

A. I. N° - 206973.0012/22-9
AUTUADO - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
AUTUANTES - CRIZANTO JOSÉ BICALHO e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/03/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0027-02/25VD-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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

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 Camboatá, nº 100, Fazenda Antônio de Camboatá - 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. Após frisar a tempestividade da defesa e discorrer em relação à autuação (reproduziu a infração) passa a contrapor o Auto de Infração.

Diz que uma incursão nas notas fiscais de vendas do produto energético Night Power emitidas MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, referentes aos períodos autuados, bem como a verificação dos recolhimentos efetuados pela citada empresa remetente, basta para se constatar que o ICMS ST foi efetivamente retido e recolhido em favor do Estado da Bahia em cada operação de saída concretizada, afastando a autuação.

Afirma que o AI não merece prosperar, pois, conforme evidenciará, não houve afronta a qualquer hipótese prevista no art. 289 do RICMS, impondo-se, assim, a improcedência da autuação.

Alega a inaplicabilidade das disposições do regime especial à competência de junho/2019 e a exigência a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da concessão. Explica que, mesmo que fosse devida a cobrança de ICMS ST nas saídas realizadas pela Impugnante por força do Regime Especial obtido, ainda assim não prospera a exigência em relação ao mês de junho de 2019.

Esclarece que o inciso II, do art. 103, do CTN, estabelece que as decisões dos órgãos singulares de jurisdição administrativa, quanto aos seus efeitos normativos, entram em vigor 30 (trinta) dias após a data da sua publicação. Acrescenta, ainda, a disposição expressa do § 4º da Cláusula Nona do Convênio ICMS 142/2018, que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação do imposto com encerramento de tributação.

Diz que considerando tanto a expedição do Parecer Final DITRI nº 20894, como a ciência do contribuinte, ocorreu no transcurso do mês de junho de 2019, não prospera a exigência de sua observância e, conseqüentemente, a exigência de imposto no próprio mês; pelo que as operações praticadas no mês de junho de 2019 devem ser excluídas do levantamento.

Alega indevida inclusão de notas fiscais de devolução, de recusa de venda e de destinadas ao consumo do destinatário. Salienta que o simples cotejo das notas fiscais que compõe o levantamento fiscal, indica diversas impropriedades que maculam a presunção relativa que norteia o lançamento tributário.

Pontua equívocos, de forma ilustrativa: **I)** Notas de entrada (devolução e recusa de vendas); **II)** Notas com destinação de consumo pelo destinatário; **III)** Notas cobradas emitidas no mês junho/19.

Diz que se tratando do ICMS, o imposto será devido quando da configuração da situação material legalmente prevista para a sua incidência, ou seja, quando da efetiva circulação de mercadorias. Assinala que o CTN dispõe em seus artigos 113, § 1º, 114, que a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador. Assim, somente quando verificada a ocorrência, no mundo fenomênico, da hipótese de incidência prevista na lei instituidora de determinado tributo, é que nasce o dever do sujeito passivo de efetuar o pagamento do tributo. Em complemento reproduz a Lei Complementar nº 87/96 (arts. 1º e 2º).

Assevera que os documentos de entradas indicados no demonstrativo ora apresentado comprovam que não houvera fato gerador em virtude da não ocorrência da operação consignada na nota fiscal de venda, motivo pelo qual não existe razão para cobrança do ICMS ST, de forma que a Impugnante não tem qualquer obrigação tributária a ser cumprida relativa às notas fiscais

cujas operações restaram desfeitas posteriormente em virtude da devolução e ou recusa de vendas. Por outro lado, nas vendas de produtos destinados ao consumo próprio dos seus adquirentes não é devida a cobrança de ICMS ST, posto a inocorrência de operações de circulação de mercadorias após a saída realizada pela Impugnante; pelo que devem ser retiradas do levantamento inicial, conforme planilha demonstrativa que anexa.

Assinala que para a demonstração das operações de vendas destinadas a consumo próprio, a Impugnante acosta a consulta do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica das empresas destinatárias, demonstrando o exercício de atividade econômica diversa da mercancia do produto energético Night Power. Assim, embora o Estado da Bahia tenha autonomia para legislar sobre assuntos locais, incluindo as leis relativas aos tributos de sua competência tributária, o fisco não pode, sob pena de ilegalidade, exigir ICMS ST sobre as operações que foram desfeitas em face da devolução e/ou recusa de vendas, bem como operações com destinação de consumo pelo adquirente e as efetivadas no mês junho/19. Cita ensinamento de José Afonso da Silva.

Conclui que considerando a inocorrência do fato gerador do ICMS, não há o que se falar em cobrança do citado imposto. A exigência pelo Estado da Bahia representa o malferimento das normas insertas nos arts. 113 e 114 do CTN, arts. 1º e 2º do Convênio ICMS 66/88 e arts. 1º e 2º da Lei Kandir e arts. 1º e 2º da Lei Estadual.

Da cobrança em duplicidade do ICMS-ST. Pede pela consideração do ICMS ST recolhido na saída dos produtos energéticos NIGHT POWER pela MINALBA.

Consigna que da análise das notas de entradas do produto 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 ora acostadas a título de amostragem, que se encontram na pasta denominada Comprovantes MINALBA, constante no DVD anexo à presente impugnação, conforme fls. 27.

Diz que todas as operações de saídas com os devidos destaques/retenções se encontram declaradas no SPED Fiscal da MINALBA, empresa remetente, demonstrando-se que o ICMS-ST foi retido nos termos da legislação vigente, bem como fora totalmente recolhido, no momento da aquisição dos produtos pela INDAIÁ.

Assevera que o pagamento é a forma ordinária, usual, de extinção de qualquer crédito, não sendo diferente no crédito tributário, que corresponde à entrega ao sujeito ativo, pelo sujeito passivo ou por qualquer outra pessoa em seu nome, da quantia correspondente ao objeto do crédito tributário. Assim, verifique-se que a extinção do crédito tributário significa o seu desaparecimento no mundo fático e jurídico, correspondendo ao fim do vínculo obrigacional de modo que os direitos obrigacionais se extinguem pela entrega da prestação respectiva.

No que se refere à extinção da obrigação tributária, lembrou a prescrição referente ao que dispõe o art. 156 do CTN. Reitera que diante da retenção e do recolhimento do ICMS ST por ocasião das saídas dos energéticos Night Power da MINALBA, a exigência de ICMS ST nas saídas subsequentes representa uma cobrança em duplicidade. Manifesta que a incidência de ICMS ST tanto na saída da MINALBA (venda interestadual da MINALBA-SP para a INDAIÁ-BA) como na saída subsequente da Indaiá (venda interna da Indaiá para outras empresas), num absurdo *bis in idem*.

Salienta, por oportuno, que também fora olvidado o fato de que a Indaiá apresentava 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. Assim, mesmo que se admitisse a exigência de ICMS ST, o que se considera somente por amor ao debate, devem ser excluídas as quantidades que já se encontravam no estoque da Impugnante mediante a aquisição com a ocorrência do destaque/retenção do ICMS ST pelo remetente.

Caráter confiscatório da multa imputada.

Rememora que as sanções tributárias possuem caráter instrumental. Isto é, não constituem um fim em si mesmo, mas um instrumento para alcançar uma finalidade de interesse público. Fala que as multas fiscais, como espécie de sanção tributária, objetivam prevenir a consumação de um dano ao Erário, desestimulando condutas mediante adoção de técnicas de imposição de penas pecuniárias. Contudo, além desta função intimidatória presente na sanção tributária, não se pode olvidar que a atual estrutura do sistema tributário sancionatório está desempenhando função outra, qual seja, a de assegurar ao Fisco uma arrecadação até superior ao valor do montante do tributo devido. Dessa forma resta claro que a utilização das multas tributárias, hodiernamente, muitas vezes constitui uma forma oblíqua, travestida, de se exigir mais crédito tributário, além daqueles devidos e previsto legalmente. Apesar de não existir especificamente uma legislação sobre os critérios e limites claros e objetivos sobre a aplicação das multas tributárias, encontra-se na própria CF/88 garantias constitucionais que acabam por limitar à pretensão sancionatória do Fisco.

Afirma que o artigo 150, IV da Constituição Federal veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir tributo com efeito de confisco. Reproduz excerto doutrinário de Sacha Calmon, José Afonso da Silva e Celso Antônio Bandeira de Melo, sobre a vedação ao confisco.

Perícia técnica e da juntada posterior de documentos.

Afirma ser de fundamental importância para o deslinde da contenda, mormente no que tange à comprovação:

- da inclusão indevida de operações de vendas destinadas a consumo próprio dos destinatários;
- da inclusão de operações de saídas desfeitas pela devolução e/ou recusa dos destinatários;
- do recolhimento do ICMS-ST pela remetente MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS nas vendas dos produtos: energético NIGHT POWER efetuadas para a Impugnante no período autuado;
- da existência de estoque do produto: energético NIGHT POWER, cujo ICMS ST já havia sido retido.

Pontua que a produção da prova pericial requerida se faz necessária como forma de contradita à posição do fisco estadual e o seu indeferimento constituirá cerceamento que fere a regra constitucional da ampla defesa. Disse ser 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.

Finaliza requerendo provimento da impugnação determinando que:

- seja recebida com suspensão de exigibilidade do montante discutido, por aplicação imediata do art. 151, III e 206 do CTN, especialmente para fins de obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal Estadual;
- todas as verdades nestes autos esposadas, que este Douto Julgador se digne em declarar a IMPROCEDÊNCIA, *in totum*, do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe;
- requista a parcial procedência com a cobrança apenas da diferença, se houver, do ICMS ST lançado em cada período no vergastado auto de infração, retirando as quantidades que já se encontravam no estoque da Impugnante antes da vigência do Regime Especial e deduzindo-se o ICMS ST recolhido pela MINALBA no mesmo período e sobre o produto energético Night Power;
- a Juntada de DVD contendo pasta com arquivos/documentos comprobatórios de suas alegações.

Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, notadamente pela posterior juntada de documentos que se fizerem necessária, bem como pela realização de diligência.

Os autuantes prestam Informação Fiscal nas fls. 64/69. Rebatem os argumentos defensivos e passam a informar:

Preliminarmente destacam que o Contribuinte recebeu cópia do AI, com todos os elementos que descrevem detalhadamente a infração evidenciada na ação fiscal, inclusive através dos respectivos enquadramentos legais e multa aplicada, conforme se observa às fls. 01 a 18 do PA, bem como cópia de todos os demonstrativos e que o Contribuinte poderia solicitar cópia adicional de parte ou de todo o PAF.

DA INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO REGIME ESPECIAL À COMPETÊNCIA DE JUNHO/2019

Afirmam que a defesa alega não serem aplicáveis as disposições do Regime Especial ora discutido na competência jun/2019. Contudo, a data da ciência do deferimento do pedido de regime especial pela autuada ocorreu em 10/06/2019, por esta razão, considerando a entrada em vigor no dia seguinte à ciência do contribuinte, não constam do levantamento fiscal as operações ocorridas até 10/06/2019, cobrando apenas a falta de retenção e conseqüente não recolhimento do ICMS ST nas saídas de ENERGETICO NIGHT POWER a partir de 11/06/2019 – conforme fls. 8 e Demonstrativo completo na mídia (fls. 14).

Esclarecem que o dispositivo do CTN indicado pela defesa não serve ao propósito pretendido. O Parecer Final da DITRI é um ato administrativo e, para tal, a vigência é determinada pelo inciso I do art. 103 do CTN, não pelo inciso II como quer a defesa.

DA INDEVIDA INCLUSÃO DE NF-es DE DEVOLUÇÃO, DE RESUSA DE VENDA E DE DESTINAÇÃO DE CONSUMO PELO DESTINATÁRIO

Afirmam que elaboraram novo demonstrativo, excluindo do demonstrativo original os documentos fiscais relativos a recusa de venda bem como aqueles cujo destinatário final é considerado consumidor. Informam terem acatado totalmente os argumentos da defesa com relação às entradas, isto é, excluíram da cobrança R\$ 40.741,01 relativo a recusa de venda e devoluções. No que diz respeito às saídas, acataram parcialmente as razões de defesa, mantendo a cobrança do ICMS ST para as vendas destinadas a farmácias e academia de ginástica pois tais destinatários revendem o produto, conforme “DEMONSTRATIVO RESUMO _ Informação Fiscal – v25.08.2022” (vide arquivo incluído na mídia fls. 14 e “RESUMO após defesa” (fls. 70).

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

Salientam que a defesa alega que todas as vendas do energético NIGHT POWER pela MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. foram substituídas, mas isso é questionável.

Asseveram que receberam Ordem de Serviço para desenvolver ação fiscal na INDAIÁ BRASIL AGUAS MINERAIS LTDA, i.e. 21.513.396, e no curso da ação fiscal se depararam com Regime Especial solicitado pelo contribuinte e deferido pela SEFAZ-BA, cuja cláusula primeira além de ser atribuída à autuada a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por ST 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 tal responsabilidade é expressamente retirada do remetente, conforme cláusula reproduzida:

“Fica a INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA, sociedade empresária, situada no Estado da Bahia, à Rua Rio Camboatá, nº 100, Fazenda Antônio de Camboatá - 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.”(g.n.)

Afirmam que ainda que quisessem considerar os valores recolhidos pelo remetente como gostaria a autuada, há questionamento:

- a) como calcular o ICMS ST devido pela MINALBA nas saídas de energético para a Indaiá Ba se não tinham acesso às informações uma vez que a Ordem de Serviço era exclusiva para ação fiscal na Indaiá?
- b) como comparar com o ICMS ST **destacado** nos documentos fiscais em cada operação para saber se o valor devido ao Estado da Bahia estaria correto e fora efetivamente recolhido se não podiam calcular o ICMS ST devido às razões apresentadas no item anterior?
- c) caso solicitassem emissão de Ordem de Serviço pela IFEP Comércio - sob cuja circunscrição encontram-se as empresas inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia na condição de Substituto Tributário como é o caso da MINALBA ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, CNPJ 54505052/0002-20 – para ter acesso às informações necessárias ao cálculo do ICMS_ST destacado nos documentos fiscais e, porventura constatando ICMS_ST retido e recolhido a menor nas vendas para a Indaiá objeto do presente PAF, como proceder se o Regime Especial “retirou” toda e qualquer responsabilidade da MINALBA com relação ao ICMS_ST por solicitação da própria Indaiá?

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA

Sustentam que exercem atividade administrativa plenamente vinculada e, portanto, aplicação da multa é determinada pela legislação a que estão subordinados, de modo que não lhes competem dirimir essa questão.

DA PERÍCIA TÉCNICA E DA JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS

Afirmam que todos os argumentos da defesa foram apreciados, bem como os arquivos disponibilizados em mídia (fls. 61). Assinalam que efetuaram as correções necessárias no levantamento fiscal, conforme arquivos ajustados enviados à autuada para manifestação.

Informam que não consideraram que o indeferimento da perícia solicitada constituiria cerceamento de defesa uma vez que a autuada apresentou planilhas com detalhamento tal das informações que não surgiram quaisquer dúvidas, e que os argumentos não acatados estão justificados na coluna observação do demonstrativo suporte refeito.

DA CONCLUSÃO

Sustentam que nenhuma alegação apresentada na peça de defesa deixou de ser atentamente verificada. Do mesmo modo, não houve qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido verificado e considerado. O Contribuinte, em sua defesa, produziu todas as provas que entendeu necessárias e suficientes para alcançar suas pretensões de bem defender-se relativamente à autuação de que trata o presente PAF, pois, ao mesmo não foi estabelecido nenhum obstáculo, garantindo seu amplo direito de defesa.

Ressaltam que, após verificar a Intimação às fls. 17 e 18, restou comprovado que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do auto de infração, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de direito de defesa.

Requerem dos ilustres membros do CONSEF a declaração da 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:

Da **preterição ao direito de defesa**.

Citando o acolhimento parcial das alegações com a diminuição do crédito tributário, alega não lhe ter sido disponibilizado o demonstrativo detalhado das operações que remanesceram e que serviram para a composição dos valores mantidos.

Assim, e de forma a evitar o cerceamento do direito de defesa da Peticionante, bem como possibilitar a apresentação da manifestação cabível, fundamentada e tempestiva, requer lhe seja enviado o demonstrativo fiscal ajustado.

Da exclusão do ICMS nas operações realizadas até 10/06/2019.

Pondera que a data da ciência do deferimento do pedido de regime especial pela autuada ocorreu em 10/06/2019, por esta razão, foram excluídas da cobrança do ICMS ST as operações realizadas até 10/06/2019. Contudo, não prospera a manutenção das operações realizadas no mês de junho (11/06 a 30/06), considerando a disposição expressa do § 4º, da Cláusula Nona do Convênio ICMS 142/2018, que dispõe sobre os regimes de ST e de antecipação do imposto com encerramento de tributação.

Da indevida inclusão de notas fiscais de devolução, de recusa de venda e de destinação de consumo pelo destinatário.

Diz que o a exclusão de R\$ 40.741,01 se refere a recusa e devoluções, mas as vendas para farmácias e academias mantidas também devem ser excluídas por serem operações destinadas a consumo, conforme planilha anexada na defesa.

Da cobrança em duplicidade do ICMS e a consideração do ICMS ST recolhido na saída dos produtos energéticos NIGHT POWER pela MINALBA.

Destaca que os auditores tiveram acesso não somente ao SPED da INDAIÁ, onde consta o registro das entradas provenientes da MINALBA, com a indicação do ICMS normal e do ICMS ST, incidentes na saída de energético da emitente, mas também à relação de todas as notas fiscais de aquisição. Por outro lado, por ocasião do protocolo da Impugnação, a empresa autuada apresentou planilha demonstrativa não somente das aquisições realizadas no período com a retenção do ICMS ST, como também a apuração demonstrando o recolhimento. Portanto, mesmo que se entenda por devido exigir da INDAIÁ o recolhimento de ICMS nos termos do Regime Especial, ainda assim, não prospera a exigência do montante lançado, na medida em que se reconhece a ocorrência de recolhimento antecipado de ICMS ST sobre os produtos pela fornecedora MINALBA e, conseqüentemente, a existência créditos.

Assim, sustenta que não acatando o recolhimento do ICMS ST realizado pela MINALBA como o definitivo para toda a cadeia, competiria ao fisco refazer a apuração da INDAIÁ para o levantamento do saldo efetivamente devedor, ou seja, com a inclusão das operações nas saídas tributadas e as operações de entradas da MINALBA com crédito do imposto, evitando o *bis in idem*.

Finaliza requerendo que acolha *in totum* os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados na Impugnação e ora ratificados.

Na Informação Fiscal de fl. 85, as autoridades fiscais autuantes reiteram os termos da informação anterior por entenderem que a nova manifestação defensiva apenas visa procrastinar o PAF, uma vez não apresentar novos documentos ou argumentos que não apreciaram.

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 2ª 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.

Salientam que “uma diligência destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do contribuinte e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntado aos autos poderia ter sido indeferida em atenção ao art. 47 do RICONSEF (Decreto nº 7.592) e art. 147 do RPAF (Decreto nº 7.629)”, de modo que entendem ser a diligência prejudicada pela ação omissa do contribuinte, caracterizada pela não apresentação do conjunto das provas que disponha para evidenciar o quanto alega, “agravada pelo fato de se restringir à apresentação de uma simples negativa do cometimento da infração (Arts. 140-143 do RPAF)”, razão pela qual mantiveram “integralmente, os termos do Auto de Infração em pauta”.

Conforme 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 2ª 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 2ª JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

INSPETOR 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);

- d) 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.

Na fl. 102, consta petição do patrono do autuado, solicitando que as publicações sejam efetuadas exclusivamente em nome do advogado FELIPE BARREIRA UCHOA, OAB/CE nº 12.639, com endereço profissional localizado na Av. Desembargador Moreira, nº 2120, Sl. 704, 705 e 706 – Ed. Equatorial Trade Center, CEP: 60.170-002, Fortaleza/CE, sob pena de nulidade processual, requer ainda que a intimação do causídico para realização de sustentação oral.

Em cumprimento à diligência, fls. 109-110, os autuantes informaram:

“Em atendimento à diligência solicitada, temos a dizer:

- 1) O estoque adquirido até 10/06/2019 e que porventura ainda se encontrasse em estoque constaria do Bloco H do SPED Fiscal, entretanto as informações não são diárias, mas mensalmente é que se informa, como ocorre a apuração do ICMS.

Há, contudo, previsão legal de inventário parcial na mudança de forma de tributação da mercadoria - quando, por exigência da legislação ou por regime especial (exatamente o caso em tela), houver alteração da forma de tributação da mercadoria.

Fato, é 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.

- 2) Não podemos homologar um estoque não oficial, isto é, informado pela autuada sem a possibilidade de confirmação no SPED Fiscal.
- 3) Diante da impossibilidade de acatar mera informação da autuada, não podemos abater nenhum valor como crédito fiscal do ICMS (normal e da ST).

Vale ressaltar que a solução para que a autuada não tenha prejuízo por ter que reter e recolher o ICMS recebido com fase de tributação encerrada está prevista no art. 291 do RICMS/BA que prevê a uniformização de tratamento fiscal tanto ao estoque quanto às operações na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido.

Se a autuada pediu para si a responsabilidade, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com o ENERGÉTICO NIGHT POWER e foi atendida com a concessão do Regime Especial pleiteado, à autuada caberia, e cabe, enquanto não extinto o prazo decadencial, a utilização de ambos os créditos fiscais do ICMS e ICMS_ST relativamente ao ENERGÉTICO NIGHT POWER existente em seu estoque em 10/06/2019 uma vez que todas as saídas do referido produto a partir de 11/06/2019 teriam (ou deveriam ter) o ICMS_ST retido.

Em tempo, salientam uma vez mais que o Contribuinte, caso queira, pode proceder conforme previsto no art. 291 do RICMS/BA desde que respeitando o prazo decadencial.

CONCLUSÃO

Ex positis, não há novos demonstrativos elaborados, não notificamos a autuada e pedimos aos ilustres membros do CONSEF que o presente Auto de Infração seja julgado procedente posto que observou rigorosamente a legislação em vigor”.

Em nova manifestação (fls. 115/119), o sujeito passivo argumenta:

DA MANIFESTAÇÃO À INFORMAÇÃO FISCAL

Rememora que o AI acusa falta de retenção e recolhimento de ICMS ST na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes para contribuintes localizados na Bahia e que o AI não observou a legislação em vigor, posto que:

DA PRETERIÇÃO AO DIREITO DE DEFESA

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”.

DA EXCLUSÃO DO ICMS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS ATÉ 10/06/2019

“Conforme consta em Diligência Fiscal, o Autuante informa que o estoque adquirido até 10/06/2019 e que porventura se encontrasse em estoque, constaria do Bloco H do SPED Fiscal, contudo, menciona que as informações não são diárias, mas de maneira mensal, como ocorre com a apuração do ICMS”, mas “não se observou na informação fiscal detalhes sobre o que foi alegado na oportunidade da impugnação administrativa o que prejudica a presente manifestação”, uma vez que alega não prosperar a manutenção das operações realizadas no mês de junho (11/06 a 30/06), considerando a reproduzida disposição do § 4º da Cláusula Nona do Conv. ICMS 142/2018, que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação do imposto com encerramento de tributação”.

Ademais, por ser responsável em reter o imposto na operação interna com o ENERGÉTICO NIGHT POWER, sendo atendido a concessão do Regime Especial pleiteado, “cumprir com suas obrigações fiscais, em especial ao que constava em seu estoque em 10/06/2019, tendo em vista que todas as saídas do referido produto a partir de 11/06/2019 em relação ao ICMS-ST foram retidos, conforme Regulamento do ICMS da Bahia”.

DA INDEVIDA INCLUSÃO DE NF-es DE DEVOLUÇÃO, DE RECUSA DE VENDA E DE DDESTINAÇÃO DE CONSUMO PELO DESTINATÁRIO

Repisa o argumento de necessidade de exclusão de todas operações destinadas a farmácias e academias de ginástica por entender destinadas a consumo pelo destinatário.

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

Alega que no curso da ação fiscal, os auditores tiveram acesso não somente ao SPED da Indaiá, onde constam as entradas provenientes da MINALBA, com a indicação do ICMS Normal e do ICMS ST, incidentes na saída de energético da emitente, mas também à relação de todas as NF-es de aquisição.

Aduzem que junto à Impugnação a autuada apresentou “planilha demonstrativa das aquisições realizadas no período com retenção do ICMS ST, como também a apuração e recolhimento”.

Portanto, mesmo que se entenda por devido exigir da Indaiá o recolhimento de ICMS nos termos do Regime Especial, ainda assim não prospera a exigência do montante lançado, na medida em que se reconhece a ocorrência de recolhimento antecipado de ICMS ST sobre os produtos pela fornecedora Minalba e, conseqüentemente, a existência de créditos.

Por conseguinte, em não acatando o recolhimento do ICMS ST realizado pela Minalba como o definitivo para toda a cadeia, alega competir ao fisco refazer a apuração da Indaiá para o levantamento do saldo efetivamente devedor, ou seja, com a inclusão das operações nas saídas tributadas e as operações de entrada da Minalba com crédito do imposto, evitando *o bis in idem*, para efeito de uniformização de tratamento fiscal, tanto do estoque quanto das operações na hipótese de o sujeito passivo por ST adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com imposto retido, como feito pela contribuinte e demonstrado na peça impugnatória.

Na fl. 123, do conhecimento da última manifestação do contribuinte, os autuantes apresentam resposta: sustentam não ter havido preterição do direito de defesa, pois os argumentos apresentados foram analisados, porém parcialmente acatados; foram excluídas as operações até 10/06/2019; em relação aos documentos fiscais de devolução, recusa de venda e destinação para consumo, elaboraram novo demonstrativo acatando parcialmente os argumentos comprovados de defesa; e para a cobrança de duplicidade do ICMS e por não considerar o ICMS ST recolhido nas saídas do referido produto aludido, informam que esta razão já foi tratada nas informações prestadas anteriormente.

Às fls. 128-129, consta o seguinte pedido de diligência fiscal à Infaz 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 2ª JF, 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 2ª 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 2ª JJF, destacando, inclusive que em caso de dúvida, poderiam ser contatados para eventuais esclarecimentos.

O sujeito passivo volta aos autos às fls. 139-142. Destacando não se opor aos demonstrativos apresentados pelos Autuantes, afirma que em cotejo analítico à Informação Fiscal, verificou o acolhimento parcial das alegações defensivas se excluindo R\$ 40.741,01 da exação original. Sem embargo, diz que os Autuantes não excluíram as operações realizadas no período 11 a 30/06/2019, bem como não analisaram as retenções realizadas pela Minalba, relativas ao ENERGÉTICO NIGHT POWER, “para averiguação da cobrança em duplicidade”, considerando a disposição do § 4º da Cláusula nona do Convênio ICMS 142/2018, reproduzido.

Aduz que os auditores tiveram acesso ao SPED da Autuada onde consta o registro das entradas provenientes da Minalba, com indicação do ICMS normal e da ST, bem como à relação de todas as NFs de aquisição do energético e que, além disso, a Autuado juntou à Impugnação “planilha demonstrativa não somente das aquisições realizadas no período com a retenção do ICMS ST, como também a apuração demonstrando o recolhimento”.

Portanto, mesmo que se entenda por devido exigir da Indaiá o recolhimento de ICMS nos termos do Regime Especial, a exigência não prospera, “na medida em que se reconhece a ocorrência de recolhimento antecipado de ICMS ST sobre produtos pela fornecedora Minalba e, conseqüentemente, a existência créditos”, competindo ao fisco “refazer a apuração do lançamento para o levantamento do saldo efetivamente devedor, ou seja, com a inclusão das operações nas saídas tributadas e as operações de entradas da Minalba com crédito do imposto, evitando o *bis in idem*”.

Concluindo, requer: (I) exclusão das operações realizadas entre 11 a 30/06/2019; (II) reapuração do lançamento para o levantamento do saldo efetivamente devedor.

Cientificados da nova manifestação defensiva, as autoridades fiscais autuantes se manifestam à fl. 146. Destacam que a OS 500.797/22 autorizou ação fiscal para o contribuinte autuado. A ação fiscal foi regularmente desenvolvida e a diligência deferida pela 2ª JF foi atendida ratificando a posição do contribuinte, bem como os efeitos da ação fiscal, de modo que cientes da nova manifestação do sujeito passivo ratificam o quanto disseram na anterior Informação Fiscal, vez que não há documento ou argumento que não tenham anteriormente considerado.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo, Liliane Freire Araújo Evaristo Barbosa, OAB/CE 25.467, após os cumprimentos de praxe e dizer que o relatório reflete os fatos com fidedignidade, ressalta merecer esclarecimentos quanto algumas questões de direito, especialmente quanto à aplicação do art. 103, II, do CTN, ao caso, inclusive, citando que outro PAF que cuida da exigência fiscal do ICMS normal nas mesmas operações que ainda se encontra em discussão no CONSEF, foi objeto de diligência à PGE-PROFIS. No mais, reitera os demais argumentos defensivos, quais sejam: a) exclusão das operações destinadas às farmácias e academias; b) existência de *bis in idem* no caso; c) caráter confiscatório da multa proposta.

É o relatório.

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 respectivos 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 julgante 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206973.0012/22-9**, lavrado contra **INDAIA BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 13 de fevereiro de 2025

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA