

PROCESSO	- A. I. N° 232948.0011/22-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ULTRACARGO LOGÍSTICA S.A.
RECORRIDOS	- ULTRACARGO LOGÍSTICA S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0033-01/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/11/2023

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0357-12/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO; **b)** MERCADORIAS, NÃO TRIBUTÁVEIS; **c)** ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS OU SERVIÇOS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Alegação do autuado de que parte substancial das notas fiscais arroladas na autuação já fora escriturada antes do início da ação fiscal restou comprovada. O próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao autuado e refez os cálculos, o que resultou na redução do valor do débito. Infrações 01, 02 e 03 parcialmente subsistentes. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário previstos no art. 169, I, alienas “a” e “b” do RPAF, interposto pelo sujeito passivo em face da Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0033-01/23-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 27/06/2022 para exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.192.074,80 relacionado às seguintes infrações:

*Infração 01 - 016.001.001 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.244,07;*

*Infração 02 - 016.001.002 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 611.405,11;*

*Infração 03 – 016.001.006 – 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, janeiro a dezembro de 2019, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 579.425,63.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte nos seguintes termos:

**VOTO**

*Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo todas referentes ao descumprimento de obrigação tributária acessória, no caso falta de registro na escrita fiscal da entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviços.*

*Inicialmente, cabe consignar que o pedido formulado pelo impugnante no sentido de realização de perícia resta indefrido, haja vista que, no presente caso, inexiste qualquer necessidade de participação de perito técnico para deslinde da questão.*

*Na realidade, a matéria de que cuida o presente Auto de Infração é de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, sendo que os elementos que constam dos autos são suficientes para que haja análise e decisão da lide.*

*Portanto, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, indefiro o pedido de perícia.*

*Conforme consignado pelo próprio impugnante, a cláusula décima quinta-A, do Ajuste SINIEF 07/05, determina*

entre os eventos relacionados a uma nota fiscal eletrônica e que nela devem ser informados, os eventos “Operação Não Realizada” e “Desconhecimento da Operação”, conforme os incisos VI e VII do § 1º, da referida cláusula.

Ainda conforme o impugnante, a cláusula décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c”, c/c a cláusula décima quinta-C, ambas do Ajuste SINIEF 07/05, estabelece que o destinatário da NF-e tem a obrigação de registrar os eventos “Operação Não Realizada” e “Desconhecimento da Operação”, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da data de autorização da NF-e.

Alega o impugnante que atendeu ao procedimento estabelecido pelo Ajuste SINIEF 07/05, e, consequentemente, não tinha a obrigação de escriturar as notas fiscais arroladas na autuação.

O artigo 247 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, estabelece o seguinte:

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

Já o artigo 248 do mesmo RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12 dispõe:

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Portanto, tratando-se o autuado de Contribuinte do ICMS inscrito no CAD-ICMS do Estado da Bahia e não sendo microempreendedor individual ou optante pelo Simples Nacional, não resta dúvida que está obrigado à Escrituração Fiscal Digital - EFD.

No presente caso, a questão é que o autuado teve contra si diversas notas fiscais emitidas pelos remetentes e que não foram escrituradas, sendo que, no tocante a parte substancial das notas fiscais arroladas na autuação, alega que não escriturou porque referidos documentos fiscais não entraram em seu estabelecimento conforme comprova com os eventos registrados “Operação Não Realizada” e “Desconhecimento da Operação”.

Efetivamente, as disposições do Ajuste SINIEF 07/05 aduzidas pelo impugnante foram recepcionadas pelo Estado da Bahia, conforme os §§ 14 e 15 do artigo 89 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12.

Precisamente, no que tange ao caso em exame, o § 17 do referido art. 89 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, estabelece o seguinte:

[...]

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

O autuado alega que realizou o registro dos eventos “Desconhecimento da Operação” e “Operação Não Realizada”, sendo que a alegação defensiva foi confirmada pelo próprio autuante na Informação Fiscal, na qual consignou que após as devidas conferências dos “eventos” de todas as Notas Fiscais excluiu do levantamento fiscal as que contêm a declaração de “Desconhecimento da Operação” e “Operação Não Realizada”, na forma prevista no Ajuste SINIEF 07/05, o que resultou na retificação do valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 1.192.074,80 para R\$ 260.795,17, conforme novo demonstrativo que apresentou.

Relevante consignar que apesar de cientificado da Informação Fiscal, via DT-e, o autuado, não se manifestou.

Assim sendo, acorde com o resultado trazido pelo autuante na Informação Fiscal, demonstrativo de fl. 248 dos autos, as infrações 01, 02 e 03 são parcialmente procedentes, conforme demonstrativo abaixo:

#### INFRAÇÃO 01

Data de Ocorrência	Multa de 1% (R\$ )
30/04/2017	0,50
30/09/2017	26,90
30/11/2017	0,50
<b>TOTAL</b>	<b>27,90</b>

#### INFRAÇÃO 02

Data de Ocorrência	Multa de 1% (R\$ )
30/01/2017	50,00
30/04/2017	62,10

31/05/2017	30.584,72
31/08/2017	71,66,
30/09/2017	2.565,49
30/10/2017	35.016,42
30/11/2017	3.321,92
<b>TOTAL</b>	<b>71.672,31</b>

### INFRAÇÃO 03

31/01/2018	220,20
28/02/2018	193,83
31/03/2018	10,00
30/04/2018	54,69
30/06/2018	0,50
31/08/2018	107.597,98
31/10/2018	1.795,74
31/01/2019	26,10
30/04/2019	137,17
31/05/2019	1.912,60
30/06/2019	848,81
31/07/2019	447,89
31/08/2019	15.291,19
30/09/2019	1.752,69
31/10/2019	1.421,85
30/11/2019	379,32
31/12/2019	57.004,40
<b>TOTAL</b>	<b>189.094,96</b>

Diante disso, o resultado do julgamento se apresenta conforme o demonstrativo de débito abaixo:

INFRAÇÃO	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	1.244,07	27,90	---	PROCEDENTE EM PARTE
02	611.405,11	71.672,31	----	PROCEDENTE EM PARTE
03	579.425,63	189.094,96	-----	PROCEDENTE EM PARTE
<b>TOTAL</b>	<b>1.192.074,80</b>	<b>260.795,17</b>		

No tocante à alegação defensiva de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, cumpre consignar que as multas apontadas no presente Auto de Infração estão previstas no artigo 42 da Lei n. 7.014/96. Quanto às alegações defensivas atinentes às decisões dos Tribunais Superiores, cumpre observar que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, bem como negar vigência de ato normativo emanado de autoridade superior (art. 167, incisos I e III do RPAF/BA).

Quanto ao pedido formulado pelo impugnante de cancelamento ou redução da multa - independentemente dos artigos aduzidos pelo impugnante, no caso 158 do RPAF e 42, § 7º, da Lei n. 7.014/96, já estarem revogados, considero que no presente caso, não haveria como atender o pleito do impugnante, haja vista que o descumprimento da obrigação tributária acessória de que cuida o presente Auto de Infração se deu por um longo período, no caso de 2017 a 2019, sem qualquer explicação ou justificativa plausível para que as notas fiscais recebidas não fossem escrituradas.

Certamente que a ausência de escrituração das notas fiscais traz sim prejuízo ao pleno exercício da função fiscalizadora exercida pelo Auditor Fiscal, portanto, não ficando ao talante do Contribuinte escriturar ou não o documento fiscal, principalmente por vários exercícios como no caso em exame.

Por derradeiro, quanto ao pedido do impugnante no sentido de que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam veiculadas em nome de Leonardo Nuñez Campos, inscrito na OAB/BA sob o nº 30.972, sob pena de nulidade, cumpre observar que inexiste óbice para que o pedido seja atendido pelo órgão competente, contudo, saliento, que o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99. Quanto do pedido para que conste o seu nome no rosto dos autos e no site de acompanhamento eletrônico deste Órgão, cabe consignar que isto ocorre automaticamente quando, legalmente constituído, o patrono do Contribuinte vem aos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Face ao exposto, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

O Recurso de Ofício, frise-se, refere-se à desoneração promovida em face do acatamento, pelo Autuante, em sede de informação fiscal (fls. 207/208 – e CD de fl. 209) das razões defensivas apresentadas pelo autuado no sentido de que este teve contra si diversas notas fiscais emitidas pelos remetentes e que não foram escrituradas, sendo que, inclusive, no tocante a parte substancial das notas fiscais arroladas na autuação, não houve escrituração porque os referidos

documentos fiscais não entraram em seu estabelecimento conforme comprova com os eventos registrados “Operação Não Realizada” e “Desconhecimento da Operação”, nos termos do ajuste SINIEF 07/05, que foram recepcionadas pelo Estado da Bahia, conforme os §§ 14 e 15 e 17, do artigo 89 do RICMS/BA/12 - Decreto nº 13.780/12.

E tal circunstância foi integralmente acatada pela JJF, de modo que as infrações 01, 02 e 03 foram julgadas parcialmente procedentes, nos termos reduzindo-se o valor lançado de R\$ 1.192.074,80 para R\$ 260.795,17, nos termos do demonstrativo produzido pelo próprio autuante no CD de fl. 209.

Irresignado, em seu Recurso Voluntário de fls. 237 a 243, o Recorrente, após discorrer sobre o cabimento e tempestividade da peça recursal, pugna pela improcedência do lançamento tributário com base na tese de que o valor remanescente da multa é indevido, bem assim dotado de efeito confiscatório.

Afirma que apesar ter sido aplicada com fulcro no art. 42, inciso IX da Lei Estadual nº 7.014/96, no montante de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço adquiridos, não houve, no caso concreto, inadimplemento de tributo ou prática de ilícito tributário, mas, tão somente, simples descumprimento de um dever instrumental, tratando-se, portanto, de multa isolada.

Nesse quadrante, sustenta que a relação entre a multa isolada e o princípio do não confisco está em discussão no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a existência da repercussão geral no RE 640.452/RO, Tema 487, julgado em 06/10/2011, e atualmente sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, pendente de julgamento definitivo, destacando o seguinte trecho do julgado: **“Proposta pela existência da repercussão geral da matéria constitucional debatida. Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da discussão sobre o caráter confiscatório, desproporcional e irracional de multa em valor variável entre 40% e 05%, aplicada à operação que não gerou débito tributário”.**

Defende que, recentemente, em 25/11/2022, o Relator Ministro Barroso proferiu o voto no plenário virtual, propondo a seguinte tese de julgamento: **“A multa isolada, em razão do descumprimento de obrigação acessória, não pode ser superior a 20% (vinte por cento) do valor do tributo devido, quando há obrigação principal subjacente, sob pena de confisco”.**

Ao cabo, sacramenta que **“Em que pese ainda pendente de limitação objetiva pelo STF, é evidente que a multa isolada, enquanto sanção tributária, deve respeitar o princípio da vedação ao confisco e o direito de propriedade, uma vez que não se coaduna com a função de contribuir para a sustentação da atividade estatal, não podendo servir de instrumento de arrecadação, nem mesmo disfarçado. A sanção tributária não pode ter propósito arrecadatório, pois essa é a função do tributo”.**

Apresenta a favor da sua tese da desproporcionalidade e caráter confiscatório da multa o Acórdão CJF nº 0335-11/17.

Pugna, ao fim, que seja julgado procedente o Recurso Voluntário para reformar a decisão, de modo a anular o lançamento do valor remanescente da multa aplicada, diante do evidente caráter confiscatório, ou, ao menos, reduzir o valor retificado do lançamento, com fulcro no art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99), c/c o art. 42, § 7º da Lei do ICMS (Lei nº 7.014/96), vigente à época da fiscalização, sendo aplicado um valor fixo por nota fiscal não escriturada, de modo a respeitar o princípio da vedação ao confisco, da isonomia, o direito de propriedade e o direito ao livre exercício da atividade econômica.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 20/06/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 23/10/2023.

Presente na sessão de videoconferência, o advogado Dr. Bernardo Sanjuan Borges – OAB/BA nº 52.829, que o mesmo exerceu o direito de fala.

É o relatório.

## VOTO

Quanto ao cabimento do Recurso de Ofício, observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF nº 0033-01/23-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo em montante superior a R\$ 200.000,00, estando, portanto, conforme estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Dos autos, observa-se que a desoneração objeto do recurso de ofício deveu-se ao acatamento, pela JJF, das constatações expostas pelo Autuante em sede informação fiscal (fls. 207/208 – e CD de fl. 209) relativamente à parcial procedência das alegações defensivas, oportunidade em que consignou que, após as devidas conferências dos “eventos” de todas as Notas Fiscais excluiu do levantamento fiscal as que contêm a declaração de “Desconhecimento da Operação” e “Operação Não Realizada”, na forma prevista no Ajuste SINIEF 07/05, o que resultou na retificação do valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 1.192.074,80 para R\$ 260.795,17, conforme novo demonstrativo que apresentou.

Nestes termos, fora consignado no julgado recorrido que, de fato, há previsão normativa expressa para a conduta praticada pelo Autuante, valendo destacar trecho específico do julgado quanto ao ponto:

*“Efetivamente, as disposições do Ajuste SINIEF 07/05 aduzidas pelo impugnante foram recepcionadas pelo Estado da Bahia, conforme os §§ 14 e 15 do artigo 89 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12.*

*Precisamente, no que tange ao caso em exame, o § 17 do referido art. 89 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, estabelece o seguinte:*

[...]

*§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.”*

Por tudo que foi exposto, constato que a desoneração de parte relevante dos valores exigidos, promovida pela decisão recorrida, decorreu do saneamento promovido com base em provas materiais juntadas com a defesa e reconhecidas pela fiscalização, razão pela qual entendo que não há o que se retificar da referida decisão quanto ao ponto.

Voto, portanto, pelo Não Provimento do Recurso de Ofício, ficando mantida a decisão pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

No que pertine ao Recurso Voluntário, verifico que merece ser conhecido, eis que cabível e tempestivo (art. 169, I, “b” e art. 171, ambos do RPAF/99).

Das razões apresentadas, apesar do esforço da Recorrente em imputar como nulo o remanescente da autuação em relação à multa aplicada com fulcro no art. 42, inciso IX da Lei Estadual nº 7.014/96, no montante de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, verifico que **não** lhe assiste razão.

Importante frisar, neste cenário, que a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior não se incluem na competência deste Órgão julgador, nos termos da expressa determinação contida no art. 125, I e III da COTEB, bem como art. 167, I e III do RPAF, razão pela qual, ainda que por via difusa, não se pode desconsiderar a imperiosa aplicação da norma quanto à constituição da infração relativa ao ICMS e/ou a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ademais, ainda que se tome como paradigma a discussão apresentada pelo Recorrente em derredor do Tema 487 do STF (RE 640.452), verifica-se a pertinência, no particular, da aplicação da

norma em destaque, principalmente se sopesada a análise individualizada das circunstâncias fáticas em face da referida norma sancionatória por descumprimento de deveres instrumentais, já que restou devidamente comprovado nos autos que os fatos imputados corresponderam à constatação efetuada pela Autoridade Fiscal em sede de Informação Fiscal de fls. 207/208, nos termos do voto condutor no sentido de que *“a ausência de escrituração das notas fiscais traz sim prejuízo ao pleno exercício da função fiscalizadora exercida pelo Auditor Fiscal, portanto, não ficando ao talante do Contribuinte escriturar ou não o documento fiscal, principalmente por vários exercícios como no caso em exame.”*.

Assevera-se que a conduta foi verificada durante todo o período fiscalizado, ou seja, de 01/01/2017 a 31/12/2019, sendo incontroversa, portanto, a sua prática e a perfeita adequação ao comando normativo relacionado à imputação de penalidade, devendo ser mantida, conforme posta, a decisão recorrida.

Tal circunstância não seria modificada ainda que se admitisse a possibilidade de aplicação do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e art. 158 do RPAF - já revogados à época do aperfeiçoamento da intimação do contribuinte na presente ação fiscal – notadamente em face da ausência de comprovação de que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação.

Sou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0011/22-0**, lavrado contra **ULTRACARGO LOGÍSTICA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 260.795,17**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS