

**A. I.** - 207101.0001/17-4  
**AUTUADA** - DANONE LTDA.  
**AUTUANTE** - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 22.02.2018

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 003-04/18**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROVANTES DO DIREITO. Não foram acostados aos autos os documentos fiscais que comprovem o regular direito ao uso do crédito fiscal. Infração subsistente. b) CRÉDITO PRESUMIDO UTILIZADO A MAIOR. Comprovado o aproveitamento de crédito presumido em desacordo com a legislação. c) FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Provado que as operações aventadas na defesa não estão amparadas por redução de base de cálculo, fica mantida a infração. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. A falta de argumentos de defesa consistentes e da prova material implica na manutenção da autuação. Não acolhidas as preliminares aventadas. Negado o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de junho de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$387.387,72, além de multas de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.42.** Utilizou indevidamente crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório ao direito do referido crédito, nos meses de março e abril de 2014, totalizando R\$ 100.705,68, multa de 60%.

Infração 02. **01.04.01.** Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, no total de 95.177,70, ocorrência constatada nos meses de janeiro a dezembro de 2014, sendo sugerida multa de 60%.

Infração 03. **01.04.01.** Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2015, no valor de R\$108.840,74, multa de 60%.

Infração 04. **01.05.03.** Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor

correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de março, maio e dezembro de 2014, totalizando R\$16.742,35, bem como multa de 60%.

**Infração 05. 04.05.01.** Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no ano de 2015, no montante de R\$62.125,93, além de 100% a título de multa.

**Infração 06. 04.05.11:** Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no valor de R\$3.794,72, além da multa de 60%, ocorrência verificada no exercício de 2015.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 314 a 329, onde argui em sua defesa, após breve histórico do lançamento, assevera não poder prosperar, invocando, inicialmente a sua nulidade, nos termos do artigo 18, IV, “a”, do Decreto Estadual 7.629/99, uma vez que as bases e alíquotas indicadas, para alguns itens, não correspondem à descrição das supostas infrações contidas no próprio Auto de Infração, o que implica violação ao artigo 39, IV, “b” e “c”, do mencionado Decreto, bem como o artigo 129, § 1º, IV, da Lei Estadual 3.956/81.

Fala estar a nulidade reforçada pelo fato de a Autoridade Fiscal, para algumas infrações, ter deixado de considerar parte das operações realizadas pela Defendente, as quais, caso o fossem, redundariam na redução da base autuada, diante do disposto no artigo 18 do RPAF/99 transcrito, estando tal previsão está diretamente relacionada com as garantias do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente previstas pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal (CF/88), pois objetiva assegurar, aos acusados em geral, o pleno conhecimento das infrações que lhes estão sendo atribuídas, a fim de que, valendo-se dos meios processuais adequados, possam se insurgir a seu respeito com a apresentação de todas as matérias de defesa cabíveis.

Diz que na hipótese dos autos, tendo em vista que a acusação fiscal em debate se refere a supostas infrações à legislação tributária, por meio da qual estão sendo exigidos valores a título de tributo e multas, o Auto de Infração necessariamente deveria informar com exatidão os elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota) que foram considerados para efetuar o lançamento de tais valores.

Nesse sentido, destaca as disposições do artigo 39, IV, “b” e “c”, do Decreto Estadual nº 7.629/99, assim como do artigo 129, § 1º, IV, da Lei Estadual 3.956/81 (Código Tributário Estadual), devidamente copiados, observando que a partir de uma simples análise do Auto de Infração, constata-se que, para as infrações 02 e 03, a alíquota de imposto indicada, assim como as respectivas bases autuadas não correspondem à descrição da infração contida na própria autuação. Há evidente incongruência entre a descrição da infração autuada e os correspondentes critérios indicados para a composição dos valores supostamente devidos.

Observa que as infrações imputadas referem-se à incorreta apropriação de créditos presumidos de ICMS, os quais correspondem a 16,667% do valor do ICMS incidente sobre as saídas interestaduais praticadas. No entanto, a partir da análise da própria inicial da autuação fiscal, constata-se que os critérios informados foram outros, tendo sido aplicada uma alíquota de ICMS de 17% sobre determinadas bases de cálculo, verificando, não haver consonância entre a descrição da infração autuada e os critérios de cálculos informados, o que faz com que a autuação fiscal se apresente nula por não preencher os aludidos requisitos previstos pela legislação baiana.

Salienta que o Auto de Infração, enquanto documento formal pelo qual se imputa o cometido de infrações que repercutem direta e negativamente sobre o patrimônio do sujeito passivo autuado, ao qual passa, inclusive, a responder por penalidades de natureza pecuniária, tem sua validade condicionada à rigorosa indicação dos fatos e dos critérios adotados pela fiscalização para o lançamento de valores. Se houver falhas nesses elementos, como ocorre no presente caso, resta configurada insegurança na determinação da infração, o que impõe o reconhecimento da nulidade da autuação fiscal.

Aduz que ainda que se entenda que referido vício não seja suficiente para caracterizar a nulidade do Auto de Infração, ao fundamento de que os demais documentos constantes dos autos conteriam as informações necessárias para a exata compreensão dos valores autuados, salienta que, de toda forma, a autuação fiscal merece ser refeita, uma vez que apresenta vícios insanáveis atinentes às bases autuadas, o que igualmente compromete a sua validade, uma vez que a autuante deixou de considerar diversas operações ou as considerou indevidamente, circunstâncias estas que implicaram erros na determinação das bases autuadas e, por conseguinte, indeterminação das infrações lançadas, e desta forma, por mais essa razão, a autuação fiscal se apresenta nula, impondo-se o cancelamento da cobrança fiscal.

Quanto à infração 01, afirma que, diferentemente do quanto afirmado na autuação fiscal, os créditos fiscais não foram aproveitados sem o correspondente amparo documental, sendo que a integralidade dos mesmos se refere a regulares operações de entrada que justificam a sua origem, e como meio de prova, assevera estar acostando planilha (doc. 04), com a relação de todas as Notas Fiscais que compõem referidos créditos, no valor total de R\$ 100.705,68 (R\$ 29.949,13+ R\$ 70.756,55).

Dia, ainda, que tendo em vista o grande volume de operações envolvidas, havendo na planilha anexada mais de 27.000 mil linhas, com a descrição de cada produto transacionado e do respectivo crédito gerado, caso se entenda necessário, protesta, desde já, pela conversão do feito em diligência, com fundamento no artigo 123, §3º c/c do artigo 145, ambos do RPAF/99, a fim de que se confirme a origem desses créditos, intimando-se a empresa para prestar as informações e/ou apresentar os documentos que se fizerem necessários.

Salienta que todas essas operações foram devidamente escrituradas em sua contabilidade, e nesse sentido, apresenta a anexa imagem de seu SPED contábil relativo ao mês 03/2014 (doc. 05), na qual é destacada a escrituração da Nota Fiscal 35.903, que, por sua vez, compõe o crédito de ICMS apropriado, motivo pelo qual, tendo em vista que os créditos de ICMS glosados têm amparo em documentos fiscais que comprovam a sua origem, os correspondentes débitos lançados devem ser integralmente cancelados.

Relativamente às infrações 02 e 03 pontua serem relativas a alegado aproveitamento a maior de créditos presumidos de ICMS, sendo os períodos autuados o ano de 2014, os meses de 01/2015 a 03/2015 e os meses de 05/2015 a 12/2015.

Após transcrever trecho do lançamento, e da descrição dos fatos, defende lhe ser assegurado o direito de se apropriar de créditos presumidos de imposto, conforme previsto pelo Decreto Atacadista 7.799/00, cujo valor é obtido a partir da aplicação do percentual de 16,667% sobre o ICMS incidente nas operações interestaduais com mercadorias, sendo tal fato indiscutível, relativamente ao seu direito ao aludido crédito presumido de ICMS, esclarecendo que a glosa de valores se deu, na realidade, em razão de se ter entendido que teria calculado créditos presumidos de ICMS em valores superiores ao correto.

Como argumento contrário à autuação, aponta a existência de alguns equívocos cometidos pela autuante, dos quais decorreu a indevida diminuição dos créditos passíveis de serem apropriados pela empresa, os quais, estes equívocos, em última análise, importaram em erro da determinação das bases autuadas, o que implica a nulidade da autuação fiscal, nos termos do quanto já alegado anteriormente.

Aponta que o primeiro equívoco decorre do fato não ter sido consideradas nos cálculos as operações de devolução, diante do fato de como ocorre nos mais variados ramos de negócio, é comum devolver parcela das mercadorias que são recebidas aos respectivos remetentes. Isto se dá tanto em relação às aquisições internas quanto em relação às aquisições interestaduais.

Relativamente aos remetentes localizados em outros Estados, esclarece que as remessas feitas em devolução são classificadas como remessas interestaduais e, portanto, como tais, conforme previsto pelo artigo 2º do Decreto Atacadista 7.799/00, integraram os cálculos dos créditos presumidos que foram apropriados durante os anos de 2014 e 2015, e nesse sentido, confirmam-se as anexas planilhas (doc. 06), a partir das quais é possível visualizar que as operações lançadas sob o CFOP 6209 (*“devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização”*) foram consideradas no cálculo dos créditos presumidos apropriados, entretanto, essas mesmas operações de devolução, no entanto, não foram consideradas na autuação, sendo, portanto, um dos motivos que justificam a constatação de supostas diferenças de crédito presumido apropriadas a maior.

Após explicar os procedimentos adotados pela autuante, indica que, quando da apuração dos créditos presumidos que seriam de seu direito, a não foram incluídas entre as operações interestaduais realizadas, as operações de devolução em comento, e ao assim proceder, consequentemente, se reduziu indevidamente os valores dos créditos presumidos que poderiam ser aproveitados, haja vista que houve redução das respectivas bases de cálculo.

Traz como exemplo o mês de 12/2015, no qual se ter a empresa se apropriado de créditos presumidos no valor de R\$ 45.876,33. Por outro lado, conforme demonstrativo acostado ao Auto de Infração, o valor total dos créditos presumidos por ela apurados para tal mês foi no montante de R\$ 32.813,04. Assim, a partir do confronto desses valores, chegou-se à conclusão de que a Defendente teria se apropriado indevidamente da diferença de R\$ 13.063,29, valor este que confere com aquele indicado no Auto de Infração para o mês de 12/2015.

Fala que na apuração dos referidos R\$ 32.813,04, não foram consideradas as remessas interestaduais realizadas pela Defendente a título de devolução (CFOP 6209), fato que este que acarretou na indevida redução dos créditos presumidos passíveis de aproveitamento, gerando, consequentemente, supostas diferenças aproveitadas a maior.

Outro equívoco que afirma ter sido cometido refere-se também a não consideração de certas operações interestaduais no cálculo dos créditos presumidos em seu favor, tomando como exemplo, relativamente ao mês de 12/2015, no qual se apurou que a empresa teria direito a créditos presumidos no valor total de R\$32.813,04 (doc. 07 citado), tendo sido relacionadas as correspondentes Notas Fiscais de remessas interestaduais geradoras desses créditos, todavia, verifica-se que nem todas as operações interestaduais realizadas no referido mês de apuração, além das operações de devolução acima citadas, foram incluídas no cálculo dos créditos presumidos em análise.

Como prova disso, argumenta que na aba denominada *“notas não consideradas”* da referida planilha (doc. 07 citado), relacionou, para o referido mês de 12/2015, os números das Notas Fiscais que deixaram de ser levadas em conta e assim como acostou os dados relativos à Nota Fiscal 507703 (a qual não foi considerada), de modo a demonstrar que, de fato, a apuração de créditos presumidos levados a efeito não abarcou a integralidade das operações interestaduais realizadas.

Diante do grande volume de documentos envolvidos para cada mês de apuração autuado, protesta pela baixa do feito em diligência, a fim de que se confirme a procedência das alegações aqui expostas, intimando-a para apresentar os esclarecimentos/documentos pertinentes.

Na infração 04, indica que não obstante a mesma esteja restrita às operações internas, a fiscalização acabou por glosar créditos com base em valores relativos a operações interestaduais,

o que evidencia a manifesta improcedência da autuação fiscal por erro na identificação da base autuada, o que impõe o cancelamento dos correspondentes débitos lançados.

Cita como exemplo, as Notas Fiscais 504115 e 505579, cujos destinatários encontram-se localizados nos Estados de Sergipe e Pernambuco, respectivamente, e assim, como essas operações não se tratam de remessas internas contempladas pelo benefício da redução da base de cálculo, jamais poderiam ter sido consideradas para a realização do estorno proporcional de créditos autuado, motivo pelo qual, da mesma forma, protesta igualmente pela conversão do feito em diligência, a fim de que se confirme a procedência destas alegações.

Nas infrações 05 e 06 anota que têm por objeto a cobrança de supostos débitos de ICMS relativos ao ano de 2015, os quais foram lançados pela sob a alegação de que a Defendente teria efetuado a saída de mercadorias sem a emissão das respectivas Notas Fiscais, sendo tal constatação feita a partir do levantamento quantitativo de estoque do referido ano. A infração 05 refere-se especificamente à alegada falta de pagamento de ICMS próprio, já a infração 06, à suposta falta de pagamento de ICMS por substituição tributária (ICMS-ST).

Inicialmente, salienta que a movimentação do estoque durante o ano de 2015, é condizente com as operações do período, sendo todas as entradas e saídas de produtos, consideradas sobre o estoque inicial, têm respaldo em operações regularmente realizadas, as quais, por conseguinte, justificam o estoque final registrado, e embora Fiscal, a partir dos inventários fiscais analisados, se tenha encontrado divergências, não movimentou produtos de forma indevida, tendo o seu controle contábil, servido de suporte para a elaboração das informações fiscais, detendo, portanto, presunção de validade, reflete todas as entradas e baixas de estoque, sendo plenamente coerente com operações realizadas no período.

Anota que caso, portanto, em busca da verdade material, a autuante tivesse também considerado, em sua auditoria, os registros contábeis da Recorrente, chegaria à inevitável conclusão de que inexistem divergências de estoque, restando, assim definitivamente afastada a presunção de omissão de saídas autuada.

Na hipótese, as supostas diferenças de estoque encontradas decorrem do fato de a autuante não ter levado em conta as baixas de produtos impróprios para o consumo, tampouco considerado a ocorrência de inversão de estoque para alguns itens, o que lhe gerou a falsa impressão de que alguns produtos teriam sido movimentados indevidamente. No entanto, conforme dito acima, essa falsa impressão seria prontamente sanada caso os registros contábeis da Recorrente tivessem sido devidamente confrontados na ocasião.

Essas duas situações (baixa de estoque e inversão de estoque) são bastante recorrentes para a Defendente em razão do ramo em que atua.

Com efeito, por lidar com produtos altamente perecíveis, é frequente ocorrer o descarte de produtos que se tornaram impróprios para o consumo. Esta situação, como não poderia deixar de ser, implica a redução numérica dos produtos estocados, independentemente de a Defendente ter realizado saídas tributadas pelo ICMS.

De outro lado, a inversão de estoque implica a modificação da classificação de um dado item do estoque de uma natureza para outra. Como exemplo, cita o produto 110864 (IOG PED FTA CORPUS 460 MORANGO) composto por quatro potes de iogurte e com peso de 460g, sendo reconhecido neste código como um único item de estoque. Por sua vez, quando se apresenta com dois potes e peso de 230g, o produto passa a ser movimentado sob o código 110867 e com a denominação de “CORPUS PED MORANGO 230 IOG PED FTA”.

Esclarece que esse exemplo é meramente ilustrativo, não possuindo relação com a autuação impugnada. Somente foi adotado em razão de ser bastante esclarecedor quanto ao modo de funcionamento das situações de inversão de estoque, e que tais inversões de estoque não implicam saída física de produtos, mas apenas a sua reclassificação para efeitos de controle. Esta circunstância, caso desconsiderada, pode levar à falsa conclusão de que houve a movimentação

indevida de produtos, tal como ocorreu no caso concreto em que se presumiu que a Defendente teria promovido a saída de produtos sem a emissão dos respectivos documentos fiscais.

Considerando que se está diante de hipóteses sujeitas à produção de provas que demandam a análise pormenorizada de documentos fiscais e contábeis, pleiteia mais uma vez a conversão deste feito em diligência para a comprovação da veracidade das alegações ora apresentadas, ressaltando que, a partir de seu controle contábil, é possível aferir que o seu estoque está em plena consonância com as operações realizadas durante o período de apuração autuado, e restando demonstrado que não promoveu a saída de mercadorias sem a emissão dos correspondentes documentos fiscais, os supostos débitos lançados devem ser integralmente cancelados.

Aborda a seguir o descabimento das multas aplicadas em razão de seu caráter confiscatório, uma vez que no presente caso, foram impostas multas nos percentuais de 60% e 100% sobre o valor principal autuado, com fundamento no artigo 42, inciso II, alínea “e”; inciso VII, alíneas “a” e “b”; e no inciso III, da Lei Estadual 7.014/96, devendo, ao seu entender, ser considerado que o artigo 3º do Código Tributário Nacional estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, e por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Posiciona-se que tanto o legislador como o aplicador da legislação devem considerar a natureza do ilícito, devendo a respectiva cominação guardar estrita proporção com o dano causado pelo descumprimento da obrigação consignada pelo direito posto, sendo este foi o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 RJ, através do Ministro Ilmar Galvão, conforme transcrito em trechos.

Portanto, a seu ver, as penalidades impostas não podem, de forma alguma, ser validamente exigidas da Defendente, devendo, em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, ser afastadas de plano diante da natureza confiscatória que apresentam.

Finaliza, requerendo seja dado integral provimento à presente Defesa, para o fim de se declarar a nulidade da autuação fiscal, por ausência da devida motivação, em especial no que tange às bases e alíquotas aplicadas para a apuração dos supostos débitos lançados, o que gerou insegurança na determinação das infrações autuadas, e caso assim não se entenda, requer seja dado provimento à presente Defesa, para o fim de se cancelar a integralidade dos supostos débitos lançados, tendo em vista a não caracterização das alegadas infrações autuadas.

De forma subsidiária, requer seja dado provimento à Defesa, a fim de que as multas aplicadas sejam afastadas ou, ao menos, reduzidas, em razão de seu evidente caráter confiscatório, ao tempo em que protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, bem como pela baixa deste feito em diligência, a fim de que a Autoridade responsável confirme a veracidade de todas as alegações apresentadas, tendo em vista o grande volume de informações e documentos relacionados às supostas infrações autuadas.

Protesta, ainda, pela realização de sustentação oral, nos termos do artigo 163 do RPAF/99, e que as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado e endereços indicados.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 370 a 379 aponta, após resumir as ocorrências que ensejaram a autuação, que no tocante à preliminar de nulidade, que cumpriu fielmente o disposto tanto nos artigos 18, inciso IV, alínea “b”, em razão do Auto de Infração conter todos os elementos suficientes quanto a Infração e o Infrator, quanto ao artigo 39, Inciso IV, alíneas “b” e “c” do RPAF/99, como também o disposto no artigo 129, § 1º, Inciso IV da Lei Estadual nº 3.956/81, em razão dos demonstrativos gerados na elaboração das AUDIF-204 e AUDIF-207, infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 06 do lançamento conterem com clareza todos os elementos necessários, como a Base de Cálculo, o percentual e a Alíquota aplicada para a apuração do Débito, tendo sido

entregues cópias dos mesmos à autuada, de acordo com os demonstrativos acostados com a devida assinatura do preposto da autuada, onde ele declara que recebeu cópia, anexados ao Auto de Infração.

Observa estar a defendente em poder de todos os elementos indispensáveis para o perfeito entendimento das Infrações cometidas contra a Fazenda Pública Estadual, e desta forma, a alegação não procede, pois cumpriu fielmente o determinado no RPAF e na Lei estadual nº 3.956/81, reitera.

Referentemente à infração 01, fala ser a alegação da autuada de que diferentemente do quanto afirmado na autuação fiscal os referidos créditos não foram aproveitados pela defendente sem o correspondente amparo documental, que na realidade, a integralidade desses créditos se refere a regulares operações de entrada que justificam a sua origem, tendo a mesma trazido como prova a anexa planilha (DOC. 4) com a relação de todas as notas fiscais que compõem os referidos créditos no valor de R\$100.705,68 (R\$29.949,13 + R\$70.756,55).

Esclarece que analisando a Planilha apresentada, denominada “Doc. 04-Docs N Escriturados-Infração 1”, de fls. 349 e 350, constata que as Notas Fiscais discriminadas não estão escrituradas na sua escrita fiscal digital (EFD) do exercício de 2014, informando que antes da lavratura do Auto de Infração a empresa foi intimada para apresentar a documentação necessária à comprovação do seu direito ao Crédito Fiscal escriturado nos meses de março e abril de 2014, porém não apresentou qualquer documento comprobatório do seu direito a utilização destes créditos, inclusive observa que como se pode comprovar, a própria autuada declara no Doc. 04, que as Notas fiscais discriminadas na Planilha são “Documentos N Escriturados” na sua escrita fiscal.

Pontua que a legislação determina as condições para a utilização dos créditos fiscais para a apuração do imposto devido, através do artigo 31 da Lei nº 7.014/96 que transcreve, e desta forma, as alegações de que os referidos créditos não foram aproveitados pela defendente sem o correspondente amparo documental, que na realidade, a integralidade desses créditos se refere a regulares operações de entrada que justificam a sua origem, são totalmente improcedentes e descabidas.

Quanto às infrações 02 e 03, diante das alegações defensivas, reafirma que a empresa utilizou crédito presumido em desacordo com o disposto no artigo 2º do Decreto Atacadista 7.799/00, o qual diz que *“O contribuinte inscrito sob códigos de atividades econômicas constante do Anexo Único que integra este Decreto poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas Operações Interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade constante dos itens 1 a 16 do anexo único deste Decreto”*.

Em função da alegação referente às operações interestaduais de CFOP 6209, não terem sido consideradas, só demonstra que não teve o cuidado de, abrir e ler o CD autenticado que contém os Demonstrativos gerados na elaboração da AUDIF-204, ao tempo em que esclarece que no Auto de Infração anexou apenas as páginas dos Demonstrativos que contém o resultado dos valores apurados em cada mês, em razão do grande volume de Notas Fiscais de Saída, sendo, desta forma, as alegações totalmente Improcedentes, em razão do cumprimento do determinado no Artigo 49 da Lei nº 7.014/96 e no Artigo 270 do RICMS/12, para a elaboração da AUDIF-204 (AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL DO ICMS-CRÉDITO PRESUMIDO A MAIOR).

Quanto à infração 04, afirma que as Notas Fiscais 504115 e 505579 constantes no Doc. 8, os destinatários encontram-se localizados nos estados de Sergipe e Pernambuco respectivamente, e assim, como estas operações não se tratam de remessas internas contempladas pelo benefício da redução da base de cálculo, jamais poderiam ter sido consideradas para a realização do estorno proporcional de créditos autuado, o que demonstra equívoco da defesa, que não teve o cuidado de ler os autos na sua integralidade, pois se o tivesse feito constataria que para a apuração desta

Infração, foram considerado apenas as Entradas Interestaduais à alíquota de 12%, escrituradas pelo CFOP 2152, elaborada, pois, em total obediência ao disposto no artigo 6º do Decreto Atacadista nº 7.799/00 (transcrito).

Em relação às Notas Fiscais anexadas pela defesa (Doc. 08.1), às fls. 357 a 365 e (Doc. 08.2) fls. 366 e 367, com os números 504115, 504116 e 504117 datadas de 01/12/2015 e a Nota Fiscal 505579 datada de 07/12/2015, emitidas pela autuada, esclarece que as mesmas estão devidamente escrituradas no seu Livro Registro de Saídas (EFD), não sendo, portanto, objeto da apuração do imposto devido nesta infração, o que torna as alegações da autuada totalmente improcedentes, em razão do cumprimento do determinado no Artigo 29, § 8º da Lei nº 7.014/96 e no Artigo 312, § 1º do RICMS/12, para a elaboração da AUDIF-204- AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL DO ICMS-ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR.

Para as infrações 05 e 06, quanto à baixa de estoque de produtos impróprios para o consumo, esclarece que para a aplicação da Auditoria do Estoque foram consideradas as saídas pelo CFOP 5927, qual seja “Lanc. Efet. à Título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”, e quanto ao argumento referente a ocorrência de inversão de estoque, declara ser totalmente descabida, sendo todas as alegações da autuada referente as mesmas improcedentes, pois a AUDITORIA DE ESTOQUE (Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias) é elaborado tomando-se por base os valores dos Estoques Iniciais e Finais escriturados no Livro Registro de Inventário e os valores das Entradas e das Saídas das mercadorias selecionadas no período fiscalizado, devidamente escriturados no Livro Registro de Entradas e Livro registro de Saídas- Escrituração Fiscal Digital-EFD.

Anota que na Infração 06, foi exigido o ICMS Substituição Tributária decorrente da Falta de Retenção, referente à Omissão de Saídas de Mercadorias tributáveis apurado na Infração 05 do lançamento, em razão do contribuinte ser sujeito passivo por substituição, sendo, desta forma, as alegações da autuada totalmente improcedentes, em razão do total cumprimento do determinado nos Artigos 4º e 5º, Inciso I da Portaria 445/98, para a elaboração da auditoria de estoque.

Referente à Base de Cálculo da Infração 05, garante ter cumprido fielmente o determinado no Artigo 2º, Inciso I, 23-B da Lei nº 7.014/96 e no Artigo 83, Inciso I do RICMS/12, para a elaboração da AUDIF-207 (AUDITORIA DO ESTOQUE).

Quanto ao argumento de natureza confiscatória das multas, indica que as mesmas, aplicadas sobre o valor das Infrações apuradas nos exercícios de 2014 e 2015, são determinadas por força de Lei, e não sendo sua competência julgar Lei.

Finaliza, observando que no decorrer da Defesa, a autuada procura apenas ganhar tempo e protelar o pagamento do débito apurado nas infrações arroladas, fazendo alegações descabidas e inconsistentes, inclusive observando que solicita diligência, porém não cumpre o que determinam os Artigos 145 e 147 do RPAF/99, questionando as razões de não ter juntado qualquer prova de suas alegações, e que justificasse a solicitação de diligência, invocando o teor do artigo 143 do RPAF/99, o que a leva a solicitar a manutenção na totalidade, do presente Auto de Infração.

Na sessão de julgamento, a defesa apresentou memoriais os quais basicamente reprisam os argumentos defensivos postos anteriormente.

## VOTO

O lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, todas impugnadas pelo sujeito passivo, na forma acima já relatada.

Inicialmente, verifico que o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os requisitos exigidos na norma para a sua validade, inclusive observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Ainda assim existem questões preliminares a serem enfrentadas, sendo a primeira delas a nulidade aventada na defesa. A primeira delas a eventuais inexatidões na apuração do imposto e apuração da base de cálculo, em relação às quais, de plano, não posso considerar, uma vez que as parcelas de imposto foram devida e corretamente calculadas, de acordo com os critérios determinados na legislação, e quanto à base de cálculo, tida como indevidamente apontada, abordarei no tópico a seguir.

Quanto ao argumento defensivo de que embora o valor equivalente a ser lançado a crédito deveria ser no percentual de 16,667%, tendo a autuante lançado 17%, esclareço que tal fato não é determinante para se declarar a nulidade do lançamento, ou da infração, diante de que o importante é se o valor do imposto lançado se apresenta correto, consoante demonstrativos elaborados na autuação os quais ao ser levado para o Sistema de Lavratura do Crédito Tributário (SLCT), este simplesmente, para efeito de apuração e cálculo da base do imposto apurado, divide o valor apurado de ICMS por 0,17 ou 17%, independentemente da alíquota de origem. Assim, tal argumento defensivo não pode prosperar.

Fato é que a autuação obedeceu aos critérios legais, inclusive e, sobretudo aos artigos 18 e 39 do RPAF/99, bem como do Código Tributário do Estado da Bahia, e Lei 7.014/96, tendo sido observados e obedecidos, da mesma maneira, os princípios atinentes ao Processo Administrativo Fiscal, especialmente os da Ampla Defesa e do Contraditório, além do da Legalidade, Devido Processo Legal, dentre outros, o que me leva a rejeitar as mesmas.

Da mesma forma, rejeito o pedido de realização de diligência e/ou perícia, como solicitado na peça defensiva, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; 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; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência ou perícia deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, o que, contudo, não se afigura no presente caso.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalto que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal,

deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ (grifos do Relator):

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.*

*1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.*

*2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.*

*3. Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.*

*4. Agravo regimental desprovido.*

<i>Processo:</i>	<i>AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1</i>
<i>Relator(a):</i>	<i>Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA</i>
<i>Julgamento:</i>	<i>12/05/2015</i>
<i>Órgão Julgador:</i>	<i>T3 - TERCEIRA TURMA</i>
<i>Publicação:</i>	<i>DJe 18/05/2015”</i>

No mérito, a infração 01 se reporta à utilização indevida de crédito fiscal, pela não apresentação do respectivo documento comprobatório a tal direito. A matéria tem sido exaustivamente apreciada por este Órgão, o qual tem se posicionado reiteradamente na tese de que é essencial a apresentação dos documentos que embasaram o uso do crédito fiscal, para fins de verificação quanto à idoneidade do crédito, o que, infelizmente, neste caso, não logrou sucesso a empresa, ao deixar de trazer aos autos os documentos correspondentes.

Esclareço que para a legítima utilização do crédito fiscal no caso em tela, necessário, essencial e imprescindível a constatação da idoneidade dos documentos geradores dos aludidos créditos e a sua correta escrituração nos livros fiscais, na forma da determinação contida no artigo 31da Lei 7.014/96, que assim determina:

*“Art. 31. 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”.*

Além disso, as notas fiscais elencadas pela defesa, não foram escrituradas na sua EFD, o que fragiliza a prova apresentada, e leva à sua desconsideração, bem como o ajuste não foi comprovado, sendo, nesta hipótese, o ônus da prova é do contribuinte, todavia não foram carreados aos autos elementos neste sentido.

Logo, não sendo trazidos os documentos aos autos, apenas e tão somente uma simples relação, como afirmado na peça defensiva, ainda que a autuada esteja na sua posse, não se pode realizar tal verificação determinada pela Lei, razão pela qual mantenho a autuação tal como realizada.

As infrações 02 e 03, tais como na defesa, serão analisadas conjuntamente, vez se tratarem da mesma infração, apenas abarcando períodos diversos. As mesmas dizem respeito ao Decreto 7.799/00 do qual a defendente é signatária, especialmente o artigo 2º, o qual preceitua que “*O contribuinte beneficiado com o tratamento previsto no artigo anterior poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único deste decreto*”, o que de acordo com os levantamentos realizados, anexados em mídia aos autos e entregues em cópia ao sujeito passivo, foram desrespeitados, em função de inclusão de valores a maior, cujo efeito foi o aumento dos valores a serem creditados.

Quanto ao argumento de não consideração das operações interestaduais registradas sob o CFOP 6209, tais demonstrativos, inseridos na mídia já referida, foram devidamente consideradas para efeito de cálculo dos créditos corretos, descabendo o argumento defensivo, assim como aquele da realização de diligência, consoante já abordado acima, diante do fato de que cabe neste momento ao sujeito passivo, apontar, de forma precisa as incorreções que entende ter havido no lançamento, uma vez discordar da acusação imposta.

Quanto à infração 04, o argumento da defesa é o de que não teriam sido consideradas notas fiscais interestaduais a que teria direito ao crédito, no que foi refutada pela autuante, a qual anotou que as operações relativas aos estados de Sergipe e Pernambuco, notas apensadas pela impugnante, considerou apenas aquelas operações contempladas pela legislação, especialmente o artigo 6º do Decreto 7.799/00, por não se referirem a remessas internas contempladas pelo benefício da redução da base de cálculo, jamais poderiam ter sido consideradas para a realização do estorno proporcional de créditos autuado.

De fato, o mencionado Decreto, traz no bojo de seu artigo 6º que os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos artigos 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º -F, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias, sendo que o artigo 1º determina que nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos percentuais de faturamento indicados.

No caso presente, não se há de considerar, com efeito, tais operações, vez que não amparadas pela redução de base de cálculo de que nos fala a legislação como condição *sine qua* para a manutenção do crédito, o que leva à manutenção da autuação neste item.

As infrações 05 e 06 nada mais são do que consequência da realização de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, em relação ao qual, algumas observações são pertinentes.

Tal procedimento de auditoria de estoques estava previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontrar-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo “*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período,*

*tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária”.*

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí pode ter três resultados. Se o resultado for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Passo, pois, à análise dos argumentos defensivos de forma específica.

O exame em questão, pois, demandaria apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de matéria eminentemente fática, e conseqüentemente, necessitar da produção da necessária e essencial prova.

A autuante agiu corretamente ao considerar as baixas de estoques por perdas ou perecimento de mercadorias ocorridas no estabelecimento da autuada, sob o CFOP 5927, descabendo, pois, argumento em contrário.

Quanto as denominadas “inversões de estoques”, caberia à defesa apontar aqueles ocorridos, de forma pontual e precisa, e não apenas ater-se de forma genérica e ampla a tais argumentos, até pelo fato de o exemplo trazido, segundo a defesa, “....é meramente ilustrativo, não possuindo relação com a autuação impugnada” motivo pelo qual tais argumentos perdem sustentação.

Ademais, se trata de procedimento vedado pela legislação à vista do artigo 205 do RICMS que coíbe tal prática de reclassificação.

Da mesma forma, a base de cálculo foi calculada de acordo com a determinação legal, assim como os valores unitários das mercadorias, e diante do fato de se tratar de matéria eminentemente fática, cuja prova é material em sua essência, ficam mantidas as infrações.

Registro que diferenças de estoques têm sido apuradas com frequência nas auditorias de estoques realizadas no contribuinte, a exemplo da autuação consubstanciada no Auto de Infração 293872.0003-09/7, por exemplo.

No tocante a alegação de confiscatoriedade da multa, sua desproporcionalidade e razoabilidade, diante dos percentuais aplicados, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “*jus imperium*”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência essa descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antonio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “*O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei*”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O funcionário fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Analisando a posição jurisprudencial, posso mencionar, de igual forma, decisão do ministro Teori Zavascki, no RE 400927 MS, em decisão publicada em 18 de junho de 2013, no qual assim se manifesta:

*“Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. MULTA MORATÓRIA APLICADA NO PERCENTUAL DE 40%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL PLENO.*

- 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, em diversas ocasiões, serem abusivas multas tributárias que ultrapassem o percentual de 100% (ADI 1075 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 24-11-2006; ADI 551, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ de 14-02-2003).*
- 2. Assim, não possui caráter confiscatório multa moratória aplicada com base na legislação pertinente no percentual de 40% da obrigação tributária.*
- 3. Agravo regimental a que se nega provimento”.*

Ainda analisando o assunto, entendo pertinente mencionar trecho do voto da ministra Elen Gracie que “*este Tribunal, deparando-se com multas demasiadamente onerosas, reduziu-as de 100% para 30%, do que é exemplo o RE 81.550, julgado em maio de 1975. Considerou, então, que deveria haver uma compatibilização com a utilização do instrumento da correção monetária, que já compensava a perda do valor aquisitivo da moeda. Já no RE 220.284-6/SC, julgado em maio de 2000, reconheceu a constitucionalidade de multa de 30%”. E concluiu: “Estivéssemos, agora, nos deparando com multa de 40% ou mesmo de 30%, não hesitaria em entender que atualmente não poderiam perdurar. Quanto à multa de 20%, é, sem dúvida, pesada para o contribuinte inadimplente. Mas tenho que não se deve ir ao ponto de dizê-la inválida. A relação tributária não é equiparável às relações de consumo. A obrigação de pagar impostos consubstancia dever fundamental”*. (grifo não original).

Esclareço que as multas aplicadas na presente autuação foram de 60% e 100%, ou seja, não houve penalidade acima de 100%, tal como mencionado na decisão acima.

Da mesma forma, esta instância não possui competência legal para afastar ou reduzir penalidade pelo descumprimento de obrigação principal.

Quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Em relação aos argumentos relativos à constitucionalidade, há de se aplicar a regra estatuída no artigo 167, inciso I do RPAF/99, o qual determina que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, motivo pelo qual me abstenho de qualquer outro comentário.

Assim, frente aos argumentos expostos, além da falta de base fática ou legal dos argumentos defensivos, julgo o Auto de infração procedente, na sua inteireza.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **207101.0001/17-4** lavrado contra **DANONE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$387.387,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$325.261,19 e de 100% sobre R\$62.125,93, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “e”, VII, alíneas “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2018

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA