

A. I. Nº - 269193.0010/22-4
AUTUADO - SUPPLY DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2022

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0288-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Está demonstrada a ocorrência de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, e, por consequência sem a respectiva escrituração e pagamento do imposto, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Razões de defesa não capazes de elidir a autuação. Infração subsistente. **b)** EXIGENCIA DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETARIA – A DAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. PRESUNÇÃO DE SAÍDA. Com base na presunção legal. O sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, com base na presunção legal, denota que efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, relativamente as duas imputações, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Apesar do autuado ser signatário de Termo de Acordo firmado com a SEFAZ, com fulcro no Decreto nº 7799/00, não se aplica, no caso de omissão de saídas de mercadorias de mercadorias tributáveis, o benefício da redução da carga tributária ao percentual de 41,176%, à luz da exegese do Art. 1º do referido Decreto. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 08/06/2022, exige o valor de R\$ 31.218,33, inerente aos anos de 2019 e 2020, conforme documentações de fls. 5 a 15 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 004.005.002: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de mercadorias tributáveis 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 no ano de 2019. Lançado ICMS no valor de R\$ 11.529,48, com

enquadramento no art. 2º, inciso I; art. 23-B, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 83, inciso I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, inciso I, da Portaria nº 445/98 e multa de 100%, aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 004.005.005: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício do ano de 2020. Lançado ICMS no valor de R\$ 19.688,85, com enquadramento no art. 4º,§ 4º, inciso IV; art. 23-A, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 13, inc. II, da Portaria nº 445/98 e multa de 100%, aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 17 a 29 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 10.303.789/0005-37, e inscrição estadual nº.157.522.918, com endereço na Av. Deputado Luis Eduardo Magalhães, KM 525, Galpão 13a, s/n, Limoeiro, Feira de Santana, CEP: 44.097- 324, Salvador/BA, onde, por intermédio de seus Advogados infrafirmados, constituídos mediante instrumento de mandato (anexo), apresenta **impugnação ao auto de infração** em epígrafe, pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

- **ANALISE DOS FATOS**

Diz tratar do Auto de Infração Nº 2691930010/22-4, lavrado contra a **Supply Distribuidora de Produtos Alimentícios LTDA.**, onde teria supostamente cometido duas infrações por ter deixado de recolher ICMS nas operações tributáveis.

De acordo com A.I, a "Infração 01", teria a Impugnante deixado de recolher o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o cumprimento de obrigações acessórias (emissão de N.F. e escrituração), decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas.

Ademais, na "Infração 02", o Fisco alegou que a Empresa Impugnante, deixou de recolher ICMS sobre a diferença de maior expressão monetária nas operações de entrada, por ter efetuado os pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e, também, não contabilizadas, no mesmo exercício.

Aduz, também, que teve contra si lavrado o referido Auto de Infração em 08 de junho de 2022, sob a alegação de que deixou recolher indevidamente o ICMS no montante de R\$ 31.218,33 (trinta e um mil reais, duzentos e dezoito reais e trinta e três centavos), no período de 31 de novembro de 2019 a 31 de dezembro de 2020, o que não atenderia às condições previstas nos arts. 2º, I; art. 23-B da Lei 7.014/96 c/c art. 83, 1 do RICMS/BA e art. 13,1 da Portaria 445/98, no caso da "Infração 01. E, art. 4º, §4º, IV; art.23-A; Lei 7.014/94 c/c art. 13, 11 da Portaria 445/98, no caso da "Infração 02". Portanto, a Impugnante estaria sujeita às penalidades previstas no art. 42, III, a da Lei 7.014/96.

De acordo com o demonstrativo de débito destacado na peça de defesa à fl. 20 dos autos, emitido pelo próprio Fisco, anexo ao A.I., a Impugnante supostamente seria devedora do débito fiscal no montante de R\$ 65.740,98 (sessenta e cinco mil, setecentos e quarenta reais e noventa e oito centavos), os quais já estariam incluídos multa, acréscimos moratórios e correções monetárias.

Salienta, então, que, conforme será demonstrado no presente petitório, não poderia ser tributada da forma supra destacada, uma vez que goza do benefício da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, lhe conferindo situação especial de arrecadação, o que claramente não foi observado no cálculo constante no A.I. emitido pela Autoridade Fiscal.

Ademais, a condição especial na qual a Impugnante se encontra torna absolutamente inexigível o

A.I lavrado, inclusive por ter sérios equívocos nos cálculos da Autoridade Fiscal, o que poderá gerar prejuízos reais à Impugnante caso seja mantido.

Assim, conforme restará devidamente comprovado, o A.I ora combatido é absolutamente nulo e indevido, haja vista todo o trâmite que deu origem ao fato gerador do ICMS ter sido efetuado e recolhido de forma legal, extinguindo o crédito tributário.

Desta forma, diz apresentar impugnação ao Auto de Infração na modalidade administrativa e demonstrar que não houve qualquer prática de ilícito ou incongruência conforme suscitados.

• *DO DIREITO*

Conforme se denota da documentação anexa, diz tratar de sujeito passivo do ICMS no regime de substituição tributária prevista no art. 128 do CTN, ou seja, a lei determina que ela é responsável pelo pagamento do tributo desde a ocorrência do fato gerador no lugar do contribuinte, como podemos observar:

"Art. 128 Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação".

Do mesmo modo, o §7º, art. 150 da CF/88:

Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Assim, desde o nascimento da obrigação tributária, o responsável já é sujeito passivo. O substituto legal tributário tem, não só a responsabilidade da obrigação principal, como também pelas acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco.

Ademais, a Impugnante é pessoa jurídica de direito privado e tem como atividade econômica principal o comércio atacadista de alimento e produtos em geral conforme comprovante de inscrição e situação cadastral (anexo), estando em consonância com a legislação e, portanto, podendo se beneficiar de créditos tributários em operações de ICMS, haja vista a sua não-cumulatividade prevista na CF e na Lei nº: 87/96.

Outrossim, diz que, em razão da atividade principal da Impetrante anteriormente demonstrada (comércio atacadista), esta faz jus à redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% previstos no art. 1º do Decreto Estadual nº 7.799/00, não tendo sido observado pela SEFAZ/BA ao realizar a autuação Fiscal, calculando o imposto com base no valor integral conforme demonstrativo anexado ao Auto de Infração pelo próprio Fisco, o que refletiu no erro de todos os cálculos efetuados pela administração pública.

Pontua, então, que é notório que todos os valores apontados no AIIM estão equivocados, ora, se a base de cálculo está errada, todo o tributo estará restando demonstrado que não houveram omissões ou recolhimento a menor, mas sim equívoco de apuração dos valores por parte da administração pública.

Seguindo nessa esteira, diz que é imperioso destacar que atualmente já possui o status de "**Credenciado**" no sistema da SEFAZ/BA, haja vista já ter cumprido o prazo mínimo de 06 meses de abertura e início das atividades no presente estado, atendendo, portanto, ao requisito constante no inciso I, do §2º do art. 332, do Regulamento do ICMS/BA em seu inciso I, do §2º do art. 332, como segue:

"art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

§ 2º Poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas "a", "b", "c" e "g" do inciso III, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, exceto em relação às operações com açúcar e às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo, o contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-IC.MS) que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- Possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da federação;**
- Não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa; (grifos nossos)**

Diz que, uma vez cumprido os requisitos legais, a Impugnante efetuou o recolhimento do imposto de forma antecipada e correta. A Impugnante, além de estar regularmente cadastrada no CAD-1CMS do Estado da Bahia, atende aos requisitos cumulativos constantes no Art. 332, §2º do R1CMS/BA, conforme já devidamente explanado alhures, o que lhe concede a redução da base de cálculo e que por sua vez, desonera o pagamento do tributo.

Assim, consigna que não é possível o prosseguimento do Auto de Infração, haja vista ter sido cumprido rigorosamente a disposição legal no que diz respeito ao recolhimento do ICMS no caso em apreço, estando demonstrado de modo inescusável o equívoco cometido pela Autoridade Fiscal quando da lavratura do auto de infração.

5.1 - Da Inexigibilidade Do Auto De Infração Por Vício Insanável.

Diz que, na "Infração 01" o Fisco alegou que a Impugnante deixou de recolher ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o cumprimento de obrigações acessórias (emissão de N.F. e escrituração), decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas.

Ocorre que, conforme documentação a ser anexada, dentre as mercadorias descritas na operação que consta no A1IM, algumas foram extraviadas ou perdidas, tendo sido feitas suas baixas diante da não concretização do fato gerador do ICMS, o que por sua vez gera créditos de ICMS a serem disponibilizados ao Autuado.

Neste sentido, a operação para as mercadorias extraviadas ou perdidas fora encerrada neste momento, não havendo como ser calculados novos fatos geradores de ICMS, haja vista a inexistência de operação de circulação de mercadorias, conforme art. 2º da Lei nº 87/96 e sumula 166 do STJ.

Ademais, na "Infração 02, diz que o Fisco alegou que a Empresa Impugnante, deixou de recolher ICMS sobre a diferença de maior expressão monetária nas operações de entrada, por ter efetuado os pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e não contabilizadas, no mesmo exercício.

Ocorre que, as alegações do Fisco sobre omissão de saídas de mercadorias carecem de elementos probatórios visto que, a própria Autoridade Administrativa foi quem apontou os valores para a base de cálculo do ICMS que foram apurados no inventário da própria Impugnante relativo as saídas das mercadorias.

Outrossim, diz que não há que se falar em inadimplemento do crédito tributário, haja vista ter havido o recolhimento do ICMS na sua integralidade, ainda que com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, caracterizando a extinção do crédito tributário pelo pagamento, conforme art. 156, I do CTN.

Percebe-se que, a situação fática apresentada na autuação não se relaciona com os dispositivos que supostamente a Empresa Impugnante tenha infringido merecendo, que seja nulo o Auto de Infração, ora impugnado, uma vez que o crédito tributário se encontra extinto pelo pagamento, já que o recolhimento do imposto se deu de forma antecipada por seus requisitos cumulativos constantes no Art. 332, § 2º do R1CMS/BA, que destaca.

Não fosse suficiente todo o ante exposto que demonstra a ilegalidade do auto de infração, haja

vista o adimplemento do crédito tributário pelo pagamento e cumprimento da legislação local, o mesmo ainda é inexigível por falta de cumprimento dos requisitos básicos de existência e exigibilidade.

Neste diapasão, o art. 10 da Lei nº 70.235/72, apresenta requisitos legais obrigatórios para a lavratura de Auto de infração, que devem ser cumpridos, senão vejamos:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

- I. - a qualificação do autuado;
- II. - o local, a data e a hora da lavratura;
- III. - a descrição do fato;
- IV. - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
- V. - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;
- VI. - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula, (grifos nossos)

Diz que, conforme pode-se observar do auto de infração lavrado em desfavor do Impugnante, o requisito essencial para a existência e validade. Ocorre, porém, que o Auto de Infração (anexo) emitido pela Autoridade Administrativa é passível de nulidade por não atender ao requisito do inciso VI, do referido artigo, com observa-se, a autuação é absolutamente nula, visto que o Auto de Infração apresenta erros na sua emissão na medida em que o Autuante não subscreve a sua própria autuação.

Após destacar o art. 142, § único, do CTN, registra que, por se tratar de uma atividade plenamente vinculada, há que serem cumpridos rigorosamente na forma da lei, os requisitos de modo taxativo, sob pena de serem considerados absolutamente nulos, como é o caso em tela.

5.2 - Da Impossibilidade De Cobrança da Multa e Consectários De Mora.

Diz que, não fosse suficiente a cobrança ser indevida, o Auto de Infração combatido ainda arbitra multa e consectários de mora sobre o suposto crédito tributário devido, sendo absolutamente indevidos, ora, se não existe infração, não existe multa, tampouco correção, haja vista o tributo ter sido pago no momento do fato gerador, conforme comprovante que aduz anexar.

Registra que o crédito tributário realmente devido encontra-se extinto pelo pagamento, conforme previsão do art. 156, I do CTN, portanto não há que se falar em valor a ser recolhido. Importante repisar que o tributo fora calculado e recolhido conforme disposição da legislação local vigente, conforme anteriormente expandido à exaustão.

Após traçar outras considerações, diz que é de natureza salutar que, em caso absurdo de ser considerado devido o crédito tributário, admitindo que houve equívoco no cálculo do tributo por parte do Autuado, requer seja aplicada a multa e consectários de mora tão somente sobre o valor inadimplido, sendo considerados os valores adimplidos como extintos e portanto imprestáveis para servir de base de cálculo para multa e encargos.

• DOS PEDIDOS

Por fim, diante dos fundamentos e provas acostadas que atestam o pagamento do tributo ora cobrado, demonstrando que o crédito tributário já fora anteriormente extinto pelo pagamento conforme art. 156, 1, CTN, vêm com máxima vénia, requer a Vossa Senhoria, o recebimento e processamento da presente Impugnação, para que lhe seja dada total procedência à impugnação, anulando o AI1M nº: 2691930010/22-4 e julgando-o improcedente.

Em caso absurdo de ser considerado devido o crédito tributário, admitindo que houve equívoco no cálculo do tributo por parte do Autuado, requer seja aplicada a multa e consectários de mora tão somente sobre o valor inadimplido, sendo considerados os valores adimplidos como extintos e, portanto, imprestáveis para servir de base de cálculo para multa e encargos.

À fl. 38 dos autos, o agente Autuante apresenta sua Informação Fiscal nos seguintes termos:

A litigante apresenta defesa ao objeto em epígrafe a partir da fl. 17 deste PAF nos termos a seguir, e que diz passar a comentar na mesma ordem seguida pelo imputado.

- *Aduz gozar do benefício de redução da base de cálculo, em 41,176%, que não teria sido considerado por este Autuante (fls. 20 e 22).*

Diz que o insurgente é atacadista com Termo de Acordo na forma do Dec. nº 7799/200. Por tal condição as operações de vendas devidamente registradas, com os produtos e as condições previstas no citado acordo, gozam de redução acima citada. As saídas sem emissão de documento fiscal, por certo não fazem jus ao referido benefício.

- *A fl. 21 alega que o sujeito passivo está sob regime de substituição tributária e que, portanto, teria feito o recolhimento dos produtos arrolados de forma antecipada.*

Diz que não se dignou demonstrar quais dos itens arrolados estariam em tal condição. Não o fez porque não há. Diz que todos os produtos são de tributação normal. Tiveram os créditos da entrada devidamente lançados na EFD, e as saídas são todas tributadas, não havendo que se falar em substituição tributária.

- *Por fim diz que falta ao Auto de Infração o cumprimento dos requisitos básicos de existência e exigibilidade, qual seja “a assinatura do autuante e a indicação do seu cargo ou função e o número de matrícula (fl. 25)*

Diz ser insustentável tal argumentação quando confrontada com as fls. 01 a 04 deste PAF

Do exposto propõe que este Auto seja julgado procedente por este egrégio colegiado.

À fl. 40, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$ 31.218,33, relativo a duas irregularidades apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos anos de 2019 e 2020, sendo a infração 1 por falta de recolhimento do imposto (ICMS), no valor de R\$ 11.529,48, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saída de mercadorias em valor superior ao das entradas; e a infração 02, também, por falta de recolhimento do imposto (ICMS), no valor de R\$ 19.688,85, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – *o das operações de entrada* – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recurso provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e não contabilizadas no exercício; sendo todas as 2(duas) infrações impugnadas.

Em primeiro plano, o sujeito passivo, traz considerações que deixa a interpretar como arguição de nulidade, dado a ilegibilidade da imposição fiscal, ao seu entender, por vício insanável. No que diz respeito a infração 1, dentre as mercadorias descritas nas operações que constam no demonstrativo de débito do AIIM, no ano de 2019, algumas foram extraviadas ou perdidas, tendo sido feitas suas baixas diante da não concretização do fato gerador do imposto (ICMS), o que por sua vez, ao seu entender, gera créditos de ICMS a serem disponibilizados ao Autuado.

Relativamente a infração 02, diz que o Fisco alegou que deixara de recolher o imposto (ICMS) sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que deixara de contabilizar as entradas, e, por conseguinte, efetuou os pagamentos dessas entradas com recurso provenientes de operações de saídas de mercadorias

realizadas anteriormente e, também, não contabilizadas; o que, tais omissões, ao seu entender carecem de elementos probatórios visto que, a própria autoridade administrativa, que constituiu o crédito, fora quem apontou os valores para a base de cálculo do imposto (ICMS).

Bem! Relativamente a primeira premissa de arguição de nulidade, o sujeito passivo não traz qualquer demonstrativo das mercadorias que diz terem sido extraviadas, nem tampouco qualquer elemento probatório dos fatos alegados. Há de ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Sobre a segunda premissa de arguição de nulidade do AIIM, que diz respeito a sua ilegalidade por falta de cumprimento de um dos requisitos básicos de sua existência e exigibilidade, ou seja, a ausência de assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula nos termos do art. 1º, inciso VI, da Lei 70.235/72, vejo, também, não prosperar tal arguição, pois está visível na fl. 3 do presente PAF o cadastro, nome e assinatura do agente Autuante, no caso em tela, Auditor Fiscal Geraldo Barros Rios, cadastro 13.269193-5, lotado na IFEP NORTE, que imbuído da O.S.: 504295/21 constituiu o presente lançamento fiscal.

Vê-se, ainda, como arguição de ilegitimidade da imposição fiscal, por conseguinte arguição de nulidade do AIIM, em tela, vez que, ao entender do defendant, o crédito tributário constituído encontra-se extinto pelo pagamento, já que o recolhimento do imposto, objeto das operações, em tela, se deu de forma antecipada nos do art. 332, § 2º do RICMS/BA. Neste aspecto, como bem destacado pelo agente Autuante, em sede de informação, não se dignou, o sujeito passivo, de demonstrar quais dos itens arrolados, em quaisquer das imputações, estariam em tal condição.

Complementa o agente Autuante, dizendo que o defendant não o fez porque não há quaisquer das mercadorias enquadradas art. 332, § 2º do RICMS/BA, vez que todos os produtos são de tributação normal. Ademais, trata-se as duas infrações, apuradas mediante levantamento fiscal, cujo resultado são de omissões de saídas, isso em relação a infração 1, não se relacionando ao tipo de operação que abrange o dispositivo citado, que diz respeito a entradas de mercadorias oriundas de outras unidades da federação; da mesma forma em relação a infração 02, que diz respeito a omissão de entradas, portanto não há que se arguir a aplicação, também, do citado dispositivo vez que se trata de entradas devidamente registrada na escrita fiscal, que não é o caso dos autos.

Afastadas as arguições de nulidade, passo, então, a arguição de mérito do Auto de Infração, em tela.

No mérito, o sujeito passivo não argui o *modus operandi* do levantamento fiscal, mas tão-somente quanto a constituição da formação da base de cálculo. Aduz que não poderia ser tributada da forma como está posta a base de cálculo de apuração do imposto, uma vez que goza do benefício da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, lhe conferindo situação especial de arrecadação, o que ao seu entender, claramente não foi observado no cálculo constante no AIIM emitido pela autoridade Fiscal.

Diz, o agente Autuante, que o insurgente é atacadista com Termo de Acordo na forma do Dec. 7799/2000. Por tal condição as operações de vendas devidamente registradas, com os produtos e as condições previstas no citado acordo, gozam de redução da base de cálculo nos termos arguido na peça de defesa. Todavia as saídas sem emissão de documento fiscal, por certo não fazem jus ao referido benefício.

Pois bem! Trata-se aqui de saídas que ocorreram sem emissão de documentos fiscais, isto é, mercadorias que foram desagregadas do estoque físico do autuado, porém, não houve omissão de notas fiscais para documentar e tributar tais saídas, isso no caso da imputação de nº 01; bem assim, por presunção, no caso da imputação de nº 02, que diz respeito a entradas não registradas, em que, ao deixar de registrar tais entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não

registradas.

Portanto, se trata de saídas que ocorreram, isto é, mercadorias que foram desagregadas do estoque físico do autuado, porém, não houve a emissão de notas fiscais para documentar e tributar tais saídas.

O Decreto nº 7799/00 dispõe sobre o tratamento tributário nas operações que indica e estabelece providências necessárias à obtenção dos benefícios fiscais nele disposto. Como tal, o art. 1º do citado Decreto assim se apresenta:

Art. 1º 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 seguintes percentuais de faturamento: (...) (grifos acrescidos).

Consoante, então, se observa do art. 1º, acima destacado, o referido decreto é claro ao estabelecer que a base de cálculo **poderá** ser reduzida no percentual estabelecido, **porém**, fixa condições para tal fim, quais sejam, que se refiram a **operações de saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia**, além de outros condicionantes relativos a receita bruta do contribuinte no respectivo período de apuração.

Ora, o que se tem nestes autos é que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis, isto é, foi apurado que houve saídas de mercadorias do estoque do autuado, desacompanhadas de documentos fiscais, portanto, **não se enquadram como saídas internas destinadas a contribuintes inscritos neste Estado**, o que fulmina a utilização do benefício fiscal concedido pelo referido decreto.

Não obstante, em momento passado tenha tido posição contrária, firmo posição, agora, no sentido de que não deve, de fato, ser aplicado o benefício fiscal de redução da carga tributária do Dec. 7799/00, na forma arguida pela defesa, pois, o benefício da redução relaciona a apenas operações de saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD ICMS do Estado da Bahia.

Ora, o que se tem nestes autos é que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis, isto é, foi apurado que houve saídas de mercadorias do estoque do autuado desacompanhadas de documentos fiscais, portanto, não se sabe se tais saídas se enquadram como saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no estado da Bahia ou não, o que fulmina a utilização do benefício fiscal concedido pelo referido decreto na situação de levantamento quantitativo de estoque que se apure omissão de saída mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, razão pela qual voto pela subsistência integral do presente Auto de Infração.

Em relação à alegação da defesa, de constitucionalidade da multa aplicada, visto que a mesma foi fixada em patamares de 60% que tornam sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da infração, objeto em análise, art. 42, inciso II, alínea "d, da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Em relação à alegação da defesa de que não fosse suficiente a cobrança ser indevida, o Auto de Infração combatido ainda arbitra multa e consectários de mora sobre o suposto crédito tributário devido, sendo, ao seu entender, absolutamente indevidas; vejo, então, que não deve prosperar tal arguição. Primeiro não há que se falar em qualquer arbitramento de multa, vez que sua aplicação é objetiva e clara, com a aplicação de 100% sobre valor do imposto não recolhido tempestivamente pela omissão das saídas não registradas na escrita fiscal. Segundo, observo que

a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico das imputações, objeto em análise, o art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269193.0010/22-4**, lavrado contra **SUPPLY DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 31.218,33**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, incisos III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA