

**A. I. Nº** - 269358.0008/17-6  
**AUTUADO** - NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.  
**AUTUANTES** - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e JOSÉ LUÍS SOUSA SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 14.05.2018

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0066-02/18**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL DE SAÍDA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato comprovado nos autos. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento é devido o ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. 4. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIAS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS COMO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Efetuadas correções no cálculo das multas. Infrações 04 e 05 subsistentes em parte. Afastadas as preliminares de nulidade. Indeferida a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/06/2017, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$163.141,44, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.40. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de junho e agosto de 2014, outubro de 2015 e janeiro, a março de 2016. ICMS: R\$3.340,65. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 - 05.05.03. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, no mês de junho de 2016. ICMS: R\$ 590,02. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 03 - 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. ICMS: R\$39.982,21. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 - 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, março a dezembro e de 2015 e janeiro a dezembro de 2016. Foi indicada multa no valor de R\$53.228,54, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

INFRAÇÃO 05 - 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2014,

janeiro a julho e setembro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$66.000,02, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

O autuado apresenta defesa (fls. 146 a 162) e, inicialmente, informa que é uma sociedade empresária que tem como objetivo, dentre outras atividades, a fabricação e comercialização de produtos alimentícios e bebidas em geral. Após efetuar uma síntese dos fatos, diz que o Auto de Infração não merece prosperar, tendo em vista o descabimento das acusações que lhe foram impostas, consoante os fundamentos expostos a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por entender que a descrição dos fatos feita pelos autuantes é deficiente, uma vez que os auditores fiscais se limitaram a indicar os dispositivos legais que embasaram a autuação, sem, contudo, demonstrarem as razões que os levaram à apuração de tais fatos, cerceando, assim, o seu direito de defesa. Salaria que os autuantes não motivaram, de maneira fundamentada, as razões para a lavratura do Auto de Infração, tendo apenas mencionado dispositivos legais. Para embasar seu argumento, transcreve doutrina, bem como reproduz o disposto no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal.

Destaca que o Auto de Infração é deficiente de requisito essencial aos atos administrativos, que é a motivação, o que impossibilitaria a elaboração de qualquer defesa. Menciona que foi cerceado o exercício do seu direito de defesa, pois não foram indicados, de maneira precisa, todos os pressupostos de fato e de direito que determinaram a utilização supostamente indevida do crédito de ICMS, de forma que não sabe ao certo do que foi acusado, levando-o a promover um exercício de abstração para compreender o motivo da cobrança da multa arbitrada.

Dessa forma, pugna pela decretação da nulidade da autuação.

Adentrando ao mérito da lide, referindo-se à Infração 01, afirma que a exigência fiscal não procede, pois a empresa tomou crédito no exato montante destacado no documento fiscal e com observância da legislação vigente.

Sustenta que o impedimento à utilização do crédito de ICMS na hipótese ora discutida é um flagrante desrespeito ao princípio da não cumulatividade desse imposto, previsto no art. 155, II, §2º, I, da Constituição Federal e arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/1996.

Explica que, nos termos dos dispositivos legais mencionados, havendo o destaque do ICMS nas operações realizadas, o contribuinte tem o direito de se creditar do imposto. Pontua que o princípio da não cumulatividade, além de garantir a desoneração em cascata da empresa, também objetiva que as mercadorias cheguem ao consumidor final com preços justos e competitivos.

Aduz que a Constituição Federal previu somente duas exceções ao princípio da não cumulatividade: a isenção e a não incidência. Frisa que, no entanto, não se está diante de uma situação de isenção ou de não incidência, que justifique o impedimento da apropriação integral do crédito fiscal de ICMS.

Assevera que a cobrança do imposto sob o fundamento de que o creditamento foi indevido é infundada, não havendo que se questionar o aproveitamento dos créditos referentes a tributo destacado e recolhido. Diz que, assim, a infração em comento deve ser julgada improcedente.

Quanto à Infração 02, afirma que não incidiu na irregularidade que lhe foi imputada, uma vez que a Nota Fiscal nº 19609 foi emitida e, apenas por um lapso, consta como “inutilizada” na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD). Assegura que, portanto, cumpriu com todas as obrigações que lhe cabiam no contexto, razão pela qual a cobrança é descabida.

No que tange à Infração 03, explica que o ICMS é um tributo de competência dos Estados, conforme o disposto no art. 155, inc. II, da Constituição Federal, sendo que o art. 146, III, “a”, delegou à lei complementar dispor sobre as normas gerais em relação à legislação tributária.

Aduz que a Lei Complementar nº 87/96, no seu artigos 12, XIII, e 13, IX, § 3º, dispõe que a base de cálculo para as operações interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento será o valor da operação. Transcreve o teor desses dispositivos legais.

Discorre acerca da hierarquia normativa que existe entre as legislações, estando as normas constitucionais no topo da pirâmide. Em seguida, diz que o Estado da Bahia não respeitou a hierarquia normativa, e alterou sua legislação ordinária com intuito de alargar a base de cálculo do ICMS incidente nas operações interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Após transcrever o disposto no art. 17, XI, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.373/15, afirma que a alteração legislativa levada a efeito pelo Estado da Bahia, incluindo o montante do ICMS referente à diferença de alíquota na base de cálculo do imposto, trata-se de hipótese de alargamento da base de cálculo, o que acarreta aumento do imposto a ser cobrado do contribuinte. Frisa que dispor sobre base de cálculo é matéria de competência exclusiva da Lei Complementar, de forma que a legislação ordinária jamais poderia inovar ou modificar, a fim de aumentar a cobrança do imposto.

Assegura que recolheu o diferencial de alíquota nos termos da Lei Complementar nº 87/96 e que a cobrança se trata de absurdo e deve ser afastada por este Conselho de Fazenda, mediante o cancelamento da infração, haja vista a inconstitucionalidade da lei que sustenta essa autuação.

Aduz que, além da inconstitucionalidade apontada, a exigência fiscal contida na Infração 03 contraria o disposto no Convênio ICMS nº 52/91, que concede redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas.

Frisa que, como se depreende das notas fiscais anexas (Docs. 08/10), adquiriu equipamentos industriais - “Célula Robotizada para Paletização”, NCM/SH 8422.40.90 - de empresa localizada no Município de Americana, no Estado de São Paulo. Aduz que essas operações estão beneficiadas com a redução de base de cálculo, prevista na cláusula primeira, I, “b”, do Convênio ICMS nº 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80%. Transcreve esse dispositivo, o qual foi internalizado na legislação estadual por meio do art. 266, I, do RICMS-BA/12.

Apresenta, às fls. 195 a 200 dos autos, fotocópia de DANFEs referentes a aquisições provenientes da região sudeste e que estariam contempladas na cláusula primeira do Convênio ICMS 52/91, bem como no RICMS-BA/12.

Arremata que, portanto, a Infração 03 contraria o texto constitucional e está em desacordo com o Convênio ICMS 52/91 e com o art. 266, inc. I, do RICMS-BA/12.

Quanto às Infrações 04 e 05, afirma que uma parte das notas fiscais em questão foi escriturada em 2017, ao passo que outra parte diz respeito a mercadorias recusadas. Como prova dessa sua assertiva, juntou aos autos: (i) uma planilha que relaciona, por amostragem, as notas fiscais que foram escrituradas em 2017, mas ignoradas pela Fiscalização (doc. 11 - fls. 202 a 209) e (ii) uma amostragem das notas fiscais recusadas (doc. 12 - fls. 211 a 213).

Diz que, dessa forma, está comprovada a escrituração e, portanto, não há qualquer fundamento para a cobrança multa e imposto por uma infração que não aconteceu.

Afirma que a multa de 60% indicada na autuação tem o caráter confiscatório e contraria os dispositivos constitucionais que garantem os princípios da propriedade privada, da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco. Reproduz farta doutrina e jurisprudência e, em seguida, pede que a multa em questão seja afastada ou, ao menos, reduzida para o patamar de 20%.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e, caso não seja esse o entendimento dos julgadores, a multa seja dispensada ou reduzida para 20%. Protesta pela realização de diligência e perícia. Requer que lhe seja garantida a sustentação oral. Pede que as intimações relativas ao processo sejam realizadas, exclusivamente, em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA 11.972) no endereço que declina.

Os autuantes prestaram a informação fiscal (fls. 218 a 232) e, após uma síntese dos fatos e da defesa, passam a rebater os argumentos defensivos, conforme relatado a seguir.

Afirmam que o lançamento, por si só, é bem elucidativo quanto às infrações descritas, tanto assim que a peça defensiva revela compreensão exata das ocorrências lançadas, dada a clareza do

seu conteúdo, não se vislumbrando a menor dificuldade na elaboração da defesa técnica.

Aduzem que a arguição de nulidade se revela como sendo mais um esforço protelatório do que a mera incompreensão do lançamento. Pontuam que não se verifica no caso em análise qualquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF-BA/99). Frisam que todos os requisitos previstos no artigo 39 do citado RPAF-BA/99 estão presentes a consignar os aspectos subjetivo, temporal, qualitativo, quantitativo e lógico do lançamento. Mencionam que o ato administrativo de lançamento, por se constituir em atividade vinculada, tem sua motivação explícita na própria demonstração de descumprimento da norma. Dizem que não há qualquer vestígio de cerceamento do direito de defesa a dificultar ou impedir o exercício do contraditório. Sugerem o afastamento da preliminar de nulidade.

No mérito, quanto à Infração 01, afirmam que o autuado utilizou crédito fiscal na EFD em valor maior do que o destacado nos documentos fiscais, conforme se observa nos documentos fls. 77/89, sendo que a contestação não desconstituiu tal fato. Pontua que, em razão de tal conduta, o valor do ICMS apurado nos meses de ocorrência e constantes da EFD respectiva ficou diminuído deste crédito registrado a maior. Dizem que o princípio da não cumulatividade não pode avançar sobre a objetividade matemática do valor do ICMS destacado no documento fiscal suporte.

No que tange à Infração 02, dizem que a foi emitida a NFe nº 19.609, correspondente à operação de saída de produto tributável, mas tal operação não tem registro válido no livro Registro de Saídas, não sendo, portanto, levada a apuração do ICMS no mês correspondente, conforme fls. 72/76. Frisam que a peça impugnatória cige-se à mera alegação de que teria cumprido todas as obrigações que lhe cabiam.

Relativamente à Infração 03, explicam que a exigência fiscal do diferencial de alíquota (DIFAL) foi decorrente da alteração da metodologia de cálculo com a edição do art. 1º da Lei Estadual nº 13.373/15 que deu nova redação ao art. 17, inc. XI, da Lei Estadual 7.014/96, cujo teor transcrevem.

Ressaltam que a atividade da fiscalização é um ato vinculado, sendo interdito aos auditores fiscais fazer juízo de inconstitucionalidade de norma legal em vigor. Até porque, neste caso, a sua compreensão é oposta ao argumento da defesa, pois entendem que o Estado da Bahia, sendo competente para instituir o ICMS, pode, sim, dispor sobre base de cálculo em lei ordinária, desde que não afronte a Constituição Federal e a Lei Complementar 87/96. Informam que o estabelecimento não se adequou à nova sistemática do cálculo do DIFAL prevista no artigo 17, inc. XI, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Admitem, no entanto, que se equivocaram ao deixar de observar a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91. Assim, efetuaram a exclusão das Notas Fiscais nºs 40840, 40841 e 40843, no mês de agosto de 2016, e apresentam abaixo o novo demonstrativo do referido mês:

Data Ocorrência	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/08/2016	15.727,22	18,00	60,00	2.830,90

No tocante às Infrações 04 e 05, observam que o autuado afirma que produziu por amostragem a planilha das notas registradas em 2017, porém, consideram que a contestação é o momento de exaurir eventuais inconsistências dos levantamentos. Dessa forma, ressaltam que não se trata de amostragem, como dito pelo impugnante, uma vez que foi feito um levantamento com utilização de recursos de buscas de planilhas eletrônicas (PROCV) nos relatórios levantamentos analíticos exigidos e disponibilizados. Afirmam que, no cumprimento do dever de ofício, revisaram os demonstrativos com acolhimento das notas fiscais arroladas nas planilhas apresentados na contestação às fls. 201/213. Em seguida, apresentam demonstrativos com o débito atinente à Infração 04 (no valor de R\$ 4.905,36) e à Infração 05 (no montante de R\$62.629,08).

Quanto à insurgência contra aplicação da multa de 60%, salientam que se trata de argumento inapreciável nesta via administrativa. Aduzem em que o impugnante, ao preferir discutir exação sabidamente devida, abdicou do direito de redução da multa aplicada, consoante disposto no artigo 45 da Lei Estadual 7.014/96.

Ao finalizarem, opinam pelo indeferimento do pedido de diligência e perícia. Sugerem a decisão pela procedência das Infrações 01 e 02. Opinar pela procedência parcial das Infrações 03, 04 e 05, observando os novos demonstrativos apresentados.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronuncia às fls. 265 a 271.

Após efetuar uma síntese dos fatos, afirma que além do que já fora reconhecido como indevido pela Fiscalização, a autuação também não merece prosperar no que se refere aos valores remanescentes, consoante os argumentos que passa a apresentar.

Reitera que os autuantes, na lavratura do Auto de Infração, limitaram-se a indicar os dispositivos legais que os levaram a realizar a autuação, sem demonstrar as razões que levaram à apuração de tal fato. Repete que tal fato cerceou o seu direito de defesa. Repisa que o Auto de Infração ora combatido ofende o princípio da motivação dos atos administrativos e, por consequência, as garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, o que entende impor a decretação da nulidade do lançamento de ofício.

No mérito, quanto à Infração 01, afirma que, ao contrário do que disseram os autuantes, tomou crédito no exato montante daquele destacado no documento fiscal, de maneira correta e em observância à legislação vigente. Repete que o impedimento à utilização do crédito de ICMS na hipótese ora discutida é um desrespeito ao princípio da não cumulatividade. Prossegue repisando argumentos já trazidos na defesa e consentes neste relatório e, em seguida, arremata pugnando pela improcedência da exigência fiscal.

Quanto à Infração 02, alega que emitiu a Nota Fiscal 19.609, relativa a esta operação questionada, a qual foi juntada à defesa e, no entanto, foi simplesmente ignorada pelos autuantes, que mantiveram a cobrança em sua integralidade. Reitera que apesar de a referida nota fiscal ter constado como “inutilizada” na EFD, a empresa cumpriu com todas as obrigações que lhe cabiam neste contexto, razão pela qual a cobrança é descabida.

No que tange à Infração 03, diz que os autuantes cancelaram quase a totalidade dos lançamentos, restando tão somente o débito datado de 31/05/2016, no valor de R\$ 2.830,90. Afirma que resta claro que o valor remanescente não foi cancelado por um lapso, pois os mesmos argumentos e documentos que justificam o cancelamento fundamentam a exclusão deste valor remanescente.

Relativamente às Infrações 04 e 05, pontua que, ao contrário do afirmado pelos autuantes, as planilhas juntadas pelo autuado são uma mera amostragem, uma vez que é possível comprovar as afirmações feitas na defesa por meio de conversão dos autos em diligência para análise dos seus livros fiscais. Pede a improcedência da autuação.

No que tange à multa de 60%, indicada na autuação, repete os argumentos aduzidos na defesa inicial, os quais já constam neste relatório. Pugna pelo afastamento da referida penalidade ou, ao menos, pela sua redução para o patamar de 20%.

Ao finalizar, pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente e, subsidiariamente, o afastamento da multa ou a sua redução para o patamar de 20%. Protesta pela realização de diligência. Pede que lhe seja garantida a sustentação oral. Requer que as intimações sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado que assina a defesa, no endereço que declina.

Os autuantes se pronunciam à fl. 277, afirmando que após análise das novas razões defensivas, reiteram o inteiro teor da informação fiscal prestada às fls. 218 a 232.

## VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do lançamento de ofício, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que a descrição das acusações é deficiente e que os autuantes não motivaram a lavratura do Auto de Infração.

Ao analisar as peças que compõem o processo, verifico que as infrações apuradas foram descritas de forma clara e precisa, tendo os autuantes acostado aos autos cópia impressa dos

demonstrativos que embasaram o lançamento. O enquadramento legal das infrações apuradas está correto, sendo que, nos termos do art. 19 do RPAF-BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo legal correspondente. A lavratura do Auto de Infração encontra-se devidamente motivada na legislação vigente à época dos fatos e nos demonstrativos que evidenciam o cometimento das irregularidades imputadas ao autuado. O Auto de Infração foi lavrado com a observância dos requisitos elencados no art. 39 do RPAF-BA, bem como se encontra revestido das formalidades legais previstas, não ensejando qualquer violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal. Na lavratura do Auto de Infração e no processo administrativo fiscal correspondente foi respeitado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizado pelos diversos aspectos abordados na impugnação.

Dessa forma, a Auto de Infração e o correspondente processo administrativo fiscal não contêm vício capaz de maculá-los de nulidade. Afasto, portanto, as preliminares de nulidade suscitadas.

Na Infração 01, o autuado foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Visando elidir essa acusação, o autuado alega que utilizou o crédito fiscal no exato montante destacado no documento fiscal. Diz que a exigência fiscal afronta o princípio constitucional da não cumulatividade.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois o confronto do demonstrativo de fls. 77/79 com as notas fiscais de fls. 80 a 89 deixa clara a utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos. Apesar de o defendente sustentar que teria se utilizado o crédito fiscal no exato valor destacado no documento, esse fato não restou comprovado nos autos e, nos termos do art. 143 do RPAF-BA, a simples negativa do cometimento da irregularidade não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

No que tange à suposta infringência ao princípio constitucional da não cumulatividade, há que se observar que a legislação tributária estadual prevê que somente admite o crédito fiscal do valor do imposto corretamente destacado, sendo que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB) não cabe a este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade de essa referida legislação tributária.

Considerando que o autuado não logra comprovar a improcedência da acusação que lhe foi imposta, a Infração 01 subsiste em sua totalidade.

Trata a Infração 02 de omissão de operação de saída de mercadorias em razão do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios. Em sua defesa, o autuado alega que a Nota Fiscal nº 19609 foi emitida e, apenas por um lapso, consta como “inutilizada” na sua EFD.

Nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional, a responsabilidade por infração à legislação tributária independe da intenção do agente. Assim, a alegação de que a Nota Fiscal nº 19609, apenas por lapso, constou na EFD como “inutilizada” não é um argumento capaz de elidir a infração em tela. O fato é que a operação referente a essa citada nota fiscal não foi submetida à tributação, conforme comprova o demonstrativo de fls. 72 a 76 dos autos.

Desse modo, o argumento defensivo não elide a acusação imputada ao autuado e, em consequência, a Infração 02 é procedente.

Cuida a Infração 03 de falta de pagamento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Conforme foi bem explicado pelos autuantes, a autuação decorreu da metodologia de cálculo da diferença de alíquota introduzida pela Lei nº 13.373/15, a qual não foi observada pelo defendente.

Em sua defesa, o autuado alega que o Estado da Bahia, ao editar a Lei nº 13.373/15, alargou indevidamente a base de cálculo do imposto, incidindo em inconstitucionalidade.

A infração imputada ao autuado está demonstrada nos autos, não cabendo a este Conselho de Fazenda apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Todavia, quanto à redução de base de cálculo tratada no Convênio ICMS 52/91, os próprios autuantes reconheceram a procedência do argumento defensivo e refizeram a apuração do imposto, excluindo da autuação as Notas Fiscais nºs 40.840, 40.841 e 40.843, anexadas pelo autuado, o que reduziu o valor devido no mês de agosto de 2016 para R\$2.830,90.

Ao se pronunciar, sobre o resultado da informação fiscal, o autuado sustentou que os autuantes teriam cancelado a quase totalidade da infração em comento, só mantendo o débito referente ao mês de agosto de 2016, no valor de R\$ 2.830,90.

Ao se analisar a informação fiscal, fica claro que o autuado labora em equívoco, pois os autuantes, quando excluíram os valores pertinentes às Notas Fiscais nºs 40.840, 40.841 e 40.843, de forma acertada retificaram apenas o débito do mês de agosto de 2016, mantendo inalterados os valores originalmente exigidos nos demais meses.

Acato essa retificação efetuada pelos autuantes, pois as operações tratadas nas notas fiscais citadas na informação fiscal são atinentes a bens amparados pela redução de base de cálculo tratada no Convênio ICMS 52/91. Dessa forma, a Infração 03 é procedente em parte, no valor de R\$21.067,01, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR	DATA VENC.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/01/16	09/02/16	23.033,94	17%	60%	3.915,77
29/02/16	09/03/16	19.414,76	17%	60%	3.300,51
31/03/16	09/04/16	10.039,65	17%	60%	1.706,74
30/04/16	09/05/16	8.204,12	17%	60%	1.394,70
31/05/16	09/06/16	2.971,18	17%	60%	505,10
30/06/16	09/07/16	4.147,06	17%	60%	705,00
31/07/16	09/08/16	4.095,18	17%	60%	696,18
31/08/16	09/09/16	16.652,35	17%	60%	2.830,90
30/09/16	09/10/16	3.684,59	17%	60%	626,38
31/10/16	09/11/16	8.639,47	17%	60%	1.468,71
30/11/16	09/12/16	16.393,24	17%	60%	2.786,85
31/12/16	09/01/17	6.648,06	17%	60%	1.130,17
Valor devido na Infração 03					21.067,01

As Infrações 04 e 05 versam, respectivamente, sobre falta de registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas à tributação e de mercadorias não tributáveis.

O defendente alega que uma parte das notas fiscais relacionadas na autuação foi escriturada em 2017, ao passo que outra parte diz respeito a mercadorias recusadas, tudo conforme demonstrativos elaborados por amostragem.

Na informação fiscal, os autuantes acataram o argumento defensivo e refizeram a apuração dos valores devidos nas infrações em tela, retificados os equívocos apontados na defesa. Ao se pronunciar sobre o resultado da informação fiscal, o defendente repisa que os equívocos foram apontados na defesa por amostragem, bem como solicita a realização de diligência.

Indefiro a realização de diligência solicitada, pois cabe ao autuado apontar os equívocos que entende presente no lançamento impugnado e apresentar as correspondentes comprovações. Além disso, a realização de diligência não se presta a trazer aos autos provas que, em princípio, estariam em poder do contribuinte.

Tendo em vista que o deslinde da questão em análise trata de matéria de prova e que as retificações foram realizadas pelos próprios autuantes, acato os novos valores apresentados na

informação fiscal, de forma que as Infrações 04 e 05 subsistem em parte nos valores de, respectivamente, R\$4.905,37 e R\$62.629,08, conforme os demonstrativos retificados elaborados pelos autuantes às fls. 229 e 230, respectivamente.

No que tange às multas indicadas na autuação, ressalto que essas penalidades são as previstas no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades descritas no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal, conforme prevê o art. 125, I, do COTEB. Ultrapasso, portanto, as alegações atinentes ao suposto caráter de confisco das multas, bem como afasto a tese de que as referidas penalidades afrontariam os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Relativamente ao pedido de dispensa ou redução de multa, há que se observar que em relação às penalidades decorrentes de descumprimento de obrigação tributária principal, a apreciação de tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda. Já no tocante às multas por descumprimento de obrigação acessória, o pleito defensivo não pode ser atendido, pois não se vislumbra nos autos como se afirmar, com segurança, que o procedimento irregular do autuado não tenha implicado falta de recolhimento de imposto, uma das condições necessárias para o atendimento do pedido, bem como não ficou comprovada a ausência de dolo.

No que tange à solicitação defensiva para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior, no endereço que declina, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 92.532,12, conforme a tabela apresenta a seguir, devendo ser homologado o valor já recolhido:

Infrações	A. Infração	Julgamento	Devido
01	3.340,65	Procedente	3.340,65
02	590,02	Procedente	590,02
03	39.982,21	Proc. em Parte	21.067,01
04	53.228,54	Proc. em Parte	4.905,37
05	66.000,02	Proc. em Parte	62.629,08
TOTAL	163.141,44	--	92.532,13

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0008/17-6**, lavrado contra **NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.997,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.407,66 e de 100% sobre R\$590,02, previstas no art. 42, II, “f”, III, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$67.534,45**, prevista nos incisos IX e XI do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2018.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR