

**PROCESSO** - A. I. N° 207098.0002/14-3  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CREMER S.A.  
**RECORRIDOS** - CREMER S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0134-02/15  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 16/05/2018

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF 0066-11/18

**EMENTA:** ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduzem o valor devido. Infração parcialmente caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Ajustes realizados em sede de informação fiscal reduziram o valor lançado. Infração parcialmente subsistente. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Responsabilidade do adquirente em relação à mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, quando da entrada no estabelecimento. Diante das provas trazidas aos autos, o autuante refez seus demonstrativos, inexistindo valor a ser cobrado. Infração insubstancial. Rejeitada as preliminares de nulidade suscitadas. Prejudicado o pedido de perícia técnica. Prejudicada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 26 de junho de 2014 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$625.600,70, pela constatação das seguintes infrações:

*Infração 01.03.02.02. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, totalizando R\$184.217,53, além da multa de 60%. consta da acusação fiscal ter havido ICMS "recolhido a menor em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas operações de saídas de mercadorias tributadas através da emissão de notas fiscais regularmente escrituradas, ou seja, o contribuinte utilizou base de cálculo e alíquota zero em suas notas fiscais de vendas de mercadorias, conforme demonstrativos constantes dos Anexos 01 e 02".*

*Infração 02. 07.02.03. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. O total da infração monta em R\$ 148.980,56, sendo verificada de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Informação complementar, dá conta de que "na qualidade de contribuinte substituto tributário, por ser o estabelecimento auditado atacadista filial de indústria, deixou de efetuar a retenção do ICMS ST das operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme demonstrativos constantes dos anexos 03 e 04".*

*Infração 03. 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 localizados neste Estado, resultando em débito de R\$292.402,61, apurado no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.*

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência em Parte, com base nos seguintes argumentos abaixo colacionados:

**VOTO**

*O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, todas objeto de impugnação pelo sujeito passivo.*

*Aprecio, inicialmente, a prejudicial posta pela defesa, de decadência. Impende afirmar-se que a decadência cessa o direito de constituir o crédito através do ato administrativo do lançamento. O crédito tributário perde o seu conceito abstrato somente quando a autoridade administrativa formaliza o direito a esse crédito através da emissão do lançamento. Procedida tal formalização com a devida ciência ao sujeito passivo do mesmo, não se fala mais de decadência, pois o direito de constituir o crédito já foi feito e notificado.*

*Verificado o nascimento da obrigação tributária com a ocorrência do fato gerador, é imperioso à administração, a realização de um ato que a individualize, caracterizando o fato e a identificação da matéria tributável, indicando o sujeito passivo vinculado à relação jurídica valorando a prestação pecuniária, mediante procedimento administrativo regular. Tal ato representa-se pelo lançamento tributário, consoante definido pelo Código Tributário Nacional (CTN), artigo 142:*

*“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.*

*Na definição de Eduardo de Moraes Sabbag (Elementos do Direito. Direito Tributário. 8ª edição, São Paulo, Premier Máxima, 2007, página 214), lançamento “é ato documental de cobrança, por meio do qual se declara a obrigação tributária nascida do fato gerador”.*

*O CTN elenca três espécies de lançamento, que são: o lançamento por declaração, o lançamento de ofício e o lançamento por homologação. A nós interessarão apenas estes dois últimos.*

*Fala-se em lançamento de ofício quando o próprio Fisco, de posse das informações necessárias para efetuar o lançamento, o faz por si, sem qualquer contribuição por parte do contribuinte. Já no lançamento por homologação ocorre nos casos em que a lei determina o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, na época em que nasce o fato gerador. Esse pagamento é feito antes de constituído o crédito pelo sujeito ativo, isto é, ainda não há lançamento, mas o sujeito passivo se antecipa e recolhe o valor do tributo com base nos critérios (base de cálculo, alíquota etc.) estabelecidos na lei respectiva. A Fazenda Pública tem o direito de, posteriormente, verificar se aquele pagamento correspondeu à verdade*

*Observe-se que o lançamento, na forma do artigo 142 do CTN, 1ª parte, é ato privativo da autoridade administrativa. Logo, se vislumbra a necessidade de haver ulterior homologação pelo Fisco no lançamento por homologação, a despeito da conduta do contribuinte ser essencial na modalidade em tela.*

*Aparentemente, o lançamento por homologação seria aquele realizado pelo contribuinte, tendo em vista que ele próprio noticia o fato gerador que praticou, quantifica o valor devido e o recolhe ao erário. Todavia, em harmonia com o artigo 142 do CTN acima mencionado, entendo que o lançamento, nessa modalidade, somente se aperfeiçoa com a homologação do Fisco, uma vez que é competência privativa deste.*

*Assim, a partir da ocorrência do fato gerador, a autoridade tributária disporia de cinco anos para conferir o procedimento prévio realizado pelo sujeito passivo no lançamento por homologação. Caso isso não ocorra, afigura-se a homologação tácita, e, consequentemente, extinção da obrigação tributária, condicionada ao regular e total recolhimento do tributo.*

*Contudo, nesse procedimento de verificação dos dados apresentados pelo sujeito passivo, pode ocorrer de o Fisco entender que houve omissões ou inexatidões, em ordem a concluir que o tributo foi recolhido a menor. Lembrando que isso deve ser feito no prazo para a homologação, sob pena de perda do direito de cobrar eventuais diferenças.*

*Essas diferenças, se verificadas, deverão ser objeto de lançamento de ofício. Nessa esteira, assim dispõe o inciso V do artigo 149 do CTN:*

*“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*

*(...)*

*V – quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte (lançamento por homologação”).*

*Parte da doutrina entende que a lei trata da notificação do efetivo lançamento, isto é, o pronunciamento da Fazenda Pública traduz-se em “notificado do lançamento”. Com a devida vênia, não concordo com tal argumentação, diante do fato de que aos termos do § 4º do artigo 150 do CTN, cuja aplicação é defendida pela empresa, reúno a redação do artigo 173 e parágrafo do mesmo diploma que impõe:*

*“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

*Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.*

Diz, então, o parágrafo único do artigo 173 que o direito de constituir o crédito extingue-se a contar da data em que tenha sido iniciada a respectiva constituição pela notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Ora, como apurar se o pagamento antecipado realizado pelo contribuinte foi total ou parcial sem que haja ação fiscal preliminar, devidamente notificada ao contribuinte? Pois o pronunciamento da Fazenda Pública nada mais é do que a comunicação formal de que estão sendo tomadas medidas preparatórias indispensáveis ao lançamento, através de uma ação fiscal.

Um dos pontos que a doutrina ataca é a de que o artigo 173 do CTN trata somente da decadência relativa aos lançamentos de ofício, tendo em vista de que o artigo 150 já trata da decadência dos lançamentos por homologação. Também discordo de tal entendimento. Em nenhum momento o CTN esclarece que o artigo 173, se encontra no capítulo das extinções do crédito tributário, trata somente de lançamentos de ofício Além disso, o artigo 150 encontra-se inserido no capítulo sobre a constituição do crédito tributário, trata, pois, do lançamento por homologação, e não de decadência como modalidade de extinção do crédito tributário.

Analizando o artigo 150 do CTN em seu § 4º, entendo que ele está a se referir ao lapso de tempo para ser promovida a homologação do lançamento, ao dispor que “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos”. Não está, portanto, a dar prazo à decadência, a essa modalidade de extinção do direito de constituir o crédito, pois se assim fosse não poderia haver outra lei a fixar prazo diferenciado, pois esbararia aos próprios termos do CTN, conforme prevê o artigo 170 desse diploma legal. Um ente político pode estabelecer outro prazo, em sua lei, para a homologação do lançamento, todavia, em qualquer hipótese, não pode alterar o prazo decadencial fixado no artigo 170, que não abre qualquer possibilidade a esse respeito.

Logo, o artigo 150, § 4º trata somente do prazo limite pelo qual a homologação, se não foi expressa, passa a ser entendida como aceita tacitamente. Dessa forma, poderíamos afirmar que para o lançamento por homologação, inexistiria decadência.

Acaso o Fisco não homologue expressamente e venha a apurar uma diferença a pagar pelo sujeito passivo, o lançamento dessa diferença não é mais “lançamento por homologação”, mas, sim, lançamento de ofício. Aqui, não se fala mais em lançamento por homologação, quando o ato administrativo de lançar foi, exclusivamente, através da autoridade administrativa competente para tal, nos termos previstos no artigo 149 do CTN.

Desse modo, entendo que a decadência está amparada somente nas disposições contidas no artigo 173, que estabelece as seguintes regras de contagem de prazo:

a) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, regra esta que serve para todos os tributos quando a modalidade de lançamento utilizada é de ofício ou declaratória, inclusive aquela que, originalmente, seria de homologação, mas passou a ser de ofício. Neste caso, a decadência começa a contar do primeiro do exercício seguinte ao fato gerador, não importando o mês em que ocorreu;

b) da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, vez que a anulação do lançamento anterior, por evidência, é administrativa, e efetivada pela verificação de algum erro, reclamado pelo sujeito passivo ou constatado de ofício pela administração. Neste caso, a decadência passa a contar da decisão definitiva em processo administrativo da anulação do lançamento anterior, sendo necessário formalizar outro lançamento e notificar do ato o sujeito passivo dentro do prazo de cinco anos; e

c) previsto no parágrafo único do referido artigo, da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Este raciocínio não é tão fantasioso nem absurdo quanto poderia parecer à primeira vista. Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro, 7ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, páginas 391/2) a respeito, entende que:

*“O lançamento por homologação não é atingido pela decadência, pois, feito o pagamento (dito ‘antecipado’), ou a autoridade administrativa anui e homologa expressamente (lançamento por homologação expressa) ou deixa transcorrer, em silêncio, o prazo legal e, dessa forma, anui tacitamente (lançamento por homologação tácita). Em ambos os casos, não se pode falar em decadência (do lançamento por homologação), pois o lançamento terá sido realizado (ainda que pelo silêncio).”*

*O que é passível de decadência é o lançamento de ofício, que cabe à autoridade realizar quando constante omissão ou inexatidão do sujeito passivo no cumprimento do dever de ‘antecipar’ o pagamento do tributo. Se o sujeito passivo ‘antecipa’ o tributo, mas o faz em valor inferior ao devido, o prazo que flui é para a autoridade manifestar-se sobre se concorda ou não com o montante pago; se não concordar, deve lançar de ofício, desde que faça antes do término do prazo cujo transcurso implica homologação tácita. Assim, o prazo, após o qual se considera realizado tacitamente o lançamento por homologação, tem natureza decadencial (...), pois ele implica a perda do direito de a autoridade administrativa (recusando a homologação) efetuar o lançamento de ofício. O que é passível de decadência, pois, é o lançamento de ofício, não o lançamento por homologação”.*

E tanto é assim, intrincada a questão, que até mesmo observamos o entendimento jurisprudencial até mesmo no Superior Tribunal de Justiça (STJ), da tese do denominado “cinco mais cinco”, como, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº. 58.918-5-RJ, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, cuja ementa segue transcrita:

**“TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA– CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – PRAZO (CTN ART. 173).**

I – O Art. 173, I do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu Art. 150, § 4º.

II – O termo inicial da decadência prevista no Art. 173, I do CTN não é a data em que ocorreu o fato gerador.

III – A decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, Art. 150, § 4º).

IV – Se o fato gerador ocorreu em outubro de 1974, a decadência opera-se em 1º de janeiro de 1985”

Digna de registro é a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o Recurso Especial 566621, entendeu ser o prazo de dez anos aquele para pleitear a restituição de tributo, cuidando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação.

Tal julgamento analisava a constitucionalidade da segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar 118/2005, que determinou a aplicação retroativa do seu artigo 3º, norma que, ao interpretar o artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), fixou em cinco anos, desde o pagamento indevido, o prazo para o contribuinte buscar a repetição de indébitos tributários (restituição) relativamente a tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Assim, há de perquirir como ficaria o princípio da isonomia, onde a Fazenda Pública, teria a obrigação de restituir o imposto pago indevidamente em dez anos, e quando da contagem de prazo para a constituição do crédito tributário, amarrada à redação do artigo 150, § 4º do CTN?. Não acolho, pois, a prejudicial, adentrando no exame do mérito da infração.

Analizando o mérito da autuação, nas infrações inicialmente lançadas, e diante da apresentação pela autuada de argumentos e elementos contrários às mesmas, o autuante procedeu à análise dos mesmos, que, de início, trouxe a conclusão de que inexistia a infração 03. Como, as evidências probatórias caminham em tal sentido, diante do fato de que as empresas arroladas, com efeito, são consumidoras dos produtos produzidos/comercializados pela autuada, não há que se falar em retenção a menor, sequer em falta de retenção e recolhimento de imposto no caso presente, motivo pelo qual entendo que a infração é improcedente.

Quanto às infrações 01 e 02, o próprio autuante, em suas diversas intervenções no feito, foi avaliando os elementos trazidos pela empresa, a acatando em parte vários deles, o que implicou em redução dos valores originalmente lançados.

Todavia, remanesceram algumas questões a serem apreciadas pelo julgador, diante do fato de que o autuante manteve parcelas da autuação, não acolhendo os argumentos do sujeito passivo.

Início pela apreciação do recolhimento a menor do imposto, pela aplicação de alíquota inferior à prevista na legislação. O argumento defensivo, é o de que por adquirir mercadorias de terceiro (estabelecimento industrial), cabe a este a retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, o que faz com que quando da comercialização, as saídas sejam realizadas sem tributação. Tal argumento não foi aceito pelo autuante.

Em verdade, há de ter submissão à norma legal, ao seu comando, o qual é bastante claro e específico, ao

determinar a equiparação de estabelecimento comercial filial de indústria, caso da autuada, a estabelecimento industrial, sendo, pois, responsável pelo recolhimento do imposto, nos termos do artigo 335, inciso I, do RICMS/97 então vigente à época dos fatos geradores. Aliada a esta, temos as obrigações presentes no artigo 359, inciso I do §2º do mencionado diploma regulamentar. Desta forma, efetivamente, deixou a autuada de recolher a parcela de imposto que lhe cabia, não se podendo beneficiar de eventual recolhimento feito por terceiro.

E a autuada não pode negar tal condição, bem como a obrigação tributária nascida de determinação legal, cabendo-lhe, pois, o devido recolhimento de imposto devido ao Estado da Bahia. Sendo a hipótese, e respeitado o prazo decadencial, pode vir solicitar o seu direito ao crédito fiscal extemporâneo, se for o caso.

De relação as "talas metálicas", a argumentação defensiva é de que as mesmas encontram-se amparadas por isenção, na forma do Anexo 93 do RICMS/97. Com efeito, tal Anexo reporta-se a equipamentos e insumos destinados a prestação de serviços de saúde. Tais mercadorias teriam a NCM 9012.10.20. Da análise do mesmo, constato que as NCM ali presentes, possuem os códigos 9018 e 9021, inexistindo qualquer produto com a NCM 9012.

Na forma prevista no disposto do artigo 111 do CTN, em seu inciso II, interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. E algumas observações são pertinentes a respeito. Interpretar literalmente significa limitar-se à redação da norma, abstraindo-se, geralmente, dos demais elementos. Adotar este critério de interpretação significa que não cabe ao intérprete estender os efeitos daquela hipótese a outra situação que não representa a intenção do legislador.

O Superior Tribunal de Justiça, assim como o STF, já decidiram que a isenção tributária revela conveniência política, insusceptível, neste aspecto, de controle do Poder judiciário, na concretização de interesses econômicos e sociais, estimulando e beneficiando determinadas situações merecedoras de tratamento privilegiado. Além disso, a extensão do benefício fiscal a situações não abrangidas pela norma, criando direito estranho à previsão legal e atribuindo à norma supostamente inconstitucional vigor maior, desrespeita a exegese do artigo 111, II, do CTN." (TRF4, 2ª T., AMS 97.04.57940-3/SC, Rel. Juíza Tânia Escobar, mar/00).

No âmbito do STJ muito se discutiu sobre a interpretação das normas concessivas de isenção, tendo restado consolidada posição no sentido de que descabia raciocinar-se analogicamente para o efeito de estender benefício de isenção a situação que não se enquadra no texto expresso da lei. (STJ, 1ª T., REsp 36.366-7/SP, Min. Milton Pereira, ago/93). No mesmo sentido (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 980.103/SP, Herman Benjamim, fev/09).

Desta maneira, parece óbvio que não cabe o emprego da analogia àquelas hipóteses previstas no artigo 111 do CTN, sequer similaridade ou equivalência. Por esta razão, não estando tais produtos na lista pela qual o legislador baiano estabeleceu quais produtos utilizados em serviços médicos estariam amparados pela isenção, evidentemente que os mesmos deveriam ser oferecidos à tributação, e em isto não acontecendo, cabível a autuação, tal como realizada.

Para a infração 02, restaram discutidas algumas situações, sobre luvas de determinadas NCMs, com previsão de aplicação de substituição tributária, a exemplo de outros produtos, álcool, escova dental, kit curativo, a alegação defensiva é de que tais NCMs são assim determinadas pelos fornecedores, não podendo alterá-los, o que é verdade. todavia, nesta situação, lhe caberia verificar se as mesmas (NCMs), estariam ou não entre as elencadas pela obrigação de realizar a substituição tributária, e fazê-lo ou não, de acordo com tal indicação. De tal forma, também a argumentação da defesa neste aspecto, não pode ser acolhida.

Assim, acolho os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 1.196 e 1.197, e julgo procedente em parte, a infração 01 no valor de R\$ 166.763,95, e a infração 02, no montante de R\$ 8.991,53.

Quanto a irresignação do sujeito passivo com os percentuais de multa aplicados, tal fato deu-se em decorrência do cometimento de infração à legislação tributária, ou seja, tais multas, em verdade, se caracterizam como meras penalidades administrativas pela infração de uma obrigação fiscal definida em lei, sendo a coerção objetiva que o Estado-Lei impõe ao contribuinte, pela violação de seu direito subjetivo de crédito, positivando o fato ilícito da relação tributária.

Nesta seara, o entendimento é de que as mesmas sujeitam-se também aos Limites do Poder de Tributar, inseridos em nossa Carta Maior, dentre os quais podem ser destacados o não-confisco e a capacidade contributiva, além de outros, como o da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da finalidade, do interesse público, da graduação, da subjetividade, da não-propagação, da pessoalidade, da tipicidade e, como não poderia deixar de ser, da ampla defesa e do contraditório

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

*Em que pese o inconformismo da autuada, a aplicação da taxa, não somente possui a devida base legal, como, de igual forma, o reconhecimento do próprio Poder Judiciário no sentido de sua aplicabilidade.*

*Analisando-se a posição jurisprudencial, podemos citar a decisão com repercussão geral, o RE 582.461, de relatoria do ministro Gilmar Mendes (DJe 18.8.2011, Tribunal Pleno), onde discutia-se a constitucionalidade de multa de mora, no percentual de 20%, prevista na legislação do Estado de São Paulo (artigo 87 da Lei estadual n. 6.375/1991). A decisão, por maioria de votos, foi no sentido de negar provimento ao recurso do contribuinte e, assim, assentar a constitucionalidade da multa nos limites acima mencionados.*

*Merece destaque na referida Ementa do julgado, trecho que diz respeito à multa confiscatória: “1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. [...] 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”*

*Posso mencionar, de igual forma, decisão do ministro Teori Zavascki, no RE 400927 MS, em decisão publicada em 18 de junho de 2013, no qual assim se manifesta:*

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

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

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

Assim, a argumentação do sujeito passivo não pode ser acolhida, diante dos argumentos expostos, não sendo possível o afastamento da aplicação dos percentuais de multa indicados no lançamento, até pelo fato da multa máxima ser no percentual de 60%, dentro, inclusive, dos limites impostos como razoáveis pelo STF, pois, os mesmos possuem estrita base legal, além do reconhecimento do Poder Judiciário.

No tocante à aplicação da taxa SELIC, em que pese o entendimento da defendente, e a longa dissertação a respeito, a matéria já tem o entendimento pacificado, sendo amplamente aceita a sua cobrança, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à vista de várias decisões no sentido de que a taxa SELIC pode ser aplicada para atualização de débitos tributários. Como exemplo, cito decisão do ministro Marco Aurélio Melo ao abordar esta questão, assim decidiu:

**AI 760894 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL  
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO  
Julgamento: 02/12/2010**

*No que tange à taxa SELIC, dispõe o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional (CTN):*

**“Art. 161, do CTN: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.**

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês (...)”* (grifei).

A taxa SELIC compreende correção monetária e taxa de juros reais, não tendo qualquer natureza remuneratória, mas representa apenas o custo que a Fazenda tem para captar recursos no mercado.

Ademais é pacífica orientação do STJ no sentido de que o artigo 161, §1º, do CTN, autoriza a previsão por lei diversa dos juros moratórios, o que permite a adoção da taxa SELIC, não havendo falar em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Dessa forma, demonstrado que a Corte Maior da justiça pátria aceita a aplicação da taxa SELIC nos débitos tributários, esquivando-se de apreciar a sua constitucionalidade, por entender que a matéria é de natureza infraconstitucional, não havendo ofensa a princípio constitucional, conforme explicitado no voto acima mencionado, nada mais nos cabe argumentar ou acrescentar à discussão, senão concluir pela coerência e base legal do procedimento da Fazenda Pública Estadual.

Quanto as argüições de inconstitucionalidade avocadas pela autuada, lembro da vedação contida no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, o qual determina que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Desta forma, fica prejudicada qualquer apreciação quanto a tais argumentos, bem como o pedido de realização de perícia, vez que o próprio autuante, quando de suas intervenções no processo ajustou o lançamento, acatando os argumentos trazidos pela empresa autuada, em sede de defesa.

Conforme dispõe o artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, objetivando a reapreciação da Decisão de piso, sob os seguintes argumentos abaixo:

Inicialmente tece um breve relato dos fatos e, preliminarmente, aponta a decadência dos períodos anteriores à 07/2009, uma vez que a empresa foi autuada em 03/07/2014, devendo ser aplicado o disposto no art. 150, §4º do CTN.

No mérito, rechaça o entendimento da decisão de piso de que o Recorrente, enquanto estabelecimento comercial de filial de indústria, seria equiparada a estabelecimento industrial, assumindo assim a condição de substituta tributária nas saídas internas de fraldas e absorventes, a partir de 01/09/2009.

Alega que, mesmo que fosse filial de indústria, nas operações com fraldas e absorventes, apesar de muitos trazerem a marca “Cremer”, NÃO ERAM FABRICADOS PELA PRÓPRIA CREMER, EM SUA MATRIZ/INDÚSTRIA, mas sim, adquiridos da Mabesa do Brasil (CNPJ nº 01.698.231/0001-83), localizada em São Paulo.

Informa que tal fato restou demonstrado por meio das Notas Fiscais juntadas à Impugnação, no Anexo III, onde se verifica que as fraldas e absorventes foram adquiridos da Mabesa do Brasil, industrial das referidas mercadorias.

Assim, assevera que tais mercadorias não foram fabricadas e não foram transferidas da matriz/indústria para a filial, mas sim, adquiridas de terceiro.

Deste modo, entende que não seria possível a equiparação pretendida do estabelecimento comercial a filial de indústria em relação à mercadoria não fabricada pela empresa, mas apenas e tão somente por ela revendida.

Informa que há uma grande confusão feita tanto pelo fiscal autuante quanto pelo julgador.

Destaca que a base legal indicada pelo autuante no Auto de Infração foi o art. 353, II do RICMS/BA, o qual já destaca a exceção feita pela própria legislação, que dispensa a retenção e o pagamento da ST nos casos em que o imposto for pago por antecipação. Já na decisão de piso, o julgador se reporta aos art. 335, I (provavelmente trata-se do art. 353, I), e artigo 359, inciso I, do § 2º, ambos do RICMS/97.

Salienta que os referidos dispositivos sequer foram indicados na fundamentação legal do Auto de Infração em comento. Por outro lado, se observados os dispositivos indicados na decisão, percebe-se que eles não são aplicáveis ao caso.

Informa:

1. No caso do art. 353, I, o próprio final do dispositivo é enfático no sentido de atribuir a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento APENAS no caso de recebimento de mercadoria SEM O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTECIPADO. Como demonstrado, houve a antecipação do imposto, portanto, não caberia a atribuição à Cremer da condição de substituto em relação a fraldas e absorventes.
2. O segundo dispositivo indicado também não é pertinente ao caso, considerado que a Cremer, em relação a fraldas e absorvente, É O CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO, e a orientação no caso seria justamente de que ela, nas suas saídas subsequentes, deveria EMITIR DOCUMENTO FISCAL SEM O DESTAQUE DO IMPOSTO, que foi a forma por ela procedida.

Quanto à questão do estabelecimento filial atacadista, mencionada nos autos tanto pela autoridade notificante quanto julgadora, prevista no art. 355, I, constata que há dispensa de antecipação do imposto NOS CASOS DE TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL PARA SUAS FILIAIS.

Assim, reforça que no caso de fraldas e absorventes, não houve TRANSFERÊNCIA. Houve aquisição. Portanto, totalmente impertinente a tentativa de aplicar tal sistemática às operações realizadas pela empresa com fraldas e absorventes.

Ratifica tal entendimento com o Protocolo de ICMS 105/2009, envolvendo os Estados da Bahia e de São Paulo, que previu a aplicação da substituição tributária em relação aos produtos incluídos nas operações havidas entre contribuintes destes dois Estados, ficando atribuída ao estabelecimento fabricante (Mabesa-SP) a condição de substituto tributário.

Informa que, em atendimento ao referido Protocolo, em 31/08/2009, efetuou levantamento de estoque de todas as fraldas e absorventes do seu estabelecimento na Bahia, bem como promoveu o cálculo e o recolhimento do ICMS ST em relação a todos estes produtos (documentos no Anexo III da Impugnação). Portanto, recolheu por antecipação tributária o ICMS de todas as fraldas e absorventes em estoque na Cremer Bahia, passando a assumir a partir de então, a condição de SUBSTITUÍDA.

Desta forma, a partir de 31/08/2009, todas as aquisições de fraldas e absorventes realizadas pela Cremer da Mabesa, industrial/fabricante em São Paulo de tais produtos, passaram a ter o ICMS apurado por antecipação, na entrada no Estado da Bahia, para acobertar a totalidade de incidência do imposto até o final da cadeia, ou seja, até o consumidor final.

Assim, nas vendas subsequentes a 01/09/2009 relativas a tais produtos, o Recorrente passou a adotar o CFOP 5405, que corresponde a venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária na condição de substituída, não destacando mais qualquer imposto nos documentos fiscais pertinentes.

Afirma que tais argumentos foram devidamente comprovados pelos documentos juntados à Impugnação, quais sejam: levantamento de estoque de 31/08/2009, cópias das notas fiscais de aquisição das fraldas e absorventes, tendo a Mabesa de São Paulo como fornecedora, bem como as respectivas GNREs ao Estado da Bahia.

Ressalta que mesmo que se admitisse não ter havido o recolhimento do ICMS por antecipação, a situação colocada apenas por hipótese, ainda assim nada seria exigível do Recorrente, que neste caso assumiu a condição de SUBSTITUÍDA na operação.

Informa que, nas situações em que a lei atribui a responsabilidade a terceiro pelo pagamento do imposto, automaticamente se exclui a ideia de solidariedade. Afinal, o sujeito passivo da relação jurídico tributária não é mais o substituído, mas sim, apenas o substituto, que neste caso era a Mabesa, fabricante de fraldas e absorventes.

Ato contínuo, alega que, considerando que tanto o fiscal autuante como o ilustre julgador discorreram no sentido de que os valores pagos pelo fabricante (e pela empresa, ao realizar a

antecipação, em 31/08/2009) acarretariam direito de crédito fiscal ao contribuinte Cremer, que sejam considerados todos os valores recolhidos, quer pela própria empresa, quer pelo fornecedor, como crédito fiscal a serem deduzidos do montante ora cobrado.

Aduz que não há mais condições da empresa de requerer nenhum valor a título de crédito para o período em questão, considerando o lapso temporal decorrido (mais de 5 anos). Ademais, se mantida a decisão ora contestada, a empresa se verá prejudicada, pagando duplamente imposto, ora na realização das operações da autuação (em 2009 e 2010).

Assim, requer que os valores já pagos no passado devem ser considerados como créditos fiscais a serem abatidos dos montantes ora cobrados, tanto a título de ICMS normal (Infração 01) quanto a título de ICMS ST (Infração 2).

Insurge-se também contra o entendimento de que “tala metálica” não receberia o benefício da isenção, pois não estaria enquadrada no Anexo 93 do RICMS/97.

Ora, afirma o Recorrente que a mercadoria “tala metálica”, classificada no NCM 9021 (e não 9012 conforme constou no parecer fiscal e na decisão proferida), informação esta que pode ser confirmada pela cópia da NF nº 1.588 – fls. 652 e 653 do Anexo VI da Impugnação apresentada, trata de produto destinado à prestação de serviços à saúde e que está contida no Anexo 93, do RICMS/BA, conforme indicado especificamente na manifestação da empresa, em 29/10/2014. Portanto, a mercadoria possuindo a mesma finalidade prevista na norma que trata da isenção, deve receber o tratamento especial.

Assim, o Recorrente faz jus à isenção prevista no art. 264, XXIV, do RICMS/12.

Quanto às operações com luvas e demais produtos não sujeito à ST, o Recorrente afirma que procedeu exatamente conforme a conclusão da r. Decisão recorrida, ao deixar de aplicar a sistemática da substituição tributária às mercadorias que não estavam com classificação fiscal indicada como submetida a tal sistemática.

Destaca que no ano de 2010, ano a partir do qual começou a exigência de ICMS substituição tributária sobre luvas, comercializou diversas luvas cadastradas no NCM 39262000, sendo que a legislação previa a incidência de ICMS substituição tributária apenas sobre luvas dos NCMS 4015.11.00 e 4015.19.00, e não as classificadas no código 3926. Portanto, todas as operações com luvas classificadas no código 3926 não devem ser submetidas à sistemática da substituição tributária.

O mesmo ocorre com o álcool 70% - NCMS 22071090 e 29121200, com a escova dental – NCM 85099000, com o Kit curativo – NCM 90189099, com o Swab plástico – NCM 39269040, com detergente – NCM 35079019 e com desinfetante – NCM 38089999, que também não estão submetidos à sistemática da substituição tributária, conforme previsto pelo RICMS – BA, pela simples falta de norma neste sentido. A relação de produtos é restrita aos itens indicados na norma, devendo corresponder tanto a descrição da mercadoria quanto a sua classificação fiscal.

Discorre sobre o caráter confiscatório da multa aplicada e, quanto aos juros SELIC, o Recorrente entende que não pode prevalecer a aplicação dos referidos juros sobre o montante supostamente devido, ou de qualquer outra taxa de juros remuneratórios. Isto porque os juros remuneratórios são inaplicáveis, de acordo com a legislação tributária.

Aponta a necessidade de Perícia ante as inconsistências apontadas em relação às operações realizadas pela empresa, deixando de cancelar supostos débitos, que no entender do Recorrente, não são exigíveis. A realização de prova pericial também reforçaria o fato de que o imposto em relação a fraldas e absorventes já se encontra totalmente pago (considerando os recolhimentos efetuados), nada mais restando a ser exigido. Ou, no mínimo, indicaria qual o montante já pago pela empresa, na forma de antecipação, em relação às fraldas e absorventes.

Por fim, requer seja conhecido e julgado procedente o presente Recurso Voluntário para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração combatido.

Não sendo este o entendimento, requer: (a) que sejam excluídos os valores atingidos pela decadência; (b) que sejam acatados e deduzidos dos valores lançados os créditos decorrentes dos valores pagos a título de antecipação de fraldas e absorventes; (c) seja reconhecida a isenção do produto “tala metálica”, com a exclusão do lançamento dos valores pertinentes; (d) sejam excluídos os valores de substituição tributária incidente sobre produtos não sujeitos a esta sistemática, conforme exposto; (e) seja excluída a multa por ser confiscatória, ou no mínimo, reduzida a 20%; (f) sejam os juros limitados a, no máximo, 1% ao mês.

O PAF foi encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de opinativo, o qual foi realizado pelo Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, o qual se manifestou da seguinte maneira:

Em relação à decadência suscitada, dentro do novo posicionamento tracejado no procedimento de Uniformização da Jurisprudência Processo PGE 2016194710-0, cabe razão ao recorrente, com suporte no fundamento fixado na Súmula nº 08 do STJ. Assim, opina pela declaração de decadência dos créditos constituídos de 01/01/2009 a 30/06/2009.

Em relação à impossibilidade de cobrança da antecipação tributária, afirma que, da leitura das normas apresentadas, não resta dúvida da sujeição passiva do recorrente, com amparo no art. 356,§2º do RICMS/BA, uma vez que, decerto seja verdadeira a compra de fraldas e absorventes em nome da Mabesa do Brasil, a matriz industrial da CREMER S.A pratica atos definidos como atividade fabril, na esteira do quanto definido na legislação do IPI, a qual transcreve.

Logo, estaria o Recorrente equiparada a indústria, como filial atacadista da matriz industrial, consoante art. 9º do Decreto nº 7.212/2010.

Assevera ser importante verificar que, se efetivamente o recorrente não se creditou do imposto normal e substituído e, conforme exposto no apelo, se efetivamente já transcorreu o prazo para tal creditamento, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado e violação ao princípio da não – cumulatividade.

Assim, entende o representante da PGE que tal situação deve ser sopeada no que concerne a aplicação da penalidade, porquanto já paga por antecipação a substituição tributária, conforme aduzido pelo recorrente.

Em relação a alegação de isenção nas transferências do produto “tala metálica”, defende a PGE/PROFIS que, conforme previsão no Anexo 93 do RICMS/BA, a mesma não merece sufrágio, porquanto resta evidente que todos os produtos encartados no NCM 9021.10.20 são materiais utilizados em tratamentos cirúrgicos ortopédicos, não sendo o produto indicado para tal mister.

Aduz que a “tala metálica” tem nitidamente uma função ambulatorial, utilizada para imobilização, conforme descrição retirada do site especializado na matéria.

Quanto as luvas, na mesma toada, não merece suporte a tese recursal, porquanto resta absolutamente claro que as luvas comercializadas pelo recorrente se amoldam perfeitamente ao quanto descrito no NCM 4015.11.00 e não ao NCM 3926.20.00 (luvas para limpeza), havendo uma absoluta dissonância entre o NCM usado pelos fornecedores de produtos hospitalares e a descrição real da mercadoria, não cumprindo o princípio da dupla identidade para a devida inserção no regime diferenciado da ST.

Salienta que a NCM 39262000, em que pese trata-se de luvas também, refere-se a luvas para limpeza.

Quanto aos demais produtos listados, comunga com o minucioso trabalho realizado pelo autuante.

No pertinente ao caráter gravoso da multa aplicada, discorda do entendimento propalado pelo recorrente, pois a multa é aplicada pelo Executivo, em cumprimento de lei oriunda do Legislativo, arrimado numa opção política legiferante, inexistindo qualquer possibilidade de discussão de sua gravosidade num Contencioso Administrativo, entendendo-a elevada o

insuficiente.

Assim, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, analisemos o Recurso de Ofício, oriundo da redução parcial dos valores das infrações 1 e 2, bem como da Improcedência da infração 3.

A infração 3, a qual trata de *retenção e recolhimento a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado*, foi devidamente confrontada pelo Recorrente em sede de impugnação inicial, tendo o fiscal autuante reconhecido na informação fiscal a improcedência desta, eis que as empresas arroladas são, de fato, consumidoras dos produtos produzidos/comercializados pelo Recorrente, não havendo retenção a menor, muito menos falta de retenção e recolhimento de imposto.

A Junta de Julgamento Fiscal, acertadamente, com base nos fundamentos e provas carreadas aos autos, entendeu pela Improcedência da infração 3, nos moldes da informação fiscal.

Pelas mesmas razões, acompanho tal entendimento, decidindo pela Improcedência da infração 3.

No pertinente às reduções das infrações 1 e 2, as mesmas foram objeto de redução em sede de informação fiscal, nas oportunidades em que o contribuinte demonstrou os equívocos da autuação, que foram corrigidos pelo fiscal autuante e confirmados pelo julgador de piso.

Assim, compulsando a instrução realizada, entre as várias manifestações do contribuinte e do auditor autuante, concluo que as reduções ocorreram de forma acertada, uma vez que foram todas baseadas em provas trazidas aos autos, as quais comprovaram serem as reduções de lídima justiça.

Recurso de Ofício Não Provisto.

Ato contínuo, passemos a análise da prejudicial de mérito da decadência suscitada pela Recorrente.

Aponta a empresa Recorrente, a decadência dos períodos anteriores à 07/2009, uma vez que a empresa foi autuada em 03/07/2014, devendo ser aplicado o disposto no art. 150, §4º do CTN.

Em verdade, a empresa foi autuada em 26/06/2014. Todavia, o contribuinte só foi cientificado da autuação em 03/07/2014, momento em que se deve iniciar a contagem do prazo decadencial.

As três infrações versam sobre recolhimento a menor (infrações 1 e 3) e falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de substituto tributário (infração 2).

Todavia, após os reparos realizados pelo autuante, os quais já foram analisados acima no Recurso de Ofício, os períodos que se encontrariam decaídos foram retirados da autuação, motivo pelo qual a apreciação desta preliminar de mérito fica prejudicada.

No mérito do Recurso Voluntário, vislumbro não merecer reparo algum a Decisão de piso.

Na infração 1, restou muito bem explicitado na autuação que as operações ocorridas, quais sejam, as aquisições de fraldas e absorventes por uma empresa terceira (Mabesa/SP), não dispensam o recorrente de pagar parcela do tributo que lhe é exigido.

Este entendimento está claramente explicitado no art. 356, §2º c/c art. 355, ambos do RICMS/97, que embasou a autuação.

Assim, a partir do momento em que o estabelecimento adquire de terceiro outras mercadorias com imposto pago por antecipação, para que se dê ao estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá o contribuinte utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação normal como o imposto retido ou antecipado, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas

operações internas subsequentes com aquelas mercadorias.

Deste modo, como bem salientou o julgador de primeiro grau, *a autuada não pode negar tal condição, bem como a obrigação tributária nascida de determinação legal, cabendo-lhe, pois, o devido recolhimento de imposto devido ao Estado da Bahia. Sendo a hipótese, e respeitado o prazo decadencial, pode vir solicitar o seu direito ao crédito fiscal extemporâneo, se for o caso.* (os créditos eles foram considerados no lançamento realizado pela autuação). Fls. 1060 a 1077.

Quanto ao produto “talas metálicas”, compulsando o Anexo 93, nas NCMS 9021.10.20 (e não 9012 como equivocadamente foi mencionado pelo autuante e julgador de piso), em nenhum dos itens (96 ao 154), há menção de talas metálicas.

A PGE/PROFIS, em opinativo acima mencionado, salientou que todos os produtos encartados no NCM 9021.10.20 são materiais utilizados em tratamentos cirúrgicos ortopédicos, nitidamente com função ambulatorial, utilizado para imobilização, conforme descrição retirada de site especializado na matéria.

No pertinente “luvas” e demais produtos não sujeito a ST, como álcool 70%, escova dental, kit curativo, swab plástico, detergente e desinfetante, também não merece guarida as razões do Recorrente.

Restou muito claro que o Recorrente comercializa luvas cirúrgicas e de procedimentos, mesmo que a NCM adotada não implique em desoneração da obrigação de efetuar a retenção do ICMS na condição de ST.

Aliás, como bem pontuado pelo Procurador Parecerista, as luvas comercializadas pelo recorrente se amoldam perfeitamente ao quanto descrito no NCM 4015.11.00 e não ao NCM 3926.20.00 (luvas para limpeza), havendo uma absoluta dissonância entre o NCM usado pelos fornecedores de produtos hospitalares e a descrição real da mercadoria, não cumprindo o princípio da dupla identidade para a devida inserção no regime diferenciado da ST.

Quanto ao pedido de perícia formulado, denego o mesmo, uma vez que o PAF encontra-se revestido de todas as formalidades, estando apto para julgamento, não existindo matéria que demande a realização da mesma para a formação do convencimento dos julgadores.

Ademais, em relação à multa aplicada e seu caráter confiscatório, este órgão administrativo fiscal não tem competência para analisar a constitucionalidade suscitada pelo Recorrente, conforme art. 167 do RPAF/99.

Por fim, quanto à suposta ilegalidade da aplicação da Taxa SELIC sobre o valor do débito reclamado, não assiste razão ao sujeito passivo, pois o Código Tributário do Estado da Bahia prevê, expressamente, a sua incidência, conforme dispõe o inciso II do § 2º do art. 102 do diploma legal mencionado, conforme abaixo.

*“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:*

...  
*§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:*

...  
*II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.*  
..."

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO aos Recursos Voluntário e de Ofício, mantendo a Decisão de primeiro grau.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207098.0002/14-3 lavrado contra **CREMER S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$175.755,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS