

A. I. N° - 110019.0007/22-4
AUTUADO - COSTA WENSE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DEMÓSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08/11/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0196-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DAS SAÍDAS OMITIDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/11/2022, refere-se à exigência de R\$ 65.120,46 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 004.005.002: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas 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 em exercícios fechados (2017, 2018, 2019). Valor do débito: R\$ 46.818,95. Multa de 100%.

Infração 02 – 004.005.008: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2017, 2018, 2019). Valor do débito: R\$ 14.915,99. Multa de 100%.

Infração 03 – 004.005.009: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2017, 2018, 2019). Valor do débito: R\$ 3.384,52. Multa de 60%.

O Autuado apresentou impugnação às fls. 38 a 45 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e alega que o presente auto de infração é nulo, na medida em que viola o direito à ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, ao não dispor qual a conduta e qual o tipo legal (capitulação) que ensejaria a aplicação de multa.

Explica: Diante da suposta prática de ato infracional, nº 02, o Auditor Fiscal aplicou multa de 100%, fundada no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, todavia, não indicou qual das alíneas seria aplicada a espécie, embora o referido conste aliena de "a" à "g".

Afirma que não há meios de contestar de forma ampla, com o pleno exercício do contraditório, a penalidade aplicada, pois não disponibilizados os elementos que a fundamentaram, especificamente, não há indicação de qual o dispositivo legal implicaria na sua suposta aplicação, muito menos, o fato que a lastreia, ensejando, assim, em manifesta nulidade da autuação. Pugna e requer, a nulidade do auto de infração.

Quanto ao mérito, em relação à Infração 01, alega que não há diferença de estoque. Todas as saídas foram objeto de emissão de nota fiscal, bem como as respectivas entradas. Todos os produtos comercializados constam as notas fiscais devidamente noticiadas à SEFAZ/BAHIA.

Informa que os produtos comercializados, qualificados como proteína animal, cujo animal vivo foi adquirido no Estado da Bahia, aqui abatidos e comercializados, não se sujeitam a exação do ICMS, sendo dispensado seu recolhimento, nos termos do art. 271 do RICMS-BA. Conclui que não há que se falar em procedência deste item do auto de infração.

INFRAÇÃO 02: Diz que a exigência fiscal está fundamentada na suposta ausência de recolhimento na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Destaca que há produtos, segundo o Auditor Fiscal, que estariam sujeitos à tributação normal, concomitantemente, à substituição tributária, a exemplo de PONTA DE CARNE SALGADA, PONTA DE AGULHA S/ OSSO, PONTA COSTELA SUINA CONGELADA SADIA, PEIXINHO BOV FRIBOI, ensejando em *bis in idem*.

Além disso, produtos resultantes de processo de industrialização de proteína animal, em que o animal vivo (boi, carneiro ou cordeiro) e seu abate são adquiridos e realizados no Estado da Bahia, não estão sujeitos a exação de ICMS, nos termos do art. 271 do RICMS-BA, todavia, no auto de infração há exação de tributo que sequer incide ou que sequer é exigível.

Afirma que são os produtos em que na planilha de omissões consta referência a marca BIG CARNES, a exemplo de ARANHA BIG CARNES, COSTELA PRIME DE CORDEIRO BIG CARNES, CARNE MOIDA BIG CARNES 500G, CHA DE FORA BIG CARNES, CUARTIER BOVINO BIG CARNES, PRIME RIB BIG CARNES.

Também alega que diversos outros produtos, igualmente, são resultantes de abate de animais realizado no Estado da Bahia, por frigorífico credenciado (FRIGOALAS - FRIGORIFICO REGIONAL DE ALAGOINHAS - CNPJ 07.073.579/0001-61), cujos animais vivos são adquiridos em território baiano, sendo as saídas destes produtos não tributada, mas que, injustificadamente, está sendo objeto de exação, a exemplo de ASSADO DE TIRAS GRILL, CAPITÃO, CHULETA GRILL, ESPETINHO DE CARNE DO SOL, FILE ESPECIAL, FRALDAO GRILL CONG PLENA, FRALDINHA GRILL, MAMINHA GRILL, MAMINHA NOBRE, MIOLO DA ALCATRA GRILL, OSSO BUCO A VACUO CONG, PEITO BOVINO C/OSSO, PONTA DE CARNE SALGADA, PONTA DE AGULHA S/ OSSO, RABADA BOVINA.

Acrescenta, ainda, que os produtos identificados nos parágrafos anteriores não estão sujeitos a substituição tributária, por ausência de previsão legal, além de não serem tributados, ante os fundamentos acima especificados, nos termos do art. 271 do RICMS-BA, que transcreveu.

Diz que no caso sob testilha, efetuou a operação de venda de mercadoria (carne bovina) ao consumidor final, mediante a exação de um preço. A priori, restariam preenchidos todos os requisitos necessários para configuração da obrigação tributária (sujeitos passivo e ativo, base de cálculo, alíquota, critérios temporais e espaciais), contudo, o Estado, no exercício de sua competência tributária, dispensou o recolhimento de qualquer valor a título de tributo, *in casu*, ICMS.

Entende que não tem a obrigação tributária de recolher ICMS referente a comercialização de carne, pois houve a efetiva dispensa tanto do lançamento quanto do seu pagamento.

Noutro ponto, indaga se eventual descumprimento de obrigação acessória poderia erigir uma obrigação de pagar ICMS, mesmo quando se está diante de isenção. Diz que a resposta negativa se impõe, pois o eventual descumprimento de obrigação acessória não é apto a fazer surgir uma obrigação principal, e assim o é pelas seguintes razões.

Primeiro. A isenção concedida não é condicionada ao cumprimento de qualquer obrigação acessória, mas sim, a qualificação da pessoa jurídica abatedora.

Segundo. A obrigação principal, conforme art. 113, § 1º do CTN, "surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente", logo, admitir o surgimento de obrigação principal por suposto descumprimento de obrigação acessória, implicaria em nefasta violação ao princípio da legalidade.

Para facilitar a compreensão do quanto exposto, afirma que basta analisar o que ocorre quando um contribuinte que não possui rendimentos tributáveis a título de imposto de renda não efetua a declaração de imposto de renda. Nesta hipótese, ocorre a mera aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória (de declarar), mas não tem aptidão de transformar rendimento não tributável em rendimento tributável.

Reafirma que o descumprimento de obrigação acessória não tem o condão de alterar a natureza jurídica e os contornos da obrigação tributária dita como principal. Reproduz o art. 6º da Lei nº 7.014/96 e diz que não há ICMS devido nas operações anteriores, logicamente, não há que se falar em responsabilidade, muito menos, em responsabilidade solidária.

Diz não tem a obrigação tributária de recolher o ICMS referente à comercialização de carne, pois houve a efetiva dispensa tanto do lançamento quanto do seu pagamento. Pode-se indagar se eventual descumprimento de obrigação acessória poderia erigir uma obrigação de pagar ICMS quanto se está diante de isenção. Pede a improcedência deste item do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 03: De início, alega que não houve apuração do crédito, houve a exação da alíquota cheia pelo Auditor Fiscal, isto é, de 18%, ao invés de supostas diferenças, tal como se dá no regime de antecipação parcial.

Afirma que não houve diferença de estoque, todas as entradas e saídas estão devidamente contabilizadas e lastreadas em documentação fiscal. Portanto, não há que se falar em diferença de ICMS, muito menos, a título de antecipação parcial.

Alega que os produtos descritos no memorial de cálculos anexos ao auto de infração, especificamente, PONTA DE CARNE SALGADA, PONTA DE AGULHA S/ OSSO, PONTA COSTELA SUINA CONGELADA SADIA, PEIXINHO BOV FRIBOI, estão integrando os cálculos, e, portanto, os valores sugeridos para as 03 (três) infrações, ensejando, em *bis in idem*.

Sobre a aplicação de multa por não recolhimento de obrigação principal com o suposto agravante de omissão de operação, entende que somente poderia ser aplicável caso não estivesse diante de isenção.

Explica: As multas de 100% e 60% aplicadas no presente auto de infração são calculadas a partir de quantia devida a título de obrigação principal, de modo que se a quantia a ser pagar é 0 (zero), a multiplicação deste por 100% também será 0 (zero), por exemplo. Assim, além de não ser

aplicável a multa descrita no auto de infração, caso fosse admitida sua aplicação, inevitavelmente, seu resultado seria zero.

Acrescenta: Por cautela, se houvesse aplicação de alguma penalidade, esta deveria se limitar a 1% a incidir sobre valor da mercadoria, nos moldes do art. 42, X, do RICMS.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

X- 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria transportada sem que o sujeito passivo tenha observado a legislação relativa a controles especiais de circulação de mercadorias estabelecidos em regulamento;

Com essas considerações, reitera o pleito de improcedência da exigência fiscal. Requer o conhecimento da Impugnação, para julgar improcedente o auto de infração em comento, seja por nulidade, ilegitimidade ou ausência de tributo e/ ou multa a recolher.

Pugna, também, por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente, prova documental e testemunhal.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 67 a 73 dos autos. Diz que se trata do estabelecimento comercial sob o nome de fantasia "FRIGORÍFICO DO MANE", que revende produtos derivados do abate de bovinos, ovinos, suínos caprinos.

Os demonstrativos que instruem a acusação se encontram às fls. 7 a 30, em recorte, e completos na mídia à fl. 31, entregues ao Autuado conforme Intimação às fls. 34/v, 35 e 36.

Afirma que a discussão que se instaura é exclusivamente de mérito não havendo questionamento quanto aos valores apurados no levantamento fiscal.

Como dito anteriormente, o estabelecimento comercial varejista opera sob o nome de fantasia "FRIGORÍFICO DO MANÉ" e sua atividade econômica é: 4722901 – Comércio varejista de carnes — açougues. O estabelecimento revende produtos derivados do abate de bovinos, ovinos, suínos e caprinos.

Em se tratando autuação fiscal, afirma que se depreende das alegações defensivas à fl. 39, há uma simples negativa do cometimento da transgressão.

Quanto à Infração 01, reproduz a alegação defensiva e informa que lançou ICMS decorrente da apuração de omissão de saídas de mercadorias tributadas (embutidos e outros, conforme demonstrativos de AUDITORIA DE ESTOQUE).

Sobre a Infração 02, afirma que os argumentos trazidos pelo Autuado são totalmente descabidos e sem amparo da Legislação Tributária.

Primeiro, as mercadorias cujo ICMS foi lançado são as que o Autuado comercializa e estão enquadradas no regime de Substituição Tributária, conforme Anexo 1, do RICMS-BA.

Reproduz a alegação defensiva à fl. 40, onde o Autuado destaca que há produtos, segundo o auditor fiscal, que estariam sujeitos à tributação normal, concomitantemente, a substituição tributária, a exemplo de PONTA DE CARNE SALGADA, PONTA DE AGULHA S/OSSO, PONTA COSTA SUINA CONGELADA SADIA, PEIXINHO BOV FRIBOI, ensejando *bis in idem*.

Afirma que a sua impressão é de que o Autuado não está habituado com demonstrativos e ações fiscais advindas das Secretarias de Fazendas Estaduais ou mesmo a apuração do ICMS Antecipação Tributária.

Diz que outro argumento, ainda à fl. 40, é de que os produtos “*adquiridos e realizados no Estado da Bahia, não estão sujeitos a exação de ICMS, nos termos do art. 271 do RICMS, todavia no auto de infração há exação de tributo que sequer incide ou que sequer é exigível.*”

Ressalta que o Defendente não percebeu que se trata de omissões de entradas de mercadorias tributadas e enquadradas no regime de Substituição Tributária, sem emissão, obviamente, de

documentação fiscal. Portanto, sem provas de que são mercadorias oriundas dos estabelecimentos listados no artigo 271, do RICMS-BA.

Entende não restar a menor dúvida de que o Autuado está confundido "dispensa do lançamento e o pagamento dos impostos" com isenção e/ou não incidência do imposto.

E quanto a alegação de que não há previsão legal para a exigência do ICMS Substituição Tributária das mercadorias que relacionou e são objeto do levantamento quantitativo de estoque afirma que dispensa comentário.

Diz que restou comprovado nos autos a omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em decorrência das operações de revenda praticadas pelo Autuado.

No tocante à Infração 03 afirma que não conseguiu entender o argumento defensivo. Afinal, refere-se ao ICMS Antecipação Tributária apurado em decorrência da Infração 02, que trata da omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária. Ou seja, argumento de cunho meramente procrastinatório sem qualquer amparo na Legislação Tributária.

Quanto ao percentual das multas, diz que não é da competência do Autuante dirimir sobre tal questão.

Diante do exposto, afirma que em razão da falta de argumentos admitidos em direito ou provas trazidas aos autos que sejam capazes de elidir a acusação fiscal, pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Defendente alegou que o presente auto de infração é nulo, na medida em que viola o direito à ampla defesa, ao contraditório e o devido processo legal, ao não dispor qual a conduta e qual o tipo legal (capitulação) que ensejaria a aplicação de multa.

Na Informação Fiscal, o autuante explicou que os demonstrativos que instruem a acusação se encontram às fls. 7 a 30, em recorte, e completos na mídia à fl. 31, entregues ao Autuado conforme Intimação às fls. 34/v, 35 e 36.

Observo que no presente PAF, não se constatou motivo para entender que houve cobrança em duplicidade, não houve prejuízo ao defendant, porque a indicação das infrações e a descrição dos fatos foram efetuadas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos acostados aos autos.

O Autuado alegou que diante da suposta prática de ato infracional, nº 02, o Auditor Fiscal aplicou multa de 100%, fundada no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, todavia, não indicou qual das alíneas seria aplicada a espécie, embora no referido inciso constem alienas de "a" à "g".

Vale ressaltar que a omissão de recolhimento do imposto foi apurada por meio de levantamento fiscal, por isso, a multa aplicável é de 100%, conforme previsto no art. 42, inciso III, alínea "g" da Lei 7.014/96 (*outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque*), e o fato de não ter sido indicada a respectiva alínea não invalida o percentual que foi indicado corretamente. Dessa forma, a multa aplicada está prevista no art. 42, inciso III, "g" da Lei nº 7.014/96, sendo, portanto, legal e não há como prosperar a arguição de nulidade sob tal argumento.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao mérito, as infrações 01 a 03 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a apuração do imposto exigido foi efetuada por meio de levantamento quantitativo de estoques.

Infração 01 – 004.005.002: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas 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 em exercícios fechados (2017, 2018, 2019).

Infração 02 – 004.005.008: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2017, 2018, 2019).

Infração 03 – 004.005.009: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2017, 2018, 2019).

Na realização de levantamento quantitativo de estoques são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período ou exercício, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário, sendo cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que pode ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista.

Nas razões de defesa não foi apresentado qualquer documento ou argumento para contrapor os dados numéricos do levantamento fiscal, tendo sido alegado que deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração e que a irregularidade do levantamento consiste na questão relacionada às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e isentas.

Quanto à Infração 01, o Defendente alegou que não há diferença de estoque, todas as saídas foram objeto de emissão de nota fiscal, bem como as respectivas entradas e todos os produtos comercializados constam as notas fiscais devidamente noticiadas à SEFAZ/BAHIA.

Disse que os produtos comercializados, qualificados como proteína animal, cujo animal vivo foi adquirido no Estado da Bahia, aqui abatidos e comercializados, não se sujeitam a exação do ICMS, sendo dispensado seu recolhimento, nos termos do art. 271 do RICMS-BA (abaixo reproduzido), e não há que se falar em procedência deste item do auto de infração.

RICMS-BA/2012:

Art. 271. Ficam dispensados o lançamento e o pagamento dos impostos referentes às saídas internas de:

I - gado bovino, bufalino, suíno, equino, asinino e muar em pé destinados para abate em estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal;

II - produtos comestíveis, resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal, bem como as operações internas subsequentes.

O Autuante disse que lançou ICMS decorrente da apuração de omissão de saídas de mercadorias tributadas (embutidos e outros, conforme demonstrativos de AUDITORIA DE ESTOQUE).

Observo que no “demonstrativo de cálculo das omissões de mercadorias” consta a indicação da situação tributária de cada mercadoria (1- mercadoria tributada, 3 - mercadoria da substituição

tributária). Nesta Infração 01, foi exigido o imposto somente em relação às mercadorias tributadas, a exemplo de amaciante para carne, alho triturado em pasta, cebola desidratada.

Trata-se de apuração da falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas 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.

Neste caso, conforme estabelece o art. 13, inciso I, da Portaria 445/98, constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas, e não se aplica o disposto no art. 271 do RICMS-BA, como entendeu o defensor.

Sobre a Infração 02 o Defensor alegou que há produtos, segundo o Auditor Fiscal, que estariam sujeitos à tributação normal, concomitantemente, à substituição tributária, a exemplo de PONTA DE CARNE SALGADA, PONTA DE AGULHA S/ OSSO, PONTA COSTELA SUINA CONGELADA SADIA, PEIXINHO BOV FRIBOI, ensejando em *bis in idem*.

Além disso, produtos resultantes de processo de industrialização de proteína animal, em que o animal vivo (boi, carneiro ou cordeiro) e seu abate são adquiridos e realizados no Estado da Bahia, não estão sujeitos a exação de ICMS, nos termos do art. 271 do RICMS-BA, todavia, no auto de infração há exação de tributo que sequer incide ou que sequer é exigível

Apresentou o entendimento de que, sendo as saídas destes produtos não tributadas, injustificadamente, está sendo objeto de exação, a exemplo de ASSADO DE TIRAS GRILL, CAPITÃO, CHULETA GRILL, ESPETINHO DE CARNE DO SOL, FILE ESPECIAL, FRALDAO GRILL CONG PLENA, FRALDINHA GRILL, MAMINHA GRILL, MAMINHA NOBRE, MIOLO DA ALCATRA GRILL, OSSO BUZO A VACUO CONG, PEITO BOVINO C/OSSO, PONTA DE CARNE SALGADA, PONTA DE AGULHA S/ OSSO, RABADA BOVINA.

O Autuante informou que as mercadorias cujo ICMS foi lançado são as que o Autuado comercializa e estão enquadradas no regime de Substituição Tributária, conforme Anexo 1, do RICMS-BA.

Disse que o Defensor não percebeu que se trata de omissões de entradas de mercadorias tributadas e enquadradas no regime de Substituição Tributária, sem emissão de documentação fiscal. Portanto, sem provas de que são mercadorias oriundas dos estabelecimentos listados no artigo 271, do RICMS-BA.

De acordo com o levantamento fiscal, foi exigido o imposto nesta Infração, em relação às mercadorias enquadradas na substituição tributária. Tratando-se de mercadoria enquadrada no mencionado Regime e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98. Dessa forma, entendo que assiste razão ao Autuante.

Quanto à Infração 03, o Defensor alegou que não houve apuração do crédito, houve a exação da alíquota cheia pelo Auditor Fiscal, isto é, de 18%, ao invés de supostas diferenças, tal como se dá no regime de antecipação parcial.

Disse que os produtos descritos no memorial de cálculos anexos ao auto de infração, especificamente, PONTA DE CARNE SALGADA, PONTA DE AGULHA S/ OSSO, PONTA COSTELA SUINA CONGELADA SADIA, PEIXINHO BOV FRIBOI, estão integrando os cálculos, e, portanto, os valores sugeridos para as 03 (três) infrações, enseja *bis in idem*.

Conforme os esclarecimentos do Autuante, a exigência deste item se refere ao ICMS Antecipação Tributária apurado em decorrência da Infração 02, que trata da omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Constato que não se trata de *bis in idem*, como alegou o autuado, tendo em vista que em decorrência da apuração realizada na Infração 02, é devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos na legislação, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda se encontravam em estoque, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

O Defendente afirmou que, por cautela, se houvesse aplicação de alguma penalidade, esta deveria se limitar a 1% a incidir sobre valor da mercadoria, nos moldes do art. 42, X, do RICMS.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

X- 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria transportada sem que o sujeito passivo tenha observado a legislação relativa a controles especiais de circulação de mercadorias estabelecidos em regulamento;

A multa aplicada está prevista no art. 42, incisos II, “d” e III, “g” da Lei nº 7.014/96, sendo, portanto, legal e não há como prosperar a arguição quanto à mudança da penalidade aplicada.

Vale ressaltar que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária,

Observo que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo e a responsabilidade pelo cometimento de infração não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como, da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. Neste caso, independentemente do valor devido e da intenção do contribuinte, deve ser efetuado o lançamento do imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo Autuante.

O levantamento fiscal efetuado indica as mercadorias de forma individualizada com os correspondentes códigos e referências. Dessa forma, se todos os itens deram entrada e saída no estabelecimento com a descrição e códigos completos, distinguindo-se uns dos outros pelos respectivos códigos, e que serviram de base para a apuração do levantamento de estoque, não há reparos a fazer.

Concordo com as informações apresentadas pelo autuante e concluo pela subsistência das Infrações 01 a 03 do presente lançamento,

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110019.0007/22-4, lavrado contra **COSTA WENSE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 65.120,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 3.384,52 e 100% sobre R\$ 61.735,94, previstas no art. 42, incisos III, alínea “g”, e II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA