

PROCESSO - A. I. N° 206915.0001/18-3
RECORRENTE - CINTHIA DOS SANTOS RAMOS - EPP.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0024-06/19
ORIGEM - INFAS ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/06/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0108-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA, REFERENTE A MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA O ATIVO PERMANENTE. Tratam-se de aquisição para aplicação como bens imóveis por ação física, sendo vedada a utilização de créditos fiscais. Mantida a Decisão recorrida. **b)** FALTA DE ESTORNO. MERCADORIA ADQUIRIDA COM UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO, SAÍDA COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Vedações do crédito na entrada de mercadoria cujas operações subsequentes foram isentas. Mantida a Decisão recorrida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Valores exigidos resultantes das diferenças entre a carga tributária legal e a tributada pelo contribuinte. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. 3. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. EFD. **a)** FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO EFD retificada; **b)** FALTA DE ENVIO DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD COM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. Exações independentes: não entregas mensais e também quando intimado, conforme previsão legal, vigente à época da ação fiscal. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. De ofício, corrigida data de vencimento e declarada nula a infração 8. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 6ª JJF, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, através do Acórdão 0024-06/19, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 14/03/2018, para exigir crédito tributário no valor de R\$123.569,22, em decorrência de nove infrações, a saber:

Infração 01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$20.886,61, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de abril a junho, setembro e outubro de 2013 e janeiro de 2014, inerente às aquisições de diversas peças de MDF, Perfil Alu Pux. Gaveta, Fita, Pistola para pintura, Balcão Frg. Pad., Vitrine Neutra;

Infração 02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de R\$1.343,77, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária (salgadinho e macarrão), nos meses de abril, junho e setembro de 2013; janeiro, abril, maio, agosto, outubro e novembro de 2014;

Infração 03. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$8.146,15, relativo a mercadoria (arroz) entrada no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foi objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de abril, julho e setembro de 2013; fevereiro, março, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2014;

Infração 04. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS de R\$885,64, relativo às entradas de televisões

CCE 32 LED, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de junho e julho de 2014;

Infração 05. Recolheu a menor ICMS de R\$1.406,82, em razão de aplicação de alíquota diversa (7% em vez de 17%) da prevista na legislação nas saídas através do seu ECF de mercadorias (apresuntado, queijo, shampoo, suíno industrializado, leite de coco, refresco) regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014;

Infração 06. Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$1.756,40, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, 7% ou 0% em vez de 17%, através do seu ECF ou com emissão de notas fiscais, nas saídas de Queijo Ricota Fresca Veneza, oriundo do Estado do Espírito Santo, sem benefício fiscal, nos meses de janeiro a outubro e dezembro/13; janeiro, fevereiro e dezembro/14;

Infração 07. Multa no valor de R\$3.615,52, correspondente a 1% do valor comercial das entradas, por ter o contribuinte deixado de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, no mês de novembro de 2013, conforme intimação, via DTE, em 31/01/2018, para retificar os seus arquivos do SPED Fiscal;

Infração 08. Multa no valor de R\$80.008,31, correspondente a 1% do valor comercial das entradas, por ter o contribuinte deixado de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da EFD na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro de 2013 e fevereiro de 2014, conforme intimação, via DTE, em 31/01/2018, para retificar os seus arquivos do SPED Fiscal, transmitidos sem dados dos seus respectivos Inventários Finais de 2012 e 2013;

Infração 09. Multa no valor de R\$5.520,00, correspondente a multa de R\$1.380,00 por mês, por ter o contribuinte deixado de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou entregue sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro e novembro de 2013; fevereiro e dezembro de 2014, ao transmiti-los sem dados fiscais “em branco”.

A Decisão da JJF, às fls. 107 a 111 dos autos, inicialmente, consignou que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Quanto ao mérito, a JJF teceu as seguintes considerações:

VOTO

[...]

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário, relativo ao cometimento de nove infrações, já descritas nos autos.

O autuado argumentou que sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assolam aos empresários do País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais.

Em relação às infrações 01 a 06 alegou, tão somente, que nos arquivos SPED's enviados do período em questão, foram feitos estornos de crédito de ICMS, no bloco E110, devido à falha no sistema interno da empresa, na elaboração dos mesmos. Acrescentou que a comprovação de que a empresa não se beneficiou indevidamente foi a transmissão das DMA's, dentro do prazo correto, com as informações do crédito e do débito.

No que diz, respeito às infrações 07 e 08, sustentou que ocorreram impasses e problemas de informatização na empresa.

O autuante, por sua vez, afirmou que as infrações estão comprovadas nos autos, baseadas na escrituração fiscal digital do contribuinte e nas notas fiscais eletrônicas de aquisições, e que o autuado não apresentou nenhum elemento que pudesse constestar o lançamento.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, constante que efetivamente as infrações imputadas ao autuado estão devidamente evidenciadas nos autos, conforme documentos, demonstrativos e planilhas às fls. 13 a 92, elaborados consoantes a escrituração fiscal digital apresentada pelo contribuinte.

O autuado efetivamente, em nenhum momento apresenta qualquer documento ou demonstrativo que possa contrapor aos levantamentos elaborados na ação fiscal, limitando-se a fazer alegações genéricas e vagas, incapazes de desconstituir as infrações ora em análise.

Nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, o que não ocorreu.

Vale, ainda, observar que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do supracitado regulamento.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto, às fls. 133 a 144 dos autos, o recorrente aduz que, em relação à infração 1, ser indiscutível a possibilidade de utilização de crédito fiscal de mercadoria adquirida para o ativo permanente, desde que tais bens sejam destinados à finalidade da atividade empresarial, nos termos previstos no art. 20 da Lei Complementar nº 87/96. Assim concluiu pela manifesta improcedência desta infração.

Inerente à infração 3, o recorrente invoca o art. 20, § 6º, da LC nº 87/96 para concluir que “*Nesse esteio, dúvidas não restam acerca da previsão legal que confere o direito do contribuinte utilizar tais créditos de ICMS mesmo nos casos de produto cuja saída é não tributada ou tributada à alíquota zero*”. Diz que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é assente no sentido de entender aplicável o dispositivo legal aos casos de produtos cuja saída é não tributada para os produtos comercializados pela consulente, conforme Recurso Especial nº 897.513 – RS (2006/0121127-2), que contém a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 142 DO CTN. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE LEGITIMIDADE DA CDA. REEXAME DE PROVA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DECORRENTES DO BENEFÍCIO DO “NÃO ESTORNO”, ORIGINADOS EM OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE ISENÇÃO. APROVEITAMENTO. EXIGÊNCIA DE QUE A COMPENSAÇÃO OCORRA ENTRE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS DA MESMA ESPÉCIE DA QUE ORIGINOU O RESPECTIVO NÃO ESTORNO. NORMA ESTADUAL (RICMS/RS) QUE VIOLA O ART. 20. § 6º, DA LC 87/996.

Com isso, segundo o apelante, o aludido dispositivo legal criou uma exceção à regra para os produtos agropecuários, conferindo-lhe direito à integralidade de crédito de ICMS mesmo nos casos cuja saída dos produtos é não tributada ou tributada à alíquota zero e, nessa perspectiva, a utilização de créditos de ICMS relativo ao arroz (produto agropecuário) tem previsão legal na LC 87/96, de modo que a infração é manifestamente improcedente.

No tocante às infrações 5 e 6, o sujeito passivo alega ilegalidade do lançamento tributário à alíquota de 17%, vez que já havia escriturado e pago a exação à alíquota de 7%, tendo a autoridade fiscal desconsiderado por completo a constituição do crédito tributário já realizado de 7%, tornando, com isso, a infração eivada de ilegalidade e de forma completamente exacerbada. Assim, requer que seja provido o Recurso Voluntário para que seja determinada a aplicação da alíquota de 10% no lançamento fiscal.

Quanto às infrações 7 e 8, o recorrente alega ilegalidade nestas exações eis que a conduta do contribuinte descrita nas infrações está inserida na infração 9 do mesmo Auto de Infração, pois, ao seu entender, a partir da descrição das infrações 7 e 8, que são idênticas à descrição na infração 9, todas se referem ao desatendimento do contribuinte para cumprimento de determinação consistente na retificação de ECF. No entanto, a autoridade fiscal lançou em duplicidade a infração, o que torna manifestamente ilegal as infrações 7 e 8, vez que a conduta do contribuinte já se encontra inserida na infração 9, por tratar de desatendimento da determinação para retificar a escrita fiscal.

Sucessivamente, o apelante alega a necessidade de aplicação da proporcionalidade determinada pela Instrução Normativa nº 56/2007 para a infração 8, pela qual o fisco entendeu que houve omissão de saída tributável de mercadorias, tendo para tanto aplicado a multa de 1% incidente sobre o valor da entrada. Sendo assim, segundo o defensor, urge concluir a necessidade de baixar o feito em diligência para estranho ao feito aplique a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, bem como exclua os produtos comercializados pelo contribuinte que estão sujeitos à substituição tributária.

Por fim, aduz inexistir dolo na conduta do contribuinte quanto às infrações 1 a 7, razão de pleitear a redução da multa aplicada de 60% para 20%, nos termos do art. 158 do RPAF e art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, do que cita como paradigma o Acórdão CJF nº 0148-12/15, haja vista que em nenhum momento houve falta de recolhimento do imposto e nem a prática de dolo, fraude ou simulação, mas simplesmente erro na interpretação da legislação estadual.

Diante de tais considerações, requer que seja determinada a improcedência do Auto de Infração em razão das inúmeras irregularidades perpetradas pelo autuante e, subsidiariamente, a redução da multa imposta para o patamar de 20%.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância, que julgou o Auto de Infração procedente.

Quanto à infração 1, na qual se exige do sujeito passivo o ICMS de R\$20.886,61 sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias para integrar o ativo permanente do estabelecimento, da análise do demonstrativo, às fls. 13 a 15 dos autos, verifica-se que se tratam de: predominantemente de MDF (paineis de madeira/R\$16.140,48), perfil de alumínio diversos (puxadores de gavetas e portas e outros/R\$591,77), fitas diversas (ABS e PVC/R\$412,73), pistola de pintura (R\$64,82), seccionadora (R\$2.639,81), balcão frg. pad. (R\$306,00), balcão frg. placa fria (R\$459,00), vitrine neutra (R\$272,00), os quais, com exceção dos balcões, vitrine e seccionadora, foram utilizados na construção e ou modernização de sua estrutura física como parte inerente ao imóvel, caracterizando-se como aquisição de bens imóveis por ação física, sendo vedada a utilização de créditos fiscais na forma do art. 20, § 1º, c/c o art. 21, da LC nº 87/96, que veda o crédito de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, inclusive as destinadas ao ativo permanente, cujos dispositivos foram recepcionados no art. 29, § 2º, c/c o art. 30, III da Lei nº 7.014/96 e regulamentado pelo art. 310, VII do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), a seguir transcritos:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

[...]

§ 2º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

VII - destinados à construção de imóveis por ação física;(Grifos acrescidos)

Já em relação aos balcões, vitrine e seccionadora, com créditos de R\$3.676,81 do total exigido de R\$20.886,61, que o recorrente alega tratar de bens destinados à finalidade da atividade empresarial, há de ressaltar que, nos termos do art. 29, § 6º da Lei nº 7.014/96, os créditos decorrentes de entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente, deverão ser observadas as seguintes disposições:

Art. 29. (...)

[...]

§ 6º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivo serviço de transporte, deverão ser observadas as seguintes disposições (LC 87/96 e 102/00):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser

apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento; (grifei)

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período; (grifei)

[...]

V - na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

VI - serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 28, em livro próprio ou de outra forma que o regulamento determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a IV deste parágrafo; e

VII - ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

Portanto, trata-se de contribuinte com atividade econômica principal de comércio varejista de mercadoria em geral, com predominância de produtos alimentícios, consoante extrato às fls. 129 dos autos, cuja mercadoria ocorre com diversos produtos com tributação encerrada ou isentas, o que implica na apropriação indevida do valor creditado tanto pela sua integralidade num único mês, quanto à liquidez do valor creditado pela falta de proporcionalidade às saídas tributadas.

Diante de tais considerações, mantendo a Decisão recorrida pela subsistência da infração 1.

Inerente à infração 3, na qual se exige do sujeito passivo o estorno do crédito de ICMS de R\$8.146,15, relativo à utilização de crédito fiscal nas aquisições de arroz, cuja saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, como demonstrado às fls. 41 a 43 dos autos, verifica-se que o recorrente invoca o art. 20, § 6º, da LC nº 87/96, para concluir que a previsão legal lhe confere o direito a tais créditos de ICMS, mesmo nos casos de produto cuja saída é não tributada ou tributada à alíquota zero, do que, para corroborar, cita o Recurso Especial nº 897.513 – RS (2006/0121127-2), eis que, segundo o apelante, o aludido dispositivo legal criou uma exceção à regra para os produtos agropecuários, conferindo-lhe direito à integralidade de crédito de ICMS mesmo nos casos cuja saída dos produtos é não tributada ou tributada à alíquota zero.

Equivoca-se o apelante em sua interpretação do referido dispositivo legal, eis que:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

[...]

§ 3º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior;

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

[...]

§ 6º Operações tributadas, posteriores a saídas de que trata o § 3º, dão ao estabelecimento que as praticar direito a creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não tributadas sempre que a saída isenta ou não tributada seja relativa a:

I - produtos agropecuários;

II - quando autorizado em lei estadual, outras mercadorias.

Portanto, da exegese do texto legal verifica-se que, nos termos do § 3º, é **vedado o crédito** na entrada da mercadoria (**arroz**), quando a **saída** subsequente não for tributada ou **for isenta** do imposto.

Contudo, o § 6º do aludido dispositivo legal prevê na hipótese de ocorrer **operações tributadas**

posteiros às saídas isentas ou não tributadas (de que trata o § 3º) o direito do estabelecimento (que recebeu tais mercadorias sem tributação) se creditar do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não tributadas, relativas aos produtos agropecuários.

Para melhor entendimento, exemplificarei:

Admitindo-se que o *autuado* ao comprar arroz do Estado de Santa Catarina tenha se creditado do imposto destacado nas operações, conforme ocorreu (fls. 41/43), e, posteriormente, ao vender a mercadoria para o contribuinte “X” na Bahia, tenha considerado a operação isenta, nos termos do art. 265, II, “c” do RICMS/BA. Em ato contínuo, o contribuinte “X” revendeu o arroz para “Y”, situado no Estado de Sergipe, destacando o imposto da operação interestadual.

Essas são as duas hipóteses existentes nos autos.

A primeira, relativa a exigência objeto da infração 3, por não ter o recorrente cumprido o prescrito no § 3º, do art. 20 da LC 87/96, ou seja, deixado de se creditar do ICMS destacado nas aquisições junto ao fornecedor situado no Estado de Santa Catarina, eis que é vedado o crédito nas operações internas de saídas, por se tratar de um contribuinte eminentemente varejista (fls. 129).

A segunda hipótese, sustentada pelo apelante, trata-se daquela do contribuinte “X”, localizado na Bahia, que ao adquirir o arroz do estabelecimento autuado, sem tributação, posteriormente, revende em operação interestadual tributada, sendo-lhe de direito, nos termos do § 6º do citado art. 20, creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas.

Sendo assim, em ambas situações, respeita-se o princípio da não-cumulatividade do ICMS. Porém, o caso em análise, restringe-se à vedação ínsita no § 3º, do art. 20 da LC 87/96, inerente à primeira hipótese e, portanto, não se confunde com as razões recursais, conexas à segunda hipótese.

Diante de tais considerações, mantenho a Decisão recorrida pela subsistência da infração 3, eis que a previsão legal é de vedação do crédito na entrada de mercadoria cujas operações subsequentes foram isentas, consoante art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 e art. 265, II, “c” do RICMS/BA.

No tocante às infrações 5 e 6, ambas sob acusação de recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa das previstas na legislação, quando das saídas dos produtos: queijo, apresuntado, shampoo, suíno industrializado, leite de coco e refresco, arrolados às fls. 65 a 68 dos autos, utilizando alíquota de 7% em vez de 17%, **inerente à infração 5**, como também do produto queijo ricota, oriundo do Espírito Santo, relacionado às fls. 91/92 dos autos, utilizando alíquota de 7% ou 0% em vez de 17%, **relativo à infração 6**, o recorrente restringe-se apenas a alegar a ilegalidade do lançamento tributário à alíquota de 17%, uma vez que já havia escriturado e pago a exação à alíquota de 7%, não tendo a autoridade fiscal deduzido o valor recolhido.

Contudo, da análise dos citados demonstrativos, ínsitos às fls. 65 a 68 e 91 a 92 dos autos, verifica-se que os valores exigidos são resultantes das diferenças entre a carga tributária legal e a oferecida a tributação pelo contribuinte, não merecendo abrigo as alegações do recorrente.

Válido ainda registrar que as diferenças apuradas do imposto foram transportadas para o Auto de Infração em seu valor original e, a partir das ditas diferenças, se atribuiu base de cálculo à alíquota de 17%, **para efeito apenas de demonstração na peça vestibular**, sem, contudo, interferir no valor apurado, conforme se pode comprovar do cotejo entre os lançamentos nas próprias infrações e os valores ínsitos nos levantamentos analíticos, às fls. 65 a 68 e 91 a 92 dos autos.

Diante de tais considerações, mantenho a Decisão recorrida pela subsistência das infrações 5 e 6.

Quanto às infrações 7, 8 e 9, todas relativas a descumprimento de obrigações tributária acessórias referentes a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, a tese recursal é da ilegalidade das exações por se inserir todas as acusações na infração 9, visto que todas se referem ao desatendimento do contribuinte na determinação para retificação de EFD.

Equivoca-se o recorrente em sua tese pois se tratam de exações distintas e independentes, eis que:

1. Na infração 7, se exige a multa no valor de R\$3.615,52, correspondente a 1% do valor comercial das entradas de novembro de 2013, por ter o contribuinte deixado de atender a intimação (fls. 12) para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, no aludido mês de novembro de 2013, conforme intimação, via DTE, em 31/01/2018, para retificar os seus arquivos do SPED Fiscal;
2. Já a infração 8, a multa de R\$80.008,31, corresponde a 1% do valor comercial das entradas, por ter o contribuinte deixado de atender a intimação para entrega da EFD na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro de 2013 e fevereiro de 2014, conforme intimação, via DTE, em 31/01/2018, para retificar os seus arquivos do SPED Fiscal, transmitidos sem dados dos seus respectivos Inventários Finais de 2012 e 2013;
3. E, por fim, a multa de R\$5.520,00, correspondente a multa de R\$1.380,00 por cada mês, por ter o contribuinte deixado de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da EFD ou entregue sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro e novembro de 2013; fevereiro e dezembro de 2014, ao transmiti-los sem dados fiscais.

Portanto, tratam-se de descumprimento de obrigações acessórias distintas ente si, haja vista que a sétima exação deriva de o contribuinte não ter atendido a intimação (fl. 12) para, no prazo de trinta dias, retificar as divergências relativas às notas fiscais emitidas e destinadas ao estabelecimento autuado no mês de novembro de 2013.

Já a oitava exigência decorre de intimação para retificação da EFD para informar os inventários finais de 2012 e 2013, os quais deveriam ser consignados, respectivamente, nas EFD dos meses de fevereiro de 2013 e de 2014.

Por fim, a nona infração é em razão da falta de entrega, nos prazos previstos na legislação (art. 259, § 12 do RICMS/BA), via internet, dos arquivos magnéticos, com multa prevista de R\$ 1.380,00, por cada mês, pelo descumprimento dos referidos prazos regulamentares.

Assim, independentemente da entrega mensal prevista, o contribuinte também estava obrigado a entregar, quando regularmente intimado, os arquivos magnéticos, conforme previsão contida no artigo 261 do RICMS/12, vigente à época da ação fiscal, cujas penalidades são previstas no art. 42, XIII-A, “l” da Lei nº 7.014/96.

Contudo, em relação à sétima infração, verifica-se que o contribuinte, conforme intimação às fls. 12 dos autos, tomou ciência em 31/01/2018, da intimação para correção dos arquivos da EFD, nos termos do art. 261, §§ 2º e 4º do Decreto nº 13.780/12 (RICMS), vigente à época da ação fiscal, tendo-lhe sido fornecido a Listagem Diagnóstico para correção dos Registros e concedido o prazo de 30 dias para corrigir os arquivos do SPED apresentados com inconsistências.

Sendo assim, a multa de R\$3.615,52, inerente à infração 7, consignada com a data de ocorrência de 30/11/2013, por ter o **contribuinte deixado de atender no prazo de trinta dias a intimação para retificar os arquivos da EFD de novembro de 2013**, com ciência do contribuinte **em 31/01/2018**, conforme intimação à fl. 12 dos autos, por motivo óbvio, o não cumprimento da obrigação tributária acessória só poderia se configurar no primeiro dia útil após o término do prazo concedido pela fiscalização para a apresentação do aludido arquivo eletrônico, ou seja, em 06/03/2018, conforme Orientação Técnica, OTE-DPF-3005, emitida pela Superintendência da Administração Tributária – SAT, através de seu órgão (GEAFI), em junho de 2005, uniformizando o tratamento a ser dado a essa conduta, por parte da fiscalização, conforme abaixo reproduzida, *in verbis*:

“5. caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

5.1. Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os

campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.” (grifei)

Assim, considerando que a ciência da intimação foi em 31/01/2018 (fl. 12), o descumprimento da obrigação tributária acessória de apresentar os arquivos eletrônicos da EFD só ocorreu a partir do primeiro dia útil do fim do prazo de trintas dias para apresentação, ou seja, **só a partir de 06/03/2018, sendo esta a data de ocorrência e de vencimento para o total da multa aplicada para a infração 7.**

Em relação à oitava exigência, no valor de R\$80.008,31, também decorrente de intimação para retificação da EFD, desta vez quanto aos inventários finais de 2012 e 2013, nos termos do art. 20 do RPAF, *de ofício*, declaro sua nulidade, visto que o autuante descumpriu o quanto previsto art. 261, §§ 2º e 4º do Decreto nº 13.780/12, vigente à época da ação fiscal, ao deixar de intimar o contribuinte para correção dos arquivos eletrônicos, indicando-lhe o prazo de 30 dias e fornecendo-lhe a Listagem Diagnóstico das irregularidades encontradas.

Consta da acusação que o contribuinte fora intimado, via DTE, com ciência em 31/01/2018, para retificar os seus arquivos do SPED fiscal já enviados.

Contudo, excluindo-se a intimação antes referida e relativa **apenas** às notas fiscais emitidas com destino ao estabelecimento autuado, objeto da infração 7, às fls. 12 dos autos, verifica-se que a única intimação via DTE, com data de ciência de 31/01/2018, se refere à “INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS E/OU PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES” (fls. 11), cujo instrumento não preenche os requisitos legais, ou seja, não estipula o prazo de 30 dias e nem citam as inconsistências, apenas intima o contribuinte a apresentar, no prazo de 48 horas, os livros e documentos fiscais que relaciona, com o fito de iniciar a fiscalização em cumprimento a Ordem de Serviço nº 500345/18.

Ressalte-se, ainda, às fls. 87 dos autos, a existência de intimação para correção de arquivos da EFD, relativo ao Inventário não informado, porém, trata-se de intimação convencional, ou seja, não ocorreu via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), cujo documento foi subscrito pelo autuante. Entretanto, não consta a assinatura do sujeito passivo, o que impossibilita a validade da intimação para o fim a que se dispõe de fundamentar o descumprimento da dita obrigação tributária acessória.

Diante de tais considerações, em que pese não prover as razões recursais, **DE OFÍCIO**, desloco a data **de ocorrência e de vencimento da multa aplicada na infração 7 para 06/03/2018** e, nos termos do art. 20 do RPAF, **DECLARO NULA a infração 8**, mantendo irretocável a infração 9.

Por fim, no que diz respeito à pretensão recursal para redução da multa de 60% para 20% relativa às infrações 1 a 7, há de registrar falecer competência a este colegiado tal análise, visto que se trata de penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal, cuja previsão ínsita no art. 42, § 8º da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, com efeitos a partir de 15/12/12.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, **DE OFÍCIO**, desloco a data de ocorrência e de vencimento da multa aplicada na infração 7 para 06/03/2018 e NULA a infração 8.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, divirjo do i. Relator quanto à redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, referente às infrações 07 e 09.

Como bem salientado pelo Relator, o dispositivo do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, foi revogado pela Lei nº 14.183/19, com efeitos a partir de 13/12/19. Todavia, à época do pedido de redução/cancelamento formulado, a norma legal ainda vigia, razão pela qual, sua aplicação deve ser considerada.

O julgador fundamenta a não aplicação da redução/cancelamento, sob a alegação de que não há como afirmar se a falta de registro das notas fiscais não ensejou prejuízo ao erário estadual, conforme requisito previsto à época no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Ora, evidente que incorreu a empresa autuada em descumprimento de obrigação acessória, a qual deve ser devidamente penalizada. Todavia, compulsando os autos, verifica-se que não há que se falar em prejuízo ao Erário, até porque, havendo, seria caso de cobrança do próprio imposto e não de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Ademais, percebe-se claramente, pelo teor das operações, que incorreu a recorrente em erro escusável, não se tratando de atitude dolosa por parte da recorrente. Até porque, dolo não se presume, devendo este ser efetivamente provado no processo, o que não é o caso.

Assim, com base no art. 158 do RPAF/99, bem como do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, vigentes à época do pedido formulado pelo contribuinte, é cabível a redução da multa aplicada, uma vez que a recorrente preenche os requisitos estipulados pelos dispositivos. Vejamos:

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

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.

Deste modo, em respeito ao caráter pedagógico da multa aplicada, e mantendo as infrações em patamares razoáveis, entendo pela redução da multa aplicada em 50%, nas infrações 07 e 09.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206915.0001/18-3**, lavrado contra **CINTHIA DOS SANTOS RAMOS - EPP.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.425,39**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas, por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.135,52**, previstas no inciso XIII-A, “l” da mesma Lei e Artigo já citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Evalda de Brito Gonçalves e Francisco Aguiar da Silva Júnior.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS