

PROCESSO - A. I. Nº 207095.0501/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TOZZO & CIA. LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0111-05/19
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0320-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Revisão dos cálculos do imposto para considerar as reduções de base de cálculo das operações com produtos inseridos no regime de antecipação tributária pelo Convênio ICMS 76/94 (medicamentos, produtos de higiene pessoal e similares). Revisão efetuada pelo próprio autuante. Infrações 2 e 3 subsistentes parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. **b) OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. RECONSTITUIÇÃO DA CONTA-CORRENTE.** Infrações 5 e 7. Valores adequados de acordo com os períodos que o Autuado fazia jus ao benefício previsto no Decreto nº 7.799/00. Itens subsistentes em parte. Modificada a Decisão recorrida. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Infração 4. Valores adequados de acordo com os períodos que o Autuado fazia jus ao benefício previsto no Decreto nº 7.799/00. Item subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida deste item. Rejeitada a preliminar suscitada pelo autuante de intempestividade da segunda manifestação defensiva. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/05/2013, no valor de R\$ 830.271,74, em razão das seguintes irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício apenas as Infrações 02 a 05 e 07:

Infração 01 - 01.02.01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2008 e 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.846,29, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 02 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento 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 relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de junho a agosto, novembro e dezembro de 2008 e fevereiro, abril, maio, agosto, outubro e dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 30.848,02, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 03 - 07.01.02 - Efetuiu 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 relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de março e outubro de 2008 e novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.692,73, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 04 - 07.15.02 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2008 e 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 145.430,10, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de

Ofício.

Infração 05 - 02.01.01 - Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a julho de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 212.021,78, acrescido da multa de 50%, prevista no Art. 42, I, "a", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 06 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de junho a agosto e outubro a dezembro de 2008 e fevereiro, abril, maio, agosto, novembro e dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.952,60, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que a exigência se refere ao subitem 14.1 do Anexo 88 do RICMS.

Infração 07 - 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 janeiro a maio, agosto e setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 356.284,29, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "b", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada improcedente e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 08 - 16.04.11 - Utilização e/ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou costura e/ou encadernação estabelecidas no RICMS/BA, no mês de dezembro de 2009, sendo aplicada multa no valor de R\$ 50,00, prevista no Art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que a exigência se refere aos Livros Fiscais de Entradas, Inventário e Apuração do ICMS.

Infração 09 - 16.05.11 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no mês de dezembro de 2008, sendo aplicada multa no valor de R\$ 140,00, prevista no Art. 42, XVIII, "c", da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 10 - 16.04.08 - Deixou de escriturar Livro Fiscal, no mês de dezembro de 2009, sendo aplicada multa no valor de R\$ 460,00, prevista no Art. 42, XV, "d", da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que a exigência se refere ao Livro CIAP.

Infração 11 - 16.11.02 - Falta de comunicação à repartição competente, decorrido o prazo de 30 dias da ocorrência, de quaisquer alterações cadastrais, entre elas: venda de estabelecimento ou fundo de comércio, de transformação, incorporação, fusão ou cisão, ou de sucessão motivada pela morte do titular ou proprietário rural, no mês de dezembro de 2009, sendo aplicada multa no valor de R\$ 50,00, prevista no Art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que a exigência se refere à alteração do contabilista, dados telefônicos e CEP.

Infração 12 - 16.03.07 - Deixou de emitir nota(s) fiscal(is) correspondente(s) às operações realizadas, no mês de dezembro de 2009, sendo aplicada multa no valor de R\$ 690,00, prevista no Art. 42, XIV-A, "a", da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que a exigência se refere aos estornos lançados no Livro RAICMS.

Infração 13 - 04.05.01 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2008 e 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 50.805,93, acrescido da multa de 70%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida pelo Autuado e não é objeto do Recurso de Ofício.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0111-05/19 (fls. 2.591 a 2.604), com base no voto a seguir transcrito:

"O Auto de Infração em lide é composto de 13 (treze) infrações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Inicialmente cabe consignar que o contribuinte, ainda nas fases de defesa, reconheceu a PROCEDÊNCIA TOTAL das infrações 1, 6, 8, 9, 10, 11, 12 e 13, conforme atesta a planilha produzida pela defesa, acostada à fl. 2.563 do PAF e relatório do SIGAT também anexados ao processo. Infrações procedentes, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo, seja através de pagamento total ou por meio de parcelamentos.

Há que ser consignado ainda não caber a aplicação de intempestividade (preclusão temporal) da segunda manifestação defensiva do contribuinte que abrangeu contestações não inclusas na defesa inicial, justamente

porque no processo administrativo fiscal prevalece o princípio da verdade material ou real, não se podendo negar a apreciação de fatos que possam ter implicação na solução da lide sob pena de se exigir tributo em afronta ao princípio da legalidade e com base em fato gerador não efetivamente verificado na realidade concreta.

Passemos então à análise de mérito das infrações remanescentes desse Auto de Infração.

Nas infrações 02 e 03 relacionadas, respectivamente à falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS a título de substituição tributária, ambas, referentes a mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação. Essas infrações foram revisadas pelo autuante, na fase de informação fiscal. A defesa apontou equívocos no cálculo dessas imputações relacionadas à redução de base de cálculo de 10% em relação a produtos enquadrados no Conv. ICMS 76/94, relacionados a produtos farmacêuticos, produtos de higiene pessoal e similares, além de deduções a menor de valores já recolhidos em relação às notas fiscais nº 244744 e 244745. O autuante, na sua informação fiscal, acatou as alegações do autuado, reduzindo o valor do débito das infrações 02 e 03, para os valores, respectivamente, de R\$ 27.558,65 e R\$ 9.159,42. Infrações mantidas em parte, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo após a revisão do autuante.

Já em relação às infrações 04, 05 e 07, as exigências fiscais recaíram sobre a cobrança de ICMS, respectivamente, por recolhimento a menor da antecipação parcial, falta de recolhimento do imposto após refazimento da conta corrente fiscal e pagamentos a menos do imposto em decorrência de desencontro entres os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração do ICMS. O contribuinte impugna os cálculos efetuados pela fiscalização considerando ser beneficiário das reduções da base imponible previstas no Decreto nº 7.799/2000, situação não levada em consideração nos cálculos efetuados pela autoridade fiscal.

Em similitude de entendimento com a decisão exarada no processo nº 206957.0101/15-6, julgado por esta 5ª Junta, verifico que efetivamente o sujeito passivo é beneficiário de Termo de Acordo regulado pelo Decreto nº 7.799/2000, de forma que em relação às infrações 04, 05 e 07, os valores dos créditos tributários reclamados devem ser reduzidos considerando esse benefício. Observo ainda que o autuante não contestou os argumentos apresentados pela impugnante, relativamente às citadas infrações, pedindo que as razões e pontos suscitados na peça defensiva não fossem acolhidos posto que intempestivos, aspecto da manifestação do autuante por nós já rejeitada na abordagem dessa questão acima. Trata-se de matéria de fato, não contestada pelo autuante, e considerando que as diversas diligências encaminhadas pelo anterior relator, no total de 03 revisões efetuadas por auditores estranhos ao feito (fls. 2.489/2.494; fls. 2.543/2.545; fl. 2.584), não conseguiram estabelecer o deslinde das questões articuladas pela defesa e suas diversas manifestações nos autos. É de se destacar a manifestação da ASTEC de fl. 2.544, na qual é abordado que o autuante não elaborou demonstrativo mensal de como totalizou os valores, especialmente, das infrações 04, 05 e 07. Mesmo na informação fiscal prestada à fl. 2.549 e anexos não há o detalhamento para as citadas infrações.

Em decorrência, há que se acolher os cálculos apresentados na intervenção defensiva de fls. 2.555 a 2.557, com as devidas justificações expostas pela não aplicação da redução da base de cálculo do imposto (Dec. nº 7.799/00) e respectivos anexos (fls. 2.563 a 2.568) de forma que a infração 04 é reduzida de R\$ 145.430,10 para R\$ 1.163,54; a infração 05, é reduzida de R\$ 212.021,78 para R\$ 94.958,03 com a exclusão dos meses de outubro e dezembro, nos valores de R\$ 26.781,69 e R\$ 89.664,81, visto que esses períodos mensais não inclusos no lançamento originário, não podendo haver modificação do Auto de Infração com a inserção de fatos geradores novos, tudo conforme detalhado na mídia digital anexada às fls. 2.577. Por sua vez, a Infração 07 é reduzida de R\$ 356.284,29 para “zero” (0,00). Importante destacar que os cálculos efetuados pelo autuante, na peça de fl. 2.549, com a redução tão somente da infração 04, para a cifra R\$ 85.675,08 não se fizeram acompanhar que nenhuma explicação que externasse a motivação daquelas deduções e manutenções de valores, não constituindo, portanto, prova a ser acolhida nessa instância de julgamento, por se encontrar desatrelada de qualquer fundamentação.

Considerando o acima exposto nosso voto é pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração que passa a apresentar a configuração da tabela abaixo:

INF	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	RECONHECIDA	11.846,29	11.846,29	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	30.848,02	27.558,65	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	10.692,73	9.159,42	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	145.430,10	1.163,54	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	212.021,78	94.958,03	50%
06	RECONHECIDA	10.952,60	10.952,60	60%
07	IMPROCEDENTE	356.284,29	0,00	60%
08	RECONHECIDA	50,00	50,00	-----
09	RECONHECIDA	140,00	140,00	-----
10	RECONHECIDA	460,00	460,00	-----
11	RECONHECIDA	50,00	50,00	-----
12	RECONHECIDA	690,00	690,00	-----
13	RECONHECIDA	50.805,93	50.805,93	70%

TOTAL	830.271,74	207.834,46
--------------	-------------------	-------------------

A 5ª 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.

Na assentada do julgamento, esta 2ª CJF deliberou pela remessa do processo em Diligência à CONSEF/ASTEC para elaborar demonstrativo do percentual mensal de faturamento destinado a pessoas jurídicas, contribuintes ou não do ICMS, em relação ao faturamento mensal total nos exercícios de 2008 e 2009 (fl. 2.618).

O Diligente elaborou a Diligência (fls. 2.621 a 2.629), demonstrando que o percentual mensal de faturamento destinado a pessoas jurídicas, contribuintes ou não do ICMS, em relação ao faturamento mensal total, não alcançou o percentual de 65%, previsto no Art. 1º do Decreto nº 7.799/00, no período de janeiro de 2008 a março de 2009.

Intimados, Autuante e Autuado não se manifestaram.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência de 13 infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício apenas as Infrações 02 a 05, julgadas parcialmente procedentes, e a Infração 07, julgada improcedente.

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\$ 1.644.523,57, conforme extrato (fl. 2.606), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

No tocante às Infrações 02 e 03, relativas, respectivamente, à falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS a título de substituição tributária, referentes a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, a desoneração decorreu da constatação, em sede de Informação Fiscal, de equívocos no cálculo das imputações em razão da não aplicação da redução de base de cálculo de 10% em relação aos produtos enquadrados no Convênio ICMS 76/94.

Também, na Infração 03, foi excluído o mês de março de 2008 em razão do imposto já ter sido recolhido anteriormente, em 29/02/2008, mediante o DAE nº 800533976, no valor de R\$ 1.247,15, superior ao indicado no demonstrativo, com indicação de que se tratava das Notas Fiscais nºs 244.744 e 244.745.

Sendo assim, não há reparo a ser feito na Decisão recorrida em relação às Infrações 02 e 03.

A Infração 04 aponta o recolhimento a menor do imposto relativo à antecipação parcial do ICMS, tendo o Autuado alegado que não foi considerada a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, para o qual possuía Termo de Acordo, mas o Autuante sustentou que o referido benefício somente foi aplicado nos meses de junho, julho e setembro a dezembro de 2009, pois nos demais meses o Autuado não atingiu o percentual de 65% do faturamento para contribuintes inscritos, conforme o Art. 1º do referido Decreto nº 7.799/00.

Vejamos a redação do referido dispositivo, onde grifei a redação vigente à época dos fatos:

“Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

Nota: A redação atual do caput do art. 1º foi dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03.

Redação anterior dada ao caput do art. 1º pelo Decreto nº 8.409, de 26/12/02, DOE de 27/12/02, efeitos de 27/12/02 a 31/12/02:

“Art. 1º Nas operações de saídas internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:”

Redação original, efeitos até 26/12/02:

“Art. 1º Nas saídas internas de mercadorias de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a pessoa jurídica contribuinte do ICMS, a base de cálculo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das referidas saídas corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento total:”

I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);

Nota: A redação atual do inciso I, do caput do art. 1º dada pelo Decreto nº 9.547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05, efeitos a partir de 01/10/05.

Redação original, efeitos até 30/09/05:

“I - 95% (noventa e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);”

II – revogado;

Nota: O inciso II, do caput do art. 1º foi revogado pelo Decreto nº 9.547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05, efeitos a partir de 01/10/05.

Redação original, efeitos até 30/09/05:

“II - 80% (oitenta por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), até o limite de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais);”

III – revogado;

Nota: O inciso III, do caput do art. 1º foi revogado pelo Decreto nº 9.547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05, efeitos a partir de 01/10/05.

Redação original, efeitos até 30/09/05:

“III - 70% (setenta por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja superior a R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), até o limite de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);”

IV - 50% (cinquenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

§ 1º Revogado;

Nota: O § 1º do art. 1º foi revogado pelo Decreto nº 9.152, de 28/07/04, DOE de 29/07/04.

Redação anterior dada ao § 1º, tendo sido acrescentado ao art. 1º pelo Decreto nº 8.409, de 26/12/02, DOE de 27/12/02, efeitos de 27/12/02 a 28/07/04:

“§ 1º A habilitação ao tratamento tributário estabelecido neste decreto de estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS sob o código 5191-8/01 (Comércio atacadista de mercadorias em geral sem predominância de artigos para uso na agropecuária) fica condicionada a que do valor de suas saídas totais, no mínimo, 80% (oitenta por cento) sejam relativas a mercadorias correlacionadas aos códigos de atividades econômicas constantes nos itens 1 a 16 do Anexo Único.”

§ 2º Revogado;

Nota: O § 2º do art. 1º foi revogado pelo Decreto nº 8.548, de 28/05/03, DOE de 29/05/03, efeitos a partir de 29/05/03.

Redação anterior dada ao § 2º, tendo sido acrescentado ao art. 1º pelo Decreto nº 8.409, de 26/12/02, DOE de 27/12/02, efeitos de 27/12/02 a 28/05/03:

“§ 2º A habilitação ao tratamento tributário previsto neste Decreto de estabelecimentos atacadistas que

realizem operações na modalidade de marketing direto, nos termos do Convênio ICMS 45/99, fica condicionada a instalação de central de distribuição neste Estado.”

§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único deste decreto, destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte;

Nota: A redação atual do § 3º do art. 1º foi dada pelo Decreto nº 14.033, de 15/06/12, DOE de 16 e 17/06/12, efeitos a partir de 01/07/12:

Redação anterior dada ao § 3º do art. 1º pelo Decreto nº 13.537, de 19/12/11, DOE de 20/12/11, efeitos a partir de 20/12/11 a 30/06/12:

“§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 12-A, 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte”.

Redação anterior dada ao § 3º do art. 1º pelo Decreto nº 13.339, de 07/10/11, DOE de 08 e 09/10/11, efeitos de 01/11/11 a 19/12/11:

“§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte.”

Redação anterior dada ao § 3º, tendo sido acrescentado ao art. 1º pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 31/10/11:

“§ 3º Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial.”

§ 4º O valor das vendas de que trata o parágrafo anterior deverá ser somado ao das saídas destinadas a contribuintes do ICMS para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total prevista no caput deste artigo.

Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 1º pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos a partir de 01/08/06.”

Da leitura do referido dispositivo, verificamos que não assiste razão ao Autuado, conforme demonstrativo elaborado pelo Autuante (fl. 99), onde consta os percentuais de faturamento nas saídas internas para estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS, indicando que o benefício não se aplica aos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a maio e agosto de 2009.

Entretanto, conforme o entendimento desta 2ª CJF, utilizando a atual redação do referido dispositivo, especialmente o seu § 3º, foi feito o cálculo dos percentuais de faturamento nas saídas internas para estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS e para pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS, indicando que o benefício somente não se aplica aos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a março de 2009 (fl 2.624).

A partir deste novo cálculo, refiz o levantamento do ICMS devido por antecipação parcial, previsto no Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, aplicando o benefício apenas no período de abril a dezembro de 2009, devendo ser parcialmente provido o Recurso de Ofício, para exigir o valor devido de R\$ 61.810,90, conforme demonstrado a seguir:

Data Ocorrência	Valor Calculado	Valor Pago	Valor Devido
31/01/2008	2.723,36	691,47	2.031,89
29/02/2008	2.832,95	540,29	2.292,66
31/03/2008	5.035,70	1.035,66	4.000,04
30/04/2008	1.536,71	160,95	1.375,76
31/05/2008	6.175,83	1.263,54	4.912,29

30/06/2008	6.229,95	1.350,11	4.879,84
31/07/2008	4.760,31	1.511,00	3.249,31
31/08/2008	5.366,27	1.519,66	3.846,61
30/09/2008	4.650,85	224,64	4.426,21
31/10/2008	4.925,61	1.985,69	2.939,92
30/11/2008	8.098,96	1.075,80	7.023,16
31/12/2008	8.853,35	2.393,03	6.460,32
31/01/2009	4.842,48	421,11	4.421,37
28/02/2009	5.996,87	1.477,80	4.519,07
31/03/2009	3.455,91	187,56	3.268,35
30/04/2009	1.150,22	1.366,90	-
31/05/2009	889,73	1.450,49	-
30/06/2009	466,68	574,69	-
31/07/2009	329,63	329,64	-
31/08/2009	630,25	1.092,60	-
30/09/2009	1.973,15	712,65	1.260,50
31/10/2009	460,65	145,00	315,65
30/11/2009	396,84	396,83	0,01
31/12/2009	1.037,94	450,00	587,94
Valor Total	82.820,20	22.357,11	61.810,90

Tal ajuste implica também na alteração da conta-corrente do ICMS, no que se refere aos créditos fiscais admitidos nas aquisições de produtos sujeitos à antecipação parcial do imposto, tendo sido necessário refazer a conta-corrente do imposto, cujo recolhimento a menor foi exigido nas Infrações 05 e 07.

Saliento que a Decisão recorrida se equivocou no julgamento das Infrações 05 e 07, pois misturou valores relativos a ambas as Infrações como se fossem somente da Infração 05, referente ao exercício de 2009, julgada parcialmente procedente, enquanto nenhum valor foi apropriado na Infração 07, referente ao exercício de 2008, julgada improcedente, excluindo os valores relativos aos meses em que as Infrações originais não haviam indicado valores devidos.

Com o refazimento da conta-corrente, tendo em vista que as alterações promovidas em determinado mês, alteram os valores encontrados para os meses subsequentes, é natural que haja a correção das respectivas datas de ocorrência, sem que se constitua em inobservância do princípio de *non reformatio in pejus*, situação prevista na Súmula nº 11 deste CONSEF, cujo texto está transcrito abaixo:

“Para fins do disposto no art. 156 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não constitui agravamento da infração, ou inobservância do princípio da non reformatio in pejus, o eventual acréscimo ou majoração de valores apurados mensalmente que não advenha de fatos novos, respeitado o limite do valor total lançado na infração.”

Portanto, refazendo a conta-corrente do ICMS do Autuado, com as alterações relativas à antecipação parcial, entendo que deve ser corrigido, de ofício, os valores relativos à Infração 05 para excluir os meses do exercício de 2008, objeto da Infração 07, e parcialmente provido o Recurso de Ofício, para exigir os valores devidos de R\$ 50.891,78 e R\$ 175.542,98, nas Infrações 05 e 07, respectivamente, conforme demonstrado a seguir:

Infração 05

Data Ocorrência	Valor Devido
31/01/2009	-
28/02/2009	10.997,05
31/03/2009	-
30/04/2009	9.862,72
31/05/2009	-
30/06/2009	3.250,32
31/07/2009	-
31/08/2009	-
30/09/2009	-
31/10/2009	26.781,69
30/11/2009	-

Infração 07

Data Ocorrência	Valor Devido
31/01/2008	-
29/02/2008	-
31/03/2008	-
30/04/2008	-
31/05/2008	78.838,28
30/06/2008	-
31/07/2008	-
31/08/2008	-
30/09/2008	-
31/10/2008	-
30/11/2008	-

31/12/2009	-
Valor Total	50.891,78

31/12/2008	96.704,70
Valor Total	175.542,98

Também corrijo, de ofício, a multa aplicada na Infração 07 para 50%, que era o percentual devido no período autuado para o recolhimento a menor do imposto quando as operações estavam escrituradas nos livros fiscais próprios.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, modificando a Decisão de piso para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 399.958,55, conforme demonstrativo abaixo:

Infração	Valor Auto de Infração	Valor 5ª JJF	Valor 2ª CJF	Multa	Resultado
Infração 01	11.846,29	11.846,29	11.846,29	60%	Reconhecida
Infração 02	30.848,02	27.558,65	27.558,65	60%	Proc. em Parte
Infração 03	10.692,73	9.159,42	9.159,42	60%	Proc. em Parte
Infração 04	145.430,10	1.163,54	61.810,90	60%	Proc. em Parte
Infração 05	212.021,78	94.958,03	50.891,78	50%	Proc. em Parte
Infração 06	10.952,60	10.952,60	10.952,60	60%	Reconhecida
Infração 07	356.284,29	-	175.542,98	50%	Proc. em Parte
Infração 08	50,00	50,00	50,00	-	Reconhecida
Infração 09	140,00	140,00	140,00	-	Reconhecida
Infração 10	460,00	460,00	460,00	-	Reconhecida
Infração 11	50,00	50,00	50,00	-	Reconhecida
Infração 12	690,00	690,00	690,00	-	Reconhecida
Infração 13	50.805,93	50.805,93	50.805,93	70%	Reconhecida
Valor Total	830.271,74	207.834,46	399.958,55		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso de Ofício apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.0501/13-3, lavrado contra **TOZZO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 398.568,55**, acrescido das multas 50% sobre R\$ 226.434,76, 60% sobre R\$ 121.327,86 e 70% sobre R\$ 50.805,93, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “b” e “d” e VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.390,00**, previstas nos incisos XIV-A, “a”, XV, “d”, XVIII, “c” e XXII do mesmo diploma legal, todas alteradas pela Lei nº 8.532/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS