

A. I. N° - 272041.0015/19-9  
AUTUADO - NAUTICOMAR HOTELARIA, SERVIÇOS E TECNOLOGIA LTDA.  
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
ORIGEM - DAT SUL/INFAZ EXTREMO SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22/08/2022

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0129-01/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. **a)** Autuado elide a autuação ao comprovar descaber a exigência fiscal. O próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao impugnante e opinou pela improcedência deste item da infração. Infração 01 insubstiente. **b)** O autuado espontaneamente, ou seja, sem imposição da Fiscalização, declarou à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sua condição de contribuinte do ICMS ao solicitar e obter a Inscrição Estadual e, principalmente, por ter realizado aquisições de mercadorias utilizando sua condição de inscrito no CAD-ICMS, com aplicação de alíquota interestadual pelo fornecedor, portanto com uma carga tributária menor do que se não tivesse a inscrição no CAD-ICMS no Estado da Bahia. Alegação defensiva de que se trata de Contribuinte do ISS não elide a autuação, haja vista que se as mercadorias adquiridas fossem destinadas a atividade de prestação de serviços de hospedagem, portanto, não sujeitas ao ICMS, ao se apresentar para seus fornecedores não deveria fazê-lo como Contribuinte do ICMS, mas sim do ISS, o que não fez. Infração 02 subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que se trata de Contribuinte do ISS não elide a autuação, haja vista que se as mercadorias adquiridas fossem destinadas a atividade de prestação de serviços de hospedagem, portanto, não sujeitas ao ICMS, ao se apresentar para seus fornecedores não deveria fazê-lo como Contribuinte do ICMS apresentando sua Inscrição Estadual, mas sim dizendo que se trata de Contribuinte do ISS, o que não fez. Infração 03 subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS; **b)** MERCADORIAS OU SERVIÇOS TOMADOS. Restaram evidenciados os descumprimentos das obrigações acessórias. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias e/ou serviços que tenham entrado ou tomado pelo estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Infrações 04 e 05 não elididas. 4. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENVIO DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD COM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. MULTA. Alegação defensiva de que enviou os arquivos eletrônicos, alegação esta não contestada pelo autuante, elide a autuação, haja vista que a multa imposta nesta infração, no caso a prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei n. 7.014/96, é aplicável exclusivamente pela falta de entrega, no prazo regulamentar, do arquivo eletrônico referente à Escrituração Fiscal Digital – EFD, e não mais pela entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, conforme a autuação. Infração insubstancial. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/11/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 126.929,40, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 – 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de junho de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.028,18, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: Ativo Oculto. “Venda desfeita” pelo vendedor. Nota Fiscal nº 003.960.561;

Infração 02 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a outubro e dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 49.909,09, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2016, janeiro, março a outubro e dezembro de 2017, janeiro a novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.973,55, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a novembro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 7.649,65, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;

Infração 05 – 16.01.06 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.648,93, correspondente a 1% do valor comercial da mercadoria ou serviço tomado;

Infração 06 – 16.05.11 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo imposta multa

por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 5.040,00.

Consta adicionalmente o seguinte registro:

*Relatório de Informações TEF -Anual.*

*Ano de referência:*

*2016 R\$ 3.958.989,76;*

*2017 R\$ 5.525.514,46;*

*2018 R\$ 8.523.375,43*

*Em anexo*

Infração 07 – 16.14.04 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou a entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 49.680,00.

Consta adicionalmente o registro de que: *Não informou nas EFDs as operações realizadas por fornecimento de salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento), observado o disposto no § 1º e o seguinte (Conv. ICMS 91/12), c/c o Art.267, inciso VI do RICMS/12 (Pousada).*

*A Lei nº. 12.917, de 31/10/13, que ajusta o Art. 42 da Lei 7.014/96, prevê a mesma multa nos casos de entrega de arquivos incompletos, sem registros e/ou informações obrigatórias.*

O autuado apresentou Defesa (fls. 100 a 107 – frente e verso). Esclarece que se trata de empresa 100% hotel, conforme documentos apresentados ao longo das Intimações e conforme anexos, CNPJ, CADASTUR, CONTRATO HOSPEDAGEM, entre outros, tratando-se de uma empresa idônea, há mais de 27 anos no mercado, desde 04/02/1993, responsável por um quadro de aproximadamente 150 funcionários fixos e conforme CERTIDÓES NEGATIVAS atualizadas também anexadas.

Salienta que conforme consulta ao "*portal de consulta do contribuinte*" no próprio site da SEFAZ, constata-se que se trata de uma empresa de hospedagem, portanto, cadastrada no SPED - EFD como Perfil B, ou seja, fornece as informações de forma mais sintética, permitindo, por exemplo, totalizações por período (diário, semanal, mensal).

Apresenta as suas razões para não incidência do ICMS.

Aduz que opera como "Hotéis - 5510801", adquirindo em sua totalidade, mercadorias para consumo e insumos. Fornecimento de alimentos e bebidas estão incluídos na hospedagem "sistema all inclusive".

Observa que tem a compra de seu Ativo atreladas e condicionadas às suas atividades de prestação de serviços, desta forma não haverá incidência do ICMS sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária e antecipação parcial quando forem adquiridas e efetivamente fornecidas em decorrência da sua prestação de serviços de hotelaria, estando o valor incluído no preço da diária cobrada ao hóspede.

Consigna que contribuinte aquele que "tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador" do imposto (CTN, art. 121, parágrafo único, I). Ou seja, o contribuinte do ICMS é quem pratica, com habitualidade, objetivando lucro, operações de circulação de mercadorias.

Sustenta que no presente caso, o hotel não é contribuinte do ICMS, haja vista que sua atividade não é voltada à prática de operações relativas à circulação de mercadorias. Afirma que pelo contrário, sua atividade preponderante é a *prestação de serviços de hotelaria* que está sujeita ao imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência municipal.

Pontua que está adquirindo mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao seu ativo fixo do próprio estabelecimento atreladas ou condicionadas às suas atividades de

prestação de serviços, a orientação é no sentido de que não haverá incidência do ICMS sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária diferencial de alíquota e antecipação parcial quando forem adquiridas e efetivamente fornecidas pela Contribuinte em decorrência da prestação dos serviços de hotelaria.

Observa que nos termos da Constituição Federal/1988, art. 155, § 2º, VII, "a V e VIII, estão sujeitas à incidência do ICMS, em relação ao diferencial de alíquotas, as operações interestaduais realizadas entre contribuintes do imposto, nas quais a mercadoria vendida destine-se ao Ativo Imobilizado do destinatário ou ao Seu Uso e Consumo. Acrescenta que para fins de pagamento de diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento: da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra UF, quando destinados a Uso, Consumo ou Ativo Imobilizado do próprio estabelecimento.

Ressalta que não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviço de qualquer natureza. Reitera que atua com a atividade preponderante de hotel, "sistema all inclusive", apurando o ISS em função da receita bruta, e não apurando ICMS, considerando as operações interestaduais com as mercadorias abaixo itemizadas:

1. Sabonetes, xampus, caneta, lápis e objetos para higiene pessoal ficando a disposição dos hóspedes nos apartamentos para uso pessoal;
2. Material elétrico, pintura, hidráulico, piscina, manutenção em geral, para conservação do estabelecimento;
3. Produtos a base de farinha de trigo, caldos, molhos e etc. para o preparo de refeições; bebidas alcoólicas e não alcoólicas; leite e derivados; produtos hortifruiti; Aves, Suínos, Bovinos, Caprinos, Ovinos e Outros;
4. Cama e móveis e utensílios, colchões, ar condicionado, computadores e periféricos, dentre outros destinados ao ativo fixo, utilizados pelos hóspedes, nos apartamentos.

Afirma que a empresa não deve pagar ICMS no momento das entradas dos produtos mencionados nos itens 01, 02 e 03 independentemente do percentual do ICMS destacado na nota fiscal do fornecedor se 18% ou 7%, tendo em vista que elas são adquiridas sem o fim de comercialização e colocadas à disposição dos hóspedes, como parte do serviço prestado. Sustenta que assim, não haverá pagamento de antecipação parcial e/ou diferença e alíquotas, consoante o art. 5º do RICMS/BA/12, cuja redação reproduz.

No tocante às mercadorias discriminadas no item 04, no caso cama, móveis e utensílios, colchões, ar condicionado, computadores e periféricos, entre outros, afirma que são destinadas ao ativo fixo, utilizadas pelos hóspedes, nos apartamentos, portanto, são produtos, igualmente, adquiridos sem objetivo de revenda, não sujeitos à antecipação parcial.

Quanto ao diferencial de alíquota, diz que tem a considerar que, na forma do art. 5º do RICMS/BA/12, a aquisição de produtos destinados ao ativo permanente, em operação interestadual, é hipótese de incidência do imposto. Contudo, por força do inciso I do art. 72 do RICMS, o entendimento administrativo vem sendo de que não é devido o pagamento da diferença de alíquota quando o produto destinar-se à utilização na consecução da prestação de serviço.

Consigna que, considerando-se que as aquisições desses insumos estão diretamente relacionadas ao desenvolvimento das atividades do estabelecimento, requer a não incidência do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por não terem sido adquiridas para fins de comercialização e sim para sua Prestação de Serviços de Hotelaria "Sistema All Inclusive".

Destaca que para fins de comprovação, apresenta em anexo declaração de hóspedes, histórico do processo e do ato constitutivo do Sistema de Incentivos e Benefícios Fiscais administrados pela SUDENE, juntamente com a demonstração do resultado e os documentos fiscais emitidos, os sites

e os contratos com as operadoras de turismo e notas fiscais de serviços, como meio de demonstrar, de forma límpida, clara e cristalina, sem quaisquer resquícios de dúvidas, que:

- a) o sistema de hospedagem adotado é exclusivamente o resort all-inclusive (todas as refeições e todas as bebidas estão incluídas no valor da diária)
- b) as mercadorias (Cama e móveis e utensílios, colchões, ar condicionado, computadores e periféricos, dentre outros) são destinados ao ativo fixo, utilizados pelos hóspedes, nos apartamentos);
- c) tal sistemática de hospedagem é imutável, tendo em vista que não trabalha com outro tipo de sistema.

Reporta-se sobre as irregularidades apontadas na autuação.

No que tange à infração 01, afirma que não há que se falar em 'Venda desfeita', mas sim de um erro na emissão, pois o Contribuinte optou por um modelo mais acessível financeiramente e com a tonelagem mais baixa, sem kit áudio, por se tratar de um utilitário utilizado na atividade do estabelecimento. Sendo feita a emissão do modelo correto FIAT/STRADA WORKING 1.4 02 PASSAGEIROS 004 CILINDROS - 0 KM FAB 2018

MOD-2018 LOTAÇÃO OU TONELAGEM: PBT 1.760 KG, CMT 2.160 KG, SEM KIT

ÁUDIO, COR-BRANCO BANCHISA REV-TEAR JACQUARD SEALA NERO na data

08/02/2018, Nota Fiscal nº 003.976.956, no valor total da nota de R\$ 38.781,09.

Quanto à infração 02, reproduz o art. 79 do RICMS/BA/12, para sustentar que descabe a exigência fiscal.

*Art. 79 -Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:*

*I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas.*

No que concerne à infração 03, diz que em conformidade com o art. 12-A da Lei 7.014/96, em seu § 19, a antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por: isenção; não-incidência; antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação; mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa ou para uso e consumo do estabelecimento; mercadorias não destinadas à comercialização.

Salienta que a Lei Complementar nº 116/03 estabeleceu: "Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias".

Diz que salientam os mestres a inexistência de "serviços com fornecimento de mercadorias". Alega que poderia ocorrer, eventualmente, dois negócios jurídicos distintos: serviços e fornecimento de mercadoria, e cada um a sofrer a incidência tributária pertinente, mas um só negócio não pode ter duas naturezas, sempre haverá a preponderância de uma delas.

Aduz que compra um carro com o serviço de emplacamento embutido - ICMS pelo valor total; o paciente é internado no hospital para sofrer uma cirurgia, com direito a receber medicamentos e a consumir aquela comidinha que hospital fornece - ISS pelo valor total. Observa que o carro e a cirurgia são as atividades preponderantes, o resto é acessório.

Afirma que os ilustres juristas rechaçam a ideia da tal "operação mista", quando mercadoria e serviço se confundem numa só operação ou num só negócio jurídico. Reitera que uma das atividades sempre será a preponderante.

Salienta que a regra contida na LC n. 116/03 tenta explicar o inexplicável. Apresenta exemplos: 1. Alimentação fornecida aos hóspedes é atividade acessória da prestação do serviço de hospedagem.

O hóspede contrata hospedagem; alimentação e bebidas vem a reboque. 2. Oficina presta serviços. Materiais utilizados no conserto do veículo são meios para consecução do serviço. Não há que deduzir do preço do serviço e nem se pode cobrar ICMS de uma oficina exclusivamente prestadora de serviços, exceto quando se tratar de estabelecimento com atividades múltiplas, tipo venda de peças e serviços de conserto. Diz que nesse caso, serão dois negócios firmados entre as partes, venda de peças e prestação de serviços, porém, se emitir apenas a nota fiscal de serviço, o ISS incidirá sobre o total da nota, mesmo que haja discriminação no histórico do documento fiscal, separando serviços dos materiais. Assevera que possui o sistema de hospedagem exclusivamente resort all-inclusive (todas as refeições e todas as bebidas estão incluídas no valor da diária); tal sistemática de hospedagem é imutável, tendo em vista que a mesma não trabalha com outro tipo de sistema.

No respeitante à infração 04, consigna que as notas fiscais de entrada de mercadorias são contabilizadas na data da entrada no estabelecimento, e não na data de emissão do documento. Diz que a data de competência é o dia em que o serviço foi prestado. Registra que a maioria trabalha com a data de competência e a data de emissão. Observa que o reconhecimento das receitas e gastos é um dos aspectos básicos da contabilidade que devem ser conhecidos para poder avaliar adequadamente as informações financeiras. Assinala que o regime de competência é um princípio contábil, que deve ser, na prática, estendido a qualquer alteração patrimonial, independentemente de sua natureza e origem. Afirma que da mesma forma, a empresa vendedora só pode registrar a receita de venda após a confirmação da entrega do bem ao seu cliente (e não no momento da emissão da nota fiscal).

Diz que geralmente são lançados pelo documento fiscal, entretanto há que se levar em consideração o fato gerador, quando ocorreu de fato a obrigação. Assinala que para os aspectos contábeis, deve-se levar em consideração a Essência sobre a Forma, conforme disposições vigentes CRC e CFC. Ou seja, não levar em consideração somente a parte formal "documental", mas também a "Essencialidade". Ressalta que existe outra disposição a respeito, mas esta vem regulamentada pelo RICMS-BA: "que diz que para apuração dos livros fiscais devem ser reconhecidos os lançamentos em até 5 dias, do recebimento das mercadorias".

Consigna que desse modo, conclui-se que a data de lançamento deve estar entre o fato gerador e a obrigação tributária do RICMS. Se for contribuinte do ICMS, a base legal está no RICMS-BA: Do Imposto - Capítulo II - Da Incidência - Seção I - Art. 2º....§ 1º, 2ª e 3ª. Observa que ocorre o fato gerador do imposto: I - na entrada, no estabelecimento destinatário, ou no recebimento, pelo importador de mercadoria ou bens importados do exterior;

II - na entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou a ativo fixo.

Assevera que dessa forma, todos os documentos fiscais foram informados nas respectivas competências onde, de fato, ocorreu o fato gerador.

No tocante à infração 06, diz que conforme orientações da SEFAZ, o contribuinte retificará a declaração sempre que essa contiver informações inexatas. Diz que a partir da segunda retificação de uma DMA referente ao mesmo período o contribuinte deverá se dirigir à Inspetoria de sua circunscrição fiscal para proceder a entrega da mesma, de forma justificada. Observa que o contribuinte que apresentar DMA com indícios de irregularidades será intimado a retificar ou confirmar as informações prestadas, em tempo hábil, para aproveitamento da mesma no valor adicionado para fins de participação proporcional dos municípios.

Quanto à infração 07, diz que 18/08/2017, código mensagem 36097, diz que recebeu INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE EFD (OMISSO), no prazo de 30 dias. Onde foi tratada diretamente com Inspetor Fazendário/Infaz Eunápolis senhor Renato Reis Diniz da Silva, Cad: 13.269439-9, através de e-mail (renatod@sefaz.ba.gov.br) e pessoalmente. Observa que em seu § 4º do art. 247 do RICMS/BA, concedia aos contribuintes o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento de intimação, para enviar o arquivo EFD ICMS não entregue no prazo ou retificar os arquivos inconsistentes. Afirma

que os envios ocorreram dentro do prazo de 30 dias. Acrescenta que conforme consulta ao "portal de consulta do contribuinte" no próprio site da SEFAZ, constata-se que se trata de uma empresa de hospedagem, portanto, está cadastrada no SPED - EFD como Perfil B, ou seja, fornece as informações de forma mais sintética, permitindo, por exemplo, totalizações por período (diário, semanal, mensal).

Assinala que foi publicado no dia 05/10/2019 o Decreto nº 19.274/2019 que revogou o § 4º do art. 247 do Regulamento de ICMS-BA, que concedia aos contribuintes o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento de intimação, para enviar o arquivo EFD ICMS não entregue no prazo ou retificar os inconsistentes. Observa que com esta alteração, a partir de 01/11/2019 o Fisco já poderá aplicar as multas cabíveis sem fornecimento de prazo para correção. Registra que as multas são as previstas nas alíneas "i", I, e m do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja totalmente procedente a impugnação apresentada, haja vista que não comercializa produtos e nem nunca comercializou produtos, atuando no ramo de hotelaria, sendo o sistema de hospedagem adotado exclusivamente o *resort all-inclusive* -todas as refeições e todas as bebidas estão incluídas no valor da diária -, e tal sistemática de hospedagem é imutável, tendo em vista que não trabalha com outro tipo de sistema.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 218/219). Consigna que observou as razões defensivas e obteve o seguinte.

No tocante à infração 01, diz que o autuado alega e prova que não houve "Venda Desfeita", mas sim troca por um veículo utilitário mais apropriado e com preço menor, detalhando analiticamente suas alegações e anexando os documentos de fls. 125, 126, 127 e 128. Opina pela improcedência desta infração.

Quanto à infração 02, acata a alegação defensiva de que, não é devido diferença de alíquota, desde que as mercadorias sejam utilizadas para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas. Opina pela improcedência da infração.

Relativamente à infração 03, afirma que o RICMS/12 não cita expressamente que os contribuintes com o sistema de hospedagem "Resort all-inclusive" não devam recolher ao Estado da Bahia o ICMS por substituição, ao contrário do que alega o autuado. Mantém a autuação.

No que concerne à infração 04, afirma que o autuado deve registrar todas as notas fiscais de entrada nas EFDs. Assevera que a alegação defensiva quanto à essencialidade e regime de competência, não elidem esta infração. Opina pela procedência da infração.

No que diz respeito à infração 05, sustenta que o autuado não comprova contabilmente que houve o lançamento das notas fiscais levantadas pelo SIAF. Mantém a autuação.

No respeitante à infração 06, observa que o autuado alega inconsistências e prazo para elidir esta infração, contudo, entende que omitir informações relativas ao descumprimento da obrigação tributária principal onde há diferenças vultosas entre os valores anuais das TEFs em relação às DMAs apresentadas, é um ato insanável. Afirma que o autuado em momento algum alega que não há diferença, e, portanto, concorda tacitamente. Mantém a autuação.

Quanto à infração 07, diz que o autuado alega inconsistências e prazo para elidir esta infração, contudo, entende que ao omitir informações imprescindíveis para o exercício da ação fiscalizadora do Estado, ou seja, não oferecer à tributação 4% por conta da sua atividade como pousada não se enquadra em inconsistências ou prazo de entrega. Afirma que se trata de obrigação tributária principal e não acessória. Ressalta que se o autuado tivesse correto em suas alegações, todas as empresas da Bahia estariam desobrigadas a fornecer tempestivamente informações relevantes do seu negócio ao Fisco, causando uma espécie de "anarquia fiscal". Mantém a autuação.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, apresentou Manifestação (fls. 226 a 231) na qual não consta a assinatura de próprio punho ou mesmo de forma digital, o que implicaria na inépcia da petição a teor do art. 10, § 1º, inciso III, alínea “d”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Contudo, considerando as disposições do art. 2º do mesmo RPAF, no sentido de que, na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo, atender-se-á entre outros aos princípios da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, esta Junta de Julgamento Fiscal solicitou ao peticionante que providenciasse trazer aos autos a Manifestação devidamente assinada, o que foi feito, conforme Manifestação assinada digitalmente acostadas às fls. 324/332 dos autos.

Na Manifestação o autuado consigna que o autuante acatou as alegações defensivas atinentes às infrações 01 e 02, opinando pela improcedência de ambas e reconhecendo o "Sistema All Inclusive" no dia a dia da empresa, o que descharacteriza a alegação da revenda de mercadorias.

Apresenta análise e as suas razões sobre as infrações que foram mantidas pelo autuante.

No tocante à infração 03, diz que a diferença entre a antecipação parcial e o cálculo do diferencial de alíquota é que a primeira está relacionada às aquisições interestaduais de mercadorias que são destinadas à revenda, enquanto o diferencial de alíquota é relacionado às aquisições interestaduais de materiais destinados ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo.

Observa que o fato gerador da Antecipação Parcial, ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, inclusive a título de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, consoante o art. 12-A da Lei 7.014/96.

Indaga em quais situações o contribuinte não deverá recolher o ICMS a título de antecipação parcial. Responde que a antecipação ou substituição tributária, que encerra a fase de tributação, nos termos do art. 12-A da Lei 7.014/96, em seu § 1º.

Menciona como exemplo as mercadorias que sejam adquiridas para fazer parte de processo de industrialização ou que sejam utilizadas na prestação de serviços sem a incidência de ICMS, não estão sujeitas ao pagamento da Antecipação Parcial.

Quanto à infração 04, diz que foi revisar as diferenças encontradas no período auditado, pois ficou preocupado, com o montante apurado de notas fiscais sem registro no valor total de R\$ 929.858,00, por ser bem criteriosos:

2016 = R\$ 479.017,00;

2017 = R\$ 376.055,00;

2018 = R\$ 74.786,00.

Apresenta o seu inconformismo quanto à Informação Fiscal alegando que levou em consideração o que está regulamentado pelo RICMS-BA, no sentido que, “para apuração dos livros fiscais devem ser reconhecidos os lançamentos em até 5 dias, do recebimento das mercadorias”, conforme seguem as notas fiscais demonstradas no Livro Razão. Ressalta que a empresa trabalha pautada com zelo e transparência e credibilidade, já atuando no mercado há mais de 27 anos, cumprindo os pagamentos tempestivamente com seus fornecedores, e se caso seja realmente comprovado, em momento algum houve a intenção, pelo contrário pode sim tratar de erro material, podendo ter se confundido pelo modelo da Nota (Modelo 1 ou 55).

Conclusivamente, diz que desse modo, a data de lançamento deve estar entre o fato gerador e a obrigação tributária do RICMS. Se for contribuinte do ICMS, a base legal está no RICMS-BA: Do Imposto - Capítulo II - Da Incidência - Seção I - Art. 2º... § 1º. 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> - Ocorre o fato gerador do imposto: I - na entrada, no estabelecimento destinatário, ou no recebimento, pelo importador de mercadoria ou bens importados do exterior; II - na entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou a ativo fixo.

Relativamente à infração 05, diz que foi revisar as diferenças encontradas no período auditado, pois ficou preocupado com o montante apurado de notas fiscais sem registro no valor total de R\$ 929.858,00, pois é bem criterioso:

2016 = R\$ 479.017,00;

2017 = R\$ 376.055,00;

2018 = R\$ 74.786,00.

Assevera que o entendimento o autuante não merece prosperar, pois considera-se a essência sobre a Forma, conforme disposições vigentes CRC e CFC. Explica que isto significa, não levar em consideração somente a parte formal "documental", mas também a "Essencialidade". Ressalta que existe outra disposição a respeito, mas esta vem regulamentada pelo RICMS-BA que estabelece que: " para apuração dos livros fiscais devem ser reconhecidos os lançamentos em até 5 dias, do recebimento das mercadorias", conforme seguem as notas fiscais demonstradas no Livro Razão. Ressalta que a empresa trabalha pautada com zelo e transparência e credibilidade, já atuando no mercado há mais de 27 anos, cumprindo os pagamentos tempestivamente com seus fornecedores.

No que tange à infração 06, observa que o autuante entende que a empresa declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas por meio da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

Salienta que em momento algum a empresa disse que não havia diferença, mas sim informou que seguiu as orientações da SEFAZ, conforme dispõe a legislação, ou seja:

"O Contribuinte retificará a declaração sempre que essa contiver informações inexatas. Sendo que a partir da segunda retificação de uma DMA referente ao mesmo período o contribuinte deverá se dirigir a Inspetoria de sua circunscrição fiscal para proceder a entrega da mesma, de forma justificada. O contribuinte que apresentar DMA com indícios de irregularidades será intimado a retificar ou confirmar as informações prestadas, em tempo hábil, para aproveitamento da mesma no valor adicionado para fins de participação proporcional dos municípios. "

Quanto à infração 07, invoca o art. 247 do RICMS/BA, Decreto n. 13.780/2012, que trata da Escrituração Fiscal Digital –EFD, o qual estava em vigor à época dos fatos, cujo § 4º da redação anterior estabelecia um prazo de 30 (trinta) dias para que o contribuinte, uma vez intimado pela fiscalização, pudesse transmitir os arquivos EFD não entregues no prazo regulamentar ou entregues com inconsistência.

Assinala que no dia 04/10/2019 o Governador do Estado da Bahia por meio do Decreto n. 19.274/2019 inseriu algumas importantes alterações no Decreto n. 13.780/2012, entre elas a revogação do § 4º do art. 247, com efeitos a partir de 01/11/19.

Diz que desse modo, antes de 01.11.2019, era possível retificar os arquivos após o início da ação fiscal, pois a fiscalização, por força do § 4º do art. 247 (revogado), estava obrigada antes da lavratura do Auto de Infração a intimar o contribuinte para corrigir eventuais problemas com os arquivos digitais.

Frisa que assim sendo, em 18/08/2017, a empresa recebeu INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE EFD (OMISSO) no prazo de 30 dias, código mensagem 36097, a qual foi tratada diretamente com Inspetor Fazendário/Infaz Eunápolis senhor Renato Reis Diniz da Silva, Cad. 13.269439-9, através de *e-mail* (renatod@sefaz.ba.gov.br) e pessoalmente, sendo os arquivos enviados dentro do prazo legal, sem aplicação da multa.

Assevera que dessa forma, apesar da Lei nº 12.917, de 31/10/13, que ajusta o art. 42 da Lei 7.014/96, prever aplicação da multa nos casos de entrega de arquivos incompletos, sem registros e/ou informações obrigatórias, reitera que à época dos fatos, a referida multa não foi aplicada pelo Inspetor Fazendário senhor Renato Reis Diniz da Silva.

Acrescenta que os §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei 7.014/96 dispõem que as multas poderão ser reduzidas

ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que se comprove que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Finaliza requerendo que seja totalmente procedente a Manifestação, para reconhecer que não comercializa produtos e nunca comercializou, que atua no ramo de hotelaria com o sistema de hospedagem exclusivamente *all-inclusive* (Infração 03 (07.01.01), o livro razão de entrada das Infrações 04 (16.01.02) e 05 (16.01.06), bem como para revisar as multas formais e acessórias aplicadas pelo autuante, Infração 07 (16.14.04).

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito permitidos e caso este não seja o entendimento, que sejam rebatidos os pontos abordados, para que a empresa, como parte que é, possa assim receber a prestação jurisdicional devida.

Presente na sessão de julgamento a Contadora Evangelina Matos CRC 03657 BA.

#### VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de sete infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo, todas, objeto de impugnação.

Inicialmente, cabe analisar a alegação defensiva de que se trata de empresa 100% hotel, adquirindo em sua totalidade, mercadorias para consumo e insumos, sendo que o fornecimento de alimentos e bebidas é incluído na hospedagem "*sistema all inclusive*", portanto, não haverá incidência do ICMS sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária e antecipação parcial quando forem adquiridas e efetivamente fornecidas em decorrência da sua prestação de serviços de hotelaria, estando o valor incluído no preço da diária cobrada ao hóspede.

De fato, no caso em que a empresa opere exclusivamente como hotel, ou seja, como prestador de serviços de hotelaria, hospedagem, sem praticar qualquer operação de circulação de mercadoria, não pode ser considerado Contribuinte do ICMS, descabendo, desse modo, qualquer exigência do ICMS pelas aquisições e operações que realize.

Entretanto, caso espontaneamente, ou seja, sem qualquer imposição ou exigência por parte da Fiscalização, efetue o seu cadastramento no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado Bahia, obtendo Inscrição Estadual para realizar operações internas e interestaduais de aquisições de mercadorias e utilize referida Inscrição Estadual para realizar as suas operações, por certo que assume a qualidade de sujeito passivo na relação jurídico tributária estabelecida com o Estado da Bahia.

No presente caso, o autuado declarou à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sua condição de contribuinte do ICMS ao solicitar e obter a Inscrição Estadual e, principalmente, precípuamente, por ter realizado aquisições de mercadorias utilizando sua condição de inscrito no CAD-ICMS, com aplicação de alíquota interestadual pelo fornecedor - por ter o autuado informado sua condição de Contribuinte inscrito -, portanto, com uma carga tributária menor do que se não tivesse a inscrição no CAD-ICMS no Estado da Bahia.

Observo que o período da autuação abrange os meses de janeiro a setembro e novembro de 2016, janeiro, março a outubro e dezembro de 2017, janeiro a novembro de 2018, período mais do que suficiente para que pudesse o autuado solicitar a baixa da Inscrição Estadual dada a sua alegação de que se trata de contribuinte do ISS, imposto de competência municipal, e não do ICMS.

Vale registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal já decidiu em julgamento de matéria idêntica a tratada no presente Auto de Infração, consoante o Acórdão JJF nº 0196-01/21-VD, cujos excertos do voto reproduzo abaixo, no que interessa no julgamento do presente Auto de Infração:

[...]

*O autuado alegou que apesar de possuir inscrição estadual no período objeto da autuação, nunca exerceu atividade de comercialização de mercadorias sujeitas ao ICMS, uma vez que tem como atividade preponderante a prestação de serviços de hospedagem que está sujeita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência municipal, conforme item 9.01, da Lei Complementar nº 116/2003.*

*Asseverou que as mercadorias adquiridas e questionadas nos autos, estão atreladas às suas atividades de*

*prestação de serviços, não havendo incidência do ICMS, pois o valor está incluído no preço da diária cobrada ao hóspede.*

*Entretanto, apesar do autuante ter acatado as razões defensivas para as infrações 01 a 04, é fato que o autuado durante o período objeto da autuação possuía inscrição estadual.*

*as compras realizadas pela empresa, e que foram motivo de exigência dos impostos devidos por diferencial de alíquotas e antecipação tributária, foram tributadas com alíquota interestadual, constando nas notas fiscais a inscrição estadual do destinatário.*

*Não havendo como se determinar se as mercadorias adquiridas foram destinadas a atividade de restaurante ou destinadas à sua atuação na prestação de serviços de hospedagem, não sujeitas ao ICMS, o fato é que ao se apresentar para seus fornecedores como contribuinte do imposto, as mercadorias eram adquiridas com uso da alíquota interestadual.*

*Destaco que a partir de 01 de janeiro de 2016, quando começaram a vigorar as disposições da EC 87/2015, o ICMS devido nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidores finais, não contribuintes do imposto, localizado em outro Estado passou a ser partilhado da seguinte forma: O Estado de origem passou a ter direito ao imposto correspondente à alíquota interestadual – ICMS Próprio; O Estado de destino passou a ter direito ao imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual – ICMS devido no destino.*

*Dessa forma, ao não ser utilizada a alíquota destinada para não contribuinte nas aquisições, o autuado realizou operações com valor reduzido, uma vez que o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual não constou nos documentos fiscais, e consequentemente não foram repassados para o estado da Bahia.*

*Interessante, ainda, falar-se no “venire contra factum proprium”, que é a vedação do comportamento contraditório, ou seja, não pode uma pessoa ou ente, durante certo período de tempo, gerar expectativas na outra e, subitamente, agir de forma oposta, criando uma contradição.*

*Os quatro elementos abaixo fazem a caracterização do “Venire”: i) um “factum proprium”, isto é, uma conduta inicial (aquisição de mercadorias); ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta (inscrição estadual); iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (utilizar a inscrição para definição da alíquota e alegar não ser contribuinte); iv) um dano: em razão da conduta contraditória do contribuinte (o Estado da Bahia deixou de receber o imposto partilhado que cabia aos cofres públicos).*

*Destarte, considerando que nas operações questionadas houve enriquecimentos ilícito para o autuado em detrimento do erário estadual, as exigências contidas nas infrações em análise são subsistentes. [...].*

Verifica-se da leitura dos trechos do voto acima reproduzido que as infrações referentes à antecipação tributária e diferença de alíquotas foram julgadas procedentes, em face de o autuado haver utilizado a Inscrição Estadual que dispunha e, desse modo, ter obtido um enriquecimento sem causa em detrimento do Erário estadual.

No presente caso, as infrações que versam sobre o mesmo tema – diferença de alíquotas e antecipação tributária -, no caso as infrações 01, 02 e 03, também levam ao mesmo entendimento de que, não pode o Contribuinte se locupletar do valor do imposto por utilizar a Inscrição Estadual indevidamente nas aquisições de mercadorias.

Ocorre que no mérito, no tocante à infração 01, o próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu que o autuado alega e prova que não houve “Venda Desfeita”, mas sim troca por um veículo utilitário mais apropriado e com preço menor e opina pela improcedência desta infração.

Efetivamente constata-se que não há o que discutir quanto a este item da autuação. A acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas restou elidida pelo autuado, sendo, desse modo, insubstancial.

Quanto à infração 02, observo que o autuante acata a alegação defensiva de que, não é devido o imposto decorrente da diferença de alíquotas, desde que as mercadorias sejam utilizadas para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas e opina pela improcedência desta infração.

No caso desse item da autuação não há como acolher a pretensão defensiva, assim como o pronunciamento do autuante, em face ao que foi dito linhas acima, ou seja, o autuado declarou à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sua condição de contribuinte do ICMS ao solicitar e obter a Inscrição Estadual e, principalmente, por ter realizado aquisições de mercadorias utilizando sua

condição de inscrito no CAD-ICMS, com aplicação de alíquota interestadual pelo fornecedor - por ter informado sua condição de Contribuinte inscrito ao fornecedor -, portanto, com uma carga tributária menor do que se não tivesse a inscrição no CAD-ICMS no Estado da Bahia.

Ademais, a alegação defensiva de que se trata de contribuinte do ISS não elide a autuação, haja vista que, se as mercadorias adquiridas fossem destinadas a atividade de prestação de serviços de hospedagem, portanto, não sujeitas ao ICMS, ao se apresentar para seus fornecedores não deveria fazê-lo como Contribuinte do ICMS, mas sim do ISS, o que não fez.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

No que tange à infração 03, o autuante afirma que o RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, não menciona expressamente que os contribuintes com o sistema de hospedagem “*Resort all-inclusive*” não devam recolher ao Estado da Bahia o ICMS por substituição, ao contrário do que alega o autuado, mantendo a autuação.

Cabe aqui o que já foi dito linhas acima, ou seja, as compras realizadas pelo autuado objetos de exigência do ICMS devido por diferença de alíquotas e antecipação tributária, foram tributadas considerando a Inscrição Estadual do destinatário, portanto, como Contribuinte do ICMS.

Assim sendo, este item da autuação é subsistente.

As infrações 04, 05, 06 e 07 dizem respeito ao descumprimento de obrigações acessórias.

No que concerne à infração 04, observo que o autuante sustenta que o autuado deve registrar todas as notas fiscais de entrada nas EFDs, não elidindo a autuação a alegação defensiva.

Efetivamente, assiste razão ao autuante. O autuado está obrigado sim a escriturar na sua EFD as notas fiscais de entrada arroladas neste item da autuação.

Assim sendo, a infração 04 é subsistente.

O mesmo pode ser dito quanto à infração 05, ou seja, o autuado está obrigado sim a escriturar na sua EFD as notas fiscais de entrada arroladas neste item da autuação. Infração subsistente.

No tocante à infração 06, a acusação fiscal é de que o autuado declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas por meio da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

O autuado afirma que em momento algum a empresa disse que não havia diferença, mas sim informou que seguiu as orientações da SEFAZ, conforme dispõe a legislação.

O autuante observa que o autuado alega inconsistências e prazo para elidir esta infração, contudo, entende que omitir informações relativas ao descumprimento da obrigação tributária principal onde há diferenças vultosas entre os valores anuais das TEFs em relação às DMAs apresentadas, é um ato insanável. Afirma que o autuado em momento algum alega que não há diferença, e, portanto, concorda tacitamente.

De fato, a declaração incorreta de dados na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) implica em descumprimento de obrigação acessória passível de aplicação da penalidade de que cuida este item da autuação.

Nesse sentido, o art. 42, XVIII, “c”, da Lei n. 7.014/96, dispõe:

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

[...]

XVIII - R\$ 140,00(cento e quarenta reais):

[...]

c) em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios;

Portanto, sendo apurado pela Fiscalização que houve declaração incorreta de dados na DMA, independentemente da retificação que possa ocorrer posteriormente pelo Contribuinte, a infração

ocorreu e foi objeto de lançamento, sendo, desse modo, procedente.

Quanto à infração 07, o autuado invoca o art. 247 do RICMS/BA, Decreto n. 13.780/2012, que trata da Escrituração Fiscal Digital –EFD, o qual estava em vigor à época dos fatos, cujo § 4º estabelecia um prazo de 30 (trinta) dias para que o contribuinte, uma vez intimado pela fiscalização, pudesse transmitir os arquivos EFD não entregues no prazo regulamentar ou entregues com inconsistência.

Observa que o Decreto n. 19.274/2019 inseriu algumas importantes alterações no RICMS/12, Decreto n. 13.780/2012, entre elas a revogação do § 4º do art. 247, com efeitos a partir de 01/11/19, sendo, desse modo, antes de 01/11/2019, possível retificar os arquivos após o início da ação fiscal, pois a Fiscalização, por força do § 4º do art. 247 (revogado), estava obrigada antes da lavratura do Auto de Infração a intimar o Contribuinte para corrigir eventuais problemas com os arquivos digitais.

Consigna que assim sendo, em 18/08/2017, a empresa recebeu INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE EFD (OMISSO) no prazo de 30 dias, código mensagem 36097, a qual foi tratada diretamente com Inspetor Fazendário/Infaz Eunápolis senhor Renato Reis Diniz da Silva, Cad: 13.269439-9, mediante *e-mail* (renatod@sefaz.ba.gov.br) e pessoalmente, sendo os arquivos enviados dentro do prazo legal, sem aplicação da multa.

Afirma que dessa forma, apesar da Lei nº 12.917, de 31/10/13, que ajusta o art. 42 da Lei 7.014/96, prever aplicação da multa nos casos de entrega de arquivos incompletos, sem registros e/ou informações obrigatórias, reitera que à época dos fatos, a referida multa não foi aplicada pelo Inspetor Fazendário, senhor Renato Reis Diniz da Silva.

O art. 250, §§ 1º e 2º, do RICMS/BA/12, estabelece o seguinte:

*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 Infra-estrutura 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.*

Conforme se vê da simples leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido, 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).

O autuado alega que enviou o referido arquivo e que o Inspetor Fazendário dispensou a multa, entretanto, cabe observar que a autoridade fazendária mencionada pelo autuado, não tem competência, ou seja, autorização legal para dispensar multas.

Na realidade, a intimação foi realizada na forma prevista no RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, sendo concedido o prazo de 30 dias para que a empresa entregasse o arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, situação na qual, se atendida a solicitação, descabe a imposição de multa. Ou seja, o Inspetor Fazendário não dispensou a multa, mas sim observou o que determina a legislação.

No presente caso, a acusação fiscal é de que o autuado, deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou a entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária.

Ocorre que a alegação defensiva de que enviou os arquivos eletrônicos, registre-se, alegação esta não contestada pelo autuante, elide a autuação, haja vista que a multa imposta nesta infração, no caso a prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “l”, da Lei n. 7.014/96, é aplicável exclusivamente pela falta de entrega, no prazo regulamentar, do arquivo eletrônico referente à Escrituração Fiscal

Digital – EFD, e não mais pela entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, conforme a autuação:

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

[...]

*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;*

Diante disso, considerando que a autuação decorre do fato de o autuado *não ter informado nas EFDs as operações realizadas por fornecimento de salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento), observado o disposto no § 1º e o seguinte (Conv. ICMS 91/12), c/c o Art.267, inciso VI do RICMS/12*, a infração improcedente.

O autuado invoca os §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei 7.014/96 que estabeleciam que as multas poderiam ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que se comprovasse que as infrações tinham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não implicaram falta de recolhimento do imposto.

Vale assinalar que referidos dispositivo legais foram revogados, sendo que o § 7º foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, e o § 8º revogado pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, portanto, descabendo, à apreciação de pleito atinente à redução ou dispensa de multa.

Diante do exposto, as infrações 01 e 07 são improcedentes e as infrações 02, 03, 04, 05 e 06 procedentes, conforme demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	3.028,18	-----		IMPROCEDENTE
02	49.909,09	49.909,09	60%	PROCEDENTE
03	9.973,55	9.973,55	60%	PROCEDENTE
04	7.649,65,	7.649,65,	-----	PROCEDENTE
05	1.648,93	1.648,93	-----	PROCEDENTE
06	5.040,00	5.040,00		PROCEDENTE
07	49.680,00	-----	-----	IMPROCEDENTE
<b>Total</b>	<b>126.929,40</b>	<b>74.221,22</b>		

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0015/19-9**, lavrado contra **NAUTICOMAR HOTELARIA, SERVIÇOS E TECNOLOGIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 59.882,64**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “d”, e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$ 14.338,58**, previstas nos incisos IX; e XVIII-A, alínea “c” do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR