

**PROCESSO** - A. I. Nº 274068.0003/16-3  
**RECORRENTE** - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO– Acórdão 1ª JJF nº 0031-01/17  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 14/11/2017

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0364-12/17**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROVANTES DO DIREITO. Na fase recursal o contribuinte, colaciona aos autos recolhimentos de parte do débito reclamado. Infração parcialmente subsistente. Rejeitado o pedido de diligência ou perícia fiscal formulado pelo autuado por não ter sido fundamentada a sua necessidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Temos em análise o Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 274068.0003/16-3, lavrado em 07/07/2016 para exigir ICMS no valor histórico de R\$68.097,35, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (01.02.42), ocorrido nos meses de junho a agosto de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 07/03/2017 (fls. 501 a 507) e decidiu pela Procedência em Parte o Auto de Infração em epígrafe, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

### **“VOTO**

*Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.*

*Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração formulado pelo autuado sob a alegação de falta de motivação, o que teria lhe causado cerceamento de defesa, especialmente em relação ao mês de agosto de 2015. Na descrição dos fatos, a autuante indica que a ação fiscal teve início com a intimação do autuado para justificar os lançamentos de créditos por ele realizados no registro E111 da EFD, com apresentação da memória de cálculo e dos documentos correspondentes.*

*O Registro E111 do Sped-Fiscal, tem por objetivo discriminar todos os ajustes lançados referentes a “Outros débitos”, “Estorno de créditos”, “Outros créditos”, “Estorno de débitos”, “Deduções do imposto apurado” e “Débitos Especiais”. No presente Auto de Infração foram questionados os lançamentos a crédito efetuados pelo próprio autuado em sua escrita fiscal, conforme documentos das fls. 23 a 27.*

*Nas intimações (fls. 05 a 18), foram apresentadas a relação dos ajustes lançados pelo autuado de junho a agosto de 2015 (fls. 06 e 13), dos quais se pediu a apresentação da memória de cálculo e dos comprovantes de recolhimento. Na relação referente ao mês de agosto de 2015 (fl. 13), constam os lançamentos efetuados pelo autuado que foram questionados pelo fisco na referida intimação. Embora não haja o somatório dos lançamentos, a soma deles corresponde ao valor de R\$119.889,53, conforme resumo anexado à fl. 19. Ademais, a defesa apresentada reflete precisamente a motivação do Auto de Infração, confirmando o pleno entendimento da acusação que lhe foi imposta.*

*Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, informo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.*

*Rejeito o pedido de diligência ou perícia fiscal formulado pelo autuado por não ter sido fundamentada a sua necessidade.*

*Entendo desnecessária a abertura de vistas ao sujeito passivo após a informação fiscal prestada pela autuante das fls. 474 a 479, pois o resultado produzido pela autuante decorreu exclusivamente da análise dos*

*documentos trazidos aos autos pelo autuado, não sendo trazido posteriormente qualquer documento novo ou outro elemento probatório. Assim, para não comprometer a celeridade processual, apresento o voto.*

*No mérito, em relação aos lançamentos do período de junho de 2015, verifiquei que o autuado não apresentou documentos suficientes para afastar a exigência relativa às notas fiscais nº 247398 e 247397. Os documentos de arrecadação não trazem informação acerca das notas fiscais a que se referem. O autuado não apresentou cópia do alegado Auto de Infração a que se referia o DAE, que certamente traria as informações sobre os documentos fiscais objetos da autuação.*

*Da mesma forma, o DAE correspondente ao valor de R\$ 5.312,15, referente às notas fiscais nº 1474729 e 1474733 também não deve ser considerado, pois não traz informação acerca das notas fiscais a que se referem. Note-se que, estranhamente, as referidas notas fiscais estão relacionadas no processo de pedido de restituição nº 177132/2015-6, fls. 209 e 244, cadastrado na SEFAZ em setembro de 2015, três meses após já ter sido lançado a crédito, conforme demonstrativo à fl. 20.*

*O DAE referente à nota fiscal nº 106785 também não deve ser considerado, pois o CNPJ indicado foi de outro estabelecimento da empresa e não houve deliberação acerca do deferimento da sua retificação.*

*Por outro lado, discordo da interpretação da autuante, com base unicamente em afirmação do autuado, em tabela à fl. 439, de que o recolhimento no valor de R\$ 2.094,36, vinculado à nota fiscal nº 248022, se refere ao mês de agosto de 2015 e não ao mês de junho de 2015, como inicialmente constou no demonstrativo à fl. 20. O efetivo recolhimento ocorreu em junho de 2015, conforme documentos às fls. 459 e 460, o que leva à conclusão de ter ocorrido equívoco na informação prestada pelo autuado. Assim, concluo que a exigência fiscal referente ao mês de junho de 2015 deve permanecer reduzida para R\$ 3.543,62, como concluiu a autuante em sua primeira informação fiscal à fl. 425.*

*Diante das comprovações trazidas aos autos pelo autuado, trazendo comprovante de recolhimento do imposto vinculado à nota fiscal nº 1489789 (fls. 415 e 416), concordo com o posicionamento da autuante em afastar qualquer exigência fiscal relativa ao mês de julho de 2015.*

*Em relação ao mês de agosto de 2015, concordo com o posicionamento da autuante em não aceitar como comprovante o DAE referente ao valor de R\$ 1.354,45 (fls. 451 e 452) por falta de correspondência do seu valor com os lançamentos efetuados pelo autuado em sua escrita fiscal e pela falta de apresentação pelo autuado de memória de cálculo que pudesse justificar a diferença.*

*Da mesma forma, não aceito como comprovante de recolhimento o DAE no valor de R\$ 2.176,84, fls. 463 e 464, referente a notificação 2176880057/15-4, pois os valores são diferentes e não tem memória de cálculo para validar o valor.*

*Pelo mesmo motivo, não aceito como comprovante de recolhimento o DAE no valor de R\$9.246,45, fls. 461 e 462, referente a notificação 1527010146/15-5, pois os valores são diferentes e não tem memória de cálculo para validar o valor.*

*Por outro lado, como dito anteriormente, discordo do reconhecimento do DAE no valor de R\$ 2.094,36 como sendo vinculado ao mês de agosto de 2015, já que o recolhimento se deu em junho de 2015. Assim, entendo que este valor não deve ser abatido no demonstrativo à fl. 481.*

*Desse modo, ficou comprovado pelo autuado o recolhimento de R\$ 104.564,99, referente aos DAE's no valor de R\$ 977,81, folhas 465 e 466; R\$ 1.293,02, folhas 457 e 458; R\$ 5.571,00, folhas 453 e 454; R\$ 8.556,02, folhas 455 e 456; R\$ 9.477,95, folhas 449 e 450; e R\$ 13.001,72, folhas 467 e 468; além do valor de R\$ 65.687,46, conforme demonstrativo às fls. 482 e 483.*

*Assim, fica a exigência referente ao mês de agosto de 2015 reduzida para R\$ 15.324,54.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$ 18.868,16, nos seguintes termos:*

*1 – 30/06/2015 – valor histórico de R\$ 3.543,62;*

*2 – 31/08/2015 – valor histórico de R\$ 15.324,54.*

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

Inicialmente o recorrente pede a nulidade da decisão de Primeira Instância por entender que, pelo fato de não ter sido atendido seu pedido de Perícia, o v. acórdão recorrido está maculado pelo vício da nulidade, haja vista o evidente desrespeito aos Princípios Constitucionais da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual deve ser anulado por esta C. Câmara de Julgamento.

No mérito, aduz que melhor sorte não assiste ao v. acórdão recorrido. A Colenda 1ª Junta de Julgamento Fiscal houve por bem julgar parcialmente procedente a Autuação Fiscal em questão, reduzindo a exigência do imposto de R\$68.097,35 para R\$18.868,16.

Contudo, em que pese o reconhecimento da quitação da maior parte dos valores cobrados nestes

autos, a cobrança do montante de R\$18.868,16 não deve prosperar, haja vista que o recorrente comprovou nestes autos o pagamento do ICMS relativo a todos os lançamentos. Vejamos.

O Auto de Infração pretendeu a cobrança de ICMS relativo a operações realizadas nos meses de junho, julho e agosto de 2015. O recorrente apresentou sua defesa, ocasião em que juntou aos autos os comprovantes de recolhimento deste período, a fim de demonstrar que a cobrança é indevida.

Relativamente aos lançamentos do mês de julho/2015, a própria Fiscalização entendeu que a exigência fiscal deveria ser afastada, tendo em vista a comprovação do pagamento. A Colenda 1ª Junta de Julgamento Fiscal concordou com o entendimento da Fiscalização, afastando qualquer exigência fiscal relativa ao mês de julho/2015, restando apenas lançamentos relativos aos meses de junho e agosto de 2015.

Em relação ao mês de junho de 2015, a Colenda 1ª Junta de Julgamento Fiscal entendeu que o recorrente não apresentou documentos suficientes para afastar as exigências relativas às Notas Fiscais nºs 247398, 247397, 1474729 e 1474733. Isto porque, (i) os DAEs juntados aos autos não trazem informação acerca das notas fiscais a que se referem e (ii) o recorrente não juntou aos autos cópia dos Autos de Infração que deram origem aos DAEs.

Conforme já dito, os DAEs relativos às Notas Fiscais nºs 247398, 247397, 1474729 e 1474733 foram emitidas pelo próprio Estado quando da lavratura de Auto de Infração na barreira fiscal. Nestes casos, o fisco entendeu ter havido falta de pagamento de antecipação do ICMS e emitiu a guia no local para pagamento imediato e liberação da carga.

Assim, eventual ausência de informação no DAE deve ser questionada à d. Autoridade que a emitiu, já que o recorrente não teve qualquer ingerência sobre este procedimento.

Para encerrar a discussão sobre estes lançamentos, o recorrente requer que o Estado, ora Recorrido, junte cópia dos autos de infração lavrados na barreira fiscal, permitindo que este Egrégio Conselho possa vinculá-los às Notas Fiscais nºs 247398, 247397, 1474729 e 1474733, e aos respectivos DAEs (nº de série 1503136330 e 1503276204).

Em relação à Nota Fiscal nº 106785, em que, de fato, houve erro no CNPJ discriminado no DAE, o recorrente informa que juntará o documento de retificação, a fim de excluir a exigência fiscal sobre ela.

Em relação ao mês de agosto de 2015 é igualmente indevida, consoante abaixo descrito.

A Colenda 1ª Junta de Julgamento Fiscal entendeu que o DAE no valor de R\$2.094,36 não está vinculado ao mês de agosto, já que o recolhimento se deu em junho de 2015, mantendo o respectivo lançamento.

Ora, se o recorrente já comprovou que o lançamento (a princípio vinculado ao mês de junho de 2015) foi devidamente recolhido no mês competente, imperiosa se faz a exclusão desta cobrança da presente autuação fiscal. Trata-se de verdadeira contradição reconhecer que o valor foi quitado, conforme comprovado nestes autos, mas concluir que o lançamento deve ser mantido.

Com relação aos DAEs nos valores de R\$1.354,45, R\$2.176,84, e R\$9.246,45, o i. Julgador a quo concluiu pela não aceitação dos comprovantes, sob o argumento de que os valores são diferentes e não há memória de cálculo para validá-los.

Conforme esclarecido anteriormente, o recolhimento do ICMS relativo a estes lançamentos foi feito após a lavratura de Auto de Infração na barreira fiscal, razão pela qual os valores informados nos DAEs são superiores (incidência de juros).

Para evitar quaisquer questionamentos a esse respeito, o recorrente requer que o Estado, ora Recorrido, junte cópia dos autos de infração lavrados na barreira fiscal, permitindo que este Egrégio Conselho possa vinculá-los às notas fiscais, e aos respectivos DAEs.

Ademais, vale destacar que o v. acórdão recorrido incorreu em erro material, haja vista que, conforme fls. 6 do v. acórdão, entendeu por não reconhecer os pagamentos dos valores de R\$1.354,45, R\$2.176,84, R\$9.246,45 e R\$2.094,36, que totalizam R\$ 14.872,10. Contudo, às fls. 7 do v.

acórdão, conclui que “fica a exigência referente ao mês de agosto de 2015 reduzida para R\$ 15.324,54”.

Sendo assim, restou devidamente comprovado e demonstrado que todos os lançamentos feitos nestes autos são indevidos, já que o recorrente efetuou o recolhimento do ICMS relativo a todas as notas fiscais listadas nos Anexos 2 a 4 da autuação fiscal.

Por esta razão, requer seja dado o provimento ao presente Recurso Voluntário, a fim de cancelar o presente Auto de Infração.

Impugna a multa aplicada, por entendê-la exorbitante, no percentual de 60%.

Ressaltam duas as razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Colaciona aos cadernos processuais diversas decisões dos Tribunais Pátrios.

Em face de todo o exposto, requer seja o presente recurso recebido, processado e conhecido para que, ao final:

- (i) *seja-lhe dado provimento para declarar a nulidade do v. acórdão recorrido, pelas razões acima expostas; ou*
- (ii) *seja-lhe dado provimento para julgar improcedente o Auto de Infração nº 274068.0003/16-3, haja vista que restou demonstrado nos autos que o recorrente efetuou o pagamento de todos os valores relativos a ICMS no período de junho a agosto de 2015; e*
- (iii) *caso não seja cancelada integralmente a autuação, o que se admite apenas para argumentar, o recorrente requer seja afastada a multa aplicada, ou sua redução para patamares razoáveis (20% sobre o valor do principal).*

*1. Protesta o recorrente pela apresentação de suas razões recursais em sustentação oral perante este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do artigo 163 do Decreto nº 7.629/99.*

*2. Por fim, requer que todos os avisos e intimações relativos a este processo sejam realizados exclusivamente em nome do advogado **João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972)**, com endereço profissional na Av. da França, 164, Edif. Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador-Bahia CEP 40.010-000.*

## VOTO

Trata-se de Recurso de Voluntário em relação à Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/07/2016.

Preliminarmente, quanto à alegação de cerceamento do seu direito de defesa em face do não acatamento, pela JJF, do pedido de diligência, é importante ressaltar que a perícia ou diligência não se constituem em direito subjetivo das partes, mas sim em instrumento a serviço do juízo, com vistas a esclarecer fatos, cujo conhecimento requeira exame de bens ou documentos. Não é, portanto, um meio de defesa, mas um instrumento, podendo o perito (diligente) ser definido como um auxiliar do juízo.

Nesse sentido, é que o legislador do RPAF previu que o pedido de diligência poderá ser indeferido, quando o julgador considerar que os elementos contidos no processo se lhe afigurem como suficientes, nos termos do seu art. 147, inciso I, alínea “a”, conforme abaixo reproduzido.

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- ...”*

O disposto na alínea “b” do dispositivo citado reforça a idéia de que a diligência não pode ser tratada como meio de defesa, pois não substitui a ação probatória da parte, conforme se depreende do texto abaixo.

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

*...*

*a) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;  
..."*

Ora, não há nulidade a ser reconhecida somente porque a Decisão recorrida não atendeu ao pedido de diligência, em que pese tal indeferimento pudesse afetar a decisão recorrida, o que depende da demonstração da insuficiência dos elementos probatórios, o que não ficou provado pelo recorrente.

Assim, entendo que a Junta de Julgamento Fiscal fez uso de prerrogativa sua, indeferindo o pedido de diligência/perícia e julgando, posteriormente, com base nas provas que se encontravam no processo, sem que disso resultasse em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Com relação ao mérito, vejo que em sua peça defensiva, o recorrente, colaciona aos fólios processuais farta documentação que comprova o pagamento de quase a totalidade da exigência fiscal do presente PAF. (fls. 512 a 616).

De forma detalhada o recorrente demonstra o pagamento e a homologação dos referidos pagamentos de quase todas as notas constantes da exigência fiscal.

Verifico no presente PAF que não houve a comprovação do pagamento da Nota Fiscal nº 248022 de 20/06/2015, no valor de R\$2.094,36.

Diante do exposto, julgo a infração procedente em parte mantendo a exigência referente à Nota Fiscal nº 248022 de 20/06/2015, no valor de R\$2.094,36.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas: no art. 42, VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96. No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 5.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Destarte, voto no sentido de **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário, modificando a Decisão de piso, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração em epígrafe.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0003/16-3**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.094,36**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS