

A. I. Nº - 279757.0003/21-9
AUTUADA - FORNO DE MINAS ALIMENTOS S/A
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA E JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.07.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0108-05/22-VD

EMENTA: ICMS 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Alegações empresariais apenas restritas às devoluções de vendas, nas quais houve erro na escrituração das unidades de medidas dos itens levantados, registrando-se *pacotes* no lugar de *caixas*. Varredura amostral promovida durante a instrução constatou inexistir a inconsistência apontada. Irregularidade procedente. **b)** OMISSÕES DE SAÍDAS E ENTRADAS, PREVALECENDO AS PRIMEIRAS. Alegações empresariais apenas restritas às devoluções de vendas, nas quais houve erro na escrituração das unidades de medidas dos itens levantados, registrando-se *pacotes* no lugar de *caixas*. Varredura amostral promovida durante a instrução constatou inexistir a inconsistência apontada. Irregularidade procedente. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO ANTECIPADA. Alegações empresariais apenas restritas às devoluções de vendas, nas quais houve erro na escrituração das unidades de medidas dos itens levantados, registrando-se *pacotes* no lugar de *caixas*. Varredura amostral promovida durante a instrução constatou inexistir a inconsistência apontada. Irregularidade procedente. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Configurada hipótese de não incidência do imposto estadual, de modo que não há que se falar, na espécie, de qualquer obrigação tributária a título de DIFAL. Irregularidade improcedente. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS. Alegações empresariais centradas na antecipação parcial, matéria estranha neste processo. Irregularidade procedente. Preliminares e pedidos subsidiários afastados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpre referenciar que o presente relatório atende as premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos atores do PAF, inclusive adaptado para sessões de julgamento virtuais.

Optou-se também em indicar neste relatório as folhas das principais peças existentes nos autos como orientação e localização por parte dos demais integrantes deste Colegiado.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 09/02/2021, exige ICMS no valor histórico total de R\$ 59.298,63, explicado resumidamente pelas seguintes descrições:

Infração 01 – 04.05.01: Falta de recolhimento de 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. Valor histórico de R\$ 13.844,38. Ocorrência em dezembro de 2017. Enquadramento nos arts. 2º, I, e 23-B, ambos da Lei 7014/96, c/c o art. 83, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei retro citada.

Infração 02 – 04.05.02: Falta de recolhimento de imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor histórico de R\$ 18.156,74. Ocorrência em dezembro de 2016. Enquadramento nos arts. 2º, I, e 23-B, ambos da Lei 7.014/96, c/c o art. 83, I do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei retro citada.

Infração 03 – 04.05.11: Falta de retenção e do conseqüente recolhimento de imposto, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, logo sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor histórico de R\$ 49,25. Ocorrência em dezembro de 2017. Enquadramento nos arts. 8º, II, e 23, II, ambos da Lei 7.014/96, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei retro citada.

Infração 04 – 06.05.01: Falta de pagamento da DIFAL do imposto, em face de aquisições interestaduais de mercadorias (relacionadas no corpo do auto de infração) destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor histórico de R\$ 7.460,07. Fatos geradores de fevereiro a setembro e novembro de 2016, janeiro a março e maio a dezembro de 2017. Enquadramento no art. 4º, XV, da Lei 7.014/96, c/c o art. 305, § 4º, III do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei retro citada.

Infração 05 – 07.02.02: Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes situados neste Estado. Operações abarcam *waffles forno de minas*, recebidos em transferência de estabelecimento industrial com alíquota do estado de origem de 7%, sendo que o autuado figura como filial atacadista. Valor histórico de R\$ 19.788,19. Fatos geradores de fevereiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017. Enquadramento nos arts. 8º, II da Lei 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei retro citada.

Anexados ao instrumento de cobrança, entre outros documentos: termo de ciência da ação fiscal, demonstrativo do cálculo das omissões de mercadorias em auditoria de estoques, relação das notas fiscais de entrada, resumo das entradas por item, relação das notas fiscais de saídas, resumo das saídas por item, preço médio das saídas, EFD - registro de inventário, demonstrativo – sintético e analítico - do cálculo do ICMS-ST nas saídas de mercadorias enquadradas neste regime jurídico por estabelecimento atacadista do industrial e demonstrativo do cálculo da DIFAL (fls. 10/40 – em excertos).

Contribuinte oferece defesa (fls. 46/54), ocasião em que, após tocar na tempestividade da iniciativa e fazer um resumo dos fatos infracionais:

Acerca das irregularidades que defluíram dos levantamentos quantitativos, sustenta que cometeu erro de fato ao preencher sua EFD, porquanto nas devoluções de venda, também objeto da auditoria de estoques, indicou nas notas fiscais respectivas a unidade de medida errada trocando

“CAIXA – CX” por “PACOTE – PC”. Assim, a diferença encontrada pelo fisco decorreu deste equívoco, trazendo inconsistências nos arquivos de inventário, denominado Bloco H da EFD. Impõe-se, portanto, a retificação da escrita, nos moldes da cláusula décima terceira, inciso III, do Ajuste SINIEF 02/2009, reproduzida. Cita precedente deste Conselho em situação similar.

Acerca da DIFAL, rebate que as operações afetadas aludem a transferências de materiais de uso e consumo (adesivos e etiquetas de preços, canecas, camisas, lâminas, pastas com bolsa, blusas de malha, mochilas, botas, toucas, luvas, bolsas e blusões térmicos, calças para câmaras frias, calças brancas para produção, camisas sociais, jalecos, meias de proteção para baixa temperatura, marca-textos e *displays*) recebidas de sua matriz, situada em Minas Gerais. Neste compasso, conforme Súm. 166 do STJ, não há que se falar em pagamento da diferença de alíquota, visto não ter havido operação mercantil.

Acerca da retenção e recolhimento a menor de operações sujeitas à tributação antecipada, face a sua condição de atacadista de industrial, alega que a fiscalização não observou a norma do art. 12-A da Lei 7.014/96, que trata da antecipação parcial, de sorte que caso haja previsão legal de substituição tributária que encerre a fase de tributação, não há que se falar em antecipação parcial, conforme também disposto no art. 12, § 1º, III da Lei baiana do ICMS.

Pede, em síntese: (i) autorização para enviar arquivos retificadores das EFDs ICMS/IPI de 2016 e 2017, a fim de regularizar o erro de fato cometido pela empresa; (ii) anulação da exigência referente às transferências interestaduais, por inocorrência do fato gerador do imposto estadual; (iii) anulação da exigência do imposto antecipado, haja vista a incidência do ICMS-ST nas respectivas operações; (iv) arquivamento da cobrança.

Juntados pela empresa: instrumentos de representação legal e demonstrativo do levantamento quantitativo comparando os valores achados pela auditoria com aqueles por ela encontrados (fls. 55/74).

Nas suas informações fiscais (fls. 77/79), os autuantes:

A respeito dos levantamentos quantitativos de estoque por espécie em exercício fechado, aduzem que a linha defensiva limitou-se a acusar que as omissões vieram de equívocos nos arquivos da EFD quando da conversão das unidades de medidas. Porém, revisaram os trabalhos fiscais e não constatarem quaisquer problemas com a conversão das quantidades. Não há nenhuma nota fiscal apresentada ou indicada pela defendente que esteja especificamente nesta situação. Acrescentaram ainda: “fazemos uma observação quanto aos demonstrativos de apuração dos preços médios (fls. 21 e 22). Não se identifica nenhuma discrepância mensal” (sic.). E concluíram que a relatoria poderá comprovar no arquivo *excell* nominado à fl. 78 que inexistente qualquer devolução de venda que aponte unidade de medida diferente de “CX” – caixa.

A respeito da diferença de alíquota cobrada em decorrência de recebimentos em transferências interestaduais de materiais de uso e consumo, declararam que “não irão dirimir sobre discussão envolvendo a Súmula 166 do STJ” (sic.). Disseram, apenas, que não há nos autos prova de pagamento da DIFAL.

A respeito da cobrança do imposto devido por substituição tributária, argumentaram que não se está cobrando o tributo por ocasião das entradas (antecipação parcial), mas sim por ocasião das saídas (antecipação e substituição totais). Fato é que a impugnante promoveu saídas de mercadorias enquadradas no regime da ST e calculou a menor o ICMS devido na operação.

Por fim, revelam não saber o que pretende a autuada em pedir autorização para encaminhar os arquivos eletrônicos retificadores da EFD.

Vindo os autos para julgamento, este Colegiado solicitou diligência (fls. 86/87) à unidade fazendária de origem para adoção das seguintes medidas, antecedidas de alguns fundamentos, a saber:

Na oportunidade do oferecimento do informativo fiscal, a auditoria apensa mídia digital com planilhas cujos totais – pelo menos os totais - refletem exatamente os mesmos montantes cobrados de início pelos i. autuantes.

Este CD de fl. 80 não foi disponibilizado para a autuada.

Por outro lado, no desenvolver da instrução, apesar dos levantamentos contidos à fl. 80 reproduzirem os totais do auto de infração, esta relatoria, por algum motivo, recebeu o PAF com o envelope encartado à fl. 41 (que acompanhou o auto de infração) vazio, sem a mídia digital que deveria conter os levantamentos fiscais inicialmente elaborados.

Assim, como não se tem a certeza de que os levantamentos anexados eletronicamente à fl. 80 possuem rigorosamente o mesmo teor dos arquivos digitais que deveriam estar à fl. 41, entendeu-se de bom alvitre abrir vistas para o contribuinte manifestar-se acerca dos primeiros, até para evitar na sequência processual uma eventual invocação de nulidade de julgamento por impedimento ao exercício pleno do direito de defesa.

DA DILIGÊNCIA.

Neste esquadro, decide esta Junta **encaminhar o PAF para a DAT METRO/INFAZ ATACADO** com o objetivo de:

PELO ÓRGÃO DE PREPARO:

- a) *Intimar o autuado para, reabrindo o prazo de defesa de **60 (sessenta) dias**, dar-lhe ciência das informações fiscais (fls. 77/79) e do inteiro teor dos arquivos eletrônicos contidos no CD de fl. 80 (obtendo-se recibo específico nos autos) para que ela, querendo, firme nova manifestação.*
- b) *Após a medida assinalada no item anterior, dar ciência aos autuantes para estes produzirem novo informativo fiscal, dentro do prazo previsto na legislação.*

Efetivados estes atos processuais e caso não se faça necessário praticar nenhum outro mais na unidade fazendária de origem, deve o PAF retornar para este Colegiado com o objetivo de instrução complementar e julgamento.

Em função desta diligência, é o contribuinte devidamente intimado (fls. 91/92), oportunidade em que reitera a sua impugnação inicial sendo que, desta feita (fls. 96/107), acrescenta ainda:

Ser o auto de infração nulo porque, em sacrifício ao direito de defesa, não teve ciência dos dados contidos no CD de fl. 80, conforme percebido pela 5ª JJF, sem, portanto, tomar ciência dos motivos e do suporte fático da autuação, viciando irrevogavelmente a exigência tributária. Apoia seu pedido nos arts. 39 e 47 do RPAF-BA, em decisão do CARF e em doutrina.

Ser a multa proposta de 100% confiscatória, de modo que deve ser cancelada. Citados precedentes jurisprudenciais.

Juntado *pen-drive* à fl. 108.

Pronunciamento reiterativo da fiscalização (fl. 111v.).

Com o cumprimento da diligência e manifestação das partes, retorna o PAF para reapreciação.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Mister apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

O contribuinte persegue nulidade do auto de infração porque nele não há os elementos fundamentadores e o suporte fático para a reclamação do tributo.

A diligência atendida pelo fisco supre qualquer possibilidade de estar o crédito tributário viciado. Ainda que, pela defesa inicial de fls. 46 a 54, ficasse patente que o contribuinte entendeu perfeitamente a cobrança e recebeu os levantamentos fiscais que deram suporte à autuação (conforme indicado na intimação de fl. 43, na qual se diz que o órgão de preparo fazendário, juntamente com o auto de infração, fez encaminhar para o contribuinte o “demonstrativo de

débito e Arquivos Eletrônicos” [sic.]), entendeu por bem este Colegiado, para espancar o menor resquício de dúvida, mandar intimar o sujeito passivo para que, **com o prazo de defesa reaberto**, de posse da mídia de fl. 80, pudesse novamente oferecer sua contestação.

Noutras palavras: ficou desde o início configurado o recebimento pelo sujeito passivo dos citados levantamentos, haja vista o teor da primeira defesa, na qual há enfrentamento das cobranças decorrentes da auditoria de estoques, da DIFAL e da ST, matérias que serão tratadas adiante quando da análise de mérito.

Tanto é que a nova impugnação apenas reiterou no mérito as razões agitadas anteriormente, aditando apenas esta questão preliminar e o pedido subsidiário de cancelamento da multa de 100%.

Logo, ao contrário do que sustentou a empresa, o seu direito de defesa foi amplamente prestigiado, contando ela com mais sessenta dias para se pronunciar.

Por outro lado, no avanço da instrução, esta relatoria examinou os arquivos eletrônicos constantes no CD juntado à fl. 80, pós informação fiscal, e constatou que os valores ali levantados correspondem aos valores consignados no auto de infração.

Não é aqui o caso de aplicar-se o disposto nos arts. 39 e 47 do RPAF baiano. Inexiste no PAF qualquer equívoco não passível de correção.

Preliminar rejeitada.

Por conseguinte, o Auto de Infração cumpre com os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

As infrações 01, 02 e 03 derivam do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado, nos exercícios de 2016 (R\$ 18.156,74) e 2017 (R\$ 13.844,38), em ambos se cobrando o imposto em face da constatação de omissão de saídas tributadas. Em 2017 cobrou-se também tributo para aquelas omissões de saídas que tocam mercadorias sujeitas à substituição tributária (R\$ 49,25).

A única argumentação defensiva de mérito prendeu-se ao fato de ter ocorrido um erro de fato na escrituração digital, especificamente nas devoluções de vendas que, evidentemente, foram incluídas na contagem dos estoques. Segundo a impugnante, o equívoco residiu na indicação da unidade de medida referente aos produtos devolvidos, apondo-se *pacotes* no lugar de *caixas*. Isto concorreu para as diferenças encontradas, haja vista as inconsistências nos arquivos de inventário, nomeadamente no Bloco H da EFD.

Por sua vez, os autuantes replicaram que não houve este tipo de problema, até porque da análise dos preços médios não se identifica qualquer discrepância mensal, sem falar no fato de que o contribuinte não apresentou – nem apontou – notas fiscais que acusassem disparidades de conversão de medidas entre as vendas e as eventuais devoluções. Segundo eles, consta apenas uma tabela impressa que pouco acrescenta às alegações empresariais.

Compulsando-se no CD de fl. 80 o arquivo *excell* denominado *FornodeMinas_Anexo_E_v1.xlsx*, planilha *NFE*, e aplicando-se o filtro para selecionar as operações sob os CFOPs 1202 e 2202 (devoluções de vendas internas e interestaduais, respectivamente), **esta relatoria encontrou aproximadamente 350 registros, em todos eles com indicação de caixas, seja qual for o produto pesquisado. Não se vê neles qualquer indicação de pacotes para as mercadorias objeto do levantamento de estoques, o que faz cair no vazio toda a argumentação defensiva.**

Por seu turno, o demonstrativo de fl. 74, juntado pela defendente, não se escora em elementos probatórios consistentes.

Por extensão, inócuo também se torna o pedido de autorização para retificar os arquivos da EFD ICMS IPI de 2016 e 2017, em função de suposto erro na conversão das unidades de medida nas devoluções de vendas, visto que, **conforme consta nos levantamentos fiscais encartados na mídia de fl. 80**, inexistem nestas operações indicação da unidade pacotes no lugar de caixas.

As três irregularidades são consideradas procedentes.

Já na infração 04 a exigência recai sobre a falta de pagamento da DIFAL em face de aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo, designadamente adesivos e etiquetas de preços, canecas, camisas, lâminas, pastas com bolsa, blusas de malha, mochilas, botas, toucas, luvas, bolsas e blusões térmicos, calças para câmaras frias, calças brancas para produção, camisas sociais, jalecos, meias de proteção para baixa temperatura, marca-textos e *displays*.

A linha contestatória aponta para a aplicação da Súm. 166 do STJ. O informativo do fisco acentua que em aquisições interestaduais não importa o tipo de operação, é devida a diferença de alíquota em favor do Estado de destino.

Constitui tema incontroverso neste processo aludirem as operações autuadas a transferências de materiais de uso e consumo entre matriz mineira e filial baiana.

Independente da Súm. 166 do STJ, cuja edição antecedeu a LC 87/96, o STF, em recente decisão, já transitada em julgado, em sede de repercussão geral (Tema 1099), firmou a seguinte tese: “não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia”.

Eis a ementa:

14/08/2020 PLENÁRIO REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.255.885 MATO GROSSO DO SUL RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE RECTE.(S) :ANA FUMIE YOKOYAMA E OUTRO (A / S) ADV.(A / S) : DANIEL FRANCO DA COSTA RECD.(A / S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL EMENTA Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Deslocamento de mercadorias. Estabelecimentos de mesma titularidade localizados em unidades federadas distintas. Ausência de transferência de propriedade ou ato mercantil. Circulação jurídica de mercadoria. Existência de matéria constitucional e de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. Agravo provido para conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento de modo a conceder a segurança. Firmada a seguinte tese de repercussão geral: Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.

Neste compasso, as saídas de mercadorias que se caracterizem como transferências interestaduais é hipótese de **não incidência** do ICMS, conforme entendimento da Corte Suprema. Resta saber se, mesmo não havendo tributação na origem, é devida a diferença de alíquota no momento em que o produto transferido ingressa no estabelecimento destinatário. Ou seja, se para efeito da DIFAL o momento é outro, que não se confunde com o momento da saída.

Enquanto o Estado da Bahia não define se mesmo nas transferências é cabível o diferencial de alíquota, adota-se o entendimento de que não cabe a cobrança da DIFAL, visto que tem este mecanismo de cobrança uma lógica de tributação, qual seja, repartir-se a tributação entre os Estados de origem e de destino, quando a operação interestadual toca mercadorias destinadas a uso e consumo ou bens do ativo fixo.

Contudo, o STF posicionou-se no sentido de não haver tributação do ICMS nas transferências interestaduais. É **caso de não incidência** e não caso de isenção ou redução de base de cálculo na origem, o que poderia acarretar consequências diferentes, na medida em que o Estado de origem, nestes dois últimos casos, ao abrir mão da tributação que lhe pertence, não levaria para a mesma sorte o ICMS de titularidade do Estado de destino.

Mas aqui não há que se falar em diferença de alíquota, porque inexistente tributação, muito menos alíquota, nada sendo devido ao Estado de destino.

A decisão tomada na ADC 49/RN, ainda que não transitada em julgado, caminha no mesmo sentido, vale dizer, de inexistir incidência do ICMS nas transferências de mercadorias, sejam elas internas ou interestaduais.

A pendência de modulação dos efeitos que ainda perdura na citada declaratória **não atinge** o presente PAF por dois motivos: (1) a matéria aqui discutida não versa sobre glosa de créditos fiscais que, segundo se intenta, seriam apropriáveis mesmo que a hipótese seja de não incidência do ICMS nas transferências, em respeito ao mecanismo constitucional da não cumulatividade, a ser observado para fins de compensação com os débitos fiscais destacados por ocasião da saída subsequente da mercadoria. (2) a matéria aqui discutida atine a materiais de uso e consumo (e não a bens do ativo fixo) recebidos em transferências pelo estabelecimento destinatário que, de qualquer sorte, não gerariam créditos fiscais, porquanto ditos materiais ali seriam consumidos, de modo que não seriam comercializados em etapas econômicas posteriores.

Irregularidade improcedente.

Por fim, a infração 05. Tem ela escopo no raciocínio de que, sendo a autuada um estabelecimento atacadista filial de indústria, deveria ter ela que fazer nova retenção do imposto quando recebesse produtos (*waffles*) sujeitos à substituição tributária, haja vista o mandamento contido no art. 8º, § 8º da Lei 7014/96, cuja reprodução se faz necessária:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados

(...)

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;

A impugnante trilha um fio argumentativo que nenhuma relação guarda com o fulcro da autuação: a de que o fisco não observou o art. 12-A da Lei baiana do ICMS, que trata da antecipação parcial.

A postulação fiscal é na linha de cobrar a antecipação total, com substituição dos agentes econômicos que estejam postados a frente da cadeia produtiva, devida na saída das mercadorias recebidas em transferência de sua matriz industrial, considerando a condição da autuada de ser um estabelecimento atacadista filial.

Nada tem a ver com a antecipação parcial, devida na entrada, que não foi objeto de autuação.

Agiram com acerto os autuantes.

Quanto à penalidade pecuniária de 100%, contida na autuação, em face de ser o percentual proposto confiscatório, irrazoável e desproporcional, não tem razão o contribuinte.

Na verdade, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7014/96.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou

redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de cancelamento da penalidade de 100%.

Isto posto, o auto de infração é PARCIALMENTE PROCEDENTE, excluindo-se o imposto reclamado na infração 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0003/21-9**, lavrado contra **FORNO DE MINAS ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar pagamento do imposto no valor de **R\$ 51.838,56**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 19.837,44 e de 100% sobre R\$ 32.001,12, previstas no art. 42, incisos II, “e” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR