

A. I. N° - 269511.0002/23-2  
AUTUADO - ESQUINA ADOLFO VIANA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.  
AUTUANTE - LUÍS ANTÔNIO MENEZES DE OLIVEIRA  
ORIGEM - DAT NORTE / INFAS VALE DO SÃO FRANCISCO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/02/2024

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0010-04/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA EFD. Trata-se de imposto (ICMS) lançando, decorrente de operações de saídas por NFe's e NFCe's não escrituradas nos livros fiscais, que efetivamente se efetivaram, porém não foram registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), que estava obrigado a registrar e entregar, na forma dos artigos 247 a 253, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, onde de fato entregou, porém com informações tanto de saídas, quanto de entradas, zeradas, ou seja, sem qualquer registro de operações nos meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2022. Não se têm, nos autos, qualquer arguição de mérito por parte do defendant. Há de se destacar, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2023, objetiva exigir débito no valor de R\$ 276.292,68, inerente ao ano de 2020, conforme demonstrativo de fls. 05, constante do CD/Mídia de fl. 04, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 002.001.002: Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no ano de 2020, conforme demonstrativo de fls. 05 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 04. Lançado ICMS no valor de R\$ 276.292,68, com enquadramento no art. 2º, inc. I, e art. 32, da Lei 7.014/96, c/c arts. 247 a 250, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através do seu patrono devidamente constituído, apresenta suas razões de defesa às fls. 10 a 23, que a seguir passo a descrever:

**ESQUINA ADOLFO VIANA COMERCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob. nº 38.319.876/0001-78, com domicílio fiscal na Avenida Doutor Adolfo Viana, nº 83, Centro, Juazeiro – BA, apresenta impugnação administrativa ao Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, nos termos acima descrito, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

**I. DOS FATOS**

Diz que o Auto de Infração em análise foi lavrado visando a cobrança de ICMS e multa em razão de suposta irregularidade praticada pela Impugnante. Todavia, apesar da descrição dos acontecimentos, o auto de infração em referência não deve subsistir, uma vez que nele existem

nulidades que afetam toda exigência fiscal.

## **II. DOS VÍCIOS INSANÁVEIS EXISTENTES NOS LANÇAMENTOS**

Registra que, entre os vários fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, declarou a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, que, entre outros, o Estado Brasileiro fundamenta-se na dignidade da pessoa humana (inc. III), objetivando também construir uma sociedade livre e justa (Art. 2º, I).

Diz, também, constituir direitos fundamentais: *“que ninguém seja obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Art. 5º, II); que a todos seja assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos, independentemente do pagamento de taxas (Art. 5º, XXXIV, “a” e “b”); o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito contra a ilegalidade ou abuso de poder; obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, garantindo-se, também, o direito de propriedade (Art. 5º, LIV)”*.

Aduz que, mais adiante, em seu Art. 37, a Constituição diz que: *“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência”*.

De tudo isso diz que se pode concluir que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que está se passando e se possa saber se e quando o seu direito está sendo violado.

Após descrever os termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, além de trazer alguns entendimentos de autores do Direito, diz que, sendo o lançamento um ato jurídico administrativo, cabe ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram o ato administrativo, o que, no caso de lançamento de tributo, é a ocorrência do fato jurídico tributário (“Fato Gerador”), fato que não ocorreu, pois não demonstrou de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Pontua que, se o Agente Público não respeitar esta regra, não terá acabado a sua obra, invalidando o seu ato. Após traçar novos entendimentos de conhecedores do Direito, diz que, no caso em análise, a forma como a Autoridade Administrativa realizou o lançamento não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram a exigência aqui retratada.

Registra que deveria o fiscal ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios de que justificasse a lavratura do auto de infração, fato este que não ocorreu.

Continuando a trazer aos autos entendimentos de conhecedores do Direito, diz que, embora a exposição tenha sido longa, foi decerto necessária e bastante para demonstrar de forma clara que o Auto de Infração não pode subsistir, por consubstanciar desrespeito às regras basilares do ato jurídico administrativo e do nascimento do crédito tributário, devendo os mesmos serem anulados em suas integralidades.

## **III. DAS MULTAS APLICADAS - CARÁTER CONFISCATÓRIO**

Diz que este tópico visa demonstrar a impossibilidade de aplicação das multas lançadas, dado o seu caráter confiscatório.

Após descrever, também, entendimentos de estudiosos do Direito, aduz que as multas aplicadas ao caso em comento são um castigo ao contribuinte, que lhe obrigarão ao maior sacrifício, no entanto, estas multas devem obedecer a parâmetros, limites, ou seja, as multas devem estar revestidas por certos contornos que atinjam a função social a que vieram.

Consigna que a própria Constituição Federal, no Capítulo *“DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”*, no artigo 150, inciso IV diz que *“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco”*.

Diz que, ao comparar as multas aplicadas ao caso em tela com os ditames da Constituição Federal, vê-se que há dissonância, posto que a Carta Maior não admite que a multa tenha caráter confiscatório.

Neste sentido diz que cabe ao julgador, ou seja, aquele que irá apreciar a presente Impugnação diminuir as multas aplicadas ao caso, conforme entendimento exposto no decorrer da Impugnação. Conclui dizendo que, caso aja de maneira diversa estará prestigiando patente inconstitucionalidade.

Diz que o caráter confiscatório das multas está na total desproporção entre o valor da imposição e o valor do bem a ser tributado. A graduação da multa deve ser lógica, o que não ocorre no presente caso.

Em face do exposto, diz ter restado claro que as multas devem ser anuladas, pois contrárias aos limites constitucionais e legais.

***IV. DO LIMITE MÁXIMO FIXADO POR NORMA FEDERAL (TAXA SELIC) INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.***

Diz que no Recurso Extraordinário n. 183.907-4/SP, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal, conforme se denota através da ementa do julgado, que destaca.

Pontua que naquela oportunidade não se chegou a uma conclusão sobre a natureza jurídica do instituto (se pertence ao Direito Monetário ou ao Direito Financeiro), bem como ao dispositivo constitucional diretamente violado (o art. 22, VI, ou o art. 24, I).

Após outras considerações, diz que a Lei Federal nº 9.065, de 20.6.95, através de seu artigo 13, substituiu os juros de mora até então incidentes sobre tributos federais, por juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC para títulos públicos federais, acumulada mensalmente.

Diz que, nos últimos anos, a taxa SELIC mensal tem sido sempre inferior à 1%, portanto diz que é inconstitucional taxa de juros que extrapola o valor da SELIC.

Por todo o exposto, frisa que evidente que todas as normas que compõe taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

***V. DA PRESUNÇÃO DO FISCO DA OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE ICMS.***

Diz que o auto de infração foi baseado pelo fisco, na presunção de operações de saída não escrituradas pela Empresa, apontando assim, o auto de infração de R\$ 276 mil reais, conforme demonstrado nos anexos “DEM 1, DEM 2 e DEM 3”.

Importante frisar que o ICMS é um imposto não cumulativo, e não foi considerado na composição deste auto, os valores correspondentes as entradas com direito a crédito do imposto, desprezando totalmente o direito do creditamento do contribuinte, além de elevar significativamente o “suposto” ICMS não recolhido.

Outro ponto importante, é que não foi demonstrado nos anexos da fiscalização, a situação do documento fiscal citado, o que deixa dúvida, se de fato a operação que compõe a base de cálculo do auto de infração, envolvem documentos autorizados, denegados, cancelados, contingenciados, entre outros status, que não necessariamente efetivam a operação.

***VI. PEDIDO***

Diante de todo exposto requer, após o recebimento desta, seja declarado nulo o auto de infração, devido a ofensa no que determina o artigo 142 do Código Tributário, e também às graves falhas na avaliação desta “suposta” omissão no recolhimento do ICMS, seja pelo total desprezo do crédito do imposto sob as compras realizadas pelo contribuinte e/ou pela não comprovação do status de cada documento fiscal citado.

Contudo, se acaso subsistir a autuação, o que se cogita apenas para fins de argumentação, a Impugnante requer o reconhecimento de que as multas são nulas conforme demonstrado acima.

Às fls. 29/31 dos autos têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, que a seguir passo a descrever:

Após descrever resumidamente as arguições de defesa, diz tratar o presente auto de infração de cobrança de imposto por descumprimento de obrigação principal, devido a ter deixado de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Em seguida diz que a arguição de nulidade suscitada pelo Impugnante não prospera visto que não são identificados os “*vícios insanáveis*” alegados na Defesa. Pontua, então que a infração cobrada está perfeitamente caracterizada com descrição, enquadramento legal, demonstrativos analíticos e resumo do débito, planilhas em Excel, arquivos XML das NF-e, arquivos CSV das NFC-e, e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), todos anexados ao auto (gravados em mídia DVD) de fl. 04.

Registra que a multa aplicada na infração é tipificada conforme regrado no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS/BA). Cabe destacar que a discussão acerca de caráter confiscatório, constitucional e legal das multas e dos índices de correção monetária adotados pelo Estado não pode acontecer no âmbito do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, pois o mesmo não é instância competente para tal.

Diz que, ao contrário do quanto alegado pelo Impugnante, a infração não foi cobrada por presunção, mas sim, comprovadamente, pela falta de lançamento em sua escrita fiscal das operações de saídas promovidas por NF-e (Notas Fiscais Eletrônicas) e NFC-e (Notas Fiscais do Consumidor Eletrônicas), nos períodos de apuração de maio a setembro de 2022.

Consigna que não se pode confundir o crédito tributário que foi constatado durante a ação fiscal, devido pelo contribuinte por infração à legislação do imposto, com o crédito fiscal que porventura tenha direito em decorrência das operações que pratica, sendo sua obrigação lançá-lo na escrita fiscal.

Conforme estabelece o Art. 31 da Lei nº 7.014/96, “*O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação*”.

Portanto diz que é descabido o pleito do direito ao creditamento correspondente a supostas entradas com direito a crédito do imposto. As planilhas ‘NF-e SAIDA N LANÇ\_2022’ e ‘NFC-e EMIT N LANÇ\_2022’ integrantes do arquivo Excel ‘DEMONSTRATIVOS DAS INFRAÇÕES’, anexados ao auto (gravados em mídia DVD de fl. 04), identificam todas as notas fiscais emitidas e não escrituradas, e a consulta de suas chaves pode confirmar que se tratam todas de notas fiscais ‘*Autorizadas*’.

Após as informações aqui prestadas, diz restar refutadas todas as alegações do Impugnante, pois a peça defensiva é incapaz de apresentar qualquer elemento que possa anular ou contrapor com os valores exigidos na infração, motivo pelo qual pugna pela procedência total do auto de infração.

À fl. 34-v, têm-se despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

## VOTO

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 31/03/2023, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 500428/23, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por ter deixado de recolher nos

prazos regulamentares, ICMS referente às operações de saídas não escrituradas nos Livros Fiscais próprios nos meses de maio, junho, julho agosto e setembro de 2022, conforme demonstrativo resumo de fl. 05 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 04, juntamente com o demonstrativo analítico e demais relatórios que dão embasamento a autuação. Lançado ICMS no valor de R\$ 276.292,68, com enquadramento no artigo 2º, inciso I e Art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c arts. 247 a 250, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Consta de descrição complementar dos fatos, que o contribuinte deixou de lançar em sua escrita fiscal as operações de saídas promovidas por NFe's (Notas Fiscais Eletrônicas) e NFCe's (Notas Fiscais ao Consumidor Eletrônicas), nos períodos de apuração de maio a setembro de 2022.

Vê-se de considerações de defesa, como preliminar, vícios insanáveis na constituição do lançamento fiscal. Todavia, de forma efetiva de vício, registra que deveria o fiscal ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios de que justificasse a lavratura do auto de infração, fato este que não teria ocorrido.

Não é o que observo dos autos. Como destacado pelo agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, a infração imputada está perfeitamente caracterizada com descrição, enquadramento legal, demonstrativos analíticos e resumo do débito, planilhas em Excel, arquivos XML das NF-e, arquivos CSV das NFC-e, e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), todos anexados ao Auto de Infração, em tela, gravados no CD/Mídia de fl. 04 do presente PAF.

Trata-se, então, de constituição de lançamento de exigência de imposto (ICMS), decorrentes de operações de saídas, ocorridas nos meses de maio, junho, julho agosto e setembro de 2022, não escrituradas nos Livros Fiscais próprios e, por conseguinte, não recolhido o imposto (ICMS) delas decorrentes aos Cofres do Estado da Bahia.

De ofício, em busca da verdade material, princípio consagrado no processo administrativo fiscal, consultei o Sistema EFDG (Gerenciamento da EFD), da Base de Dados da SEFAZ/BA, a existência ou não da entrega dos arquivos da EFD do Contribuinte à época da ocorrência dos fatos, com as informações de saídas e de entradas de mercadorias no estabelecimento do Contribuinte Autuado; e, por conseguinte, a apuração do imposto.

O resultado da verificação é que, de fato, o defendant entregou sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) ao Repositório Nacional da Receita federal, a que estava obrigado a entregar, na forma dos artigos 247 a 253, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, porém, relativamente ao período da autuação, mais especificamente, os meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2022, foram entregues sem qualquer movimentação, quando o levantamento fiscal apresenta um universo enorme de operações de saídas promovidas por NFe's (Notas Fiscais Eletrônicas) e NFCe's (Notas Fiscais ao Consumidor Eletrônicas), constantes do CD/Mídia de fl. 4 dos autos, não informados na EFD, extraídas do Sistema de Nota Fiscal Eletrônica do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).

Os demonstrativos que indicam essas operações não registradas, constam do CD/Mídia de fl. 04 dos autos, em planilha Excel com a seguinte denominação “DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES.xls”, onde se pode ver os números das notas Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e as Notas Fiscais ao Consumidor Eletrônicas (NFCe), no caso destas, inclusive, com a indicação das Chaves de Acesso.

Daí, também, afastando a arguição de defesa de presunção da omissão de recolhimento do imposto (ICMS), vez que se está lançando, nos autos, o imposto decorrente de operações de saídas por NFe's e NFCe's não escrituradas nos livros fiscais, que efetivamente se efetivaram, porém não foram registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do defendant, que estava obrigado a registrar e entregar, na forma dos artigos 247 a 253, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, onde de fato entregou, porém com informações tanto de saídas, quanto de entradas, zeradas, ou seja, sem qualquer registro de operações nos meses de maio, junho, julho agosto e setembro de 2022, objeto da autuação.

Não se têm, portanto, qualquer arguição de mérito por parte do defendant. Há de se destacar, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Ademais, na forma do art. 143 do mesmo diploma legal, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a atuação, vejo restar subsistente o Auto de Infração nº 269511.0002/23-2, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

Em relação à alegação da defesa de incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, verifico que não pode ser acatada tal arguição. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, ou seja, a multa aplicada é a legalmente prevista pelo art. 42, inc. II, “f”, da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, enquanto que os acréscimos moratórios incidentes são aqueles estabelecidos pelo art. 102, § 2º, inciso II do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, sendo que não se inclui na competência deste foro administrativo apreciar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme assim preconiza o inc. III, do art. 167, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269511.0002/23-2, lavrado contra **ESQUINA ADOLFO VIANA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 276.292,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA