. 31 da Lei 7.014/96, c/c art. 311 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Compulsando as peças que compõe o presente processo administrativo fiscal, vê-se que, o sujeito passivo, após apurar um saldo devedor de ICMS em dezembro de 2011 no valor de R\$177.458,42 requereu o parcelamento através do Processo nº 6000000.020712-0 junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, em 10/01/2012. Em seguida identificou que declarou um saldo devedor do ICMS a maior em R\$30.572,04, por conta de ter apurado o saldo correto de R\$146.886,38 em dezembro de 2011. Associado a esse equívoco, identificou que havia recolhido o valor de R\$30.469,28 de ICMS devido para competência de dezembro/2011, não percebido à época do citado pedido de parcelamento. Tudo isso acatado pelo autuante, à luz da análise das considerações postas na informação fiscal.

Essas diferenças identificadas perfazem um montante de R\$61.041,32 (R\$30.572,04 + R\$30.469,28). Em sendo assim, o sujeito passivo, por conta desse valor identificado, transferiu a quantia de

R\$60.000,00, em setembro de 2012 – *sob a perspectiva de transferência de crédito do ICMS* - a outro estabelecimento da mesma empresa, a DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA, CNPJ.:03.705.630/0003-11, I.E.: 78143163.

Ocorre, como bem destaca o Fiscal Autuante, na data da ocorrência da transferência do crédito fiscal, objeto da presente autuação, em setembro de 2012, o sujeito passivo tinha na realidade um débito junto ao Estado da Bahia de R\$105.853,53, conforme a seguir relatado: com o saldo devedor reconhecido em dezembro de 2011 (R\$146.886,38), objeto do parcelamento nº 6000000.020712-0, em 10/01/2012, no valor indevido de R\$177.458,42 (maior R\$30.572,04), deduzindo as importâncias pagas do parcelamento até a data da transferência do crédito no montante de R\$10.853,53 (setembro de 2012), deduzindo, também, o valor de R\$30.469,28, recolhido da competência de dezembro de 2011, têm-se um saldo devedor de R\$105.853,53. Significa dizer que, de fato, não havia crédito fiscal a transferir quando do procedimento adotado pela empresa.

Logo, como bem destacou o autuante não havia qualquer valor de crédito fiscal excedente passivo de transferência pelo autuado à época do fato gerador da presente autuação. Na realidade, pela composição dos números acima apresentado, na data da ocorrência do fato gerador da autuação, havia, sim, uma obrigação do sujeito passivo junto a Fazenda Estadual no valor de R\$105.853,53, que, dado considerações traçadas pelo Fiscal Autuante, às quais endosso, foi quitado com o advento da Lei de Anistia de nº 12.903/2013, sem quaisquer cominações legais, na importância de R\$166.894,85, conforme noticia a própria autuada à peça recursal, às folhas 464 do presente PAF.

Desta forma entendo subsistente a infração 06, com a aplicação da multa de 60% sobre o valor do crédito fiscal transferido indevidamente, na forma tipificada no art. 42, inciso VII, alínea "c", da Lei nº 7.014/96, conforme indicado na autuação.

A Infração 17, diz respeito aos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo, relativo a baixa do estoque das mercadorias sinistradas do estabelecimento, evento ocorrido no mês de julho de 2011, sendo os lançamentos a título de baixa dos estoques realizados no mês de dezembro de 2011, com a sua inserção no valor objeto do parcelamento através do Processo nº 6000000.020712-0 junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, em 10/01/2012.

Sobre o mérito da autuação não há controvérsia, pois o sujeito passivo não nega de que efetivara o lançamento do imposto relativo a baixa do estoque, por sinistro decorrente de incêndio em julho de 2011, lançando em dezembro de 2011, com a denúncia espontânea, através do Processo nº 6000000.020712-0, relativo ao pedido de parcelamento do débito tributário confessado no valor de R\$146.886,38, após todos os ajustes dos erros cometidos, pelo sujeito passivo na apuração, conforme os termos do documento acostados aos autos às fls. 34 a 36 dos autos.

A discordância da autuação arguida pelo defensor é de que, em decorrência do caso fortuito, é impossível, no mês subsequente ao do fato, proceder a baixa do estoque. Destaca que 4 meses é o período razoável para se fazer tal ato, o que diz ter efetuado com a denúncia espontânea, efetivado pelo parcelamento através do Processo nº 6000000.020712-0 junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, em 10/01/2012, o que invoca os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade para requer que seja desconsiderada a Infração 17.

Instado a manifestar, diz o autuante que a infração 17 refere-se aos acréscimos moratórios não recolhidos quando da baixa dos estoques das mercadorias sinistradas do estabelecimento, dado a ocorrência do incêndio em julho de 2011 (fls. 466/467). Por sua vez, o demonstrativo de débito, que acosta à fl. 33 dos autos, para dar sustentação a autuação, traz o indicativo de cobrança de acréscimos moratórios do Saldo Devedor do ICMS apurado no mês de maio de 2011 e não recolhido até a data da denúncia espontânea, efetivada através do Processo nº 6000000.020712-0, relativo ao pedido de parcelamento do débito tributário confessado.

Em que pese à autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois, analisando a peça acusatória, observo que a infração está fundamentada para cobrança dos acréscimos moratórios, referente ao ICMS devido no mês de maio de 2011, pago intempestivamente, porém espontâneo, no mês de dezembro de 2011, com a denúncia espontânea, efetivada pelo parcelamento através do Processo nº 6000000.020712-0, junto a unidade Fazendária de sua circunscrição.

Entretanto, o que se constata no presente PAF é a pretensão, pelo Agente Fiscal no exercício de sua função de fiscalização, de exigência dos acréscimos moratórios do ICMS devido à Fazenda Pública Estadual, relativo ao estorno ou anulação do crédito fiscal, decorrente da baixa do estoque das mercadorias sinistradas do estabelecimento, com a ocorrência do incêndio em julho de 2011 (fls. 466/467), sob o manto do regramento do art. 100, V, do RICMS/97, conforme descrito na sua informação fiscal.

Portanto, verifico uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquia de vício insanável o Auto de Infração. Desta forma, é de se concluir que a divergência aventada vicia de forma o lançamento fiscal, vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Logo, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, voto pela nulidade da infração 17.

Sobre as infrações 18 e 19 que dizem respeito a aplicação da multa de 10% e 1% sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço adquiridos, sujeitos e não sujeitos à tributação, respectivamente, decorrentes da falta do registro do documento na Escrita Fiscal Digital (EFD), nos exercícios de 2011 e 2012, em nenhum momento negado pelo sujeito passivo, tem fundamento nos incisos IX e XI, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, conforme a seguir transcritos:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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

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

O defensor diz que a obrigação acessória, como no caso da presente análise, por seu caráter instrumental, presta-se a auxiliar na execução das atividades arrecadadora e fiscalizadora dos entes tributantes. Para chegar a tal fim, destaca que a legislação estabelece multas em razão do descumprimento das referidas obrigações acessórias. Nesse contexto, observa que as multas impostas pelo descumprimento de obrigações acessórias devem obedecer aos princípios da proporcionalidade e o da vedação ao confisco.

Por seu turno, destaca, ainda, que, no Estado da Bahia, quando o descumprimento da obrigação acessória que não importe na falta de recolhimento do imposto a mesma pode ser relevada pela autoridade administrativa, ao passo que invoca a aplicação do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.104/96.

A exigência da multa está corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, não cabendo este foro administrativo discutir o a proporcionalidade e o efeito confiscatório da exigência aplicadas na autuação, “*por quantum*” a legislação posta.

Sobre a perspectiva de relevar a multa aplicada, dado a argüição do sujeito passivo de que o descumprimento da obrigação acessória não importou na falta de recolhimento do imposto, vejo que não deve prosperar, pois as disposições do § 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.104/96 é de “*que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto*”.

No caso em exame, pelo volume de ocorrências das infrações cometidas, especificamente da infração 18 – *mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na EFD* - por vezes em relação ao valor da operação, como é o caso da NF-e nº 40831 (fl. 413), no valor de R\$260.000,00, não me permite concluir, à luz das documentações acostadas aos autos, que tais operações não tenham implicado em falta de recolhimento do imposto, mesmo porque o defensor não junta

aos autos nenhum elemento probante para justificar tal alegação, exceto quanto apenas destacar na defesa, o que vem de encontro a disposição do art. 141, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, que assim dispõe: “*se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*”

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente as infrações 6, 18 e 19 pelos argumentos acima descritos, as infrações 01,02, 03, 04, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 20, por reconhecimento e pagamento pelo autuado, cujos valores deverão ser homologados e a infração 6 nula por desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal, na forma art. 18, inciso IV, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206917.0008/14-0, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.316,55**, acrescido das multas de 60% sobre R\$66.688,03, 100%, sobre R\$251,26 e 150%, sobre R\$377,26, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “d”, “e” e “f”; III, V “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$42.748,65** e multa por transferência irregular de crédito fiscal no valor total de **R\$87.725,29**, previstas nos incisos IX, XI e VII, “c” do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO POTOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR