

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0341/13-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.
RECORRIDOS - DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0012-02/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0310-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração subsistente. 2. MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. OPERAÇÕES REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL. SAÍDA POSTERIORMENTE TRIBUTADA. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração 3 reconhecida. b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração subsistente. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. a) DESENCONTRO ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITUADO. Infração subsistente. b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. b.1) CONTRIBUINTE SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL. Infração 6 parcialmente subsistente. b.2) CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO ESTADUAL INAPTA. Infração 10 parcialmente subsistente. c) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração 8 reconhecida. d) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO E/OU EXTERIOR. Infração 9, objeto da nulidade da decisão de piso pela Instância Revisora do CONSEF. Apresentados e analisados, novos elementos de prova foram parcialmente acatados pelo Autuante reduzindo o valor da exação. Infração parcialmente elidida e parcialmente subsistente. 5. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. a) CONTRIBUINTE SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL. Infração 07 parcialmente subsistente. b) CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO ESTADUAL INAPTA. Infração 11 parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/11/2013, no valor de R\$ 1.942.933,76, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de setembro a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 157.064,40, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. RV

INFRAÇÃO 02 – 07.15.03: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de outubro a dezembro de 2010 e março a dezembro de 2011, sendo exigida multa no valor de R\$ 390.133,70, correspondente a 60% do valor do imposto não recolhido, prevista no Art. 42,

II, “d”, da Lei nº 7.014/96. RV

INFRAÇÃO 03 – 01.02.26: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de agosto a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 416.519,33, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que nos termos do artigo 6º do Decreto nº 7799/00, o contribuinte que fizer jus ao benefício fiscal da redução de base de cálculo não poderá utilizar crédito superior a 10% do valor das mercadorias adquiridas e sujeitas ao benefício, tendo o Autuado, atacadista amparado pelo benefício fiscal do citado decreto, utilizado indevidamente crédito fiscal acima deste limite.

INFRAÇÃO 04 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de agosto a outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.746,89, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de julho a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 46.935,70, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. RV

INFRAÇÃO 06 – 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de setembro a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 182.580,35, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. ROV

Consta que o Autuado realizou vendas a outros contribuintes sem inscrição estadual no CAD-ICMS do Estado da Bahia, não podendo, por isto, reduzir a base de cálculo do imposto nos termos do Decreto nº 7.799/00.

INFRAÇÃO 07 – 07.04.03: 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, nos meses de setembro a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 88.679,16, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96. ROV

Consta que o Autuado é atacadista, não aberto ao público em geral, caracterizando intuito comercial por parte dos clientes sem inscrição no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

INFRAÇÃO 08 – 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 setembro a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 181.851,56, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado deu saída de colônias a alíquota de 17%, quando o correto seria aplicar a alíquota de 25%, acrescido de 2% relativo ao ICMS FUNDO DE POBREZA, totalizando a carga tributária de 27%.

INFRAÇÃO 09 – 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2010 e março, abril, junho e julho de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 417.780,06, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. RO

INFRAÇÃO 10 – 03.02.05: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 24.700,57, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. ROV

Consta que o Autuado realizou vendas a outros contribuintes com inscrição estadual INAPTA ou análoga no CAD-ICMS do Estado da Bahia, não podendo, por isto, reduzir a base de cálculo do imposto nos termos do Decreto nº 7.799/00.

INFRAÇÃO 11 – 07.04.03: 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 34.942,04, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96. ROV

Consta que o Autuado realizou vendas a outros contribuintes com inscrição INAPTA ou análoga no CAD-ICMS do Estado da Bahia, sem fazer a retenção do imposto.

A 4ª JJF decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0004-04/16 (fls. 1.638 a 1.651), julgando procedentes as Infrações 01 a 05 e 08,

parcialmente procedentes as Infrações 06, 07, 10 e 11, e nula a Infração 09.

Apresentados Recursos de Ofício e Voluntário, o PAF foi remetido à PGE/PROFIS, a qual exarou parecer pelo improvimento do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão proferida pela 4ª JJF (fls. 1.689 a 1.698).

A 2ª CJF decidiu pela nulidade da Decisão de piso, por maioria, julgando ambos os recursos prejudicados, para que fosse saneada e apreciado o mérito da Infração 09, tendo em vista a impossibilidade de refazimento do Auto de Infração, frente ao período decadencial na data do julgamento de piso (fls. 1.700 a 1.711).

Então, o processo foi redistribuído à 2ª JJF, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0012-02/21-VD (fls. 1.800 a 1.830), com base no voto a seguir transcrito:

“Inicialmente, saliento que não há razão para a realização de nova diligência, pois os elementos já existentes no processo são suficientes para a formação de juízo sobre as questões envolvidas na presente lide, especialmente considerando as três diligências já realizadas.

Em sua defesa, o autuado expressamente reconheceu a procedência das infrações 3 e 8, tendo inclusive efetuado o recolhimento dos valores correspondentes. Não há, portanto, lide em relação a esses dois itens do lançamento de ofício e, em consequência, as infrações 3 e 8 são subsistentes.

Na infração 1, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, conforme os Anexos 01A e 01B. Trata-se de mercadorias tributáveis pelo regime normal que tiveram saídas como se a fase de tributação já estivesse encerrada por substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado afirma que as mercadorias relacionadas na autuação, especialmente os repelentes de uso tóxico, têm sido objeto de imbróglis, pois a fiscalização de trânsito as considera como sujeitas ao regime de substituição tributária.

Ao se examinar os Anexos 01A e 01B, gravados no CD-ROM anexado à fl. 32 dos autos, constato que os produtos ali citados são tributáveis, conforme considerou o autuante.

Quanto aos repelentes de uso tóxico, também foi correto o procedimento do auditor fiscal, pois tais produtos não se confundem com os inseticidas constantes no item 25.10 do Anexo 1 do RICMS-BA/12, uma vez que os produtos ali relacionados são aqueles destinados “exclusivamente para uso domissanitário direto”, isto é, substância ou preparação destinada ao uso domiciliar. Ressalto que esse entendimento acerca dos repelentes para uso tóxico é corroborado pela orientação emanada do Plantão Fiscal da SEFAZ-BA, citada pelo próprio autuado em sua defesa.

Consoante os Anexos 01A e 01B, as operações relacionadas na autuação foram praticadas sem débito de ICMS. Caso o autuado tenha se debitado do imposto em relação a alguma dessas operações, tal fato não restou demonstrado na defesa e nos seus anexos.

Por falta de amparo legal, os supostos pagamentos de débitos tributários indevidamente constituídos em ações fiscais anteriores não podem ser objeto de compensação com os débitos exigidos no presente Auto de Infração. Caso efetivamente tenha efetuado pagamentos que eram indevidos, poderá o autuado, nos termos do artigo 73 do RPAF-BA/99, observando o prazo decadencial, interpor pedido de restituição do indébito.

Quanto ao crédito fiscal que porventura não tenha sido apropriado no momento oportuno, poderá o autuado, também observando o prazo decadencial, lançar tais créditos em sua escrita fiscal observando as condições previstas nos artigos 314 e 315 do RICMS-BA/12.

A alegação defensiva de que foi paga a antecipação tributária em operações com os produtos “8242 REPEL REPELEX 100ML LOC FAMILY” e “3376 ATAD ELÁSTICA TENSOR 10CM 3300”, não elide a autuação, pois tais produtos são tributados normalmente, não cabendo ao contribuinte decidir como deve tributar as operações de saídas desses produtos.

Em face ao acima exposto, a infração 1 é subsistente.

A infração 2 trata de multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS), que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, destinadas à comercialização, registradas na escrita fiscal e com saída posterior tributada normalmente.

A exigência tributária da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 01/03/04, foi estabelecida no Estado da Bahia por meio da Lei nº 8.967/03, que acrescentou à Lei nº 7.014/96 o artigo 12-A, o qual prevê que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante

a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Por seu turno, o disposto no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, determina que no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.

Dessa forma, observa-se que o caso em tela se subsume à hipótese prevista na lei, sendo, portanto, cabível a multa indicada na autuação.

Em sua defesa, o autuado afirma que não agiu com dolo ou má-fé, que não deixou de recolher o ICMS devido e que não causou prejuízo ao Estado. Diz que apenas ocorreu um atraso de quatorze dias no pagamento do imposto.

Esses argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a infração, pois, nos termos do art. 136 do CTN, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

No que tange ao pedido para a dispensa ou redução da multa, ressalto que não estão presentes nos autos os requisitos previstos no § 7º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, necessários para a redução ou dispensa de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Considerando que o autuado não demonstra o recolhimento da antecipação parcial em questão, dentro do prazo estabelecido na legislação vigente, a multa indicada na autuação é cabível e, em consequência, a infração 2 é subsistente.

Na infração 4, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS, conforme os Anexos 04A a 04C.

Visando comprovar a improcedência da autuação, o defendente trouxe ao processo fotocópia de DAES e de DMAs (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), fls. 65 a 70. Todavia, os valores constantes nas DMAs apresentadas na defesa divergem dos lançados no livro RAICMS, o qual não foi apresentado pelo autuado. Dessa forma, a infração 4 é subsistente.

No que tange à infração 5, a qual trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a produto com o imposto pago por substituição tributária, o autuado afirma que os produtos relacionados nesse item do lançamento têm tido um tratamento descontínuo quanto ao regime de substituição tributária. Também diz que tem dúvida sobre o tratamento a ser dado ao produto “4094 – CONDUTOR DENT HILLO”.

Os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de desconstituir a exigência fiscal, pois os produtos relacionados nos Anexos 05A e 05B efetivamente estão enquadrados no regime de substituição tributária e, portanto, nos termos do art. 97, IV, “b”, do RICMS-BA/97, era vedada a apropriação do crédito fiscal referente à aquisição desses produtos. Quanto ao produto Condutor Dental Hillo, NCM 3306.20.00 - “FIOS UTILIZ.P/LIMPAR ESPACOS INTERDENTAIS (FIO DENTAL)” -, foi correto o procedimento do autuante, uma vez que tal produto está enquadrado na substituição tributária, conforme o art. 353, II, “13.14”, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos.

Os recolhimentos efetuados pelo autuado a título de substituição tributária, e o saldo devedor de ICMS normal, não amparam a utilização indevida dos créditos fiscais em questão.

Em face ao acima exposto, a infração 5 resta caracterizada.

A infração 6 trata de recolhimento a menos de ICMS, por erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS e, portanto, sem direito à redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00.

Visando elidir a infração em comento, o autuado afirma que os demonstrativos elaborados pelo autuante são extensos e confusos, apresenta planilhas e nega o cometimento da infração.

Os demonstrativos elaborados pelo autuante são extensos, em razão da elevada quantidade de operações realizadas pelo autuado. Esses demonstrativos são os rotineiramente elaborados pela fiscalização em procedimentos fiscais desse tipo, sendo que contêm todos os elementos necessários para identificar a infração e a apuração dos valores exigidos.

O fato de, nos demonstrativos elaborados pelo autuante, constar a expressão “0” no campo “inscrição estadual do destinatário” em nada prejudica a ação fiscal ou o exercício do direito de defesa, haja vista que o defendente não logrou comprovar que os destinatários em questão tinham uma inscrição estadual válida.

A planilha trazida na defesa (fls. 53 e 54), apenas corrobora a acusação de que o autuado efetuou operações de saídas de mercadorias para contribuintes não inscritos, o que justifica a exigência fiscal de que trata a infração

em comento.

Em pronunciamentos posteriores, o autuado apresenta demonstrativo visando comprovar que os destinatários das mercadorias relacionadas na autuação estavam inscritos no CAD-ICMS. Em atendimento a diligência solicitada por esta 4ª JJF, o autuante admitiu que uma parte das operações era destinada a contribuintes que estavam ativos no CAD-ICMS quando da emissão das notas fiscais e, em consequência, refez a apuração do imposto, o que reduziu o valor devido para R\$ 179.092,01, conforme demonstrativos às fls. 630/631 e 1478/1604. Notificado acerca desses novos demonstrativos, o autuado mostrou-se inconformado com a exigência fiscal, porém não mais indicou contribuintes que estariam em situação regular no CAD-ICMS e que constassem nesses novos demonstrativos.

Os estabelecimentos prestadores de serviços (salões de beleza), não são classificados como contribuintes do ICMS e, portanto, as operações de saídas a eles destinadas não estão amparadas pela redução de base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7799/00, assistindo, assim, razão ao autuante quanto a essas operações.

Acolho o resultado da última diligência realizada pelo autuante, pois restou demonstrado que os destinatários relacionados nos demonstrativos retificados não estavam inscritos no CAD-ICMS ou encontravam-se em situação irregular, o que equivale a contribuintes não inscritos. Dessa forma, a infração 6 subsistente em parte, no valor de R\$ 179.092,01, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado às fls. 630/631:

Data Ocorr	Data Vencido	Base Cál	Aliq %	Multa %	Vlr Hist
Infração 06					
30/09/10	09/10/10	167.933,76	17%	60	28.548,74
31/10/10	09/11/10	212.647,12	17%	60	36.150,01
30/11/10	09/12/10	226.887,59	17%	60	38.570,89
31/12/10	09/01/11	268.718,88	17%	60	45.682,21
31/01/11	09/02/11	164.912,47	17%	60	28.035,12
28/02/11	09/03/11	716,53	17%	60	121,81
31/03/11	09/04/11	495,71	17%	60	84,27
30/04/11	09/05/11	1.115,76	17%	60	189,68
31/05/11	09/06/11	1.240,53	17%	60	210,89
30/06/11	09/07/11	2.106,53	17%	60	358,11
31/07/11	09/08/11	812,41	17%	60	138,11
31/08/11	09/09/11	1.299,18	17%	60	220,86
30/09/11	09/10/11	1.639,29	17%	60	278,68
31/10/11	09/11/11	1.929,41	17%	60	328,00
30/11/11	09/12/11	312,53	17%	60	53,13
31/12/11	09/01/12	714,71	17%	60	121,50
Total da Infração					179.092,01

Na infração 7, o autuado foi acusado de ter deixado de reter e recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, não inscritos no CAD-ICMS.

Considerando que a infração 7 trata das mesmas operações relacionadas na infração anterior, as retificações efetuadas pelo autuante na última diligência também alteram os valores devidos na infração ora em análise. Dessa forma, também acolho as correções efetuadas pelo autuante nessa referida diligência.

No que tange às operações destinadas a prestadores de serviços (salões de beleza), efetivamente o art. 355, IV do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, dispensa a retenção do ICMS-ST quando a mercadoria é destinada a emprego na prestação do serviço. Todavia, não se pode olvidar que o autuado é um estabelecimento atacadista e, portanto, não efetuava vendas a consumidores finais e, além disso, os salões de beleza efetuam vendas de produtos de beleza.

Objetivando comprovar que a autuação não procede, o autuado apresentou os DANFES de fls. 1443 a 1478, porém, esses documentos não se mostram capazes de elidir a autuação, já que são referentes a contribuintes que estavam com a inscrição estadual baixada (a exemplo dos DANFES nºs 4560, 4566, 5302, etc.). Ressalto que os estabelecimentos que, segundo o autuado, eram salões de beleza e que possuíam inscrição estadual ativa foram excluídos da autuação, a exemplo dos DANFES nºs 169224, 169225, 167828, 166054, etc.

Tendo em vista que o autuado efetuou vendas para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, é devida retenção do ICMS substituição tributária relativamente às operações subsequentes que serão realizadas por esses contribuintes não inscritos, deduzido, a título de crédito fiscal, o valor cobrado na infração anterior.

Em face ao acima exposto, a infração 7 subsiste parcialmente no valor de R\$ 76.984,71, ficando o demonstrativo de débito conforme o de fls. 630/631. Ressalto, porém, que o somatório realizado pelo autuante à fl. 630-631 para o exercício 2010, onde consta R\$ 72.344,84, está equivocado, pois o correto é R\$. 76.984,71

Data Ocorr	Data Vencido	Base Cál	Aliq %	Multa %	Vlr Hist
Infração 07					
30/09/10	09/10/10	81566,71	17%	60	13866,34

31/10/10	09/11/10	103284,53	17%	60	17558,37
30/11/10	09/12/10	51370,47	17%	60	8732,98
31/12/10	09/01/11	130512,65	17%	60	22187,15
31/01/11	09/02/11	80101,53	17%	60	13617,26
28/02/11	09/03/11	348,00	17%	60	59,16
31/03/11	09/04/11	240,88	17%	60	40,95
30/04/11	09/05/11	542,12	17%	60	92,16
31/05/11	09/06/11	602,59	17%	60	102,44
30/06/11	09/07/11	1023,29	17%	60	173,96
31/07/11	09/08/11	394,76	17%	60	67,11
31/08/11	09/09/11	630,76	17%	60	107,23
30/09/11	09/10/11	796,53	17%	60	135,41
31/10/11	09/11/11	937,29	17%	60	159,34
30/11/11	09/12/11	151,76	17%	60	25,80
31/12/11	09/01/12	347,35	17%	60	59,05
Total da Infração					76984,71

A Infração 09 foi o objeto da revisão na segunda instância do CONSEF, afirmando não ser ela passível na nulidade instada nesta instância de piso, já que na forma do § 1º do art. 18 do RPAF, poderia decidir sobre o mérito da acusação fiscal.

Por consequência, como acima minuciosamente relatado, motivou três diligências (fls. 1.727-1728, 1.765 e 1.780, cujos ajustes efetuados nas duas primeiras foram contestados pelo Impugnante. As motivações defensivas foram analisadas e acolhidas pelo autor do feito, de modo que no último ajuste (Informação Fiscal de fls. 1.787-1.794), restou apenas ocorrência para **30/04/2011**, no valor de **R\$ 7.796,39**. Tal ajuste, a exemplo dos anteriores, foi levado a conhecimento do sujeito passivo que, diferentemente dos anteriores, podendo sobre ele se manifestar, manteve-se silente.

Assim, tratando-se de questão de fato, por nada ter que reparar quanto ao procedimento fiscal, acolho o ajuste efetuado para declarar a infração parcialmente subsistente no valor de R\$ 7.796,39, inclusive por incidência do disposto no art. 140 do RPAF:

Art. 140. 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.

A infração 10 trata de recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas para contribuintes inaptos ou em situações análogas. Por seu turno, a infração 11 se refere à falta de retenção e recolhimento de ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas para contribuintes inaptos ou em situações análogas.

Em sua defesa, referindo-se às infrações 10 e 11, o autuado afirma que há um lapso temporal entre a emissão do documento fiscal e a disponibilização da situação cadastral dos contribuintes.

Esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir as infrações, uma vez que se trata de uma tese meramente hipotética. Em toda a sua defesa, o autuado não apresenta uma única situação em que a venda para um contribuinte inapto tenha ocorrido em razão desse alegado lapso temporal. O suposto equívoco quanto ao contribuinte inscrito no CNPJ sob o número 96.692.546/0001-20 foi colocado por terra pelo autuante na informação, quando demonstrou que foi o autuado que consignou em sua escrita fiscal digital (EFD) dois CNPJs distintos para uma mesma inscrição estadual.

Quanto à planilha trazida na defesa, o autuante demonstrou que em apenas cinco operações assistia razão ao autuado e, em consequência, refez o Anexo 09, passando o valor devido na infração 10 para R\$ 22.121,93, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

Data Ocorrência	ICMS Lançado (A.I.)	ICMS Devido
31/01/2011	4.436,17	4.436,17
28/02/2011	1.603,64	1.603,64
31/03/2011	1.403,87	1.295,41
30/04/2011	1.931,88	1.854,01
31/05/2011	1.052,37	804,07
30/06/2011	2.158,74	2.126,43
31/07/2011	3.525,33	2.373,05
31/08/2011	1.522,09	1.379,53
30/09/2011	3.789,80	3.285,23
31/10/2011	1.289,19	1.289,19
30/11/2011	948,91	824,34
31/12/2011	1.038,58	850,86
Somatório	24.700,57	22.121,93

Foi correto o procedimento do autuante, ao refazer a apuração do imposto devido, pois em relação às operações que restou comprovado que os contribuintes estavam inscritos regularmente, a exigência fiscal não

subsiste. Ressalto que o autuado, apesar de regularmente notificado acerca do resultado da informação fiscal, não se pronunciou, o que interpreto como um reconhecimento tácito do acerto das correções efetuadas pelo autuante.

Saliento, que no Anexo 09, que embasam as infrações 10 e 11, também foi demonstrado que o imposto exigido na infração 10 foi considerado como crédito fiscal na apuração da infração 11, não havendo, assim, duplicidade de exigência fiscal.

Dessa forma, a infração 10 subsiste parcialmente no valor de R\$ 22.121,93, conforme apurado pelo autuante na informação fiscal, ficando o demonstrativo de débito consoante o apresentado acima.

No que tange à infração 11, de forma certada o autuante corrigiu a MVA aplicada às operações relacionadas nessa infração, de forma que o valor devido nesse item do lançamento passou para R\$ 6.919,37, conforme o demonstrativo apresentado a seguir:

Data Ocorrência	ICMS Lançado (A.I.)	ICMS Devido
31/01/2011	2.244,23	1.408,12
28/02/2011	1.053,67	456,21
31/03/2011	1.095,20	362,49
30/04/2011	1.456,62	435,96
31/05/2011	1.006,81	212,93
30/06/2011	2.926,90	729,37
31/07/2011	5.473,19	781,00
31/08/2011	2.929,42	475,62
30/09/2011	8.418,57	1.120,02
31/10/2011	2.877,39	375,91
30/11/2011	2.577,01	276,66
31/12/2011	2.883,03	285,08
Somatório	34.942,04	6.919,37

Considerando que os argumentos defensivos que eram procedentes foram corretamente acolhidos pelo autuante, o qual efetuou as retificações pertinentes, as infrações 10 e 11 subsistem parcialmente, conforme apurado pelo autuante na informação, ficando o demonstrativo de débito consoante os apresentados acima.

Voto, portanto, pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, para julgar as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 8 Procedentes, e as infrações 6, 7, 9, 10 e 11 Procedentes em Parte, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INF	RESULTADO	VL. LANÇADO	VL. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE	157.064,40	157.064,40	60%
02	PROCEDENTE	390.133,70	390.133,70	-----
03	RECONHECIDA	416.519,33	416.519,33	60%
04	PROCEDENTE	1.746,89	1.746,89	60%
05	PROCEDENTE	46.935,70	46.935,70	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	182.580,35	179.092,01	60%
07	PROCEDENTE EM PARTE	88.679,16	76.984,71	60%
08	RECONHECIDA	181.851,56	181.851,56	60%
09	PROCEDENTE EM PARTE	417.780,06	7.796,39	60%
10	PROCEDENTE EM PARTE	24.700,57	22.121,93	60%
11	PROCEDENTE EM PARTE	34.942,04	6.919,37	60%
Total		1.942.933,76	1.487.165,99	

A 2ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 1.845 a 1.864), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual questionou a não consideração dos créditos fiscais na Infração 01, que já sofreram os efeitos da decadência, bem como requereu a admissão de planilha contendo todas as operações praticadas com o produto “Repelente de Uso Tópico”, quando demonstraria a situação tributária de todas as operações de entrada e saída, ainda que na condição de perícia, tendo em vista que os agentes de trânsito entendiam que os referidos produtos estavam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Acrescentou que o produto “Atadura Elástica Tensor” estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme item 14.1 do Anexo 88 do RICMS/97, devendo ser excluído da autuação.

Defendeu que, no tocante à Infração 05, deveriam ter sido considerados os débitos fiscais, na mesma forma da Infração 01, e que o produto “Condutor Dental” é um artefato plástico necessário para conduzir o fio ou fita dental entre os dentes e o aparelho ortodôntico, não podendo ser

enquadrado no item 14.1 do Anexo 88 [89] do RICMS/97.

Alegou a contradição flagrante nas exigências das Infrações 06 e 07 em relação às remessas para salões de beleza, tendo em vista que a Decisão recorrida considerou a indevida a redução de base de cálculo nas referidas remessas, por entender que os estabelecimentos eram prestadores de serviço, na Infração 06, e, ao mesmo tempo, manteve a exigência de recolhimento de ICMS por substituição tributária em relação a estas mesmas remessas na Infração 07.

Asseverou que não há um só elemento nos autos que corroborem a assertiva de que os salões de beleza realizariam a venda de produtos, estando cadastrados como estabelecimentos prestadores de serviço, nos termos da Lei Complementar nº 116/2003, sem ressalva quanto ao fornecimento de mercadorias, o que caracteriza a exigência com base em mera presunção.

Ressaltou ser irrelevante a tese apresentada no julgamento de piso no sentido de que o Autuado é atacadista e não efetua venda para consumidores finais, não havendo motivo para se falar em incidência do ICMS-ST, nos termos do Art. 355, IV do RICMS/97.

Disse que, em relação à Infração 02, não houve dolo ou fraude ou sequer prejuízo ao erário, tendo em vista que o imposto não recolhido no dia 25 de cada mês seria compensado no dia 09 do mês subsequente, apenas 14 dias após, e requereu a relevação ou a redução da multa, nos termos dos Arts. 158 e 159 do RPAF/99 e do § 7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante às Infrações 10 e 11, afirmou que a Administração Fazendária lançou sobre os seus ombros a obrigação de fiscalizar o cumprimento de obrigação acessória, ignorando que tal ato é de sua exclusividade, por exigir, assim como nas Infrações 06 e 07, os valores correspondentes à indevida a redução de base de cálculo, nos termos do Decreto nº 7.799/00, e o ICMS relativo à substituição tributária não retido, nas vendas para contribuintes que se encontravam temporariamente com sua inscrição em “situação não regular” no Cadastro de Contribuintes.

Destacou que não foi suscitado que tenha concorrido para a fraude, com ou sem dolo, evidenciando a negligência e omissão da Administração Fazendária na execução de procedimentos de auditoria fiscal que imputasse o ônus devido ao verdadeiro autor do dano.

Requereu a apreciação do exposto na peça processual e a admissão da produção de provas necessárias no caso das Infrações 01 e 05.

Registro a presença do Sr. Jonas Eduardo Panza de Oliveira, CRC/MG nº 52.731, e do advogado que efetuou a sustentação oral, Sr. Tiago Abreu Gontijo, OAB/MG nº 96.242.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa em razão de 11 (onze) infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as Infrações 06, 07, 09, 10 e 11, e do Recurso Voluntário as Infrações 01, 02, 05, 06, 07, 10 e 11.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 1.112.489,90, conforme extrato (fl. 1.835), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Nas Infrações 06 e 07, o Autuado foi acusado de recolher a menor o ICMS em razão da realização de operações de vendas internas a destinatários não inscritos no cadastro estadual, utilizando indevidamente a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, bem como pela falta de retenção do imposto relativo à substituição tributária nestas mesmas operações.

Entretanto, o Autuado comprovou que alguns destes destinatários estavam com sua Inscrição Estadual ativa no momento da realização das operações, o que foi reconhecido e revisado pelo Autuante, e resultou na redução dos valores exigidos para R\$ 179.092,01 e 76.984,71, não havendo reparo a ser efetuado na Decisão recorrida em relação à desoneração perpetrada.

A Infração 09 foi objeto de 3 (três) diligências visando sanear os equívocos apontados nos

julgamentos anteriores, reduzindo o seu valor de R\$ 417.780,06 para R\$ 7.796,39, após refazer os cálculos e considerar os recolhimentos efetuados pelo Autuado. Intimado, o Autuado se manteve silente, também não se manifestando sobre esta Infração 09 no Recurso Voluntário.

Considerando que a redução foi decorrente de revisão fática, analisando objetivamente as provas apresentadas, concluo que está correta a Decisão recorrida.

Nas Infrações 10 e 11, o Autuado foi acusado de não recolher o ICMS em razão da realização de operações de vendas internas a destinatários com inscrição estadual INAPTA ou em situação análoga no cadastro estadual, utilizando indevidamente a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, bem como pela falta de retenção do imposto relativo à substituição tributária nestas mesmas operações.

O Autuado conseguiu comprovar que em 5 (cinco) operações os destinatários estavam com a inscrição ativa no cadastro estadual, resultando em redução do valor de ambas as infrações. Também foram corrigidas as MVAs aplicadas às demais operações, reduzindo ainda mais a Infração 11.

Considerando que a redução foi decorrente de revisão fática, analisando objetivamente as provas apresentadas, concluo que está correta a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Adentrando ao Recurso Voluntário, inicialmente constato que não foram apresentadas novas provas após a interposição do Recurso Voluntário, assim como também não foram apresentados novos argumentos em relação aos apresentados em sua Defesa.

Na Infração 01, o Autuado alegou que os produtos “REPELENTE DE USO TÓPICO” e “ATADURA ELÁSTICA TENSOR” estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, mas os únicos repelentes relacionados no Anexo 88 são para uso domissanitário direto (item 10 do Anexo único do Protocolo ICMS 106/09), bem como as ataduras que estão na substituição tributária são aquelas utilizadas para cobrir curativos (item 13.3 do inciso II do Art. 353 do RICMS/97), não sendo o caso de ambos os produtos, que se destinam ao uso corporal (repelente) e para prevenir entorses e luxações (tensor).

Considerando não ser pertinente se refazer a escrita fiscal, no caso em tela, para abater os supostos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição, como solicitado pelo Autuado, entendo não haver reparo a fazer na Decisão recorrida.

No tocante à Infração 05, o Autuado aduziu que deveriam ter sido abatidos os débitos fiscais e que o produto “CONDUTOR DENTAL” é um artefato plástico necessário para conduzir o fio ou fita dental entre os dentes e o aparelho ortodôntico, não podendo ser enquadrado no item 14.1 do Anexo 88 do RICMS/97.

O produto “CONDUTOR DENTAL” está enquadrado no regime de substituição tributária, elencado no item 13.3 do inciso II do Art. 353 do RICMS/97 (não existe o item 14.1 do Anexo 88 do RICMS/97).

Da mesma forma que na Infração 01, não é pertinente se refazer a escrita fiscal, no caso em tela, para abater os supostos débitos fiscais destacados nas notas fiscais de saídas, como solicitado pelo Autuado. Logo, entendo não haver reparo a fazer na Decisão recorrida.

Na Infração 06, o Autuado foi acusado de efetuar o recolhimento a menor do ICMS nas saídas destinadas a contribuintes não inscritos no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, não podendo utilizar nestas operações o benefício de redução de base de cálculo previsto no Art. 1º do Decreto nº 7.799/00, concedido apenas para as saídas internas destinadas a contribuintes inscritos.

Na análise do Recurso de Ofício, verifiquei que o Autuado conseguiu comprovar que algumas saídas foram destinadas a contribuintes inscritos, reduzindo o valor da Infração, não tendo o Autuado apresentado novas provas para elidir a autuação.

Portanto, concluo que a Infração 06 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 179.092,01.

Já na Infração 07, a acusação é de falta de retenção do ICMS relativo à substituição tributária nas saídas destinadas aos mesmos contribuintes relacionados na Infração 06, não inscritos no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia.

Conforme consta na Decisão ora recorrida, os estabelecimentos que, segundo o Autuado, eram prestadores de serviços (salões de beleza) que estavam com sua Inscrição Estadual ativa foram excluídos da autuação, a exemplo das Notas Fiscais-e nºs 169.224, 169.225, 167.828, 166.054, etc.

Portanto, só restaram na autuação saídas destinadas a contribuintes não inscritos, cujo imposto relativo às operações subsequentes devem ser exigidas do remetente, no caso o Autuado.

Ante ao exposto, a Infração 07 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 76.984,71.

No que se refere à Infração 02, o Autuado disse que não houve dolo ou fraude ou sequer prejuízo ao erário, tendo em vista que o imposto não recolhido no dia 25 de cada mês seria compensado no dia 09 do mês subsequente, apenas 14 dias após, e requereu a relevação ou a redução da multa, nos termos dos Arts. 158 e 159 do RPAF/99 e do § 7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ora, a multa é justamente aplicada em razão da falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial. Se não fosse ocorrer a compensação, seria exigido também o valor do ICMS.

Ademais, não restou competência a esta Câmara para efetuar a redução ou cancelamento de multas decorrentes de infrações à legislação tributária, principalmente quando se trata de obrigação principal, como o caso em tela.

Logo, mantenho integralmente a Infração 02.

No tocante às Infrações 10 e 11, o Autuado não trouxe nenhuma prova suficiente a elidir as exigências, apenas se insurgindo sobre a obrigação legal de verificar a situação cadastral dos contribuintes com que transaciona.

Sendo assim, não há reparo na Decisão recorrida em relação às Infrações 10 e 11.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0341/13-5**, lavrado contra **DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.097.032,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “e” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$ 390.133,70**, prevista no inciso II, “d” e § 1º do mesmo artigo e Lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS