

A. I. Nº - 300200.0016/20-1
AUTUADO - UNIÃO FORT COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02/08/2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0228-06/21VD

EMENTA: ICMS. 1. DEIXOU DE RECOLHER ICMS EM RAZÃO DE TER PRATICADO OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. A defesa mitigou parte da exação, contando com a concordância do Autuante. Infração subsistente em parte. 2. RECOLHEU A MENOR ICMS EM RAZÃO DE APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS ESCRITURADAS. Comprovado que parte da exação se referia a mercadorias substituídas ou com redução da base de cálculo, o Autuante procedeu a correção das suas planilhas e reduziu o valor lançado. Infração subsistente em parte. 3. MULTA. FALTA DA ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. A entrega da EFD zerada não mitiga a infração imputada. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 21/09/2020 e se refere à cobrança de ICMS no valor de **R\$31.618,15**, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, tendo sido efetuada a ciência do feito ao contribuinte no dia 06/10/2020 conforme documento fl. 27, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - **02.01.03** - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. No valor de **R\$10.193,45**, referente ao período de janeiro de 2016 a setembro de 2017, e novembro e dezembro de 2017;

Infração 02 - **03.02.02** - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. No valor de **R\$20.044,70**, referente ao período de janeiro de 2016 a outubro de 2017, e dezembro de 2017;

Infração 03 - **16.14.02** - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na legislação tributária. No valor de **R\$1.380,00**, referente ao período de novembro de 2017.

Constata-se que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 31 a 47, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a tempestividade da impugnação e em seguida aborda sobre o tópico “II. DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO” com espeque na apresentação da presente Impugnação, requerendo que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido no Auto de Infração em epígrafe, em razão da existência do artigo 151, III e VI do CTN.

Destacou que no presente caso a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorreria do parcelamento e da apresentação da defesa.

Passando ao tópico “III. DA NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO”, afirmou que em conformidade com o que preconiza o ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar a nota fiscal, discriminando-a, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Disse que preconiza a legislação tributária, que deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto, observar os seguintes requisitos:

- a) Nome e qualificação do autuado;
- b) O local, a data e a hora da lavratura;
- c) A descrição clara e precisa do fato;
- d) A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;
- e) A exigência a ser cumprida;
- f) A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;
- g) A assinatura do atuante e do autuado, quando possível;
- h) A indicação da repartição aonde correrá o processo. ”

Disse verificar-se nos autos a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores, bem como todos os demais elementos obrigatórios por Lei, que serviram de amparo para o levantamento efetuado. E que tal fato por si só eiva de nulidade o auto de infração lavrado pois desobedece ao Art. 142 do CTN, que reproduziu.

Art 142 do CTN:

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Colacionou jurisprudência neste sentido:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Nulidade do Auto de Infração. A imperfeita descrição dos fatos, aliados a falta de menção dos dispositivos legais infringidos, quando acarreta perceptível prejuízo ao direito de defesa ao contribuinte, enseja a nulidade do auto de infração”. (Ac. n.º 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999).

Ressaltou ainda a existência de outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveriam, a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Em vista dos fatos acima alocados, requer a declaração de nulidade do auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

E alternativamente, se assim não entendido, pede deferimento para realização das diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos.

Adentrando ao tópico “IV. DO MÉRITO”, destacou, que após análise da notificação fiscal, constatou-se a ocorrência de equívoco na Auto de Infração 3002000016/20-1, gerando a autuação com valores superiores ao valor devido. Demonstrou:

Na **Infração 01**, disse que a fiscalização indicou a ausência de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Porém, explicou que a Impugnante apenas reconheceu como devido o valor de R\$7.243,62 que por extenso discriminou: “(cinco mil e oitenta e sete reais e doze centavos)”, afirmando que foi recolhido parcialmente o montante referente a esta infração, conforme respectivo DAE e comprovante de pagamento que disse constar anexos.

Desse modo, passou a impugnar os valores não reconhecidos, conforme segue:

Evocou o Decreto Nº 13780 DE 16/03/2012, que regulamenta o ICMS no Estado da Bahia afirmando que seu artigo 265, inciso II, alínea “d” discrimina como isentos os produtos “*sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho*”:

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

(...)

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho

(Conv. ICMS 224/2017); (Redação da alínea dada pelo Decreto Nº 18406 DE 22/05/2018)

Entendeu improcedente tal imputação, posto que, a fiscalização não considerou a legislação pertinente e aplicada ao caso concreto, incorrendo em excesso no lançamento dos valores autuados e portanto, indevidos, conforme se observa das planilhas anexas.

Destacou que estão isentas de ICMS as saídas internas dos itens do produto CREME DE MILHO SINHA 500G de acordo com a alínea “d” do inciso II do art. 265 do Decreto 18406/2018.

Na **Infração 02**, lembrou que se refere a imputação de recolhimento de ICMS a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Destacou o artigo 268, inciso XXV do Decreto 13780/2012 RICMS/BA:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo: (...)

XXV - das operações internas com Leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (Redação do inciso dada pelo Decreto Nº 16151 DE 16/06/2015).

Asseverou que, conforme art. 268, inciso XXV do RICMS, o referido produto fora tributado à 7% até 31/01/2017, considerando-se sua revogação pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/2016, com efeitos a partir de 01/02/2017, razão pela qual afirmou que os valores autuados nos exercícios de 2016 e 2017, até a data citada, devem ser julgados insubsistentes e inexigíveis, conforme planilha que disse estar anexa.

Quanto às mercadorias mistura para bolo entende que estão sujeitas à substituição ou antecipação tributária, tal como previsão aos produtos alimentícios, conforme Anexo I, item 11 do RICMS/2012.

Em relação ao produto “*creme de assadura bebe natureza*”, afirmou não incidir Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme Instrução Normativa 05/2016. Nesse entendimento, os produtos hidratantes com NCM 3307.20.90 não estão enquadrados na Instrução Normativa 05/2016 para incidência do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Assim, reconhece parcialmente o valor da infração 02 no importe de R\$ 6.800,22, consubstanciado no recolhimento do DAE que disse estar anexo acompanhado do comprovante de pagamento/parcelamento.

Quanto à **Infração 03**, explicou que fiscalização indicou a ausência de entrega do arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital – EFD nos prazos previstos na legislação tributária. Afirmou ser insubsistente tal imputação, posto que, a fiscalização não considerou a legislação pertinente e aplicada ao caso concreto, incorrendo em excesso no lançamento dos valores autuados e portanto, indevidos, conforme se observa da fundamentação jurídica exposta e bem como das planilhas anexas.

Explicou que os arquivos eletrônicos foram enviados dentro do prazo estabelecido na Lei, conforme recibo de entrega de escrituração fiscal digital, encaminhado na data de 22/12/2017, da apuração de ICMS das operações do período de 01/11/2017 a 30/11/2017.

Ressaltou que o §2º do art. 250 do RICMS, dispõe sobre a transmissão de arquivo “até o dia 25 do mês

subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Logo, entende ser manifesta a insubsistência da Infração 03, posto que o contribuinte cumpriu devidamente com suas obrigações.

Dessa forma, segue trecho referido do RICMS/BA vigente:

Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

§ 1º O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Assim, asseverou que o recibo de entrega de escrituração fiscal digital anexa, comprova a entrega do documento tempestivamente, inexistindo razão para a referida autuação consubstanciada na infração 03, motivo pelo qual pugna seja declarada inexigível.

Afirmou ser cediço que prevê a Lei a redução da multa por infrações autuadas, nos termos dos artigos 45 e 45-B da Lei 7.014/96.

Art. 45. O valor das multas previstas nos incisos II, III e VII e na alínea "a" do inciso V do caput do art. 42 desta Lei, será reduzido de: (Redação do caput dada pela Lei Nº 13816 DE 21/12/2017).

I - 70% (setenta por cento), se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal; (Redação do inciso dada pela Lei Nº 13199 DE 28/11/2014).

II - 35% (trinta e cinco por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa;

III - 25% (vinte e cinco por cento), se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

§ 1º A redução do valor da multa será de 90% (noventa por cento) se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral. (Parágrafo acrescentado pela Lei Nº 13199 DE 28/11/2014).

Art. 45-A. (Revogado pela Lei Nº 11899 DE 30/03/2010).

Art. 45-B. O valor da multa referente à infração de que trata o inciso I do art. 42 desta Lei, será reduzido em:

I - 90 % (noventa por cento), se o pagamento do valor do imposto declarado for efetuado até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do vencimento; (Redação do inciso dada pela Lei Nº 13816 DE 21/12/2017).

II - 70% (setenta por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa; (Inciso acrescentado pela Lei Nº 14183 DE 12/12/2019).

III - 25% (vinte e cinco por cento), se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

Desse modo, impugnou o montante total autuado de R\$31.618,15 (trinta e um mil e seiscentos e dezoito reais e quinze centavos), diante dos argumentos apontados, sobretudo pela insubsistência arguida.

Ressaltou o reconhecimento parcial referente ao Auto de Infração sob n.º 3002000016/20-1.

Pelas razões apontadas, notadamente da desconsideração à legislação aplicada à operação, deve esta infração ser considerada insubsistente, sendo desconstituída de pleno direito.

Do mesmo modo, prevê o artigo 309 do RICMS/BA:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

(...)

II - o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de contracorrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento;

(...)

VII - o valor do imposto cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de bens destinados ao ativo imobilizado, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, observado o disposto no § 2º deste artigo;

VIII - o valor do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, no período em que tiver ocorrido a sua entrada no estabelecimento, nos casos de devolução ou de retorno, no valor total ou parcial, conforme o caso;

IX - o valor dos estornos de débitos, inclusive no caso de imposto pago indevidamente em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, mediante escrituração, no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, mencionando-se a origem do erro;

Entende que tal previsão torna o auto de infração parcialmente insubsistente, uma vez que o contribuinte estava amparado por Lei ao deixar de proceder aos recolhimentos apontados pela Autuante.

Passando ao tópico “V. DO PAGAMENTO DO DÉBITO” informou que a Autuada efetuou o pagamento/parcelamento do débito incontroverso no Auto de Infração dentro do prazo de defesa, consoante disse demonstrar o Documento de Arrecadação Estadual (D.A.E.) e seu respectivo comprovante de pagamento, que informou estar anexa aos autos.

Requer seja homologado o pagamento/parcelamento efetuado no valor constante no DAE anexo, e, por conseguinte, seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário em comento, nos termos do art. 151, inciso III e VI, do Código Tributário Nacional.

Adentrando ao tópico “VI. DA MULTA” disse que a sua aplicação deve conter estrita observância ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito, contido no art. 1º da CF/88. Lecionou sobre este princípio e afirmou que a multa aplicada desrespeita, também, o princípio da razoabilidade, entendido como a verificação se o fato é absurdo ou não, em atenção ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV da CF/88, o que, no caso sob análise, restou constatado pela desvirtuação das finalidades sancionatórias e inibitórias para pretender-se uma vantagem excessiva, que, inclusive, configura enriquecimento ilícito, principalmente neste caso em que o tributo foi devidamente recolhido, ou utilizado o seu crédito em respeito à legislação vigente pelo Autuado.

À vista do exposto, requereu seja julgado parcialmente procedente o auto em exame, sendo homologado o pagamento/parcelamento efetuado, bem como, cancelando-se o crédito tributário insubsistente e determinando-se o arquivamento do presente processo administrativo fiscal, ou, caso assim não entenda, o que por certo não ocorrerá, seja reduzida a multa aplicada, posto que irrazoável e desproporcional.

Requer ainda a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos em anexo e a posteriori, em especial os comprovantes de pagamento dos DAE's recolhidos, bem como notas fiscais que forem necessárias. E que o advogado que subscreve esta defesa seja intimado através do endereço constante no preâmbulo e no rodapé desta petição, das sessões de julgamento, bem como para prestar qualquer esclarecimento adicional, na forma preconizada na legislação, sob pena de

A informação fiscal veio aos autos pelas fls. 52 a 58, repisou as alegações defensivas e no tópico “*CONSIDERAÇÕES*”, passou a enfrenta-las, informando inicialmente que:

- i. *“Através do DT-e, a empresa autuada foi devidamente cientificada do Início de Ação Fiscal, e após execução da fiscalização, também através do DT-e, foi intimada para tomar ciência e efetuar o pagamento do auto de infração, tendo enviado o auto de infração, demonstrativo de débito e planilhas de apuração dos valores do imposto e multa reclamados.*
- ii. *O presente auto de infração encontra-se revestido de todas as formalidades legais e constitucionais e foi elaborado de forma clara e objetiva, com a correta identificação do infrator, da infração, do fato gerador, do imposto devido, da penalidade cabível e demais preceitos do lançamento tributário.*
- iii. *Todas as planilhas foram devidamente enviadas à empresa e se encontram no processo, duas planilhas para cada infração, sendo uma delas o resumo do débito e a outra analítica, discriminada por nota fiscal e por item de mercadoria.*
- iv. *A autuada reconhece parcialmente as infrações, recolhe os valores que julga incontroversos e questiona a outra parte da autuação.*”

Quanto à INFRAÇÃO 01, que se refere a acusação de que o contribuinte deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas, afirmou que a autuada reconheceu como devido o valor de R\$7.243,62, recolhendo parcialmente o valor desta infração, conforme DAE e comprovante de pagamento que anexa.

Esclareceu ainda que em relação a esta infração a planilha apresentada pela defesa, não contém o NCM dos produtos questionados e por isso teve que buscá-los nas NFe de Entradas para fins de correlação com o Anexo I, do RICMS-BA, que trata dos produtos enquadrados na substituição tributária.

Quanto à alegação da defesa de que o produto creme de milho estaria isento de ICMS nas saídas internas de acordo com a alínea “d” do inciso II, do artigo 265, do RICMS-BA, esclareceu que apesar do referido dispositivo descrever apenas os produtos sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho, já está pacificado o entendimento de que creme de milho e farinha de milho são o mesmo produto. Assim confirmou, que também o creme de milho é isento de ICMS nas saídas internas e será excluída a cobrança em relação a este item.

Afirmou ter a autuada alegado que alguns dos produtos indicados se enquadram nas disposições de substituição tributária e destaca textualmente a mistura para bolo como previsão aos produtos alimentícios, conforme anexo I, item 11 do RICMS-BA.

Concordou que a mistura para bolo foi efetivamente incluída na substituição tributária a partir de 01/02/2017 e dessa maneira disse que será excluída a cobrança em relação a este item.

Quanto aos produtos *prot JS diar caref todo dia, farinha rosca poligrãos, espelho romeu n18, Ice 51 balada 275ml e Energy drink 2l*, constantes da planilha da defesa com alegação de serem enquadrados na ST, concluiu que efetivamente integram a substituição tributária e que também serão excluídos da cobrança.

Em relação ao *Isqueiro bic p*, disse tratar-se de produto tributado normalmente já que o seu NCM 9613.1000 não consta do anexo I do RICMS-BA.

Quanto ao produto *a lasanha vitar 500g*, disse que seu NCM é 1902.2000, de modo que não integra o anexo I do RICMS-BA, portanto, considerou tributado normalmente.

Em relação aos demais produtos com os códigos 19 e 19.38 do anexo I do RICMS-BA 2016 constantes da planilha da defesa como sendo da ST, destacou que todo o item 19 do referido anexo se refere à substituição tributária nas operações de VENDA DE MERCADORIA PELO SISTEMA PORTA A PORTA, que não é o presente caso. Logo, concluiu todos os produtos do item 19 são tributados normalmente.

Assim, disse ter feito os cálculos do imposto reclamado, que passou a ser o seguinte, conforme planilha anexa:

INFRAÇÃO	VALOR ORIGINAL	VALOR REVISADO
Infração 01	10.193,45	7.779,95

Diante disso, acatou parcialmente os argumentos da autuada para reduzir o valor do ICMS reclamado, mas com a infração devidamente comprovada e admitida pela autuada, com multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/1996.

Em relação à INFRAÇÃO 02, que se refere a recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ressaltou que a defesa reconheceu parcialmente a infração no importe de R\$6.800,22, consubstanciado no recolhimento do DAE e comprovante de pagamento/parcelamento.

Destacou que o art. 268, inciso XXV, do RICMS-BA, que trata da redução da base de cálculo nas operações internas com Leite em pó industrializado neste Estado e que por isso o produto fora tributado a 7% até 31/01/2017.

Explicou que como os produtos questionados na planilha foram *Leite pó ninho fort integral 800g*, *Leite po int Nest Ninho L800 P900*, *Leite em pó integral big Leite 120g e 800g*, que foram adquiridos no Estado da Bahia, teriam direito à redução da base de cálculo, e acatou os argumentos da defesa para afastar a cobrança em relação a esses itens.

Quanto ao produto creme de assadura bebê natureza, disse que apesar de ter o NCM incluído na Instrução Normativa 05/2016, esse produto é excluído como exceção na própria IN para fins de cobrança do Fundo de Pobreza. Assim, também afastou a cobrança em relação a esse produto pois a alíquota está correta.

Confirmou que os produtos hidratantes com NCM 3307.2090, realmente não estão enquadrados na referida Instrução Normativa 05/2016 e que também serão excluídos pois foi destacada a alíquota corretamente.

Os demais produtos questionados pela defesa: *Hidrat Intensiva monange NCM 3304.9910*, *Óleo paixão inspiradora NCM 3304.9990*, *Hidrat monange final fantástico NCM 3304.9910*, *Hidrat monange doce ternura NCM 3304.9910*, *Leit Hidrat monange iog/aveia NCM 3304.9910*, *Leit hidrat monange frut./vern NCM 3304.9910*, *Leite hid paixão sedução NCM 3304.9910* e *Óleo corp Muriel coco NCM 3304.9990*, reitera que incide o Fundo de Combate à Pobreza e a alíquota correta seria 20% e não a alíquota aplicada pelo contribuinte.

Assim, disse ter feito os cálculos do imposto reclamado relativo a esta infração, que passou a ser o seguinte, conforme disse constar de planilha anexa:

INFRAÇÃO	VALOR ORIGINAL	VALOR REVISADO
Infração 02	20.044,70	6.815,28

Diante disso, concluiu acatar parcialmente os argumentos da autuada para reduzir o valor do ICMS reclamado, mas com a infração devidamente comprovada e admitida pela autuada, com multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/1996.

Passando a tratar da INFRAÇÃO 03, que se refere à falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD – Escrituração Fiscal Digital nos prazos previstos na legislação tributária, referente ao mês de novembro/2017, disse ter sido a infração lastreada nos arquivos da EFD – Escrituração Fiscal Digital apresentada pela própria empresa e constante dos registros da SEFAZ-BA e Receita federal do Brasil, onde constatou que foi apresentado arquivo com os valores zerados referente à EFD do mês de novembro/2017, conforme Livro de Apuração do ICMS, Livro Registro de Entradas e Livro

Registro de Saídas, folhas 17 a 19.

Destacou que a transmissão de arquivos com os valores zerados, representa uma tentativa de disfarçar a omissão de entrega da escrituração, já que a autuada apenas transmitiu arquivos, que não se pode confundir com uma escrituração. Disse ser o mesmo que apresentar os livros fiscais tradicionais em branco, sem nenhum valor e informação.

Salientou que ao transmitir o arquivo de uma escrituração fiscal com os valores zerados não se trata de um simples equívoco, mas uma ausência de escrituração fiscal. A menos que a empresa não tivesse operações no período, o que não é o caso.

Esclareceu que a empresa foi intimada em 27/08/2020, folha 10, para transmitir o arquivo da EFD referente a novembro/2017 que se encontrava com os valores zerados e só após ciência dessa intimação, foi apresentado arquivo com a devida escrituração.

Lembrou que o arquivo da Escrituração Fiscal Digital – EFD deve ser transmitido até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, que é mensal, conforme previsto no RICMS-BA, decreto 13.780/2012:

Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

§ 1º O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Asseverou que a infração já teria ocorrido quando a empresa deixou de transmitir o arquivo na data prevista, com as informações exigidas na legislação. Evocou os dispositivos da Lei 7.014/1996 transcritos abaixo:

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

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

L) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada.

Dessa forma, rematou que a infração encontra-se devidamente caracterizada, com multa devidamente tipificada na Lei 7014/96, acima transcrita.

Concluiu acatar parcialmente os argumentos da defesa em relação às infrações 01 e 02, com a redução dos valores dos débitos correspondentes, mantendo integralmente a infração 03, ficando assim os valores finais do presente Auto de infração:

INFRAÇÃO	VALOR ORIGINAL (R\$)	VALOR REVISADO (R\$)
Infração 01	10.193,45	7.779,95
Infração 02	20.044,70	6.815,28

Infração 03	1.380,00	1.380,00
TOTAL	31.618,15	15.975,23

Explicou que foi dispensada a ciência do sujeito passivo, pois o refazimento do demonstrativo se deu em função dos argumentos apresentados pela própria defesa, conforme previsto no artigo 127, § 8º, do RPAF, Decreto 7.629/1999.

Diante de tudo que foi exposto, opinou pelo acolhimento parcial dos argumentos da autuada, para julgar procedente em parte o presente Auto de Infração. SMJ.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de impugnação ao lançamento do crédito tributário iniciado pela lavratura do Auto de Infração n.º 300200.0016/20-1, composto por três infrações: i) falta de recolhimento do ICMS em função da prática em considerar operações de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis; ii) recolhimento a menos em função da aplicação de alíquota inferior à prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; iii) multa pela falta da entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na legislação tributária.

De início cabe apreciar as duas arguições de nulidade sob as seguintes alegações: a) de que o Autuante não operou conforme a legislação por não haver discriminado em seu demonstrativo as notas fiscais e respectivos valores, bem como todos os demais elementos obrigatórios por Lei, que configurariam a infração cometida; b) falta de descrição da legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Quanto à primeira arguição verifico que de fato as planilhas analíticas disponibilizadas nos autos pelo Autuante, tanto a que se refere à infração 01, quanto a que se refere à infração 02, não discriminam os números das notas fiscais.

Contudo, apesar da arguição da defesa quanto a esta falta, restou patente, considerado o eficaz enfrentamento quanto ao mérito de ambas as infrações, que a Impugnante exerceu a sua defesa sem qualquer arranho ao devido contraditório, sobretudo levando-se em consideração que apontou todas as falhas que alcançavam o mérito das infrações 01 e 02, as quais foram avaliadas e aceitas pelo Autuante em quase sua total integralidade.

De maneira que, se a falha apontada não trouxe prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que a defesa apontou todas as falhas que entendeu afetar o lançamento de crédito tributário vergastado, e que todos os pontos foram verificados e corrigidos pelo Autuante, não há se falar em nulidade das infrações 01 e 02. Maiormente, se considerado a inteligência do §2º do art. 18 do RPAF que afasta a nulidade quando o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade. Veja-se:

Art. 18. São nulos:

(...)

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

Afasto, portanto, a arguição de nulidade indicada no item “a” acima, em relação às infrações 01 e 02.

Adentrando a arguição de nulidade a que se refere o item “b”, relativa a alegação de que houve falta de descrição da legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, o que na opinião da defesa acarretaria em cerceamento de defesa e nulidade do feito, reputo insubsistente esta arguição haja vista não se tratar de exigência formal intrínseca da peça vestibular do lançamento de crédito tributário através de auto de infração, sobretudo porque a legislação afim não a pontua como necessária a sua configuração legal. Considero

Preliminarmente, portanto, reitero que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Nessa esteira, indefiro o pedido de diligência haja vista considerar que os elementos constantes dos autos são suficientes para fins da perfeita cognição sobre o feito.

Adentrado ao exame das arguições de mérito têm-se que a defesa com relação à infração 01 pontuou:

1. que a fiscalização indicou a ausência de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Porém, a Impugnante alegou que as mercadorias objeto da autuação “*CREME DE MILHO SINHA 500G*” se refere à isenção prevista na alínea “d” do inciso II do art. 265 do RICMS, “*d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho*”;
2. em função do alegado no item anterior reconheceu como devido e recolheu parcialmente o valor de R\$7.243,62.

O Autuante concordou com a alegação de que o produto creme de milho estaria isento de ICMS nas saídas internas de acordo com a alínea “d” do inciso II, do artigo 265, do RICMS-BA, e esclareceu que apesar do referido dispositivo descrever apenas os produtos sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho, já está pacificado o entendimento de que creme de milho e farinha de milho são o mesmo produto. Assim confirmou, que também o creme de milho é isento de ICMS nas saídas internas e procedeu a sua exclusão da cobrança em relação a infração 01.

Ainda em relação à infração 01 o Autuante admitiu arguições que foram elencadas pela defesa em sua planilha demonstrativa dos valores reconhecidos, conforme passa a elencar:

1. Concordou que alguns dos produtos indicados pela defesa se enquadram nas disposições de substituição tributária e destacou que a mistura para bolo consta como previsão aos produtos alimentícios, indicados no anexo I, item 11 do RICMS-BA. E que foi efetivamente incluída na substituição tributária a partir de 01/02/2017 e dessa maneira disse que foi excluída da cobrança em relação a infração 01;
2. Aquiesceu que efetivamente os produtos *prot JS diar caref todo dia, farinha rosca poligrãos, espelho romeu n18, Ice 51 balada 275ml e Energy drink 2l*, integram a substituição tributária e que também foram excluídos da cobrança;
3. Discordou quanto aos seguintes produtos:
 - a. *lasanha vitar 500g*, de NCM n.º 1902.2000, que entendeu não integrar o anexo I do RICMS-BA, portanto, considerou tributado normalmente;
 - b. *Isqueiro bic p*, que disse se tratar de produto tributado normalmente já que o seu NCM 9613.1000 não consta do anexo I do RICMS-BA;
 - c. Em relação aos produtos com os códigos 19 e 19.38 do anexo I do RICMS-BA 2016 constantes da planilha da defesa como sendo da ST, entendeu que todo o item 19 do referido anexo se refere à substituição tributária nas operações de VENDA DE MERCADORIA PELO SISTEMA PORTA A PORTA, que não é o presente caso.

Assim, refez os cálculos do imposto reclamado em relação à infração 01, que demonstrarei a seguir em paralelo com a planilha apresentada pela defesa:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.03				
DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DO VENCIMENTO (R\$)	VALOR AUTUADO (R\$)	VALOR RECONHECIDO DEFESA (R\$)	VALOR MANTIDO AUTUANTE (R\$)
31/01/2016	02/09/16	361,46	242,99	344,06
29/02/2016	03/09/16	299,42	245,80	285,69
31/03/2016	04/09/16	252,23	170,29	225,06
30/04/2016	05/09/16	188,55	109,63	172,43
31/05/2016	06/09/16	191,56	92,63	179,50
30/06/2016	07/09/16	733,39	648,62	723,59
31/07/2016	08/09/16	105,08	76,13	102,82
31/08/2016	09/09/16	123,35	99,53	123,35
30/09/2016	10/09/16	102,38	65,17	87,71
31/10/2016	11/09/16	301,39	233,16	268,88
30/11/2016	12/09/16	99,81	63,24	73,43
31/12/2016	01/09/17	230,04	109,31	106,31
31/01/2017	02/09/17	51,28	46,64	46,64
28/02/2017	03/09/17	376,21	233,46	233,46
31/03/2017	04/09/17	743,88	536,03	536,03
30/04/2017	05/09/17	623,70	437,21	437,21
31/05/2017	06/09/17	946,62	724,25	724,25
30/06/2017	07/09/17	753,65	564,00	564,00
31/07/2017	08/09/17	733,74	544,34	544,34
31/08/2017	09/09/17	697,56	489,83	489,83
30/09/2017	10/09/17	790,06	600,42	600,42
31/10/2017	11/09/17	594,40	395,85	395,85
31/12/2017	01/09/18	893,69	515,09	515,09
TOTAL		10.193,45	7.243,62	7.779,95

Feitos os exames nos autos e sopesando as alegações da defesa e do Autuante, acompanho o resultado apresentado pelo último em sua informação fiscal. De maneira que, voto pela pertinência parcial da infração 01 que fica reduzida de R\$10.193,45 para R\$7.779,95.

Em relação à infração 02, que se refere a imputação de recolhimento de ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a defesa alegou que:

1. às operações internas com Leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, a carga tributária incidente deve corresponder a 7%, conforme o artigo 268, inciso XXV do Decreto 13780/2012 RICMS/BA:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo: (...)

XXV - das operações internas com Leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (Redação do inciso dada pelo Decreto Nº 16151 DE 16/06/2015).

2. às mercadorias mistura para bolo entende que estão sujeitas à substituição ou antecipação tributária, tal como previsão aos produtos alimentícios, conforme Anexo I, item 11 do RICMS/2012;
3. em relação ao produto “*creme de assadura bebe natureza*”, não incide o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme Instrução Normativa 05/2016;
4. no entendimento do item anterior se enquadrariam também, os produtos hidratantes com NCM 3307.20.90 que também não estariam enquadrados na Instrução Normativa 05/2016 para incidência

do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza;

E ainda:

5. apresentou planilha onde recalculou e reconheceu parte da exação, tendo segundo o Autuante incluído mercadorias que não constam do texto defensivo, mas que foi avaliada pelo mesmo.

Assim, reconhece parcialmente o valor da infração 02 no importe de R\$ 6.800,22, consubstanciado no recolhimento do DAE, confirmado pelo Autuante.

Em relação à INFRAÇÃO 02, o Autuante concordou que o art. 268, inciso XXV, do RICMS-BA, que trata da redução da base de cálculo nas operações internas determina que o Leite em pó industrializado neste Estado deve ser tributado a 7% apenas até 31/01/2017. E que como os produtos questionados na planilha foram **Leite pó ninho fort integral 800g, Leite po int Nest Ninho L800 P900, Leite em pó integral big Leite 120g e 800g**, que foram adquiridos no Estado da Bahia, teriam direito à redução da base de cálculo no período de 2016 à janeiro de 2017, tendo acatado os argumentos da defesa para afastar a cobrança em relação a esses itens.

Em relação ao produto **creme de assadura bebê natureza**, disse que apesar de ter o NCM incluído na Instrução Normativa 05/2016, esse produto é excluído como exceção na própria IN para fins de cobrança do Fundo de Pobreza. Assim, também afastou a cobrança em relação a esse produto pois a alíquota praticada pela Impugnante está correta.

Confirmou que os produtos **hidratantes** com NCM 3307.2090, realmente não estão enquadrados na referida Instrução Normativa 05/2016 e que também serão excluídos pois foi destacada a alíquota corretamente pela contribuinte.

Quanto os demais produtos questionados pela defesa constantes da planilha: **Hidrat Intensiva monange NCM 3304.9910, Óleo paixão inspiradora NCM 3304.9990, Hidrat monange final fantástico NCM 3304.9910, Hidrat monange doce ternura NCM 3304.9910, Leit Hidrat monange iog/aveia NCM 3304.9910, Leit hidrat monange frut./vern NCM 3304.9910, Leite hid paixão sedução NCM 3304.9910 e Óleo corp Muriel coco NCM 3304.9990**, reiterou que incide o Fundo de Combate à Pobreza e a alíquota correta seria 20% e não a alíquota aplicada pelo contribuinte.

Assim, disse ter feito os cálculos do imposto reclamado relativo a esta infração, demonstrado a seguir em paralelo a planilha da defesa, conforme a seguir:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DO VENCIMENTO	VALOR AUTUADO (R\$)	VALOR RECONHECIDO DEFESA (R\$)	VALOR MANTIDO AUTUANTE (R\$)
31/01/2016	02/09/16	613,21	176,84	181,88
29/02/2016	03/09/16	1.444,18	177,09	181,23
31/03/2016	04/09/16	1.045,41	174,50	178,35
30/04/2016	05/09/16	757,53	98,72	98,92
31/05/2016	06/09/16	656,32	41,41	41,41
30/06/2016	07/09/16	528,27	127,21	127,21
31/07/2016	08/09/16	900,09	363,31	363,31
31/08/2016	09/09/16	1.250,11	95,52	95,67
30/09/2016	10/09/16	1.447,41	548,72	549,02
31/10/2016	11/09/16	2.702,27	1.399,63	1.400,07
30/11/2016	12/09/16	3.059,10	1.550,15	1.550,46
31/12/2016	01/09/17	2.887,99	1.401,40	1.402,03
31/01/2017	02/09/17	2.371,39	265,49	265,49
28/02/2017	03/09/17	44,16	43,37	43,37
31/03/2017	04/09/17	48,83	48,43	48,43
30/04/2017	05/09/17	61,27	61,27	61,27
31/05/2017	06/09/17	36,69	36,69	36,69

30/06/2017	07/09/17	42,72	42,72	42,72
31/07/2017	08/09/17	46,91	46,91	46,91
31/08/2017	09/09/17	32,96	32,96	32,96
30/09/2017	10/09/17	16,57	16,57	16,57
31/10/2017	11/09/17	31,05	31,05	31,05
31/12/2017	01/09/18	20,26	20,26	20,26
TOTAL		20.044,70	6.800,22	6.815,28

Diante disso, feitas os devidos exames, acompanho a revisão procedida pelo Autuante que acatou parcialmente os argumentos da autuada para reduzir o valor do ICMS reclamado na infração 02, de R\$20.044,70, para **R\$6.815,28**.

Passando a tratar da infração 03 que se refere a falta da entrega do arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital – EFD nos prazos previstos na legislação tributária, consta que a Impugnante alegou que os arquivos eletrônicos foram enviados dentro do prazo estabelecido na Lei, conforme recibo de entrega de escrituração fiscal digital, encaminhado na data de 22/12/2017, da apuração de ICMS das operações do período de 01/11/2017 a 30/11/2017.

Contudo, constatei que, conforme informou o Autuante, os arquivos da EFD – Escrituração Fiscal Digital apresentada pela própria empresa e constante dos registros da SEFAZ-BA e Receita federal do Brasil, foi apresentado com os valores zerados referente à EFD do mês de novembro/2017, conforme Livro de Apuração do ICMS, Livro Registro de Entradas e Livro Registro de Saídas, folhas 17 a 19. Fato que ratifica a conduta do contribuinte como passível de penalidade como pretendeu o Autuante aplica-la com espeque na alínea “i”, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96.

Todavia, entendo que a tipificação da infração merece um reenquadramento. Observa-se dos autos que a multa relativa a esta infração 03 fora tipificada na alínea “i”, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96, porém entendo que a subsunção dos fatos indicam que a tipificação de multa escoreita deve indicar a tipificação prevista na alínea “j”, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96. Vejamos os referidos textos legais reproduzidos a seguir:

Lei 7014/96:

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

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

(...)

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

É que a alínea “i”, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96 se refere a falta de entrega do arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital – EFD, situação fática que não exsurge da incriminação fiscal,

pois esta ratifica a entrega do referido arquivo, que porém especifica que fora entregue zerada, ou seja, não realizada com “o nível de detalhe exigido na legislação”, conduta descrita na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96, e não na alínea “l” deste dispositivo de multa..

De maneira que, pelo exposto, voto pela procedência da infração 03, vinculada à modificação da tipificação da multa originalmente indicada na alínea “l”, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96, que deve passar a ser tipificada na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96

Quanto as arguições de resistência em relação às multas percentuais aplicadas, *é mister* pontuar que falece competência à essa esfera do contencioso administrativo exarar juízo de valor quanto a matéria legal ou constitucional que vá de encontro ao arcabouço da legislação tributária, de maneira que não posso avaliar o pleito sobre a abusividade da multa, sobretudo, considerando que a infração não foi rechaçada em sua integralidade e a tipificação da multa contida em instrumento de Lei, se encontra perfeitamente subsumida do ilícito fiscal apurado.

Ademais, a possibilidade de dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontrava prevista no §8º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12. Cabendo acrescentar que seu texto se restringia a multas que não decorressem de falta de recolhimento do imposto.

Destarte, voto pela procedência parcial do presente auto de Infração, reduzindo seu valor original de R\$31.618,15, para **R\$15.975,23**, conforme demonstro a seguir:

INFRAÇÃO	VALOR ORIGINAL		VALOR JULGADO	
	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)
Infração 01	10.193,45		7.779,95	
Infração 02	20.044,70		6.815,28	
Infração 03		1.380,00		1.380,00
TOTAL	30.238,15	1.380,00	14.595,23	1.380,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300200.0016/20-1**, lavrado contra a empresa **UNIÃO FORT COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.595,23**, acrescido da multa previstas no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, bem como da multa de R\$1.380,00, prevista no Art. 42 inciso XIII-A alínea “j” da Lei 7.014/96, e os acréscimos legais da Lei 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2021

PAULOD ANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR