

**A. I. Nº** - 298952.0002/12-1  
**AUTUADO** - EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A  
**AUTUANTES** - JORGE CALMON MONIZ DE BITTENCOURT e GERALDO CAMPOS BAHIENSE  
**ORIGEM** - DAT METRO  
**INTERNET** 24.04.2013

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0074-04/13**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST RETIDO. **b)** RETENÇÃO DO ICMS-ST A MENOS. Razões de defesa suficientes para elidir parte das acusações. Infrações comprovadas em parte. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. Fato não contestado. Item subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2012, exige o ICMS, no valor de R\$ 76.088,12, inerente aos anos de 2008 e 2009, conforme documentos às fls. 5 a 27 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o valor de R\$ 54.356,96, relativo às operações subseqüentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos meses de maio de 2008 e fevereiro de 2009, conforme relatório PM\_GNRE\_2008\_diferença (fl. 24) e PM\_GNRE\_2009\_diferença (fl. 25), disponíveis no Anexo III e gravado no CD acostados aos autos às fls.23-28.
- 2 Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o valor de R\$21.569,12, relativo às operações subseqüentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos meses de janeiro a dezembro de 2009, conforme relatórios denominados de Demonstrativo de Apuração SEFAZ/BA ICMS ST Retido a Menor (fls. 11-19), disponíveis no Anexo I, e Notas Fiscais Eletrônicas, cujas chaves de acesso encontram-se relacionadas no arquivo PM\_2009\_NFe\_Chave que, juntamente como os relatórios completos, estão gravados no CD anexo (fl. 28)
- 3 Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o valor de R\$162,04, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme relatórios denominados de Demonstrativo de Apuração SEFAZ/BA ICMS ST Não Retido (fls. 21-22), disponíveis no Anexo II, e Notas Fiscais Eletrônicas, cujas chaves de acesso encontram-se relacionadas no arquivo PM\_2009\_NFe\_Chave que, juntamente como os relatórios completos, estão gravados no CD anexo (fl. 28)

Às fls. 35 a 52 dos autos, o autuado apresenta defesa, na qual suscita os seguintes argumentos:

Em relação ao ICMS ST retido a menos no que se refere a infração 02, diz que as notas fiscais demonstradas como tendo o recolhimento do ICMS ST retido a menos tratam basicamente de três problemas, que explicita: Existem produtos sujeitos ao Protocolo 16/85, sendo calculado pelos autuantes como produtos farmacêuticos. Alega que, com base no Protocolo do ICMS 16/85, até 31 de maio de 2009, nas operações com lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro era utilizado o MVA-ST original de 30%, logo o seu cálculo foi efetuado de acordo com o protocolo, como prova a planilha que descreve, tomando como exemplo a NF 56.695, com emissão em 01/01/2009. Assim, diz que os Fiscais Autuantes utilizaram em seus cálculos a MVA do Convênio ICMS 76/94 para os produtos da lista Neutra, que dispõe sobre a substituição

tributária nas operações com produtos farmacêuticos, evidenciando-se, assim, o equívoco. Complementa dizendo que o equívoco se repete em varias outras Notas Fiscais que as destacam e acostam aos autos na forma de planilha. Diz ainda, em relação a infração 1, de que o produto GEROVITAL está sendo considerado pelos autuantes como monitorado, com PMC, entretanto na publicação do ABCFARMA não existe PMC para esse produto. Como exemplo, cita a Nota Fiscal 75.797, com emissão em 13/01/2009. Da mesma forma, o produto TETRAMICIN 500MG 25X4 CPS, está sendo calculado pelos autuantes com PMC de caixa, enquanto a Pague Menos utiliza o PMC unitário.

Quanto ao ICMS ST retido e não recolhido, que se relaciona a infração 1, destaca que no mês 02/2009 foi apontado pelos autuantes um valor de R\$46.259,31, como não tendo sido recolhido. Esse valor, diz a defendente, se refere às notas fiscais roubadas no dia 19/02/2009, explicitada pela comunicação da Transportadora Bomfim Cargas, cuja cópia anexa aos autos (fl. 50), não tendo sido, assim, escrituradas no livro fiscal de Entradas. Ainda em relação ao ICMS ST retido e não recolhido, sob o aspecto de Notas Fiscais com custo unitário errado, diz que no mês 05/2008, ocorreu um erro no preço unitário do produto ESC DTL ORAL B VISION L3P2, portanto na montagem do Kit promocional o custo unitário foi erroneamente colocado.

Quanto a falta de retenção do ICMS ST, referente a infração 03, o autuado manteve-se silente.

Os autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 55 a 59 dos autos, aduz que todas as alegações do defentende serão observadas em sequência, conforme a seguir:

Em relação ao ICMS ST retido a menor no que se refere a infração 2 - **ICMS ST retido a menor** – a autuada se concentra em três pontos para os quais expõe exemplos de NFe e cópias de documentos e registros para ilustrar as suas explicações. “[...] *Produtos sujeitos ao Protocolo 16/85, sendo calculado pela SEFAZ como produtos farmacêuticos.* [...]”. Diz os autuantes que reconhecem a procedência das alegações da Autuada, descrevendo que de fato, até o dia 31/05/2009, a margem de valor agregado (MVA) utilizada no Protocolo ICM 16/85 era de 30%, passando para uma MVA ajustada de 37,83%, a partir de 01/06/2009, por alteração introduzida pelo Protocolo ICMS 5/09. Quanto a segunda alegação de defesa “[...] *o produto GEROVITAL está sendo considerado pela SEFAZ como monitorado, com PMC, entretanto na publicação do ABCFARMA não existe PMC para esse produto.*[...]”, destaca os autuantes que reconhecem a procedência das alegações da autuada.

Por fim, relativamente ao terceiro ponto “[...] *o produto TETRAMICIN 500MG 25X4 CPS, está sendo calculado pela SEFAZ com PMC de caixa, enquanto a Pague Menos utiliza o PMC unitário.* [...]”, informa os Fiscais Autuantes que o produto “TETRAMICIN 500MG 25X4 CPS” (da EMS, código de barras 7896004804903 e código do contribuinte 135062) refere-se a uma embalagem contendo 100 comprimidos, como pode ser constatada na sua própria descrição – “25X4 CPS”. Por outro lado, na tabela ABCFARMA, esse mesmo produto “TETRAMICIN, 500mg cx 25 env x 4 cap” (da EMS, código de barras 7896004804903 e código de medicamento 210362) corresponde ao que a defendente denomina “PMC de caixa” – 25 envelopes com 4 comprimidos. Logo, diz os autuantes, a utilização do PMC unitário, conforme aponta o contribuinte, não equivale, portanto, à descrição do produto nas notas fiscais eletrônicas que o trazem. No entanto, por considerar que as quantidades de “TETRAMICIN 500MG 25X4 CPS” indicadas nas operações são compatíveis com a adoção do PMC unitário, as alegações da Autuada foram acolhidas, a despeito da incorreção na descrição do item.

Sobre o ICMS ST retido e não recolhido, que originou a infração 01, destaca os autuantes de que a autuada traz dois pontos e correspondentes cópias de documentos e registros para dar apoio às suas explicações: Quanto ao primeiro ponto “[...] *Notas Fiscais Roubadas - No mês 02/2009 foi apontado pela SEFAZ um valor de 46.259,31, como não tendo sido recolhido pela Pague Menos. Esse valor se refere as notas fiscais roubadas no dia 19/02/2009, explicitada pela comunicação de nossa transportadora Bomfim Cargas, cuja cópia anexo ao presente , não tendo sido escrituradas no livro fiscal de entradas do contribuinte em anexo.*[...]”, diz que, na

comunicação de sinistro apresentada, a própria empresa transportadora refere-se à cobertura das mercadorias por apólice de seguros e solicita à Autuada “[...] a compreensão no sentido de aguardar os procedimentos necessários junto à Seguradora[...]”.

Concluem, então, questionando: “o simples comunicado da empresa transportadora das mercadorias não se mostrou suficiente para comprovar o sinistro junto à Seguradora, por que o seria para o Fisco?” Destacam, assim, que é forçoso apontar que a comprovação de ocorrências dessa natureza demanda documentação adequada: o boletim de ocorrência registrado junto à autoridade policial competente, as conclusões e os resultados providos da Seguradora. O que não ocorreu no caso em tela, diz os autuante, destacando, portanto, não é possível acolher as alegações da Autuada.

Relativamente ao segundo ponto “[...] Notas Fiscais com custo unitário errado - No mês 05/2008, ocorreu um erro no preço unitário do produto ESC DTL ORAL B VISION L3P2, portanto na montagem do Kit promocional o custo unitário foi erroneamente colocado. [...]”, informam que, analisadas as informações oferecidas, inclusive a memória de cálculo do mês em questão, as alegações da Autuada foram acolhidas.

Destacam, então, dizendo que, ao abrigar as alegações fundamentadas do defendente, efetivaram o reprocessamento do levantamento fiscal, com a conseqüente emissão de novos demonstrativos para o Auto de Infração em tela. Esses demonstrativos (fl. 60-67) substituem os anteriores que compunham, respectivamente, os anexos 01 02 e 03 do Auto de Infração.

Por resultado, acostam-se ao PAF, atualizados e para os exercícios auditados, o resumo (fl. 59) dos valores da autuação e os demonstrativos analíticos, em meio magnético. Vale notar que juntam-se também ao presente processo, em meio físico (papel), idêntico resumo dos valores da autuação e dos demonstrativos analíticos, quando existirem, sendo que para esses últimos, apenas as primeiras e as últimas folhas dos relatórios referentes ao período.

E pelos motivos aduzidos, retificam a autuação enquanto, simultaneamente, submetem a esse Conselho o Auto de Infração em lide.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o montante de R\$76.088,12, relativo a três irregularidades, sendo a primeira em razão de ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido no valor de R\$54.356,96, a segunda por ter efetuado a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento a menos do valor de R\$21.569,12 e a terceira por não ter procedido à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do valor de R\$162,04, todas em relação às operações subseqüentes decorrentes de vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado apresentou impugnação apenas quanto as primeira e segunda acusações, reconhecendo a terceira, por se manter silente, a qual será considerada procedente, por não haver lide.

Em relação à segunda infração, a qual exige o valor do ICMS R\$ 21.569,12, por substituição na qualidade de sujeito passivo, sob a acusação de ter efetuado a retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento a menos decorrente de vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia; o autuado fez algumas considerações de erros cometidos pelos Fiscais Autuantes no desenvolvimento dos trabalhos da ação fiscal, tipo: alguns produtos sujeitos ao Protocolo ICMS nº 16/85, sendo calculado o valor da infração, utilizando a MVA de outro Protocolo que não o devido na data do fato gerador. O que, no caso em questão, os Fiscais Autuantes admitem o erro, esclarecendo teriam usado a MVA introduzidas pelo Protocolo ICMS nº 05/09, que só poderia acontecer em fatos geradores a partir de 01/06/2009. Assim efetuaram as correções devidas no demonstrativo de cálculo da infração objeto em análise.

Por sua vez, o autuante alega, também, em relação ao demonstrativo de cálculo da infração 2, que os autuantes, no que se refere ao produto GEROVITAL, estão considerando o produto como

monitorado com PMC, porém afirmam que na publicação da ABCFARMA não existe PMC para esse produto. Os autuantes acataram os argumentos defensivos e efetuaram a correção no demonstrativo de cálculo da infração. Da mesma forma em relação ao produto TETRAMICIN 500MG 25X4 CPS, a defendente alega que está sendo calculado a base de cálculo nos autos, com base no PMC de caixa, enquanto a mesma utiliza o PMC unitário. Os autuantes destacam que, a utilização do PMC unitário, conforme aponta o contribuinte, não equivale a descrição do produto nas notas fiscais eletrônicas que o trazem. No entanto, por considerar que as quantidades de “TETRAMICIN 500MG 25X4 CPS” indicadas nas operações são compatíveis com a adoção do PMC unitário, as alegações da autuada foram acolhidas, a despeito da incorreção na descrição do item.

Efetuada essas correções, os Fiscais Autuantes elaboraram novo demonstrativo de cálculo (fls. 60-65) para infração 02, onde alteração o valor original de R\$21.569,12 para o valor de R\$163,64, conforme se pode observar no resumo acostado aos autos à fl. 59. Intimado o Contribuinte Autuado para manifestar sobre os novos valores apurados na forma da legislação (fl.70), manteve-se silente. Sendo assim voto pela procedência dos novos valores apurados para a infração 02.

Quanto a primeira infração, a qual exige o valor do ICMS R\$ 54.356,96, por substituição na qualidade de sujeito passivo, sob a acusação de ter deixado de proceder o recolhimento do ICMS retido em operações de vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia; O Autuado trás a tona dois argumentos de defesa: primeiro, de que o lançamento apontado na infração relativo ao mês de 02/2009 no valor de R\$46.259,31, refere-se a notas fiscais roubadas no dia 19/02/2009, explicitada pela comunicação da transportadora Bomfim Cargas (fl.50); segundo, afirma que, na composição dos cálculos do debito lançado para a competência (data ocorr) 31/01/2009 foram utilizadas as Notas Fiscais, relativas ao produto ESC DTL ORAL B VISION L3P2, com apuração do custo unitario errado, pelos autuantes, no levantamento fiscal.

Relativamente ao uso do custo unitário errado para o produto ESC DTL ORAL B VISION L3P2, os Fiscais Autuantes concordam com o cometimento do erro e efetuaram a correção no levantamento do débito da autuação, excluindo todo o lançamento correspondente a competência (data ocorr) 31/01/2009. Quanto a justificativa do autuado de que as mercadorias, referentes ao lançamento correspondente a competência (Data Ocorr) 31/05/2008 teriam sido sinistradas, com o tombamento do caminhão que estava transportando as mercadorias, e por conseguinte saqueadas (roubadas); os Fiscais Autuantes não acatam a documentação acostada aos autos (fl. 50), justificando que, ocorrências dessa natureza, demanda documentação adequada, como o boletim de ocorrência registrado junto a autoridade policial competente, bem como as conclusões e os resultados apurados pela Seguradora, o que não ocorreu no caso em tela. Com isso não acolhem as alegações da Autuada em relação a esse item da autuação.

Da análise dos fatos relacionados a infração 1, resta comprovado o erro na autuação do item 01, fazendo jus a exclusão do referido lançamento da citada infração, como assim procederam os Fiscais Autuantes. Quanto ao item 2 da infração, que relaciona a perda das mercadorias, objeto da autuação, por sinistro ocorrido com o tombamento do caminhão quando do seu transporte do Estado de Ceará para o Estado da Bahia; resta razão aos autuantes em não considerar apenas os documentos acostados aos autos (fl. 50) como elemento de prova de que o autuado tomou as devidas providências regulamentares que o caso requer, em que pese ter afirmado, em sua manifestação de defesa, de que tais Notas Fiscais, que acobertaram a circulação das mercadorias sinistradas não teriam sido escrituradas. Apenas o autuado apresenta à fl. 50 uma xerox do Comunicado de Sinistro, emitido pela Transportadora Bomfim Cargas Express, informando da ocorrência e avisando de que estaria providenciando junto a Seguradora as devidas indenizações que o caso requer.

Ademais, foi dada ciência ao Contribuinte Autuado na forma regulamentar (fl. 70) do resultado da Informação Fiscal desenvolvida pelos autuantes, onde o defendente manteve-se silente. Assim voto pela procedência desse item da autuação. Logo, em conformidade com o novo

demonstrativo resumo (fl. 59), elaborado pelos autuantes, fica alterado o valor original da infração 01 de R\$54.356,96 para o valor de R\$46.259,31

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente em parte as infrações 1 e 2; e totalmente procedente a infração 3.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298952.0002/12-1**, lavrado contra **EMPREENHIMENTOS PAGUE MENOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.584,99**, acrescido das multas de 60% sobre R\$325,68 e de 150% sobre R\$46.259,31, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA