

**A. I. Nº** - 206877.0003/15-0  
**AUTUADO** - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
**AUTUANTE** - ALEXANDRE ALCÂNTARA DA SILVA  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 24/08/2016

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0156-03/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Excluídas as notas fiscais canceladas. Reduzida para 1% a multa de 10% aplicada para as mercadorias sujeitas a tributação, com fundamento na alteração promovida pela Lei nº 13.461/15 no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a adoção da retroatividade benigna, nos termos da alínea “c”, inciso II do art. 106 do CTN. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Contribuinte logra êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal, ante a comprovação nos autos, e reconhecida pelo próprio autuante em sede de informação fiscal, de que algumas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal foram canceladas pelo remetente, cujas exclusões resultaram na redução do débito originalmente apurado. Infrações parcialmente caracterizadas. 2. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. MULTA. O autuado não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 25/11/2015, exige crédito tributário no valor de R\$464.961,36, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01 - 16.01.01. Entradas no estabelecimento de mercadorias tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a março de 2015, sendo aplicada a multa de 10% sobre cada documento não registrado, levantamento realizado através do confronto entre as Notas Fiscais Eletrônicas e respectivas Escrituração Fiscal Digital - EFD, resultando no montante de R\$462.855,19;

Infração 02 - 16.01.02. Entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a março de 2015 sendo aplicada a multa de 1% sobre cada documento não registrado, levantamento realizado através do confronto entre as Notas Fiscais Eletrônicas e respectivas Escrituração Fiscal Digital - EFD, resultando no montante de R\$1.966,17;

Infração 03 - 16.04.06. Escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Exigida a multa fixa no valor de R\$140,00.

Consta como complemento que “Referente Nota Fiscal Eletrônica número 57456, Valor da Nota Fiscal de R\$882,00, Chave de Acesso: 29150360 4090 7500 5111 5500 1000 0574 5611 3096 4509 lançada na EFD do mês de março/2015, a qual foi cancelada pelo ambiente conforme extrato de consulta ao Portal da SEFAZ Bahia (Anexo 5). Referente escrituração de oito (oito) Notas Fiscais

Eletrônicas inexistentes, escrituradas no livro Registro de Entradas da EFD, conforme relacionadas no Anexo 6. O registro dos documentos fiscais a que se referem os Anexos 05 e 06 não foi efetuado com utilização de crédito fiscal de ICMS.”

O autuado ingressa com defesa, fls. 23 a 32, por meio de advogado, com procuração fl.49 a 54. Inicialmente registra a tempestividade de sua peça defensiva, reproduz o teor da acusação fiscal e articula, para cada um dos itens da autuação, os argumentos sintetizados nos termos que se segue.

Em relação à infração 01 assevera que a Fiscalização entendeu que, no período de janeiro a março de 2015, teria deixado de escriturar, no livro de Registro de Entradas relativo à Escrituração Fiscal Digital - EFD, documentos fiscais de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, no valor de R\$4.628.551,89. E que, por esse motivo, foi aplicada multa de 10% do valor de cada operação, de acordo com o art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, totalizando o montante de R\$462.855,19.

Assevera que, no presente caso, não houve a falta de escrituração de nota fiscal nos registros de entrada como fez parecer a Fiscalização. Afirmar que, na realidade, boa parte das operações autuadas foi cancelada antes do ingresso da mercadoria em seu estabelecimento e, por isso, as notas não foram escrituradas nos registros de entradas. Esclarece que, conforme se depreende dos comprovantes dos DANFES, emitidos através do Portal da Nota Fiscal Eletrônica (doc. 04), das 37 notas autuadas, 22 trata-se de Notas Fiscais canceladas.

Declara que, além disso, das 37 notas autuadas, nove delas constam como ativas, porém os produtos nunca entraram em seu estabelecimento, razão pela qual não registrou a referida operação em seu livro de Registro de Entradas relativo à Escrituração Fiscal Digital - EFD, o que se verifica através do arquivo SAP, de controle de estoques do período, que será juntado aos autos.

Relata que, com relação às notas fiscais restantes que constam como ativas, no total seis delas, estas não geraram pagamento aos fornecedores, uma vez que as mercadorias não foram recebidas.

Aduz que no presente caso, deveria a Fiscalização verificar, junto ao emitente, se, de fato, as mercadorias foram entregues, vez que não lhe cabe provar um fato que não ocorreria.

Explica que, uma vez que boa parte das notas fiscais autuadas foi cancelada e que o restante trata-se de notas fiscais decorrentes de vendas de produtos que não entraram em seu estabelecimento, não há motivos para a aplicação da multa prevista no artigo supramencionado, razão pela qual deve ser integralmente cancelado o item 01 do Auto de Infração.

Com relação ao item 02 do Auto de Infração, assinala ter a Fiscalização entendido que no período de janeiro a março de 2015, ocorreria a falta de escrituração, no livro de Registro de Entradas relativo à Escrituração Fiscal Digital - EFD, de documentos fiscais de entradas de mercadorias não sujeitas à tributação, no valor de R\$196.617,29. Tendo sido aplicada multa de 1% do valor de cada operação, de acordo com o art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, totalizando o montante de R\$1.966,17.

Sustenta que, também com relação a este item, não houve a falta de escrituração de nota fiscal nos registros de entrada, vez que a maior parte das notas fiscais autuadas foi cancelada, conforme demonstram os DANFES anexos (doc. 05) e o restante também se trata de notas fiscais cujas mercadorias não entraram em seu estabelecimento.

Registra que o cancelamento do item 02, do Auto de Infração, é medida que se impõe.

Com relação ao item 03, do Auto de Infração, frisa que a Fiscalização entendeu que foi escriturado no livro Registro de Entradas relativo à Escrituração Fiscal Digital - EFD, em desacordo com as normas regulamentares, a Nota Fiscal Eletrônica nº 57456. Assim, foi aplicada multa fixa no valor de R\$140,00, de acordo com o art. nº 42, inciso XVIII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

Explica que a referida nota fiscal não foi escriturada, como concluiu a Fiscalização, trata-se de equívoco cometido pelo autuante. Diz que tal fato pode ser verificado através do livro Registro de Entradas, do período, que será juntando aos autos.

Remata firmando que deve ser cancelado também o item 03 do Auto de Infração.

Prossegue aduzindo que superadas as questões acima, em seu entendimento, suficientes para cancelar o Auto de Infração, já que foram demonstradas as incorreções da autuação e diz ser importante ressaltar que as infrações lavradas estão consubstanciadas em mero descumprimento de obrigação acessória, qual seja, deixar de escriturar as notas fiscais no livro Registro de Entradas, ou escriturar em desacordo com as normas regulamentares.

Sustenta não ter havido prejuízo algum ao Erário com a não escrituração de tais documentos, ao contrário, ao não registrar tais documentos, está deixando de se apropriar do crédito relativo a estas operações.

Afirma que a autuação não se reflete em eventual falta de recolhimento de imposto, mas em simples descumprimento de obrigação acessória, o qual não trouxe qualquer prejuízo ao Erário, restando descabidas as multas aplicadas no importe de R\$462.855,19.

Pondera que, caso não se entenda pelo cancelamento do Auto de Infração pelos motivos acima expostos, as multas aplicadas devem ser canceladas, ou no mínimo reduzidas, por força do disposto no art. 42, §7º, da Lei 7.014/96, cujo teor transcreve.

Declara que, segundo a Autoridade Fiscal, de acordo com os itens 01 e 02 do presente Auto de Infração, teria deixado de escriturar 53 notas fiscais em todo o período autuado (janeiro a março de 2015), no sistema SPED Fiscal, a título de entrada de mercadorias tributadas e não tributadas.

Destaca que a capitulação da multa dos referidos itens foi fundamentada no art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96, observa que a multa relativa ao item 02 é reduzida, tendo em vista que se trata de operações não tributadas.

Assinala que, no caso em tela, este Órgão Julgador Administrativo deve relevar a multa aplicada, nos termos do art. 42, §7º, da Lei 7.014/96, frisando, depois de reproduzir o seu teor que, o referido parágrafo prevê o cancelamento das multas referentes ao descumprimento de obrigações acessórias, pelos órgãos julgadores administrativos.

Menciona que para o cancelamento das referidas multas pelos órgãos julgadores administrativos, é necessário que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de pagamento do imposto.

Esclarece que, no caso em apreço, não houve dolo, fraude ou simulação, bem como se trata de capitulação legal referente a falta de escrituração de documentos fiscais, que não culmina com falta de recolhimento de ICMS.

Declara que, como apontado pelo autuante, não foram escrituradas apenas 53 notas fiscais em todo o período autuado, no sistema SPED Fiscal, a título de entrada de mercadorias tributadas e não tributadas.

Revela ser certo que a responsabilidade pelo descumprimento das obrigações pelo contribuinte é, a princípio, objetiva, conforme disposto no art. 136 do CTN que transcreve. Prossegue aduzindo que a dosimetria deve levar em consideração, também, o art. 112 do CTN.

Ressalta que, em todo o período autuado, aproximadamente 4.838 notas fiscais emitidas foram devidamente escrituradas e apenas 53 - as autuadas - não foram escrituradas no sistema SPED Fiscal, sendo que a maior parte delas foi cancelada.

Destaca que apenas 1,5% das notas emitidas não foram escrituradas, Volume que atribui ser insignificante com relação ao volume de notas emitidas, recebidas e escrituradas o percentual das notas não escrituradas, no sistema SPED.

Menciona que nesse sentido, uma multa no valor de 10% por cada operação se mostra demasiadamente abusiva e desproporcional.

Pontua que o prejuízo pela falta de escrituração das notas recaiu, única e exclusivamente, sobre seu ônus, que deixou de apropriar os créditos de ICMS pela entrada das mercadorias referente às notas fiscais não escrituradas, e não sobre o Fisco, não havendo, portanto, que se falar em prejuízo ao Erário.

Revela que caso este Órgão Julgador mantenha as multas, nos termos do Auto de Infração combatido, não considerando a previsão legal de cancelamento de multa, acabará por ignorar os elementos aqui apresentados e presumirá sua má-fé. Lembra que a má-fé não pode ser presumida, ao contrário, é necessário que seja robustamente comprovada.

Menciona resta demonstrado a presença de todos os requisitos legais autorizadores da relevação da multa, quais sejam: ausência de dolo, fraude ou simulação nas infrações praticadas e que estas não impliquem falta de pagamento do imposto.

Diz não restar dúvidas de que este órgão Julgador deve aplicar o §7º do art. 42, da Lei 7.014/96, para que sejam canceladas as multas relativas presente auto de infração, na medida em que restou comprovada sua boa-fé que, em momento algum, prejudicou o Erário, bem como, qualquer prejuízo financeiro ao Estado da Bahia, em decorrência de seu comportamento.

Requer, ainda, seja, oportunamente, intimada para a realização de sustentação oral, nos termos do art. 163, do RPAF-BA/99.

Protesta pela posterior juntada dos documentos fiscais mencionados na presente Impugnação Administrativa, bem como, de documentação complementar, caso seja necessária.

Conclui pugnando pelo cancelamento da cobrança das multas aplicadas com relação às notas fiscais autuadas.

O autuante presta informação fiscal, fls. 239 a 246, alinhando as ponderações resumidas a seguir.

Com referência a Infração 01, diz que o atuado argumenta que das 37 Notas Fiscais apontadas como não registradas no Auto de Infração, destas 22 foram canceladas. As demais, apesar de Autorizadas, reconheceu como não registradas, sob alegação que se referem a mercadorias que não adquiriu, pedindo o cancelamento deste item do Auto de Infração.

Assinala que de posse da informação prestada pela empresa em sua defesa, efetuou nova análise das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), desta feita, realizando batimentos manuais, confrontando a lista de Notas Fiscais constante no Anexo 2, fls. 6 a 8, com listagem gerada pelo Sistema NFENG da SEFAZ, o qual lista o status de todas NF-e destinadas ao autuado (Anexo 5 desta informação fiscal de contestação).

Afirma que depois de analisar os elementos carreados aos autos pelo defendente verificou que 22 (vinte e duas) das NF-e objeto da Infração 01 realmente foram canceladas, pelo que declara ter acatado a alegação comprovada e promovido o expurgo dessas notas fiscais do novo levantamento fiscal.

Explica que com referência às demais 15 (quinze) NF-e, devidamente emitidas e com status de Autorizadas, permanecem no Auto de Infração como omissas de escrituração.

Ressalta que após a lavratura do Auto de Infração em lide ocorreu alteração na Lei 7.014/96, com redução da multa tipificada para esta infração, de 10% para 1%, há de ser considerada a necessidade de ajuste no lançamento fiscal para adequação do lançamento ao novo ordenamento.

Informa que o Demonstrativo com o novo cálculo da multa, após serem expurgadas as NF-e com Status de canceladas e aplicada a multa de 1%, consta como Anexo 1 desta informação fiscal de contestação, reduzindo o valor do débito para R\$23.213,03.

No que diz respeito à Infração 02, registra que o atuado argumenta que a maior parte das Notas Fiscais apontadas como não registradas no Auto de Infração foram canceladas e que o restante

reconhece como não registradas, sob alegação de que as mesmas se referem a mercadorias que não adentraram no estabelecimento da empresa, pugnando pelo cancelamento deste item do Auto de Infração.

Relata que de posse da informação prestada pela empresa em sua defesa, efetuou nova análise das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), desta feita, realizando batimentos manuais, confrontando a lista de Notas Fiscais constante no Anexo 4 com listagem gerada pelo Sistema NFENG da SEFAZ, o qual lista o status de todas NF-e destinadas à autuada (Anexo 5 desta informação fiscal de contestação).

Diz ter verificado após análise que 10 (dez) das NF-e objeto da Infração 02 realmente foram canceladas, pelo que, serão acatadas, e expurgadas do levantamento fiscal.

Esclarece que com referência às demais 06 (seis) NF-e, devidamente emitidas e com status de Autorizadas, permanecem no Auto de Infração como omissas de escrituração.

Informa que Demonstrativo com o novo cálculo da multa, após serem expurgadas as NF-e com Status de canceladas, consta como Anexo 3 desta informação fiscal de contestação, reduzindo o valor do débito para R\$1.395,79.

Ao tratar da infração 03 menciona que na defesa foi alegado apenas que a Nota Fiscal Eletrônica nº 57.456, com status de cancelada, indicada no Auto de Infração, Anexo 5, fls. 12, como registrada em seus livros fiscais, não foi escriturada pela empresa, pelo que foi solicitado o cancelamento desta infração.

Ressalta que após análise verificou que o autuado contestou apenas parte do lançamento, que se consubstancia pelo Anexo 5, fls. 12, e Anexo 6, fls. 13.

Esclarece que de posse da informação prestada pela empresa em sua defesa, efetuou nova análise das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), desta feita, realizando batimento manual, através de análise da Escrituração Fiscal através do Programa Validador e Autenticador da Escrituração Fiscal Digital, constatou que a Nota Fiscal Eletrônica nº 57.456, fls. 12, realmente não foi registrada pela empresa em sua EFD.

Com referência ao Anexo 6, fls. 13, do Auto de Infração, frisa que estão listadas 08 (oito) Notas Fiscais Eletrônicas inexistentes escrituradas pela empresa. Afirma que a empresa não entrou no mérito, não apresentando defesa quanto ao cometimento desta infração, optou por ficar silente em sua defesa.

Conclui mantendo a aplicação da multa de R\$140,00 pela escrituração de 08 (oito) Notas Fiscais Eletrônicas inexistentes, que não foram autorizadas.

Informa que o contribuinte tem razão em relação às inconsistências apontadas em sua peça de defesa concernente a Infração 01, 02 e 03, pelo que elaborou novo Demonstrativo de Débito (Anexo 6), que assim se resume:

Infração	Valor do Auto	Novo Valor	Comentário
1	462.855,19	23.213,03	<b>Valor da multa alterado</b> Acatado parte a defesa apresentada, e considerando a redução de multa de 10% para 1%.
2	1.966,17	1.395,79	<b>Valor da multa alterado</b> Acatado parte da defesa apresentada.
3	140,00	140,00	<b>Valor da multa mantido na íntegra</b> - Valor impugnado parcialmente pela defesa. Mantido pelos motivos já expostos na contestação.
<b>Total</b>	<b>464.961,36</b>	<b>24.748,82</b>	

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração no valor total de R\$24.748,82, mais acréscimos moratórios.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, o autuado se manifesta às fls. 260 a 262, observando que com relação às infrações 01 e 02 a Fiscalização apresentou na Informação Fiscal novo demonstrativo do crédito excluindo a multa para todos os casos em que ficou comprovado que as notas fiscais foram canceladas pelos emitentes.

Destaca que o autuante também reduziu a multa para 1% do valor da operação, tendo em vista a alteração da Lei 7.014/96.

Registra que, conforme abordado na impugnação, além de ter demonstrado o cancelamento das referidas notas fiscais, fato acatado pela Fiscalização, comprovou que, em relação às demais notas fiscais, apesar de não terem sido canceladas, as mercadorias jamais foram recebidas em seu estabelecimento.

Lembra que na Impugnação, foi demonstrado, inclusive, que não realizou o pagamento por estas mercadorias. Explica que se as mercadorias não foram recebidas, se não foi realizado pagamento por elas, não se está diante de uma infração de falta de escrituração de notas fiscais, mas de um problema de emissão indevida das notas fiscais por parte de terceiras empresas.

Menciona que para comprovar que jamais recebeu as referidas mercadorias, requer a juntada do CD anexo com os seus Registros de Controle de Produção e Estoque, bem como, de seu inventário.

Manifesta a sua concordância com o demonstrativo apresentado pela Fiscalização no que se refere ao afastamento da multa relativa às notas fiscais canceladas, bem como reitera os demais argumentos de sua Impugnação, que não foram analisados pelo Fiscal autuante.

Requer, ainda, seja oportunamente intimada para a realização de sustentação oral, nos termos do art. 163, do RPAF-BA/99.

Protesta pela posterior juntada de documentação complementar, caso haja necessidade.

## VOTO

Inicialmente, depois de examinar os elementos que compõem os presentes autos, constato que afiguram-se preenchidas todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquiná-lo de nulidade.

No mérito, a autuação decorreu da falta de escrituração no livro Registro de Entradas da EFD de mercadorias tributáveis - infração 01; de mercadorias não sujeitas à tributação - infração 02, e escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares - infração 03, conforme demonstrativos fls. 06 a 13, que foram devidamente entregues ao autuado, conforme recibo fls. 15 e 21.

Em relação à infração 01 o autuado em suas razões de defesa informou que, de acordo com os comprovantes dos Danfes emitidos pelo Portal da Nota Fiscal Eletrônica, cujas cópias colaciona aos autos, 22 notas fiscais das 37 autuadas são notas fiscais canceladas. Sustentou que apesar de nove notas fiscais constarem no sistema como ativas as mercadorias nunca entraram em seu estabelecimento razão pela qual não registrou em sua escrituração fiscal. Quanto às demais seis notas fiscais restantes que constam no Portal como ativas, asseverou que estas notas fiscais não geraram pagamentos aos fornecedores, uma vez que as mercadorias não foram recebidas e que deveria a fiscalização verificar junto aos emitentes se, efetivamente, as mercadorias foram entregues, uma vez que não lhe cabe provar um fato que não ocorrera. Por esses motivos, o autuado pugnou pelo afastamento da multa.

O autuante ao prestar informação fiscal, depois de examinar as alegações da defesa, asseverou que, efetivamente, as vinte e duas notas fiscais apontadas pela defesa foram canceladas e que procedera à exclusão dessas notas fiscais do levantamento fiscal.

Em relação às quinze demais notas fiscais, destacou que, por terem sido devidamente emitida tendo o autuado como destinatário e constarem no sistema com Status de “Autorizadas” permanecem no Auto de Infração como omissas de escrituração.

Em decorrência do ajuste decorrente da exclusão das notas fiscais canceladas, o autuante elaborou novo demonstrativo de débito desse item da autuação, fl. 243, consignando que, por força da alteração da Lei nº 7.014/96, que contemplou a redução da multa de 10%, prevista no inciso IX do art. 42, para 1%, redação dada pela Lei nº 3.461 de 10/12/15, aplicou o novo percentual previsto reduzindo o valor da exigência para R\$23.213,03.

Ao compulsar as peças que compõem o presente processo, verifico que, das 37 notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, efetivamente, 22 restaram comprovadas que foram canceladas e as demais 15 remanescem no Portal com o Status “Autorizadas”, fl. 250, o que significa dizer que as operações a elas atinentes não sofreram alteração no sistema, portanto, representam operações realizadas.

No que concerne a alegação da defesa de que as mercadorias relativas às demais notas fiscais não entraram em seu estabelecimento ou não geraram pagamentos aos fornecedores, não deve subsistir, tendo em vista que uma mera alegação desprovida de efetiva comprovação não há como prosperar, eis que não possui o condão de elidir a acusação fiscal devidamente lastreada em inequívoca constatação de notas fiscais autorizadas de mercadorias tributáveis não escrituradas.

Inaceitável também é a alegação do impugnante de que não lhe cabe provar um fato que não ocorreu, haja vista ser cediço que qualquer operação realizada com seus fornecedores é antecedido de um pedido emitido por seu setor de compras. Portanto, somente interpelando o fornecedor, cuja nota fiscal foi por ele emitida e permanece “Autorizada” no sistema sem que a mercadoria tenha entrado em seu estabelecimento é que pode emergir a efetiva comprovação. Iniciativa que o defendente optou não perpetrar.

Convém esclarecer que a tentativa de comprovação indireta, ante a suposta inexistência de pagamento das mercadorias por meio de seu sistema de controle interno, bem como através de seus Registros de Controle da Produção e Estoque, não se constituem prova inequívoca da falta de registro das notas fiscais em questão, uma vez que tais controles estão suscetíveis a falhas.

Em relação à tipificação da multa, saliento que, consoante alteração do inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.461 de 10/12/2015, publicada no DOE de 11 dez/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%, *in verbis*:

“Art. 42.

[...]

*IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”*

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a disposição prevista na alínea “c”, inciso II do art. 106 do CTN, entendo ser cabível a aplicação à infração 01 a retroatividade benigna preconizada no referido dispositivo legal, *in verbis*:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

[...]

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

Assim, na infração 01 deve ser aplicada multa de 1% sobre as notas fiscais que tratam de mercadorias tributáveis.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 247 a 249, que além de expurgar as notas fiscais comprovadamente canceladas, aplicou a multa de 1%, reduzindo o valor do débito para R\$23.213,03.

Concluo pela subsistência parcial da infração 01.

A infração 02 tem a mesma natureza da infração 01 com a distinção de que trata de entradas de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, ou seja, no livro registro de Entradas na EFD.

Do mesmo modo, a defesa gravitou também em torno da alegação de que uma parte das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal foi cancelada e que as demais não ingressaram em seu estabelecimento.

Depois de examinar a intervenção do autuante por ocasião da informação fiscal, acolho os ajustes realizados que, com base na informação prestada pelo defendente realizou batimentos manuais confrontando as notas fiscais elencadas no levantamento fiscal, Anexo 4, fls. 10 e 11, com listagem gerada pelo Sistema NFENG da SEFAZ, o qual lista o status de todas as notas fiscais destinadas ao autuado, procedeu à exclusão das notas fiscais canceladas e manteve as que remanescem no sistema como devidamente autorizadas. Conforme no demonstrativo acostado às fls. 251 a 253, que reduz o valor do débito para R\$1.395,79.

Assim, ante a ausência de qualquer comprovação inequívoca pelo defendente de que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento a infração 02 também afigura-se parcialmente caracterizada.

Na infração 03 o autuado é acusado de escriturar o livro Registro de Entradas em desacordo com a legislação. Consta no Anexo 5, fl. 12, que a Nota Fiscal nº 57456 cancelada pelo emitente foi indevidamente escriturada. E as notas fiscais elencadas no Anexo 6, fl. 13, inexistente foram escrituradas pelo autuado no livro Registro de Entradas da EFD.

Em suas razões de defesa o sujeito passivo aduziu que esse item da autuação deve ser excluído, pois a fiscalização equivocou-se, uma vez que a Nota Fiscal nº 57456 foi cancelada pelo emitente e não fora escriturada em seu livro Registro de Entradas.

O autuante manteve a autuação sob o fundamento de que, mesmo constatando, depois de examinar a EFD do autuado, que a Nota Fiscal nº 57.456 cancelada não foi registrada, portanto, assistindo razão ao autuado sob esse aspecto, as demais notas fiscais inexistentes elencadas no Anexo 6, foram indevidamente registradas na EFD, e nem sequer foram abordadas pela defesa.

Ao compulsar os elementos que constituem esse item da autuação, constato que assiste razão ao autuante, por restar evidente nos autos que, em relação às notas fiscais, ditas equivocadamente como inexistentes, e elencadas no Anexo 6, foram escrituradas em desacordo com o previsto nos incisos I a III do art. 217 do RICMS-BA/12, pois não representam efetivas operações de entradas mercadorias no estabelecimento autuado. Por isso, afigura-se caracterizada a autuação.

Assim concluo pela subsistência da infração 03.

No tocante ao pleito do autuado para relevação das multas aplicadas por ausência de prejuízo ao erário, além de restar evidenciado nos autos a caracterização das infrações deixo de acatar a pretensão do autuado, primeiro porque as multas aplicadas estão expressamente tipificadas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia e, segundo, por falta de previsão legal para vinculação da exigência com prejuízo causado ao erário.

Convém salientar a importância do cumprimento das obrigações pelo contribuinte, uma vez que foram legalmente estatuídas com o propósito imprescindível de dar suporte às atividades de controle exercidas pela fiscalização, portanto, independe de motivação com repercussão financeira direta ao Erário.

Quanto à alegação de que devem ser canceladas as multas por não terem sido praticadas com dolo fraude ou simulação, entendo que as multas devem ser mantidas tendo em vista que, mesmo inexistindo nos autos indícios do cometimento dessas irregularidades, o contribuinte não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar de forma inequívoca que a irregularidade constatada não causou falta de recolhimento do ICMS devido. Quanto ao fato das irregularidades decorrerem da constatação da não escrituração de notas fiscais entradas de mercadorias no estabelecimento, deve também ser ressaltado que esse aspecto é insuficiente para asseverar,



inequivocamente, a não ocorrência de falta de recolhimento do ICMS devido. Nestes termos, não acolho, portanto, a pretensão do autuado.

Quanto ao argumento de que na dosimetria da sanção por descumprimento de obrigação deve ser considerado o art. 112 do CTN, entendo que esse aspecto foi suprido com o aperfeiçoamento da legislação ao reduzir para 1% a multa atinente à não escrituração das entradas de mercadorias tributáveis.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206877.0003/15-0**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no de **R\$24.748,82**, previstas, respectivamente, nos incisos IX, XI e XVII, alínea “b”, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de Agosto de 2016.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA