

PROCESSO	- A. I. N° 206973.0012/22-9
RECORRENTE	- INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0027-02/25-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/09/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0327-12/25-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS DENTRO DO ESTADO. Regime Especial deferido a pedido do próprio contribuinte autuado lhe atribui a responsabilidade como contribuinte substituto a partir da data da sua ciência do Regime Especial (CTN: Art. 103, I). Valor reduzido mediante acolhimento parcial de elementos de prova apresentados pelo Impugnante Indeferido pedido de perícia. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte consoante o art. 169, I, “b” do RPAF-BA/1999. O Auto de Infração, lavrado em 08/06/2022, exige o valor de R\$ 623.969,14, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 007.002.003: 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. **Período:** junho a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, janeiro a junho de 2021. **Enquadramento legal:** Artigo 8º inciso II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa de 60%:** Artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Complemento: A condição de contribuinte substituto nas saídas do ENERGETICO NIGHT POWER foi requerida pela autuada através do Processo SIPRO nº 034280/2019-0 em 28/01/2019 conforme texto dele extraído: “Face ao exposto, a Requerente, por pertencer ao mesmo Grupo Econômico da MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, como dito anteriormente, bem como pelo fato de ser responsável tributário nas operações que realiza com água mineral e outras bebidas que comercializa, a Requerente solicita autorização deste Douto Órgão, em sede de Regime Especial de Tributação, para lhe ser atribuída a condição de substituto tributário por saídas, relativamente às operações com a bebida Night Power, adquirida da MINALBA, condição esta que lhe permitirá não recolher o ICMS ST por aquisição e sim que efetue a retenção e o recolhimento do imposto por ocasião das saídas subsequentes.” Deferido o pleito no Parecer Final DITRI nº 20894, ciência em 10/06/2019. **EMENTA: ICMS.** Regime Especial. Concessão. Atribuir ao contribuinte a condição de substituto tributário por antecipação nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária. Matéria regulamentada pelo Convênio ICMS 142/18. Pelo deferimento. Efeitos até 30/06/2021. DO REGIME ESPECIAL Cláusula primeira - Fica a INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA, sociedade empresária, situada no Estado da Bahia, à Rua Rio Cambotá, nº 100, Fazenda Antônio de Cambotá - Entroncamento, Dias D Ávila/BA, CNPJ/MF nº 00.048.785/0046-74 e IE nº 021.513.396, responsável pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas operações internas subsequentes que realizar com o produto “NIGHT POWER” adquirido de outras unidades da Federação, ainda que possuam Convênio ou Protocolo entre a Bahia e a unidade de origem, ficando dispensada a retenção do imposto pelo remetente. Parágrafo único. A INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA deverá orientar os remetentes das mercadorias a consignarem no campo “Informações Complementares” das Notas Fiscais a seguinte expressão: “Operação dispensada de retenção de ICMS devido por substituição tributária conforme Parecer GETRI/DITRI/SEFAZ/BA nº/2019”. Cláusula segunda - O presente regime especial poderá ser revogado, alterado ou cassado a qualquer tempo, no interesse da Administração Tributária e a sua concessão não dispensa o requerente do cumprimento das demais obrigações, principal e acessórias, previstas na legislação estadual. Cláusula terceira- Este regime especial produzirá efeitos até 30/06/2021.

O autuado apresenta a **Impugnação** de fls. 20/31. Os autuantes prestam **Informação Fiscal** nas fls.

64/69. Declara a procedência parcial do presente Auto de Infração com valor cobrado reduzido de R\$ 623.969,14 para R\$ 579.207,52, conforme os demonstrativos de fl. 70. O sujeito passivo **retorna aos autos** às fls. 74/77. Na **Informação Fiscal** de fl. 85.

Às fls. 88/89 consta o seguinte pedido de diligência:

Considerando: **a)** a necessidade de avaliação do contraditório meritório das questões não dirimidas por convergência de entendimento entre as partes (Fisco, representado pelas autoridades autuantes X Contribuinte Autuado); **b)** que a Impugnante tem razão quanto ao “bis in idem” relativo ao **ENERGÉTICO NIGHT POWER** adquirido da MINALBA com fase de tributação encerrada, constante do estoque existente em data anterior à da vigência do Regime Especial outorgando à Autuada a condição de contribuinte substituto nas subsequentes saídas do energético, essa 2^a JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

Autuantes

a) Tendo por referência a informação da Impugnante relativa “ao estoque de energético Night Power, adquirido anteriormente ao Regime Especial e, portanto, com a retenção obrigatória do ICMS ST pela Minalba, conforme demonstra o Registro de Controle da produção e do Estoque constante no estoque final do bloco K200, mês 06/2019”:

a.1) Intimar a Autuada a apresentar o estoque de energético Night Power adquirido com a retenção obrigatória do ICMS ST pela Minalba até 10/06/2019;

a.2) Homologando o estoque apresentado em face da Escrituração Fiscal do contribuinte e tomando por base o preço constante da nota fiscal mais recente à 10/06/2019, abater da exação como crédito fiscal o ICMS (normal e da ST) relativo ao estoque de energético Night Power em 10/06/2019;

b) Aportar aos autos os demonstrativos suportes resultantes do ajuste indicado no item anterior, inclusive o de débito na forma do original (fl. 01);

c) Produzir Informação Fiscal acerca da diligência, acompanhada dos demonstrativos elaborados, inclusive o de débito na forma do original (fl. 01-02).

Em **atendimento à diligência** solicitada, os autuantes vieram aos autos na fl. 93 informando que a autuada não apresentou elementos de prova no sentido de modificar o lançamento efetuado. Conclusão da **diligência** às fls. 96-97, o PAF foi objeto de diligência, nos seguintes termos:

Refere-se a falta de retenção e recolhimento de ICMS ST nas saídas internas subsequentes para contribuintes situados na Bahia.

Por considerar necessário e indispensável à formação do convencimento dos julgadores, em 28/02/2023 esta 2^a JJF, por unanimidade, deferiu o pedido de diligência de fls. 88-89.

Por consequência, não cumprindo ao que lhes fora requisitado, as autoridades fiscais autuantes, citando o art. 47 do Regimento Interno do CONSEF e 147 do RPAF, conforme fl. 93, julgaram o pedido de diligência prejudicado, inclusive, inadvertidamente, expondo integralmente os termos do Auto de Infração em pauta, a despeito de por ocasião da anterior Informação Fiscal reduziram o valor da original exação em face de acolhimento parcial das razões apresentadas pelo Impugnante na original peça de defesa.

Assim, considerando: **a)** Necessidade de avaliação do contraditório meritório das questões não dirimidas por convergência de entendimento entre as partes (Autuante e Autuado); **b)** distintas competências/atribuições de órgãos da SEFAZ envolvidas na solução do PAF: **b.1)** Fiscalização: Atividade de homologar os prévios procedimentos encarregados ao contribuinte no cumprimento das obrigações tributárias, constituindo, se for o caso, eventual crédito fiscal de ofício; **b.2)** CONSEF: Atividade de resolver o processo administrativo fiscal, conferindo se o crédito fiscal impugnado corresponde ou não ao quanto previsto legalmente; **c)** a Informação Fiscal de fl. 93 extrapola nas competências/atribuições indicadas no item anterior; **d)** a satisfação do interesse público que nesse caso depende da colaboração e desempenho coordenado dos citados órgãos da Administração Tributária, cabendo a autoridade competente da repartição fiscal de origem cumprir ao **requisitado** no referido pedido de diligência, essa 2^a JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

INSPECTOR DA INFAZ DE ORIGEM

No sentido de não se ver prejudicado o devido processo, seus corolários de ampla defesa e contraditório, bem como a verdade material que regem o PAF, designar/determinar autoridade fiscal (preferencialmente, Autuantes) para cumprir a diligência requisitada às fls. 88-89, qual seja:

b) Tendo por referência a informação da Impugnante relativa “ao estoque de energético Night Power, adquirido anteriormente ao Regime Especial e, portanto, com a retenção obrigatória do ICMS ST pela Minalba,

conforme demonstra o Registro de Controle da produção e do Estoque constante no estoque final do bloco K200, mês 06/2019”;

a.1) Intimar a Autuada a apresentar o estoque de energético Night Power adquirido com a retenção obrigatória do ICMS ST pela Minalba até 10/06/2019;

a.2) Homologando o estoque apresentado em face da Escrituração Fiscal do contribuinte e tomando por base o preço constante da nota fiscal mais recente à 10/06/2019, abater da exação como crédito fiscal o ICMS (normal e da ST) relativo ao estoque de energético Night Power em 10/06/2019;

b) Aportar aos autos os demonstrativos suportes resultantes do ajuste indicado no item anterior, inclusive o de débito na forma do original (fl. 01);

c) Produzir Informação Fiscal acerca da diligência, acompanhada dos demonstrativos elaborados, inclusive o de débito na forma do original (fl. 01-02).

Concluída a diligência, mediante recibo e entrega de cópia da Informação Fiscal, bem como de eventuais demonstrativos produzidos, o sujeito passivo deverá ser notificado com indicação do prazo regulamentar para, querendo, manifestar-se a respeito.

Caso o sujeito passivo se manifeste, os autuantes deverão ser cientificados para, se necessário, produzir nova Informação Fiscal.

Lembrando que na ocorrência de novos fatos desconhecidos, a parte contrária deverá ter conhecimento deles, após transcurso do prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Em **cumprimento à diligência**, fls. 109-110, os autuantes informaram, manteve o mesmo resultado. Em **nova manifestação** (fls. 115/119). Na fl. 123, do conhecimento da última manifestação do contribuinte, os autuantes apresentam resposta. Às fls. 128-129, consta o seguinte **pedido de diligência fiscal** à INFRAZ DE ORIGEM:

“Refere-se a falta de retenção e recolhimento de ICMS ST nas saídas internas subsequentes para contribuintes situados na Bahia.

Por considerar necessário e indispensável à formação do convencimento dos julgadores, em esta 2^a JJF, por unanimidade, deferiu as diligências de fls. 88-89 e 95-97.

Presentes na sessão de julgamento de 04/11/2024, as representantes legais do contribuinte autuado preliminarmente, em questão de ordem, frisaram que embora conste no corpo da Informação Fiscal o valor total excluído (R\$ 40.741,01) “não se disponibilizou ao contribuinte o demonstrativo detalhado das operações que remanesceram e que serviram para a composição dos valores mantidos”.

Considerando que: a) na Informação Fiscal consta escrito: a.1) “Elaboramos novo demonstrativo, excluindo do demonstrativo original os documentos fiscais relativos a recusa de venda bem como aqueles cujo destinatário final é considerado consumidor” – fl. 66; a.2) “Todos os argumentos da defesa foram apreciados, bem como arquivos disponibilizados em mídia” (fls. 61). “As correções que entendemos necessárias foram feitas e constam do arquivo ...” parte da mídia original (fls. 14). O resultado, após correções, será enviado à autuada para manifestação” – fl. 68; a.3) A fl. 61 se constitui de mero envelope do representante legal do sujeito passivo, cujo destinatário é a SEFAZ; b) A Intimação Fiscal posterior à Informação Fiscal (fl. 72) informa encaminhamento apenas de cópia das fls. “64 a 70 DA INFORMAÇÃO FISCAL, ELABORADA PELO PREPOSTO FISCAL PARA A NOTIFICAÇÃO FISCAL Nº 206973.0012/22-9”, no sentido de não se ver prejudicado o devido processo, seus corolários de ampla defesa e contraditório, bem como a verdade material que regem o PAF, essa 2^a JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

AUTUANTES

a) Aportarem aos autos prova documental de envio de cópia do(s) demonstrativo(s) suporte refeitos com as correções efetuadas na oportunidade da Informação Fiscal de fls. 64-70;

b) Caso o(s) demonstrativo(s) refeitos não lhe tenha(m) sido entregue(s), como alega o sujeito passivo, enviá-lo(s) mediante comprovação documental, com estipulação do prazo de 10 (dez) dias para, querendo, manifestar-se a respeito;

c) Caso o sujeito passivo se manifeste, as autoridades fiscais autuantes deverão tomar ciência da manifestação.

Lembrando que na ocorrência de novos fatos desconhecidos, a parte contrária deverá ter conhecimento deles, após transcurso do prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Às fls. 133-136 constam mensagens das autoridades fiscais autuantes ao sujeito passivo **atendendo à diligência** deferida pela 2^a JJF. O sujeito passivo **volta aos autos** às fls. 139-142.

Cientificados da nova manifestação defensiva, as autoridades fiscais autuantes se manifestam à fl. 146.

A JJF apreciou a controvérsia e decidiu pela Procedência em Parte conforme o voto condutor:

VOTO

A acusação fiscal é de falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas saídas do ENERGÉTICO NIGHT POWER realizadas para contribuintes localizados na Bahia em face do Regime Especial requerido e concedido ao sujeito passivo pelo Processo SIPRO 034280/2019-0 e Parecer Final DITRI 20894, cientificado pelo contribuinte em 10/06/2019, efeitos até 30/06/2021.

Inexistindo argumentos relacionados aos aspectos formais do lançamento, por reparar que ele está em conformidade com a legislação a respeito, especialmente com as regras do Código Tributário Nacional – CTN e Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF, passo ao exame do mérito da autuação.

De logo observo que quando necessária ao convencimento do Relator, diligências fiscais foram deferidas e por considerar que: a) a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos; b) ser desnecessária em vista de outras provas produzidas, com fundamento no art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/BA, indefiro a perícia requerida.

No exercício do seu direito de defesa previsto no art. 123 do RPAF, o sujeito passivo impugnou o lançamento tributário em juízo de revisão, alegando: a) inaplicabilidade das disposições do Regime Especial à competência de junho 2019; b) indevida inclusão de NFs de devolução, recusa de venda e destinadas ao consumo do destinatário; c) cobrança em duplicidade do ICMS-ST em face do remetente Minalba Alimentos e Bebidas Ltda ser o contribuinte substituto, antes da concessão do Regime Especial que atribuiu tal responsabilidade à empresa autuada; d) caráter confiscatório da multa imputada.

Por sua vez, quanto às alegações defensivas, as autoridades fiscais autuantes informaram que: a) limitaram-se a cobrar o ICMS-ST relativo às operações de saídas posteriores a 10/06/2019, conforme demonstrativo suporte contido nos autos (impresso de fls. 08-13 e mídia CD de fl. 14); b) acatando a alegação defensiva excluíram da autuação o valor de R\$ 40.741,01, relativo à indevida inclusão de NFs de devolução, de recusa de venda e destinadas ao consumo do destinatário, conforme demonstrativo suporte ajustado, ainda que mantendo a cobrança do ICMS ST por vendas destinadas a farmácias e academia de ginástica em face dos destinatários revenderem a mercadoria objeto da autuação; c) ressaltando que para a Autuada não ter prejuízo por ter que reter e recolher o ICMS recebido com fase de tributação encerrada ela deve proceder na forma indicada no art. 291 do RICMS-BA, atendendo diligência acerca da alegação de duplicidade de cobrança do ICMS ST. Nesse sentido, informaram que “o inventário da autuada relativo a junho de 2019, quando o regime especial começou a valer, informa início em 01/06/2019 e final em 30/06/2019. Não foi informado inventário parcial do ENERGÉTICO NIGHT POWER cujas operações internas subsequentes passariam a ter o ICMS retido e recolhido pela autuada (fl. 109)

Assim é que compulsando os autos, provas e argumentos das partes, constato.

Não assistir razão ao Impugnante quanto à inaplicabilidade das disposições do regime especial à competência do mês de junho/2019 porque ele foi requerido pelo autuado, deferido e cientificado ao mesmo em 10/06/2019, de modo que corretos estão os autuantes ao excluírem as exigências até esta data e manterem as demais ocorridas a partir do dia 11/06/2019, pois já se encontrava em vigor o aludido regime especial.

A citação feita pelo autuado ao § 4º da Cláusula Nona do Convênio ICMS nº 142/2018 não se aplica ao presente caso posto que, o Convênio trata da disponibilização pelas unidades federadas, em seus sítios da internet, do rol de contribuintes e respetivos segmentos de bens ou mercadorias, enquanto na situação sob análise, se trata de um regime especial específico de tributação, requerido de forma unilateral pelo autuado e que foi deferido pela SEFAZ, com data específica para entrada em vigor, de modo que corretamente agiram as autoridades fiscais autuantes excluindo apenas as operações ocorridas até o dia 10/06/2019.

Quanto à questão da exclusão das notas fiscais referentes a operações de devoluções, de recusa de venda realizada, bem como operações de vendas destinadas a consumidores finais, observo que também corretamente agiram as autoridades fiscais autuantes excluindo as indevidas inclusões, mas mantendo as operações destinadas a farmácias e academias, estabelecimentos revendedores da mercadoria objeto da autuação.

Ainda que no caso possa teoricamente comportar mercadoria cuja operação de entrada no estabelecimento autuado tenha ocorrido sob responsabilidade do remetente como contribuinte substituto, também não assiste razão ao Impugnante pelo seguinte:

A uma, porque, observando que a Escrituração Fiscal Digital – EFD elaborada/transmitida ao fisco e base do procedimento fiscal visando conferir os registros com repercussão tributária não informou inventário parcial do ENERGÉTICO NIGHT POWER, cujas operações internas passariam a ter o ICMS ST retido e recolhido pela

autuada ou que anteriormente fora retido pelo remetente como substituto tributário, tratando-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial.

A duas, porque, tratando-se de ato administrativo não se pode olvidar que o Regime Especial deferido ao autuado lhe tornou responsável pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas operações subsequentes realizadas com o citado produto, ficando dispensada a retenção pelo remetente, a partir da data da publicação que, no caso, deu-se com a ciência do contribuinte requerente/autuado em 10/06/2019 (CTN: art. 103, I).

A três, porque, sendo o autuado conhecedor de sua obrigação decorrente do Regime Especial que a seu pedido lhe fora concedido, caberia ao contribuinte autuado contatar seu fornecedor a fim de evitar a retenção do ICMS ST nas operações realizadas entre ambos, que conforme alega o Impugnante, persistiu no decorrer dos exercícios fiscalizados (2019 a 2021), de acordo com dados afixados na peça defensiva, fl. 26, ou, se fosse o caso, para evitar tributação em duplicidade, e as operações de aquisições continuassem a ocorrer com retenção do imposto pelo fornecedor.

A quatro, porque, como ressalta mas autoridades fiscais autuantes, a solução para evitar eventual duplicidade tributária em caso tal consta no Art. 291 do RICMS/BA, visando a uniformização do tratamento tributário nas operações realizadas com o citado energético, o que se dá mediante levantamento dessas operações pelo contribuinte em distinto/específico requerimento ao fisco para homologação/utilização do crédito fiscal extemporâneo na forma indicada no citado dispositivo legal, desde que devidamente comprovados, observando-se, ainda, o prazo decadencial, inclusive aqueles incidentes sobre o estoque existente na data de entrada da vigência do Regime Especial concedido e requerido pelo contribuinte autuado.

Em suma, não vejo como se cogitar ocorrência de exigência indevida por falta de consideração do ICMS ST, de forma dedutiva, conforme pleiteado pela defesa, mesmo porque, foi atribuído ao autuado a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do imposto incidente sobre essas operações, ou seja, existia um Regime Especial concedido ao autuado, atribuindo-lhe a responsabilidade pela tributação e retenção do imposto nas operações de saídas que realizasse em relação ao ENERGÉTICO NIGHT POWER, em atendimento a solicitação do próprio contribuinte autuado, que, ao fim e ao cabo, o ignorou.

Isto posto, acolho as exclusões levadas a efeito pelo autuado, acima citadas, e tenho como parcialmente subsistente a acusação fiscal no valor de R\$ 579.207,52, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
Data Ocor.	Data Venc.	Base de Cálculo	Aliq.	Multa	Vlr Histórico	
Infração 01						
30/06/2019	09/07/2019	78.175,85	20%	60%	15.635,17	
31/07/2019	09/08/2019	133.508,25	20%	60%	26.701,65	
31/08/2019	09/09/2019	108.597,05	20%	60%	21.719,41	
30/09/2019	09/10/2019	108.049,50	20%	60%	21.609,90	
31/10/2019	09/11/2019	121.474,35	20%	60%	24.294,87	
30/11/2019	09/12/2019	145.545,00	20%	60%	29.109,00	
31/12/2019	09/01/2020	167.380,20	20%	60%	33.476,04	
31/01/2020	09/02/2020	171.125,30	20%	60%	34.225,06	
29/02/2020	09/03/2020	185.926,60	20%	60%	37.185,32	
31/03/2020	09/04/2020	73.949,40	20%	60%	14.789,88	
30/04/2020	09/05/2020	43.553,50	20%	60%	8.710,70	
31/05/2020	09/06/2020	51.276,90	20%	60%	10.255,38	
30/06/2020	09/07/2020	69.093,60	20%	60%	13.818,72	
31/07/2020	09/08/2020	80.901,55	20%	60%	16.180,31	
31/08/2020	09/09/2020	112.129,60	20%	60%	22.425,92	
30/09/2020	09/10/2020	210.657,10	20%	60%	42.131,42	
31/10/2020	09/11/2020	130.003,80	20%	60%	26.000,76	
30/11/2020	09/12/2020	167.496,10	20%	60%	33.499,22	
31/12/2020	09/01/2021	240.681,90	20%	60%	48.136,38	
31/01/2021	09/02/2021	207.375,90	20%	60%	41.475,18	
28/02/2021	09/03/2021	52.561,55	20%	60%	10.512,31	
31/03/2021	09/04/2021	55.942,05	20%	60%	11.188,41	
30/04/2021	09/05/2021	22.081,55	20%	60%	4.416,31	
31/05/2021	09/06/2021	86.387,90	20%	60%	17.277,58	
30/06/2021	09/07/2021	72.163,10	20%	60%	14.432,62	
Total da Infração					579.207,52	

Por não incluir na competência de órgão administrativo judicante e ser a legalmente prevista para o caso, tenho por prejudicada a alegação de confisco da penalidade aplicada, com fundamento no Art. 167, inciso I do

RPAF/BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

Apresenta Recurso Voluntário às fls. 177/95. Relata quanto à tempestividade, faz uma síntese e passar a contrapor:

DO MÉRITO

1 - DA INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO REGIME ESPECIAL À COMPETÊNCIA DE JUNHO/2019. EXIGÊNCIA A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SUBSEQUENTE AO DA CONCESSÃO.

Assinala que o acórdão recorrido reconheceu a aplicação do regime especial de ICMS a partir de 11/06/2019, data da ciência do deferimento, mantendo as exigências fiscais a partir desse dia. Contudo, tal entendimento não deve prevalecer, pois o art. 103, II do CTN estabelece que atos administrativos com eficácia normativa (como o regime especial) só produzem efeitos 30 dias após sua publicação, em respeito ao princípio da *vacatio legis*.

Além disso, reporta que o Convênio ICMS 142/18, em seu § 4º da Cláusula Nona, exige que a aplicação da substituição tributária só ocorra a partir do primeiro dia do mês subsequente à publicação do rol de contribuintes com regimes especiais nos sites das unidades federadas - o que também não foi observado no caso.

Portanto, sustenta que as operações de todo o mês de junho/2019 devem ser excluídas do levantamento fiscal, e não apenas aquelas até 10/06/2019, como decidiu o acórdão recorrido.

2 - DA COBRANÇA EM DUPLICIDADE DO ICMS. DO DEVER DE CONSIDERAÇÃO DO ICMS ST RECOLHIDO NA SAÍDA DOS PRODUTOS ENERGÉTICOS NIGHT POWER PELA MINALBA

Disse que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ST sobre os produtos descritos nas notas fiscais autuadas foi atribuída à empresa Recorrente, posto que gozava de Regime Especial deferido através do Parecer Final DITRI nº 20894, atribuindo à sua pessoa a condição de substituta tributária e, consequentemente, eximindo a empresa remetente, no caso a MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA de efetuar a citada retenção quando da saída do seu estabelecimento.

Assinala que, em análise as notas de entradas dos produtos energético Night Power, emitidas pela MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA no período autuado (06/2019 a 06/2021) e das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais, resta patente o destaque, a retenção e o recolhimento do ICMS ST, conforme notas fiscais acostadas oportunamente quando apresentou Impugnação Administrativa, a título de amostragem, que se encontram na pasta denominada “Comprovantes Minalba”, constante no DVD anexo à impugnação.

Argumenta que não pode ser exigido ICMS sobre as saídas dos produtos “Night Power”, pois o ICMS-ST já foi retido e recolhido pela empresa MINALBA, remetente da mercadoria, conforme comprovado nas obrigações acessórias declaradas no SPED Fiscal.

Sustenta que, nos termos do art. 156, I do CTN, a obrigação tributária foi extinta pelo pagamento do imposto, não sendo razoável exigir novo recolhimento nas saídas subsequentes, o que configuraria bis in idem e enriquecimento sem causa por parte do Fisco.

Destaca que possuía estoque remanescente dos produtos adquiridos antes da vigência do Regime Especial, com o ICMS-ST devidamente recolhido, conforme demonstrado no bloco K200 do SPED Fiscal (controle de estoque).

Dessa forma, ainda que se admitisse a incidência do imposto (por argumentação), deve-se ao menos excluir da exigência as quantidades de produtos adquiridas sob o regime anterior, com retenção já efetuada pela remetente.

3 - DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA IMPUTADA

Contesta o entendimento do acórdão recorrido que rejeitou a análise do caráter confiscatório da multa, com base no art. 167, I do RPAF/BA, alegando que a matéria é de competência do Judiciário,

mas que não pode ser ignorada em sede administrativa diante da jurisprudência consolidada das Cortes Superiores.

Argumenta que as multas fiscais aplicadas atualmente excedem sua função preventiva, sendo utilizadas como meio indireto de arrecadação. Destaca que a Constituição Federal, no art. 150, IV, veda o efeito confiscatório dos tributos, o que se estende às multas, conforme reconhecido pelo STF e doutrinadores como Sacha Calmon e José Afonso da Silva.

Aponta que multas desproporcionais, especialmente quando aplicadas a contribuintes adimplentes com o ICMS-ST, como no caso, ferem os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade, configurando sanções abusivas e inconstitucionais.

Requer o afastamento da multa com efeito confiscatório, por ser exorbitante e desprovida de base legal ou fática legítima.

4 - DA PERÍCIA TÉCNICA E DA JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO

Salienta que o indeferimento da perícia técnica pela Primeira Instância, que alegou desnecessidade com base no art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/BA. Sustenta que tal decisão viola o princípio da verdade material, essencial ao processo tributário, e configura cerceamento de defesa, pois impede o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Alega que, diante da complexidade dos fatos e da documentação apresentada, a produção de prova pericial é imprescindível para esclarecer as divergências técnicas apontadas no auto de infração. Cita precedentes do STF e STJ que reconhecem a nulidade do processo quando é indeferida prova pericial essencial.

Solicita o deferimento da perícia técnica, caso os julgadores não estejam convencidos da improcedência do lançamento com base nas provas já constantes dos autos, reafirmando o direito à juntada posterior de documentos necessários para a sua realização.

Assina que na prova pericial é de fundamental importância para o deslinde da presente contenda, mormente no que tange à comprovação:

- i) Do recolhimento do ICMS-ST pela remetente MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS nas vendas dos produtos: Night Power efetuadas para a impugnante no período atuado;
- ii) Da existência de estoque do produto: energético Night Power, cujo ICMS ST já havia sido retido.

Portanto, sustenta que imprescindível a realização de perícia e juntada posterior de documentos, visto que possibilitará a comprovação de que, de fato, embora não tenha tido a retenção do ICMS ST pela Impugnante por força do Regime Especial, houve a retenção e o respectivo recolhimento do referido imposto pela MINALBA de acordo com o preceituado pelo Protocolo ICMS 11/91, bem como, a existência de produtos em estoque com o ICMS ST já recolhido pela remetente antes do deferimento do Regime.

5 - DO DIREITO DE DEFESA DA RECORRENTE. DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

Defende que o processo administrativo tributário deve obrigatoriamente observar o princípio da verdade material, que exige da Administração Pública a apuração completa e real dos fatos, indo além da mera formalidade ou presunções legais. Tal princípio é essencial para assegurar justiça fiscal e proteger o contribuinte contra possíveis abusos da burocracia estatal.

Ressalta-se que a autoridade fiscal tem o dever (e não a faculdade) de buscar diligências e provas necessárias para esclarecer os fatos e aplicar corretamente a legislação tributária. Doutrinadores como Alberto Xavier, Hugo de Brito Machado Segundo e Sérgio André Rocha são citados para reforçar que a inobservância da verdade material configura vício insanável.

Além disso, o texto critica práticas comuns da Administração tributária - como presunções, arbitramentos e ausência de intimação ao contribuinte - que afastam a busca da verdade real e

violam o devido processo legal.

Sustenta-se que a autuação fiscal é improcedente, pois não foi lastreada em uma investigação efetiva dos fatos, contrariando os princípios constitucionais e administrativos que regem a atuação estatal.

Finaliza requerendo que:

1. seja dado TOTAL PROVIMENTO, para que seja determinada a IMPROCEDÊNCIA TOTAL da Autuação Fiscal em razão da **(a)** Inaplicabilidade das disposições do Regime Especial à competência de TODO O PERÍODO DE junho/2019, nos termos dos arts. 103, inciso II do CTN e § 4^a da Cláusula Nona do Convênio ICMS 142/18; **(b)** Impossibilidade de enriquecimento ilícito do Estado da Bahia, haja vista que o tributo cobrado já ter sido alvo de recolhimento pela empresa MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
2. Caso não seja acatada a improcedência total do presente Auto de Infração, o que não se acredita, que seja deferido o pedido de produção de prova pericial formulado nos termos da legislação vigente, para que através do trabalho pericial seja ratificado os argumentos trazidos pela parte Recorrente.
3. Solicita que a intimação de seus advogados para realizar a sustentação oral do presente processo em trâmite nesse CONSELHO DA FAZENDA ESTADUAL - CONSEF/BA.
4. Todas as intimações e/ou notificações sejam efetuadas, exclusivamente, em nome do advogado **GUSTAVO HITZSCHKY FERNANDES VIEIRA JUNIOR, regularmente inscrito na OAB/CE sob o nº 17.561**, com escritório profissional na Av. Des. Moreira, nº 2120 - Salas 704/705/706, Ed. Equatorial Trade Center - Bairro Aldeota, CEP: 60.170-002, Fortaleza/CE, sob pena de nulidade, desde já requerendo a intimação do causídico para realização de **SUSTENTAÇÃO ORAL**.

Registrada a presença da advogada Dra. Liliane Freire Araújo Evaristo Barbosa na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado para exigir o ICMS devido a título de substituição tributária, referente às operações internas subsequentes com o produto energético *Night Power*, nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado, tendo em vista que o Autuado deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento do referido imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos do Regime Especial concedido ao contribuinte por meio do Parecer Final DITRI nº 20.894, com ciência em 10/06/2019 e vigência até 30/06/2021.

No presente Recurso Voluntário interposto, o recorrente reitera as alegações de defesa já apresentadas em sede de impugnação, trazendo, em síntese, as seguintes razões de mérito:

- i) necessidade de realização de perícia técnica e possibilidade de juntada posterior de documentos;
- ii) inaplicabilidade das disposições do Regime Especial à competência de junho de 2019, tendo em vista que a exigência somente poderia ter início a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da concessão;
- iii) alegação de cobrança em duplicidade do ICMS, com a consequente necessidade de consideração do ICMS-ST recolhido na saída dos produtos energéticos *Night Power* pela empresa MINALBA;
- iv) violação ao direito de defesa da recorrente, à luz do princípio da verdade material;

v) caráter confiscatório da multa aplicada.

Por fim, requer que todas as intimações e/ou notificações sejam realizadas, **exclusivamente**, em nome do advogado **Gustavo Hitzschky Fernandes Vieira Junior**, inscrito na OAB/CE sob o nº 17.561, no endereço profissional devidamente qualificado nos autos, sob pena de nulidade.

Não existem questões preliminares de nulidades a serem apreciadas inicialmente, motivo pelo qual adentro no mérito da autuação, não sem antes apreciar o pedido para realização de perícia técnica.

Quanto ao pedido de diligência e perícia técnica compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido. Nos autos em lide, consoante os termos do Art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/99, entendo que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e **a perícia é desnecessária em vista de outras provas produzidas**.

Dito isto, **indefiro** o pleito de realização de perícia técnica contábil.

Ainda na análise de mérito dos autos, após o exame de todos os elementos e argumentos apresentados pelo contribuinte em sua peça recursal, no intuito de combater o Acórdão proferido pela 2ª JJF, verifico que a decisão recorrida se encontra devidamente fundamentada e **não merece qualquer reparo**.

No que se refere à alegação de **cobrança em duplicidade do ICMS, bem como ao dever de consideração do ICMS-ST** recolhido na saída dos produtos energéticos Night Power pela empresa MINALDA, o ilustre relator da 2ª JJF assim se pronunciou:

“Não assistir razão ao Impugnante quanto à inaplicabilidade das disposições do regime especial à competência do mês de junho/2019 porque ele foi requerido pelo autuado, deferido e cientificado ao mesmo em 10/06/2019, de modo que corretos estão os autuantes ao excluírem as exigências até esta data e manterem as demais ocorridas a partir do dia 11/06/2019, pois já se encontrava em vigor o aludido regime especial.

A citação feita pelo autuado ao § 4º da Cláusula Nona do Convênio ICMS nº 142/2018 não se aplica ao presente caso posto que, o Convênio trata da disponibilização pelas unidades federadas, em seus sítios da internet, do rol de contribuintes e respetivos segmentos de bens ou mercadorias, enquanto na situação sob análise, se trata de um regime especial específico de tributação, requerido de forma unilateral pelo autuado e que foi deferido pela SEFAZ, com data específica para entrada em vigor, de modo que corretamente agiram as autoridades fiscais autuantes excluindo apenas as operações ocorridas até o dia 10/06/2019.”.

Ademais, sobre a solução para evitar eventual duplicidade, na decisão de primo grau o nobre relator assim, se pronunciou:

(...)

“A quatro, porque, como ressalta mas autoridades fiscais autuantes, a solução para evitar eventual duplicidade tributária em caso tal consta no Art. 291 do RICMS/BA, visando a uniformização do tratamento tributário nas operações realizadas com o citado energético, o que se dá mediante levantamento dessas operações pelo contribuinte em distinto/específico requerimento ao fisco para homologação/utilização do crédito fiscal extemporâneo na forma indicada no citado dispositivo legal, desde que devidamente comprovados, observando-se, ainda, o prazo decadencial, inclusive aqueles incidentes sobre o estoque existente na data de entrada da vigência do Regime Especial concedido e requerido pelo contribuinte autuado.”

Assim, entendo como **correto** o entendimento da JJF que manteve o novo demonstrativo elaborado pela fiscalização sob à fl. 70, que excluiu do lançamento as operações com fatos geradores ocorridos até 10.06.2019.

No que se refere à **alegação da recorrente quanto ao direito de defesa à luz do princípio da verdade material**, constato que, em busca dessa verdade, a 2ª JJF converteu os autos em diligência por duas oportunidades, a fim de que os autuantes pudessem rebater todas as alegações apresentadas pelo sujeito passivo em sede de impugnação, bem como, em manifestação. Nessas ocasiões, os autuantes analisaram os argumentos, apresentaram contrarrazões mantendo os

valores apresentado no demonstrativo sob à fl. 70, que serviu de base para efetivar o lançamento fiscal. Verifico, ainda, que o sujeito passivo teve oportunidade de se manifestar acerca dessas informações fiscais produzidas no âmbito da fiscalização.

Neste sentido, não há como imputar à ação fiscal uma violação aos invocados princípios da verdade material, garantia de ampla defesa e do contraditório.

Assim, por comungar do mesmo entendimento da fiscalização **mantenho** o entendimento exarado pela decisão recorrida.

Quanto à alegação do caráter confiscatório da multa imputada, não vejo como prosperar a pretensão recursal, pois as multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-los por eventual inconstitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

No tocante ao pleito do recorrente para que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas ao endereço constante do rodapé de sua petição. Sinalizo inexistir qualquer impedimento para que tal providência seja tomada. No entanto, observo que de acordo com o inciso III, do art. 26 do RPAF-BA/99, a intimação deve ser endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, tem previsão legal nos arts. 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Diante de todo o exposto, entendo que a Decisão recorrida se encontra adequada e devidamente fundamentada nas provas e na legislação, não cabendo qualquer reparo.

Assim, concluo pela **manutenção** da Decisão recorrida.

Voto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.0012/22-9, lavrado contra **INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 579.207,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR DA PGE/PROFIS