

PROCESSO - A. I. N° 269197.0011/17-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - NESTLÉ BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0086-04/18
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0386-12/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Art. 268, LII, “s” estabeleceu que a partir de 01.06.2016 a carga tributária para as operações de saídas internas na fabricação de produtos alimentícios fosse reduzida no sentido de que correspondesse a 12%. O estabelecimento remetente dos produtos fabricados, pertencente ao mesmo grupo empresarial do autuado, não observou esse regramento e emitiu documentos fiscais com destaque do imposto em percentual superior ao permitido. Autuado utilizou crédito fiscal em desacordo com o estabelecido pelo Art. 309, § 7º do RICMS/BA. Excluída as exigências que recariam sobre documentos fiscais emitidos antes de 01.01.2016. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a penalidade aplicada. Ausência de cobrança em duplicidade. Incompetência do órgão julgador administrativo para declaração de constitucionalidade na legislação tributária posta. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em face da decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/05/2017, para reclamar crédito tributário no valor de R\$1.680.946,35, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Ressalve-se que o estabelecimento autuado passou a atender a legislação fiscal neste particular a partir de 02/09/2016, utilizando-se do crédito fiscal no percentual correto de 12%*”.

A título de descrição dos fatos consta a seguinte observação: “*O estabelecimento utilizou um crédito fiscal de 18% destacado indevidamente nos documentos fiscais pela Nestle Nordeste nas vendas de Nescau 200 ml no mês de junho de 2016, quando o valor correto a ser destacado seria de 12%. Como a autuada no referido mês possuía saldo credor, exigiu-se através do PAF 269197.3001/16-2 a multa pelo creditamento indevido*”.

Consta, ainda, outra observação nos seguintes termos: “*Efetuamos intimação do estabelecimento através do PAF citado acima e pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) para proceder o estorno do crédito fiscal no prazo de 20 (vinte) dias, fato este não ocorrido até o início dessa ação fiscal*”.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transscrito.

VOTO

A acusação objeto da presente lide está posta nos seguintes termos: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Ressalve-se que o

estabelecimento autuado passou a atender a legislação fiscal neste particular a partir de 02/09/2016, utilizando-se do crédito fiscal no percentual correto de 12%", tendo sido acrescentado: "O estabelecimento utilizou um crédito fiscal de 18% destacado indevidamente nos documentos fiscais pela Nestlé Nordeste nas vendas de Nescau 200 ml no mês de junho de 2016, quando o valor correto a ser destacado seria de 12%. Como a autuada no referido mês possuía saldo credor, exigiu-se através do PAF 269197.3001/16-2 a multa pelo creditamento indevido", e, ainda: "Efetuamos intimação do estabelecimento através do PAF citado acima e pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) para proceder o estorno do crédito fiscal no prazo de 20 (vinte) dias, fato este não ocorrido até o início dessa ação fiscal".

Considero oportuna a menção dos fatos acima que deram origem ao presente Auto de Infração a fim de que se possa avaliá-los e decidir com objetividade e clareza, tomando como parâmetro os argumentos apresentados pela defesa e autuantes. Dito isto passo a decidir.

O autuado iniciou sua peça defensiva suscitando a nulidade do Auto de Infração por deficiência na descrição dos fatos, situação esta que motivou cerceamento ao seu direito de defesa.

Do exame levado a efeito nas peças processuais que integram estes autos me convenci que não assiste razão ao autuado em seu argumento. Isto porque, conforme consta acima, a descrição dos fatos está posta de forma clara, precisa e demonstrada de maneira objetiva e analítica, situação esta que ofereceu todos os meios para o autuado exercer sua defesa na plenitude, o que afinal o fez, na medida em que apontou algumas notas fiscais que ao seu entender deveriam ser excluídas da autuação e, sobre as quis, me posicionarei adiante.

Importante ressaltar que foi elaborada pelos autuantes uma planilha analítica indicando cada documento fiscal que resultou em lançamento de crédito em valor superior ao previsto pela legislação, constando a data da emissão, o número da chave da nota fiscal, a base de cálculo, o crédito utilizado calculado à alíquota de 18%, o cálculo do crédito correto considerando a alíquota de 12% e o valor exigido por cada documento fiscal que é justamente a diferença de 6% (18% - 12%), sendo que, tal planilha foi entregue ao autuado conforme atesta o documento de fl. 29.

Portanto, por não vislumbrar qualquer ofensa à norma prevista pelo Art. 39 do RPAF/BA afasto o pedido de nulidade do Auto de Infração na forma aqui suscitada.

Alegou também o autuado, que os autuantes utilizaram de presunções para afirmar, genericamente, que não foi feito o estorno dos créditos fiscais relativos aos produtos adquiridos da Nestlé Nordeste, sem que fosse buscada a verdade material dos fatos.

Não é isto que vejo nos autos. Em um primeiro momento foram detectados pelos autuantes lançamentos diversos, plenamente identificados, referentes a aquisições com destaque no documento fiscal do imposto calculado à alíquota de 18% quando, o correto seria que o cálculo fosse efetuado com base na alíquota de 12% em obediência ao que determina o Art. 268, inciso LII, alínea "s" do RICMS/BA-2012, em vigor.

Em seguida, pelo fato desses lançamentos a crédito em valor superior ao permitido resultarem em um crédito fiscal irregular no montante de R\$1.680.946,35, e em razão do estabelecimento autuado, apresentar à época, saldo credor em valor superior ao aqui indicado, identificaram que este lançamento, apesar de irregular, não repercutiu, naquele momento, no recolhimento do imposto. Por este motivo, com fundamento no Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, foi aplicada penalidade no montante de R\$1.008.567,81 correspondente a 60% do valor acima mencionado, e que resultou no Auto de Infração nº 269197.3001/16-2, o qual foi julgado Procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal conforme Acórdão nº 0040-01/17, doc. fl. 06.

A propósito, o referido dispositivo legal que estatuiu a referida penalidade assim se apresenta: "60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, **sem prejuízo da exigência do estorno:** a) quando da utilização indevida de crédito fiscal" (grifo não original).

Observe-se que desde 06/09/2016 o autuado foi intimado para proceder ao estorno do crédito lançado irregularmente, entretanto, assim não procedeu, chegando a afirmar em sua defesa que não efetuará o estorno do crédito, motivando a expedição do presente Auto de Infração em 23/05/2017.

Desta maneira o presente lançamento não ocorreu por mera presunção conforme alegado pela defesa, mas, sim, com base em fatos reais, devidamente identificados e apontados, buscando desta maneira a verdade real desses fatos e sua motivação.

O autuado, em seus pedidos, mencionou que se reserva ao direito de requerer a realização de diligência, entretanto não houve no bojo da peça defensiva qualquer pedido neste sentido, portanto, não há nos autos presença de qualquer fato que possa suscitar realização de diligência.

Outro ponto questionado pela defesa onde alega que a apuração do valor exigido foi feita de forma que provocou dificuldade ao seu entendimento, também não se sustenta.

O autuado alegou que os autuantes utilizaram como base de cálculo o valor de R\$14.007.866,25 e aplicaram a alíquota de 12% resultando na exigência de R\$1.680.946,35, contudo a base de cálculo que entende correta

seria no valor de R\$28.015.773,26 sobre a qual seria aplicado o percentual de 6% resultando no mesmo valor autuado.

Ora, conforme o próprio autuado pontuou o resultado entre ambas as situações é o mesmo. O que foi feito pelos autuantes foi identificar, nota por nota, a quantia creditada a mais e, ao final, dividiram o total do crédito efetivamente considerado a mais por 12% apenas para compor o campo próprio do Auto de Infração já que não existe alíquota de 6%.

Portanto não há qualquer ofensa à ampla defesa e ao princípio da motivação, até porque a apuração do débito foi feita com base em planilha analítica, de fácil entendimento e entregue ao autuado, razão pela qual fica também afastado este argumento defensivo.

Alegou ainda a defesa a existência de grave vício de nulidade em face da cobrança da multa em duplidade, já que exigida sobre a mesma conduta, ou seja, neste Auto de Infração está sendo exigido imposto e multa em função de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS enquanto que no Auto de Infração nº 269197.3001/16-2 foi exigida multa sobre as mesmas operações da presente autuação.

Não considero que esta argumentação defensiva seja ensejadora de nulidade deste Auto de Infração, isto porque os dois autos de infração envolvem situações distintas, onde neste, ao contrário do anterior que aplicou uma penalidade pecuniária, e que, segundo o autuado, se encontra em fase de Recurso Voluntário que será objeto de apreciação por uma das Câmaras de Julgamento deste CONSEF, neste está sendo exigido imposto que não foi estornado pelo autuado, fato este que resulta em descumprimento de obrigação principal, pois, como já dito, apesar do autuado haver sido intimado, com base no Art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96, desde setembro de 2016, para que procedesse ao estorno de tais créditos, assim não procedeu, e afirma, de forma peremptória no item 30 (trinta) da sua defesa, fl. 36, que não concorda com a exigência do estorno dos créditos em debate.

A propósito, segundo informado pelos autuantes, o estabelecimento emitente dos documentos fiscais, é usuário do Programa DESENVOLVE e goza de benefícios para efeito de cálculo do imposto a ser pago, enquanto que o destinatário, no caso o autuado, está se utilizando do crédito integralmente, calculado por alíquota superior ao permitido, o qual poderá ser repassado a terceiro ou mesmo compensado de forma irregular.

Afasto, portanto, este argumento de nulidade do presente lançamento.

Quanto a arguição de inaplicabilidade da carga tributária de 12% sobre notas fiscais emitidas no mês de maio/2016, de acordo com os próprios autuantes assiste razão ao autuado, isto porque, a alteração introduzida no artigo 268, inciso LII, alínea “s” do RICMS/BA só vigorou a partir de 01/06/2016, não podendo ser aplicada sobre fatos pretéritos.

Desta maneira devem ser excluídos os valores referentes aos seguintes documentos fiscais: NFe 19511: R\$ 990,05; NFe 19512: R\$68.197,54; NFe 19514: R\$749,00; NFe 19515: R\$433,84; NFe 19516: R\$10.990,51; NFe 19517: R\$281,19 e NFe 19518: R\$33.847,32, totalizando a quantia a ser excluída no montante de R\$115.489,45.

No que diz respeito a alegada não observância do princípio da não-cumulatividade do imposto o autuado cita que não concorda com a exigência do estorno e que está discutindo esta exigência nos autos do Processo nº 269197.3001/16-2 que está pendente do julgamento do Recurso Voluntário que interpôs.

A este respeito sustenta que faz jus a dedução dos montantes pagos em relação aos produtos adquiridos em fase pretérita, sendo assim, direito seu ao creditamento dos valores pagos a título de ICMS.

A questão da não-cumulatividade do imposto está prevista pelo Art. 155, § 2º, item I da Constituição Federal, porém não é isto que está em discussão nestes autos. O que está sendo exigido não a questão do crédito fiscal especificamente, e, sim, o crédito fiscal creditado a mais, em desacordo com a legislação.

No caso específico do presente lançamento temos que o autuado creditou-se em valor superior ao devido nas operações indicadas na planilha de fls. 10 e seguintes, em razão do estabelecimento remetente não considerar a redução da carga tributária para 12%, conforme previsão no Art. 268, LII “s” do RICMS/BA, enquanto que o autuado se creditou do valor integral destacado incorretamente nos documentos fiscais:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

LII - na operação de saída interna de mercadoria relacionada aos códigos de atividades econômicas a seguir indicados, destinada a contribuinte do ICMS inscrito no CAD-ICMS do Estado da Bahia, realizada por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que por ele produzida, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), inclusive em relação à base de cálculo do ICMS quando devido por substituição tributária:

(...)

s) 109 - fabricação de outros produtos alimentícios;

Desta maneira o procedimento do autuado vai de encontrar a norma prevista pelo Art. 309, § 7º do RICMS/BA:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.

Portanto, à luz do quanto acima exposto, não merece acolhimento o argumento defensivo de que houve ofensa ao princípio na não-cumulatividade do imposto, o que fica aqui afastado.

Quanto a irresignação do autuado em relação ao percentual de 60% da multa aplicada, observo que esta é a legalmente prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, portanto deve ser mantida em sua integralidade, sem redução por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, enquanto que os argumentos relacionados a efeito confiscatório, o Art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA veda aos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade na legislação tributária estadual posta.

Em conclusão e ante a todo o exposto, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$1.565.456,90 observando, finalmente, que as intimações referentes ao processo administrativo fiscal são regidas pela norma prevista pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que a Secretaria deste órgão julgador encaminhe também ao patrono do autuado as intimações para o endereço constante na peça de Impugnação.

Irresignado, o Sujeito Passivo, por seu Patrono, interpõe Recurso Voluntário, às fls. 238/243 e, após relatar os fatos, diz da nulidade da decisão recorrida em face de suposta deficiência na descrição dos fatos, o que lhe prejudicaria o exercício do contraditório e do seu direito de defesa.

Na linha traçada, evocando o art. 5º, LV, da CF/88 e o art. 39, III, do Decreto nº 7.629/99, diz que referidos dispositivos determinam que a descrição dos fatos que fundamentam a autuação seja feita de forma clara e precisa, sob pena de nulidade.

Na espécie, afirma que a autuação, de forma genérica, informa que o sujeito passivo não teria efetuado o estorno fiscal dos créditos fiscais relativos aos produtos adquiridos da Nestlé Nordeste, entendido que o Fiscal teria se valido de presunções para chegar a essa conclusão, sem, no entanto, buscar a verdade dos fatos, o que lhe tolheu a possibilidade de defender-se de forma efetiva.

Diz do princípio da motivação e da legalidade, cita a doutrina, e afirma que a apuração do valor supostamente devido foi realizada de maneira que lhe impôs severas dificuldades de entendimento da acusação fiscal, argumentando:

“(...) a autuação utilizou como base de cálculo o valor de R\$ 14.007.886,25 e aplicou a alíquota de 12%, resultando na exigência de R\$ 1.680.946,35 de valor principal. Contudo, a base de cálculo correta seria de R\$ 28.015.773,26, sobre a qual se aplica o percentual de 6% (diferença entre 18% utilizado originalmente pela Impugnante e 12% reputados como corretos pela fiscalização), resultando na mesma exigência de R\$ 1.680.946,35. Em que pese não haver diferença no valor principal cobrado, é certo esta metodologia de cálculo apenas reforça os argumentos pela nulidade do auto. O entendimento do v. acórdão recorrido de que se tratou de mera composição do campo adequado do Auto de Infração apenas reforça a falta de clareza da Autuação, que fez operações matemáticas dissociadas dos fatos relativos ao feito, o que não pode ser admitido.”

Insiste na tese de que deve ser reformado o acórdão recorrido para se reconhecer a nulidade da autuação por notório vício formal.

Avançando, suscita a nulidade da multa sob o argumento de que dita penalidade lhe teria sido exigida em duplicidade.

Entende que o posicionamento da JJJ no sentido de que não houve cobrança de multa em duplicidade deve ser reformado, certo que o presente Auto de Infração pretende a cobrança de imposto e multa, enquanto que o AI 269197.3001/16-2, lavrado contra si, pretende exigir multa exatamente sobre a mesma conduta indicada nesta autuação como suposta infração, qual seja o

creditamento supostamente indevido em decorrência de destaque de imposto a maior.

Registra que mantidas as duas exigências, estar-se-ia diante de um caso de cobrança em duplicitade da multa com fundamento numa mesma operação, e verdadeiro *bis in idem*, entendendo que não se está diante de infrações distintas apenas pelo fato de a Infração destes autos consistir em “*Utilizar indevidamente crédito fiscal*”, enquanto que no AI 269197.3001/16-2 a Infração é “*Deixar de estornar crédito fiscal*”, posto que seriam condutas sequenciais, de modo que a condenação por suposto cometimento de infração em uma delas, por dedução lógica, acaba por absorver a outra.

Reitera a tese de que o acórdão recorrido deve ser anulado.

No mérito, alegando que a decisão recorrida afasta qualquer violação ao Princípio da não-cumulatividade, afirma discordar da exigência referente a estorno de crédito de ICMS, dando conta de que garantiu suposto débito na esfera judicial até o ajuizamento da respectiva Execução Fiscal, ocasião em que irá questionar a cobrança por meio de Embargos à Execução Fiscal, o que levaria a querela à esfera judicial.

Discorre sobre o tema, menciona o art. 155 da CF/88 e transcreve o 19 e 20 da LC nº 87/1996, além referir-se à doutrina, tudo no sentido de afirmar que tem direito de tomar crédito de todo o ICMS recolhido nas etapas anteriores no momento em que der saída a determinado produto, também afirmindo que não tomou créditos a maior, tendo respeitado os exatos termos da legislação vigente.

Quanto à multa cominada à infração, afirma que a decisão recorrida não traz qualquer fundamentação para a manutenção da penalidade, tão pouco rebateu os argumentos trazidos em sede de defesa.

Diz do caráter confiscatório da multa e do avanço indevido sobre o seu patrimônio, alegando afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco. Menciona e transcreve decisões sobre o tema pelos tribunais pátrios, aduzindo que na hipótese de manutenção da autuação e da multa, que a penalidade seja reduzida a patamares razoáveis - 20% do valor principal.

Por fim, pugna pela nulidade da decisão recorrida, bem assim, pede que seu recurso seja provido para que seja declarada a improcedência da autuação, além de requerer o afastamento ou redução da multa na hipótese de sua manutenção.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício, este tendo em vista o disposto no artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, e Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, d o Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Em relação ao Recurso de Ofício, vejo que a sucumbência do Estado derivou da arguição do sujeito passivo de que não se poderia aplicar a carga tributária de 12% sobre notas fiscais emitidas no mês de maio/2016, o que foi objeto de concordância por parte dos próprios autuantes e dos julgadores da Junta de Julgamento Fiscal, aí entendido que a norma tem aplicabilidade no tempo, ou seja, a alteração introduzida no artigo 268, LII, “s” do RICMS/BA só vigorou a partir de 01/06/2016, não podendo ser aplicada sobre fatos pretéritos.

Diante desse fato, o Julgador, acertadamente, excluiu da autuação o valor de R\$115.489,45, relativo as notas fiscais emitidas antes da citada alteração regulamentar.

Nesses termos, considerando a correção da decisão recorrida, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, em relação à suscitada nulidade do presente Auto de Infração, entendo que não há que se acolher as razões do sujeito passivo tendo em vista que o conjunto de elementos que compõe a acusação, o formulário do Auto de Infração e as planilhas de cálculo que lhe dão substância, constituem elementos mais que suficientes para que o Autuado saiba, de maneira irrefutável, do que está sendo acusado. É de se destacar que a peça acusatória, na parte em que especifica a infração fiscal e os elementos que lhe dão sustentação, notadamente os demonstrativos fiscais, a exposição dos fundamentos de fato e de direito são absolutamente claros, evidenciando que o fato descrito como típico está em perfeito alinhamento com a legislação, bem como as circunstâncias do fato são claras e consubstanciadas em documentos trazidos aos autos juntamente com a peça inicial.

Em assim sendo, ainda que se possa atribuir certo grau de dificuldade na compreensão da descrição dos fatos, tal dificuldade foi totalmente superada, porquanto o sujeito passivo exerceu com plenitude o seu direito de defesa, aí entendido que formulou as peças de defesa e recursal atacando todos os pontos da acusação fiscal, percebendo-se, claramente, que nenhum dos pontos listados no Auto de Infração deixou de ser atacado, sendo certo que das manifestações do sujeito passivo restou a redução da exigência originária.

Quanto à nulidade da decisão da Junta de Julgamento Fiscal, do mesmo modo, não há como acolher a tese recursal, pois, nenhum dos pontos elencados na peça de defesa deixou de ser apreciado e decidido de forma fundamentada, e nenhum preceito constitucional ou legal restou afrontado.

Pelo exposto, denego a nulidade requerida pela Recorrente, entendendo que inexiste desalinhamento entre o fato típico e a conduta verificada, sendo certo que não há nos autos qualquer vício que imponha mácula ao lançamento.

Portanto, nego acolhimento às nulidades suscitadas.

No mérito, atinente à inobservância do princípio da não-cumulatividade, o sujeito passivo afirma que o estorno de crédito de ICMS exigido já estaria em discussão nos Processo nº 269197.3001/16-2, e que tal matéria estaria em fase de judicialização.

Por primeiro, há se tomar como baliza essencial o fulcro da autuação. E nesta linha, é de se anotar que o fato típico discutido nos presentes autos atinem à “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is)”.

Partindo da premissa acima estabelecida, a questão/discussão da não-cumulatividade perde o sentido porquanto não se discute, efetivamente, a exigência ou não da possibilidade de apropriação de créditos fiscais. Mas sim o quanto.

Na espécie, o sujeito passivo apropriou-se de créditos em valor superior ao devido nas operações indicadas na planilha de fls. 10 e seguintes, o que ocorreu em face do fato de o estabelecimento remetente não haver considerado a redução da carga tributária para 12%, conforme previsão contida no Art. 268, LII, “s” do RICMS/BA. De outra banda, o Recorrente se creditou do valor integral destacado de forma incorreta nos documentos fiscais que acobertam as operações.

Feitas as elucidações pertinentes, a conclusão a que se chega é de que está correta a imputação fiscal e a exigência que dela deriva, entendido que há clara afronta ao que determina o Art. 309, §7º do RICMS/BA.

Quanto ao percentual da multa incidente sobre o descumprimento de obrigação principal, em que pese entender por demais elevado, devo registrar que para a penalidade aplicada há previsão legal instituída pelo Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, também lembrando que é vedado a este Conselho decidir sobre matéria de constitucionalidade.

E em relação à pretendida redução da multa, saliento que o RPAF-BA nega tal possibilidade às Juntas e Câmaras deste CONSEF.

Por tudo o quanto exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.
Concluindo, o voto é no sentido de NÃO ACOLHER as preliminares de nulidades e NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 PRCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269197.0011/17-5, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.565.456,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS