

**A. I. Nº** - 275290.3001/16-9  
**AUTUADA** - PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A  
**AUTUANTE** - MARTA HELENA DOS SANTOS FERNANDES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 14.09.2017

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0148-05/17

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DO ICMS ST. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Remessas para filial localizada na Bahia de chocolates, calçados, pilhas e baterias, material de limpeza e bebidas quentes. Exigências fiscais reconhecidas pelo contribuinte com posterior quitação dos valores lançados. Operações com preservativos: beneficiadas com isenção estabelecida em Convênio (Conv. ICMS 116/98) e na norma tributária interna (art. 264, inc. XXIII, do RICMS/12). Aquisições e posteriores transferências da mercadoria para o estabelecimento localizado na Bahia com o gozo do benefício da isenção. Indevida a cobrança do ICMS-ST do contribuinte substituto na operação de transferência interestadual. A condição estabelecida na norma isencional de dedução do imposto cobrado nas etapas anteriores de circulação da mercadoria é verificável somente na operação de venda subsequente no território baiano. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DO ICMS ST. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Remessas para a filial localizada na Bahia de medicamentos, cola instantânea, lâminas de barbear e isqueiros, lâmpadas elétricas, pilhas, material de limpeza, artigos de papelaria e bebidas quentes. Exigências fiscais reconhecidas e quitadas pelo sujeito passivo após a autuação. Excluído o lançamento as operações em que o contribuinte comprovou documentalmente a quitação do imposto em períodos anteriores à lavratura do Auto de Infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/09/2016, para exigir ICMS no valor histórico total de R\$253.049,00, acrescido de multas, e contendo as seguintes imputações:

**Infração 01:** Deixou de proceder à 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. Relativamente a produtos contidos no Anexo 1 do RICMS/BA (chocolates e calçados), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$182,61. Multa de 60%.

**Infração 02:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a medicamentos (Conv. 76/94), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo

conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II, gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$543,04. Multa de 60%.

**Infração 03:** Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a preservativos, (Conv. 76/94), sem a observância da condição prevista no inciso XXIII, art. 264 do RICMS/BA e no § 1º da Cláusula primeira do Conv. 116/98, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$118.117,52. Multa de 60%.

**Infração 04:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a cola instantânea, (Conv. 74/94), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II, gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$190,09. Multa de 60%.

**Infração 05:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a lâminas de barbear e isqueiros, (Prot. 16/85), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$491,03. Multa de 60%.

**Infração 06:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a lâmpadas elétricas, (Prot. 17/85), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$2.088,32. Multa de 60%.

**Infração 07:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a pilhas, Prot. 18/85, decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$12,10. Multa de 60%.

**Infração 08:** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a pilhas e baterias, (Prot. 18/85), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$104,68. Multa de 60%.

**Infração 09:** Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Evidenciado através do cotejamento entre as GIAs-ST, enviadas eletronicamente pelo contribuinte, e os respectivos recolhimentos obtidos por meio do Sistema INC – Informações do Contribuinte (Relação de DAEs), e, ainda, conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo III, todos estes documentos anexados e gravados no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$64.432,02. Multa de 150%.

**Infração 10:** Proceder a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a material de limpeza, (Prot. 27/10), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, no exercício de 2013, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$758,21. Multa de 60%.

**Infração 11:** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a material de limpeza, (Prot. 27/10), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$96,59. Multa de 60%.

**Infração 12:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a artigos de papelaria, (Prot. 28/10), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$296,17. Multa de 60%.

**Infração 13:** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a bebidas quentes, (Prot. 107/09), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$238,19. Multa de 60%.

**Infração 14:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a bebidas quentes, (Prot. 107/09), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, no exercício de 2013, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$65.498,43. Multa de 60%.

O contribuinte, situado no Estado de Minas Gerais, no município de Uberlândia, é inscrito na Bahia na condição de substituto tributário. Foi notificado do lançamento em 13/10/2016, através dos Correios, via AR (aviso de recebimento), conforme Termo juntado às fls. 265/266.

Ingressou com a defesa administrativa protocolada em 12/12/2016, peça que se encontra apensada às fls. 268 a 275 e respectivos anexos. A peça defensiva foi subscrita por pessoa integrante do quadro societário da pessoa jurídica autuada, de acordo com os documentos anexados às fls. 276 a 301 (Anexo I).

A autuada, após ressaltar a tempestividade da petição impugnatória do lançamento, reconheceu ser devedora dos débitos relativos às infrações de nºs 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14.

Nº	Cód. Infração	Grupo produtos	Embasamento	Infração	Valor Histórico
01	07.02.03	Chocolates e Calçados	ST Interna	Retenção a menor	182,61
02	08.15.02	Farmacêuticos	Conv. 76/94	Retenção a menor	543,04
04	08.18.02	Colas Instantâneas	Conv. 74/94	Retenção a menor	190,09
05	08.22.02	Aparelhos de Barbear e Isqueiros	Prot. 16/85	Retenção a menor	491,03
06	08.23.02	Lâmpadas	Prot. 17/85	Retenção a menor	2.088,32

07	08.24.02	Pilhas	Prot. 18/85	Retenção a menor	12,10
08	08.24.03	Pilhas	Prot. 18/85	Ausência Retenção	104,68
10	08.36.01	Material Limpeza	Prot. 27/10	Retenção a menor	758,21
11	08.36.03	Material Limpeza	Prot. 27/10	Ausência Retenção	96,59
12	08.41.03	Papelaria	Prot. 28/10	Retenção a menor	296,17
13	08.48.01	Bebidas Quentes	Prot. 107/09	Ausência Retenção	238,19
14	08.48.02	Bebidas Quentes	Prot. 107/09	Retenção a menor	65.498,43
				<b>TOTAL</b>	<b>70.499,46</b>

Em 12/12/2016 a autuada procedeu ao recolhimento parcial do Auto de Infração, relativamente aos itens listados acima, conforme informações extraídas dos sistemas SIGAT e INC da SEFAZ/BA (doc. fls. 430 a 436).

Impugnou as cobranças contidas nos itens 03 e 09 da peça de lançamento.

Para a infração 03, ressaltou que a autuante acostou no Auto de Infração (fls. 11 a 50 do Anexo I), relação analítica das Notas Fiscais emitidas, que acobertaram as operações com o produto “preservativo”. Procurou a autuante demonstrar, de forma detalhada, que nos exercícios de 2012 e 2013, é devida a cobrança do ICMS Substituição Tributária pela empresa emitente (detentora do Regime Especial) por não atender aos mandamentos previstos no art. 264, inc. XXIII, do RICMS, que estabelece a necessidade de informar nos documentos fiscais, em dados adicionais, o valor do ICMS desonerado.

Discordando desse lançamento, a defesa afirmou que todos os documentos fiscais listados no Anexo I do A.I., se referem a operações exclusivamente de transferências. Correspondem a Notas Fiscais emitidas com o CFOP 6152 de sua matriz sediada em MG, CNPJ nº 25.757.840/0001-24, para a sua filial em Vitória da Conquista de CNPJ nº 25.757.840/0028-44 e que nenhuma das operações estão relacionadas a saídas para comercialização ou venda.

Sustenta que a inaplicabilidade do ICMS Substituição Tributária no faturamento da transferência pelo contribuinte está amparada pela presunção de que a operação subsequente estará sobre o abrigo da isenção prevista no art. 264, inciso XXIII, do RICMS-BA e no próprio Conv. ICMS 116/98.

Alega não ser plausível a alegação do Fisco em descaracterizar o não atendimento do art. 264, pois não é na operação de transferência, e tampouco na entrada, que deverá ser observada esta condicionante, mas sim, na operação de venda subsequente.

Assevera que tanto a norma tributária do Estado da Bahia, posta no ordenamento, quanto o Regime Especial de Substituto Tributário do contribuinte, omitem ou não elucidam o tratamento a ser dispensado para um produto, no caso, “preservativos”, cuja condicionante para aplicação da isenção (alíquota 0%) em operação interestadual, ainda que em transferência, deve se fazer valer as regras tributárias internas da Bahia, regras estas válidas para a venda dos mencionados produtos.

Considera que, se houve algum descumprimento de obrigação acessória de não informar o valor do ICMS desonerado, este não é para com o Estado de Bahia, por tratar-se de ICMS de operação própria, mas sim o ente tributante do Estado de origem.

Entende que não descumpriu qualquer preceito legal, acostando aos autos evidências de que, mesmo não tendo mencionado nos documentos fiscais os valores do ICMS desonerado, o que admite somente para argumentar, as bases utilizadas para definição do preço de transferência é a mesma utilizada na aquisição do produto, no caso, do fornecedor *DKT do Brasil Produtos de Uso Pessoal Ltda*, situado em São Paulo, inferindo daí que, se não houve qualquer variação na base de cálculo entre as operações tem-se, por absoluto, que nenhum prejuízo pecuniário foi causado ao fisco baiano.

Reitera que agiu em estrita obediência às normas tributárias no que tange a definição da base de cálculo do ICMS para as operações em transferência, utilizando o preço da entrada mais recente no estabelecimento da matriz, conforme determina o RICMS do Estado de Minas Gerais, Dec. 43.080/2002, transcrevendo na peça defensiva o citado dispositivo regulamentar.

Anexou planilha denominada “*Notas Fiscais Aquisição Fornecedor DKT 2012 a 2013.xlsx*” Anexo 004, bem como todos os 63 DANFES Anexo 005 de aquisição que estão relacionados na planilha, para comprovar que o valor unitário aplicado na transferência é o mesmo da NF de aquisição do fornecedor, observada a data de entrada no estabelecimento do contribuinte com suas saídas posteriores a esta data, até o recebimento de outra entrada para o mesmo produto. Esclarece que a planilha detalha as diferenças entre Nota Fiscal do fornecedor e o Registro de Entrada para o contribuinte, principalmente as diferenças entre as embalagens comercializadas por ambos, sendo a unidade de venda do contribuinte menor que a unidade de venda do fornecedor. Ressaltou, como informação relevante, que o preço unitário da aquisição é igual a preço unitário da transferência, conforme atesta os documentos carreados no Anexo 1 das págs. 11 a 50. A título de exemplo, selecionou as duas últimas NFs de transferência emitidas no final dos exercícios de 2012 e 2013, evidenciando as informações declaradas, apresentando arquivos, denominados “Evidências”, Anexo 006 com a recomendação de que sejam auditadas essas informações.

Transcreveu decisões originárias do Tribunal de Justiça de Pernambuco sobre o tema (fls. 272/273).

Salientou, ainda, que não ocorreu qualquer ônus ou adição do ICMS pela ausência da menção do valor do imposto desonerado. Reiterou que não houve no caso concreto qualquer prejuízo ao destinatário nem violação às normas do Convênio ICMS 116/98 e nem, tampouco, aos entes tributantes: Minas Gerais e Bahia.

Quanto à infração 09, relacionada à falta de recolhimento do ICMS-ST retido, informa ter identificado no relatório trazido pela fiscalização denominado Sistema INC – Informações do Contribuinte (Relação de DAEs), a ausência de dois DAEs (Documentos de Arrecadação) com vencimento de 21/11/2012, cujo recolhimento fora efetivamente realizado.

Esclarece que cometeu um equívoco no preenchimento das guias denominadas GNREs, de competência 11/2012 com vencimento para 21/11/2012, no campo dos “Dados do Contribuinte”, informando a inscrição de contribuinte interno IE nº 052.649.482 em substituição ao correto, que seria a inscrição de substituto tributário nº 038.450.091, sendo este o motivo da provável ausência no Relatório INC da relação de DAEs da Secretaria da Fazenda.

Observou que estas GNREs, reproduzidas no Anexo 007 (doc. fls. 411/412) da peça de defesa, comprovam o recolhimento na data do vencimento da obrigação tributária, em 21/11/2012, no Banco Bradesco, conforme as autenticações mecânicas e planilha abaixo:

Ord	Cód Receita	IE Informada	IE Correta	Data Pagto	Banco	Nº Autent	Valor
1	100048	52.649.482	38.450.091	21/11/12	Bradesco	0265-150-176	917,28
2	100048	52.649.482	38.450.091	21/11/12	Bradesco	0265-150-177	63.514,74
<b>T O T A L</b>							<b>64.432,02</b>

Pede que sejam retificadas as informações de recolhimento dessas GNREs para que seja desconstituído e ratificado o crédito tributário lançado no Auto de Infração, vez que estaria comprovado que as informações da competência de nov/2012 foram recolhidas em sua totalidade conforme declarado na GIA-ST.

Ao finalizar a peça de defesa pede que sejam acatados os argumentos defensivos relacionados com as infrações impugnadas (infrações 03 e 09). Conclui afirmando que pretende provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, requerendo, desde já a juntada dos seguintes documentos anexados às fls. 276 a 415, sem prejuízo de outros que vierem a ser necessários para o deslinde da questão.

Foi prestada informação fiscal em 15/03/2017, peça que se encontra anexada às fls. 418 a 426.

Inicialmente a autuante informou que a auditoria fiscal foi realizada tomando por base os arquivos de Notas Fiscais emitidas eletronicamente pela autuada, baixadas através do Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas da SEFAZ/BA, e gravadas no CD, anexo à fl. 250 deste PAF. Que também foram extraídas informações contidas nos sistemas INC - Informações do Contribuinte, SIGAT - Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária e demais sistemas corporativos da SEFAZ/BA.

Pontuou que o estabelecimento autuado vem apresentando regularmente o documento denominado GIA-ST que é o resumo do ICMS retido e a recolher, que compreende o ICMS retido por substituição em operações interestaduais decorrente da celebração de convênios e protocolos onde são descritos os produtos sujeitos à substituição tributária, os procedimentos e as obrigações respaldados na Lei Complementar nº 87/96 e alterações posteriores, cujo imposto é apurado nota a nota. Que a fiscalização foi executada ao amparo dos Convênios e Protocolos listados nas descrições das infrações e no Regime Especial, Parecer DITRI 81/94, revogado em 02/06/2015, portanto, vigente durante os exercícios fiscalizados (2012 e 2013), e da Consulta, Parecer DITRI 2340/09. Acrescentou que o Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - art. 96), consta que a expressão "legislação tributária" compreendendo as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Ao adentrar no exame da infração 03, frisou que a autuada, ao realizar operações de circulação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária destinadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia, está obrigada a acatar as normas tributárias internas vigentes, conforme estabelece a Cláusula oitava do Conv. ICMS 81/93 – Normas Gerais, com a seguinte redação:

*“Cláusula oitava O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.”*

Argumentou que de acordo com a legislação tributária, as operações com o produto “preservativo”, classificado na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, sob o código 4014.10.00, está sujeito ao regime de substituição tributária por antecipação, relativamente às operações internas, subsequentes, conforme redação do item 32.2 do Anexo 1, do RICMS/BA, e em concordância com o previsto no *caput* do art. 289 do citado Regulamento, com a seguinte redação, “*in verbis*”:

*“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.”*

***“Anexo 1 - MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA***

***Item 32.2:*** Soros, mamadeiras de borracha vulcanizada, vidro e plástico, chupetas e bicos para mamadeiras, absorventes higiênicos, de uso interno ou externo, **preservativos**, pastas e escovas dentífricas, fio dental / fita dental, preparação para higiene bucal e dentária, fraldas descartáveis ou não - 3002, 4014.90.90, 7013.3, 3924.1, 4014.90.9, 9619, **4014.1**, 3306.1, 9603.21, 3306.2, 3306.9, 4818.40.1; 5601.1, 6111, 6209. **Conv. ICMS 76/94.**”

Frisou também que as operações realizadas com o produto “preservativo” estão enquadradas no regime de substituição tributária interestadual por força das disposições do Conv. ICMS 76/94:

*“Cláusula primeira Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.*

***Anexo Único - Item VII: Preservativos – 4014.10.00.***”

Por sua vez, o inciso XXIII do art. 264 do RICMS/BA, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com o produto em comento, sujeita a fruição do benefício à satisfação da condição imposta: o abatimento do preço da mercadoria do valor equivalente ao imposto que seria devido

se não houvesse a isenção, sendo que tal abatimento deve ser indicado de forma expressa no documento fiscal:

*“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);”*

O Conv. ICMS 116/98, no qual o dispositivo regulamentar se ampara, estabelece:

*“Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.*

*§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.”*

Ressaltou ainda que o Ajuste SINIEF 10/2012, que disciplina como deve ser demonstrado na Nota Fiscal, quando exigido, o abatimento do valor do ICMS desonerado por meio de benefício fiscal, no valor da operação, determina:

*“Cláusula primeira O estabelecimento que promover operação com benefício fiscal, que condicione a fruição ao abatimento do valor do ICMS dispensado, observará o seguinte:*

*I - tratando-se de nota fiscal eletrônica, o valor dispensado será informado nos campos “Desconto” e “Valor do ICMS” de cada item, preenchendo ainda o campo “Motivo da Desoneração do ICMS” do item com os códigos próprios especificados no Manual de Orientação do Contribuinte ou Nota Técnica da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e;*

*Parágrafo único Caso não existam na NF-e os campos próprios para prestação da informação de que trata esta cláusula, o Motivo da Desoneração do ICMS, com os códigos próprios especificados no Manual de Orientação do Contribuinte ou em Nota Técnica da NF-e, e o Valor Dispensado, deverão ser informados no campo “Informações Adicionais” do correspondente item da Nota Fiscal Eletrônica, com a expressão: “Valor Dispensado R\$ \_\_\_\_\_, Motivo da Desoneração do ICMS \_\_\_\_\_.”*

Destacou, ainda, que, consoante o art. 13, I, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do imposto é o valor da operação e que este inclui o montante do ICMS, sendo seu destaque mera indicação para fins de controle. À vista disso, entende que a condição imposta para fruição do benefício fiscal citado justifica-se, pois confere a certeza de que o valor do imposto, do qual o ente tributante abriu mão, foi descontado integralmente em todas as etapas das operações, favorecendo, em última análise, ao consumidor final.

*“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:*

*I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;*

*(...)*

*§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:*

*I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;”*

A autuante afirma que a partir das Notas Fiscais relativas às operações com preservativos emitidas pela autuada, contidas no CD juntado à fl. 250 dos autos, estaria evidenciado que não foi satisfeita a condição imposta no dispositivo do RICMS, contido no art. 264, inciso XXIII. Em decorrência a autuante conclui que pereceu o direito de uso do benefício da isenção, e, por consequência, as operações acobertadas pelas notas fiscais passaram a ser consideradas tributáveis normalmente, inclusive no que diz respeito ao ICMS substituição tributária.

Quanto à alegação de que as operações objeto da autuação se referiam a transferências e não a vendas de mercadorias, não se sujeitando à retenção antecipada do ICMS, a autuante declarou que o contribuinte protocolou consulta junto à Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA – DITRI, Processo nº 282.634/2008-0, relativamente aos “procedimentos a serem adotados nas transferências de mercadorias sujeitas à substituição tributária e arroladas no Anexo 88”, que foi respondida pelo órgão responsável, através do Parecer nº 2.340/2009, com o seguinte teor, abaixo reproduzido:

*“A empresa acima qualificada, atuando neste Estado no comércio atacadista de mercadorias em geral, inscrita como contribuinte substituto e possuidora de Termo de Acordo concedido através do Parecer DITRI nº 81/94, dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante aos procedimentos a serem adotados para fins de transferência, para suas filiais localizadas no Estado da Bahia, de mercadorias sujeitas a substituição tributária e arroladas no Anexo 88 do RICMS/BA, e apresentando os seguintes questionamentos:*

*1) O art. 355, Inciso I, do RICMS/BA menciona que somente não incide ICMS-ST na transferência quando o emitente for estabelecimento industrial, o que não é o caso da Consulente. Diante do exposto, qual a regra para o destaque e recolhimento do ICMS Substituição Tributária em operação de transferência, ou seja, o recolhimento deverá ocorrer na entrada do estabelecimento baiano?*

...

#### RESPOSTA

*Em resposta à orientação solicitada na inicial, e conforme pronunciamento emitido pela GERSU – Gerência de Substituição Tributária às fls. 02 e 03, informamos o que se segue, observando a ordem dos questionamentos apresentados:*

*1 - A Consulente deverá fazer a retenção e recolhimento do imposto nos termos do Regime Especial de que é possuidora, conforme Parecer DITRI 81/94, cassado e reativado por força de medida liminar em Mandado de Segurança impetrado pela interessada. O Regime Especial em tela aprovou Termo de Acordo para retenção do ICMS das mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/2007, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.”*

Acrescentou em seguida que por força do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA e vigente à época, foram efetuadas as operações de transferência de preservativos (2012 e 2013) e, por não ter sido atendida a condição prevista no dispositivo regulamentar da isenção, deveria a empresa autuada ter efetuado a retenção e o recolhimento antecipado do ICMS. Informou que a empresa adotou o procedimento de retenção e pagamento antecipado do ICMS para as demais mercadorias enquadradas no regime da ST, conforme consta no CD anexado à fl. 250 deste PAF.

Entende a autuante que o contribuinte se equivoca quando alega ser inaplicável a retenção do ICMS-ST nas operações de transferências de preservativos sob o argumento de que as operações com esse produto estariam amparadas pela presunção de que as saídas subsequentes estariam sob o abrigo da isenção prevista no art. 264, inc. XXII, do RICMS-BA, especialmente porque deixou de ser atendida a condição prevista na norma do benefício fiscal.

No tocante à infração 09, a autuante declarou que ao analisar as alegações contidas na peça defensiva, de que houve a inserção de informações incorretas nas GNREs vinculadas à inscrição estadual de contribuinte interno (IE nº 052.649.482), ao invés da inscrição do contribuinte substituto (IE nº 038.450.091) procedeu à verificação no sistema INC – Informações do Contribuinte, na inscrição fornecida de sua filial em Vitória da Conquista.

Que a partir dessa consulta acerca da arrecadação do estabelecimento inscrito sob o nº 052.649.482, foi confirmada a informação de que no dia 21/11/2012 foram efetuados dois recolhimentos sob o código de receita 1.188 – ICMS Substituição Tributária – Apuração, cujo valor histórico foram, respectivamente, de R\$917,28 e R\$63.514,74, perfazendo com exatidão o valor reclamado na Infração 09, que é de R\$64.432,02.

Que a consulta também demonstrou que o estabelecimento filial neste Estado efetuou, no mês de novembro/2012, além dos recolhimentos citados acima, aqueles concernentes às operações que realizou, conforme cotejamento com a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, enviada eletronicamente pelo contribuinte.

Registrou ainda que a GNRE, instituída pelo Ajuste SINIEF 11/97, é o documento a ser utilizado no recolhimento de tributos devidos à unidade federada diversa da do domicílio do contribuinte nas operações interestaduais, e que os números de controle 1205020654 e 1205020664 das guias apresentadas (doc. fls. 411 e 412) também coincidem com os registrados no sistema para os



valores arrecadados, concluindo, então, que os valores reclamados no A.I. foram recolhidos, pois não se confundem com o imposto devido pela filial Bahia, recolhido sob os códigos de receita: 2.175 – ICMS – Antecipação Parcial e 759 – ICMS Regime Normal – Comércio, cujos valores perfazem os informados na respectiva DMA.

À exceção da infração nº 09, que a autuante reconhece ser improcedente, a autoridade fiscal pede que este Conselho de Fazenda Estadual declare a procedência das demais exigências fiscais.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 14 (catorze) infrações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório acima, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

As exigências fiscais estão relacionadas à cobrança de ICMS-ST em operações interestaduais, por força de Convênios e Protocolos firmados entre a Bahia e demais unidades federadas. O contribuinte autuado tem estabelecimento comercial localizado em Minas Gerais, no município de Uberlândia, e é inscrito no CAD-ICMS da Bahia na condição de contribuinte substituto, sendo que à época da ocorrência dos fatos geradores, objeto do presente lançamento, era detentor de Regime Especial/Termo de Acordo para a retenção e recolhimento de ICMS das operações com mercadorias arroladas no Anexo 88, do Regulamento do imposto (RICMS).

Na fase de defesa o contribuinte reconheceu ser devedora das cobranças lançadas nos itens 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14. Às fls. 430 a 436 deste PAF foram anexados relatórios do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, comprovando o pagamento das parcelas relacionadas àqueles itens, totalizando a cifra principal de R\$70.499,46, que acrescido de juros moratórios e multas, perfaz o valor de R\$ 106.672,16. Esses itens da autuação que foram expressamente reconhecidos pelo contribuinte são procedentes, devendo os valores recolhidos ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

A defendente impugnou a totalidade das infrações 03 e 09. Na infração 03 a cobrança do ICMS recaiu sobre as operações de entrada listadas no Anexo I da peça de lançamento (doc. fls. 11 a 50v.), ocorridas nos meses de maio/2012 a dezembro/2013. Foi exigido o ICMS - Substituição Tributária das operações de remessa do produto preservativo, por entender a autuante que o contribuinte deixou de atender aos mandamentos previstos no art. 264, inc. XXIII, do RICMS-BA, que estabelece a necessidade de informar nos documentos fiscais, em dados adicionais, o valor do ICMS desonerado nas respectivas operações.

Discordando desse lançamento, a defesa afirmou que todos os documentos fiscais listados no Anexo I do A.I., se referem a operações exclusivamente de transferências. Correspondem a Notas Fiscais emitidas com o CFOP 6152 de sua matriz sediada em MG, CNPJ nº 25.757.840/0001-24, para a sua filial em Vitória da Conquista, de CNPJ nº 25.757.840/0028-44, e que nenhuma das operações estão relacionadas a saídas para comercialização ou venda. Sustentou a inaplicabilidade do ICMS Substituição Tributária nas operações de transferências, visto que as saídas subsequentes estariam abrigadas pela norma de isenção prevista no art. 264, inciso XXIII, do RICMS-BA e no próprio Conv. ICMS 116/98. Acrescentou que a condição prevista na norma isentiva há que ser observada nas etapas subsequentes de saídas, ou seja, nas vendas realizadas no Estado da Bahia, não sendo plausível o Fisco descaracterizar o não atendimento das normas do art. 264 do RICMS-BA, nas operações de transferências das mercadorias promovidas pelo estabelecimento autuado, localizado no Estado de Minas Gerais.

Asseverou, ainda, que tanto a norma tributária do Estado da Bahia, posta no ordenamento, quanto o Regime Especial de Substituto Tributário do contribuinte, são omissos ou não elucidam o tratamento a ser dispensado para um produto, no caso, “preservativos”, cuja condicionante para aplicação da isenção (alíquota 0%) em operação interestadual ainda que de transferência, deve se fazer valer as regras tributárias internas da Bahia, regras estas válidas para a venda subsequentes dos mencionados produtos.

Destacou ainda que nos documentos fiscais de aquisição do produto junto ao fornecedor DKT *do Brasil Produtos de Uso Pessoal Ltda*, situado em São Paulo, não houve também destaque do ICMS, pois a operação se encontrava beneficiada pela isenção prevista no Conv. ICMS 116/98 e que, no caso em exame, não houve qualquer variação na base de cálculo entre as operações, de aquisição em São Paulo e posterior transferência para a filial da autuada, localizada na Bahia, sendo obedecidas as regras de fixação da base de cálculo previstas na Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, § 4º, inc. I), com a utilização do preço da entrada mais recente no estabelecimento da matriz.

Para provar o alegado a defesa anexou planilha denominada “*Notas Fiscais Aquisição Fornecedor DKT 2012 a 2013.xlsx*”, Anexo 004 (fls. 316 a 324), bem como todos os 63 DANFEs que acobertaram a referida operação de aquisição, Anexo 005 (fls. 326 a 406), visando comprovar que o valor unitário aplicado na transferência foi o mesmo consignado na Nota Fiscal de aquisição do fornecedor.

Ressaltou, mais uma vez na peça defensiva, como informação relevante, que o preço unitário da aquisição é igual a preço unitário da transferência, conforme atestam os documentos carreados ao PAF. A título de exemplo, selecionou as duas últimas Notas Fiscais de transferências, emitidas no final do exercício de 2012 e 2013, evidenciando as informações declaradas e apresentadas nos arquivos denominados “Evidências”, espelhadas no Anexo 006, da impugnação, fls. 408/409, deste PAF (processo administrativo fiscal).

Com base nos fatos acima descritos, passo a decidir o mérito da infração 03.

A norma de isenção contida no RICMS-Ba (art. 264, inc. XXIII), é a abaixo transcrita:

*“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);”*

Essa norma do RICMS/2012 fundamenta-se nas disposições do Conv. ICMS 116/98, com o seguinte teor:

*“Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.*

*§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.”*

Trata-se, portanto, de benefício condicionado, cujo objetivo ou finalidade foi possibilitar que o destinatário final da mercadoria, ou seja, o consumidor final, adquirisse o produto sem sofrer a repercussão financeira do imposto incidente nas etapas anteriores de produção e circulação.

No caso concreto há dois fatos relevantes a serem considerados na solução dessa lide. Primeiro: as operações de aquisição do produto objeto da autuação foram realizadas ao amparo da isenção, prevista no Conv. ICMS 116/98, conforme comprovam as notas fiscais acostadas às fls. 326 a 406 do PAF (Anexo 005 da peça defesa). Segundo: as operações subsequentes de remessa do produto em transferência, do estabelecimento ora autuado, situado em MINAS GERAIS para sua filial localizada na Bahia (Vitória da Conquista), se deram também sob amparo da mesma isenção, com base de cálculo formada a partir do preço de entrada mais recente (preço de aquisição no fornecedor/fabricante), em conformidade com as disposições do art. 13, § 4º, inc. I, da LC nº 87/96, revelando, portanto que não houve inclusão do ICMS em nenhuma das etapas de circulação da mercadoria. Esse fato se encontra atestado nos documentos juntados, ainda que por amostragem, às fls. 408/409 (Anexo 006 da peça de defesa). Nenhuma das circunstâncias fáticas acima apontadas foram contraditadas pela autuante na fase de informação fiscal (fls. 418 a 426). Em relação aos fatos provados documentalmente pela defesa não há, portanto, controvérsia.

Resta para exame deste colegiado as questões de direito. Diante do cenário exposto acima, o benefício condicionado da exclusão da parcela do imposto que seria devido na operação de venda de preservativos, prevista nas normas de isenção acima transcritas (RICMS/12 e Conv. ICMS 116/98), só pode ser avaliado quando da realização da operação de saída subsequente para as empresas de varejo ou diretamente nas vendas a consumidor final, destinatário efetivo do benefício da isenção do ICMS ora em exame.

Considerando as circunstâncias acima apontadas a ação fiscal deveria ter sido realizada para verificar o atendimento da condição exigida no art. 264, inc. XXIII, do RICMS-BA nas notas fiscais de vendas subsequentes do produto.

Plausível a alegação defensiva de que a avaliação do não atendimento das condições previstas no art. 264, inc. XXIII, para as operações com preservativos, não deve ser feita na operação de transferência, e tampouco na etapa de entrada das mercadorias, mas sim, na operação de venda subsequente, realizada pelo estabelecimento localizado no território baiano, visto que o benefício visa, precipuamente, desonerar do imposto o adquirente final do produto.

Logo, no tocante a acusação de falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, de responsabilidade do estabelecimento remetente, localizado em Minas Gerais, a cobrança do imposto é indevida. Caberá à Inspetoria Fiscal verificar o atendimento dos requisitos para o gozo da isenção prevista no art. 264, inc. XXIII, do RICMS/12 em relação ao produto “preservativo” nas operações de saídas promovidas pelo estabelecimento da empresa Peixoto Comércio, Indústria, Serviços e Transportes S/A, localizada em Vitória da Conquista – Ba.

No tocante à infração 09, a autuante declarou que ao analisar as alegações contidas na peça defensiva de que houve a inserção de informações incorretas nas GNREs vinculadas à inscrição estadual de contribuinte interno (IE nº 052.649.482), ao invés da inscrição do contribuinte substituto (IE nº 038.450.091), procedeu à verificação no sistema INC – Informações do Contribuinte, na inscrição fornecida de sua filial em Vitória da Conquista - Ba.

Que a partir dessa consulta acerca da arrecadação do estabelecimento inscrito sob o nº 052.649.482, foi confirmada a informação de que no dia 21/11/2012 foram efetuados dois recolhimentos sob o código de receita 1.188 – ICMS Substituição Tributária – Apuração, cujo valor histórico foram, respectivamente, de R\$917,28 e R\$63.514,74, perfazendo com exatidão o valor reclamado na Infração 09, que é de R\$64.432,02.

Que a consulta também demonstrou que o estabelecimento filial neste Estado efetuou, no mês de novembro/2012, além dos recolhimentos citados acima aqueles concernentes às operações que realizou, conforme cotejamento com a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, enviada eletronicamente pelo contribuinte.

Registrou ainda que a GNRE, instituída pelo Ajuste SINIEF 11/97, é o documento a ser utilizado no recolhimento de tributos devidos à unidade federada diversa da do domicílio do contribuinte nas operações interestaduais, e que os números de controle 1205020654 e 1205020664 das guias apresentadas (doc. fls. 411 e 412) também coincidem com os registrados no sistema para os valores arrecadados, concluindo, então, que os valores reclamados no A.I. foram recolhidos, pois não se confundem com o imposto devido pela filial Bahia, recolhido sob os códigos de receita: 2.175 – ICMS – Antecipação Parcial e 759 – ICMS Regime Normal – Comércio, cujos valores perfazem os informados na respectiva DMA.

Diante do que foi exposto e considerando a revisão efetuada pelo próprio autuante, declaro ser indevida a cobrança no montante de R\$64.432,02, relacionada à infração 09.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão do lançamento de ofício das infrações 03 e 09.

Conforme já foi ressaltado linhas acima, às fls. 430 a 436 deste PAF foram anexados relatórios do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, comprovando o pagamento das parcelas relacionadas

aos itens 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14, totalizando a cifra principal de R\$70.499,46, que acrescido de juros moratórios e multas, perfaz o valor de R\$106.672,16. Esses itens da autuação foram expressamente reconhecidos pelo contribuinte e são procedentes. As parcelas recolhidas deverão ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **275290.3001/16-9**, lavrado contra **PEIXOTO COMÉRCIO, INDÚSTRIA, SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.499,46**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Os valores recolhidos pelo contribuinte deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, "a", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO– RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

**A. I. Nº** - 275290.3001/16-9  
**AUTUADA** - PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A  
**AUTUANTE** - MARTA HELENA DOS SANTOS FERNANDES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 14.09.2017

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0148-05/17

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DO ICMS ST. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Remessas para filial localizada na Bahia de chocolates, calçados, pilhas e baterias, material de limpeza e bebidas quentes. Exigências fiscais reconhecidas pelo contribuinte com posterior quitação dos valores lançados. Operações com preservativos: beneficiadas com isenção estabelecida em Convênio (Conv. ICMS 116/98) e na norma tributária interna (art. 264, inc. XXIII, do RICMS/12). Aquisições e posteriores transferências da mercadoria para o estabelecimento localizado na Bahia com o gozo do benefício da isenção. Indevida a cobrança do ICMS-ST do contribuinte substituto na operação de transferência interestadual. A condição estabelecida na norma isencional de dedução do imposto cobrado nas etapas anteriores de circulação da mercadoria é verificável somente na operação de venda subsequente no território baiano. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DO ICMS ST. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Remessas para a filial localizada na Bahia de medicamentos, cola instantânea, lâminas de barbear e isqueiros, lâmpadas elétricas, pilhas, material de limpeza, artigos de papelaria e bebidas quentes. Exigências fiscais reconhecidas e quitadas pelo sujeito passivo após a autuação. Excluído o lançamento as operações em que o contribuinte comprovou documentalmente a quitação do imposto em períodos anteriores à lavratura do Auto de Infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/09/2016, para exigir ICMS no valor histórico total de R\$253.049,00, acrescido de multas, e contendo as seguintes imputações:

**Infração 01:** Deixou de proceder à 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. Relativamente a produtos contidos no Anexo 1 do RICMS/BA (chocolates e calçados), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$182,61. Multa de 60%.

**Infração 02:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a medicamentos (Conv. 76/94), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo

conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II, gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$543,04. Multa de 60%.

**Infração 03:** Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a preservativos, (Conv. 76/94), sem a observância da condição prevista no inciso XXIII, art. 264 do RICMS/BA e no § 1º da Cláusula primeira do Conv. 116/98, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$118.117,52. Multa de 60%.

**Infração 04:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a cola instantânea, (Conv. 74/94), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II, gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$190,09. Multa de 60%.

**Infração 05:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a lâminas de barbear e isqueiros, (Prot. 16/85), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$491,03. Multa de 60%.

**Infração 06:** Procedeu à retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a lâmpadas elétricas, (Prot. 17/85), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$2.088,32. Multa de 60%.

**Infração 07:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a pilhas, Prot. 18/85, decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$12,10. Multa de 60%.

**Infração 08:** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a pilhas e baterias, (Prot. 18/85), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$104,68. Multa de 60%.

**Infração 09:** Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Evidenciado através do cotejamento entre as GIAs-ST, enviadas eletronicamente pelo contribuinte, e os respectivos recolhimentos obtidos por meio do Sistema INC – Informações do Contribuinte (Relação de DAEs), e, ainda, conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo III, todos estes documentos anexados e gravados no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$64.432,02. Multa de 150%.

**Infração 10:** Proceder a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a material de limpeza, (Prot. 27/10), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, no exercício de 2013, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$758,21. Multa de 60%.

**Infração 11:** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a material de limpeza, (Prot. 27/10), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$96,59. Multa de 60%.

**Infração 12:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a artigos de papelaria, (Prot. 28/10), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$296,17. Multa de 60%.

**Infração 13:** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a bebidas quentes, (Prot. 107/09), tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo I gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$238,19. Multa de 60%.

**Infração 14:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Relativamente a bebidas quentes, (Prot. 107/09), decorrente da aplicação de MVA menor que a prevista no Anexo 1 do RICMS/BA, e, também, no exercício de 2013, da utilização de alíquota interestadual maior que a prevista para produtos importados, tudo conforme demonstrativo de apuração do débito fiscal (ICMS-ST) do Anexo II gravado no CD ROM, partes integrantes deste PAF. Valor exigido: R\$65.498,43. Multa de 60%.

O contribuinte, situado no Estado de Minas Gerais, no município de Uberlândia, é inscrito na Bahia na condição de substituto tributário. Foi notificado do lançamento em 13/10/2016, através dos Correios, via AR (aviso de recebimento), conforme Termo juntado às fls. 265/266.

Ingressou com a defesa administrativa protocolada em 12/12/2016, peça que se encontra apensada às fls. 268 a 275 e respectivos anexos. A peça defensiva foi subscrita por pessoa integrante do quadro societário da pessoa jurídica autuada, de acordo com os documentos anexados às fls. 276 a 301 (Anexo I).

A autuada, após ressaltar a tempestividade da petição impugnatória do lançamento, reconheceu ser devedora dos débitos relativos às infrações de nºs 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14.

Nº	Cód. Infração	Grupo produtos	Embasamento	Infração	Valor Histórico
01	07.02.03	Chocolates e Calçados	ST Interna	Retenção a menor	182,61
02	08.15.02	Farmacêuticos	Conv. 76/94	Retenção a menor	543,04
04	08.18.02	Colas Instantâneas	Conv. 74/94	Retenção a menor	190,09
05	08.22.02	Aparelhos de Barbear e Isqueiros	Prot. 16/85	Retenção a menor	491,03
06	08.23.02	Lâmpadas	Prot. 17/85	Retenção a menor	2.088,32

07	08.24.02	Pilhas	Prot. 18/85	Retenção a menor	12,10
08	08.24.03	Pilhas	Prot. 18/85	Ausência Retenção	104,68
10	08.36.01	Material Limpeza	Prot. 27/10	Retenção a menor	758,21
11	08.36.03	Material Limpeza	Prot. 27/10	Ausência Retenção	96,59
12	08.41.03	Papelaria	Prot. 28/10	Retenção a menor	296,17
13	08.48.01	Bebidas Quentes	Prot. 107/09	Ausência Retenção	238,19
14	08.48.02	Bebidas Quentes	Prot. 107/09	Retenção a menor	65.498,43
				<b>TOTAL</b>	<b>70.499,46</b>

Em 12/12/2016 a autuada procedeu ao recolhimento parcial do Auto de Infração, relativamente aos itens listados acima, conforme informações extraídas dos sistemas SIGAT e INC da SEFAZ/BA (doc. fls. 430 a 436).

Impugnou as cobranças contidas nos itens 03 e 09 da peça de lançamento.

Para a infração 03, ressaltou que a autuante acostou no Auto de Infração (fls. 11 a 50 do Anexo I), relação analítica das Notas Fiscais emitidas, que acobertaram as operações com o produto “preservativo”. Procurou a autuante demonstrar, de forma detalhada, que nos exercícios de 2012 e 2013, é devida a cobrança do ICMS Substituição Tributária pela empresa emitente (detentora do Regime Especial) por não atender aos mandamentos previstos no art. 264, inc. XXIII, do RICMS, que estabelece a necessidade de informar nos documentos fiscais, em dados adicionais, o valor do ICMS desonerado.

Discordando desse lançamento, a defesa afirmou que todos os documentos fiscais listados no Anexo I do A.I., se referem a operações exclusivamente de transferências. Correspondem a Notas Fiscais emitidas com o CFOP 6152 de sua matriz sediada em MG, CNPJ nº 25.757.840/0001-24, para a sua filial em Vitória da Conquista de CNPJ nº 25.757.840/0028-44 e que nenhuma das operações estão relacionadas a saídas para comercialização ou venda.

Sustenta que a inaplicabilidade do ICMS Substituição Tributária no faturamento da transferência pelo contribuinte está amparada pela presunção de que a operação subsequente estará sobre o abrigo da isenção prevista no art. 264, inciso XXIII, do RICMS-BA e no próprio Conv. ICMS 116/98.

Alega não ser plausível a alegação do Fisco em descaracterizar o não atendimento do art. 264, pois não é na operação de transferência, e tampouco na entrada, que deverá ser observada esta condicionante, mas sim, na operação de venda subsequente.

Assevera que tanto a norma tributária do Estado da Bahia, posta no ordenamento, quanto o Regime Especial de Substituto Tributário do contribuinte, omitem ou não elucidam o tratamento a ser dispensado para um produto, no caso, “preservativos”, cuja condicionante para aplicação da isenção (alíquota 0%) em operação interestadual, ainda que em transferência, deve se fazer valer as regras tributárias internas da Bahia, regras estas válidas para a venda dos mencionados produtos.

Considera que, se houve algum descumprimento de obrigação acessória de não informar o valor do ICMS desonerado, este não é para com o Estado de Bahia, por tratar-se de ICMS de operação própria, mas sim o ente tributante do Estado de origem.

Entende que não descumpriu qualquer preceito legal, acostando aos autos evidências de que, mesmo não tendo mencionado nos documentos fiscais os valores do ICMS desonerado, o que admite somente para argumentar, as bases utilizadas para definição do preço de transferência é a mesma utilizada na aquisição do produto, no caso, do fornecedor *DKT do Brasil Produtos de Uso Pessoal Ltda*, situado em São Paulo, inferindo daí que, se não houve qualquer variação na base de cálculo entre as operações tem-se, por absoluto, que nenhum prejuízo pecuniário foi causado ao fisco baiano.



Reitera que agiu em estrita obediência às normas tributárias no que tange a definição da base de cálculo do ICMS para as operações em transferência, utilizando o preço da entrada mais recente no estabelecimento da matriz, conforme determina o RICMS do Estado de Minas Gerais, Dec. 43.080/2002, transcrevendo na peça defensiva o citado dispositivo regulamentar.

Anexou planilha denominada “*Notas Fiscais Aquisição Fornecedor DKT 2012 a 2013.xlsx*” Anexo 004, bem como todos os 63 DANFES Anexo 005 de aquisição que estão relacionados na planilha, para comprovar que o valor unitário aplicado na transferência é o mesmo da NF de aquisição do fornecedor, observada a data de entrada no estabelecimento do contribuinte com suas saídas posteriores a esta data, até o recebimento de outra entrada para o mesmo produto. Esclarece que a planilha detalha as diferenças entre Nota Fiscal do fornecedor e o Registro de Entrada para o contribuinte, principalmente as diferenças entre as embalagens comercializadas por ambos, sendo a unidade de venda do contribuinte menor que a unidade de venda do fornecedor. Ressaltou, como informação relevante, que o preço unitário da aquisição é igual a preço unitário da transferência, conforme atesta os documentos carreados no Anexo 1 das págs. 11 a 50. A título de exemplo, selecionou as duas últimas NFs de transferência emitidas no final dos exercícios de 2012 e 2013, evidenciando as informações declaradas, apresentando arquivos, denominados “Evidências”, Anexo 006 com a recomendação de que sejam auditadas essas informações.

Transcreveu decisões originárias do Tribunal de Justiça de Pernambuco sobre o tema (fls. 272/273).

Salientou, ainda, que não ocorreu qualquer ônus ou adição do ICMS pela ausência da menção do valor do imposto desonerado. Reiterou que não houve no caso concreto qualquer prejuízo ao destinatário nem violação às normas do Convênio ICMS 116/98 e nem, tampouco, aos entes tributantes: Minas Gerais e Bahia.

Quanto à infração 09, relacionada à falta de recolhimento do ICMS-ST retido, informa ter identificado no relatório trazido pela fiscalização denominado Sistema INC – Informações do Contribuinte (Relação de DAEs), a ausência de dois DAEs (Documentos de Arrecadação) com vencimento de 21/11/2012, cujo recolhimento fora efetivamente realizado.

Esclarece que cometeu um equívoco no preenchimento das guias denominadas GNREs, de competência 11/2012 com vencimento para 21/11/2012, no campo dos “Dados do Contribuinte”, informando a inscrição de contribuinte interno IE nº 052.649.482 em substituição ao correto, que seria a inscrição de substituto tributário nº 038.450.091, sendo este o motivo da provável ausência no Relatório INC da relação de DAEs da Secretaria da Fazenda.

Observou que estas GNREs, reproduzidas no Anexo 007 (doc. fls. 411/412) da peça de defesa, comprovam o recolhimento na data do vencimento da obrigação tributária, em 21/11/2012, no Banco Bradesco, conforme as autenticações mecânicas e planilha abaixo:

Ord	Cód Receita	IE Informada	IE Correta	Data Pagto	Banco	Nº Autent	Valor
1	100048	52.649.482	38.450.091	21/11/12	Bradesco	0265-150-176	917,28
2	100048	52.649.482	38.450.091	21/11/12	Bradesco	0265-150-177	63.514,74
<b>T O T A L</b>							<b>64.432,02</b>

Pede que sejam retificadas as informações de recolhimento dessas GNREs para que seja desconstituído e ratificado o crédito tributário lançado no Auto de Infração, vez que estaria comprovado que as informações da competência de nov/2012 foram recolhidas em sua totalidade conforme declarado na GIA-ST.

Ao finalizar a peça de defesa pede que sejam acatados os argumentos defensivos relacionados com as infrações impugnadas (infrações 03 e 09). Conclui afirmando que pretende provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, requerendo, desde já a juntada dos seguintes documentos anexados às fls. 276 a 415, sem prejuízo de outros que vierem a ser necessários para o deslinde da questão.

Foi prestada informação fiscal em 15/03/2017, peça que se encontra anexada às fls. 418 a 426.

Inicialmente a autuante informou que a auditoria fiscal foi realizada tomando por base os arquivos de Notas Fiscais emitidas eletronicamente pela autuada, baixadas através do Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas da SEFAZ/BA, e gravadas no CD, anexo à fl. 250 deste PAF. Que também foram extraídas informações contidas nos sistemas INC - Informações do Contribuinte, SIGAT - Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária e demais sistemas corporativos da SEFAZ/BA.

Pontuou que o estabelecimento autuado vem apresentando regularmente o documento denominado GIA-ST que é o resumo do ICMS retido e a recolher, que compreende o ICMS retido por substituição em operações interestaduais decorrente da celebração de convênios e protocolos onde são descritos os produtos sujeitos à substituição tributária, os procedimentos e as obrigações respaldados na Lei Complementar nº 87/96 e alterações posteriores, cujo imposto é apurado nota a nota. Que a fiscalização foi executada ao amparo dos Convênios e Protocolos listados nas descrições das infrações e no Regime Especial, Parecer DITRI 81/94, revogado em 02/06/2015, portanto, vigente durante os exercícios fiscalizados (2012 e 2013), e da Consulta, Parecer DITRI 2340/09. Acrescentou que o Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - art. 96), consta que a expressão "legislação tributária" compreendendo as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Ao adentrar no exame da infração 03, frisou que a autuada, ao realizar operações de circulação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária destinadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia, está obrigada a acatar as normas tributárias internas vigentes, conforme estabelece a Cláusula oitava do Conv. ICMS 81/93 – Normas Gerais, com a seguinte redação:

*“Cláusula oitava O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.”*

Argumentou que de acordo com a legislação tributária, as operações com o produto “preservativo”, classificado na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, sob o código 4014.10.00, está sujeito ao regime de substituição tributária por antecipação, relativamente às operações internas, subsequentes, conforme redação do item 32.2 do Anexo 1, do RICMS/BA, e em concordância com o previsto no *caput* do art. 289 do citado Regulamento, com a seguinte redação, “*in verbis*”:

*“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.”*

***“Anexo 1 - MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA***

***Item 32.2:*** Soros, mamadeiras de borracha vulcanizada, vidro e plástico, chupetas e bicos para mamadeiras, absorventes higiênicos, de uso interno ou externo, **preservativos**, pastas e escovas dentífricas, fio dental / fita dental, preparação para higiene bucal e dentária, fraldas descartáveis ou não - 3002, 4014.90.90, 7013.3, 3924.1, 4014.90.9, 9619, **4014.1**, 3306.1, 9603.21, 3306.2, 3306.9, 4818.40.1; 5601.1, 6111, 6209. **Conv. ICMS 76/94.**”

Frisou também que as operações realizadas com o produto “preservativo” estão enquadradas no regime de substituição tributária interestadual por força das disposições do Conv. ICMS 76/94:

*“Cláusula primeira Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.*

***Anexo Único - Item VII: Preservativos – 4014.10.00.***”

Por sua vez, o inciso XXIII do art. 264 do RICMS/BA, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com o produto em comento, sujeita a fruição do benefício à satisfação da condição imposta: o abatimento do preço da mercadoria do valor equivalente ao imposto que seria devido

se não houvesse a isenção, sendo que tal abatimento deve ser indicado de forma expressa no documento fiscal:

*“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);”*

O Conv. ICMS 116/98, no qual o dispositivo regulamentar se ampara, estabelece:

*“Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.*

*§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.”*

Ressaltou ainda que o Ajuste SINIEF 10/2012, que disciplina como deve ser demonstrado na Nota Fiscal, quando exigido, o abatimento do valor do ICMS desonerado por meio de benefício fiscal, no valor da operação, determina:

*“Cláusula primeira O estabelecimento que promover operação com benefício fiscal, que condicione a fruição ao abatimento do valor do ICMS dispensado, observará o seguinte:*

*I - tratando-se de nota fiscal eletrônica, o valor dispensado será informado nos campos “Desconto” e “Valor do ICMS” de cada item, preenchendo ainda o campo “Motivo da Desoneração do ICMS” do item com os códigos próprios especificados no Manual de Orientação do Contribuinte ou Nota Técnica da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e;*

*Parágrafo único Caso não existam na NF-e os campos próprios para prestação da informação de que trata esta cláusula, o Motivo da Desoneração do ICMS, com os códigos próprios especificados no Manual de Orientação do Contribuinte ou em Nota Técnica da NF-e, e o Valor Dispensado, deverão ser informados no campo “Informações Adicionais” do correspondente item da Nota Fiscal Eletrônica, com a expressão: “Valor Dispensado R\$ \_\_\_\_\_, Motivo da Desoneração do ICMS \_\_\_\_\_.”*

Destacou, ainda, que, consoante o art. 13, I, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do imposto é o valor da operação e que este inclui o montante do ICMS, sendo seu destaque mera indicação para fins de controle. À vista disso, entende que a condição imposta para fruição do benefício fiscal citado justifica-se, pois confere a certeza de que o valor do imposto, do qual o ente tributante abriu mão, foi descontado integralmente em todas as etapas das operações, favorecendo, em última análise, ao consumidor final.

*“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:*

*I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;*

*(...)*

*§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:*

*I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;”*

A autuante afirma que a partir das Notas Fiscais relativas às operações com preservativos emitidas pela autuada, contidas no CD juntado à fl. 250 dos autos, estaria evidenciado que não foi satisfeita a condição imposta no dispositivo do RICMS, contido no art. 264, inciso XXIII. Em decorrência a autuante conclui que pereceu o direito de uso do benefício da isenção, e, por consequência, as operações acobertadas pelas notas fiscais passaram a ser consideradas tributáveis normalmente, inclusive no que diz respeito ao ICMS substituição tributária.

Quanto à alegação de que as operações objeto da autuação se referiam a transferências e não a vendas de mercadorias, não se sujeitando à retenção antecipada do ICMS, a autuante declarou que o contribuinte protocolou consulta junto à Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA – DITRI, Processo nº 282.634/2008-0, relativamente aos “procedimentos a serem adotados nas transferências de mercadorias sujeitas à substituição tributária e arroladas no Anexo 88”, que foi respondida pelo órgão responsável, através do Parecer nº 2.340/2009, com o seguinte teor, abaixo reproduzido:

*“A empresa acima qualificada, atuando neste Estado no comércio atacadista de mercadorias em geral, inscrita como contribuinte substituto e possuidora de Termo de Acordo concedido através do Parecer DITRI nº 81/94, dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante aos procedimentos a serem adotados para fins de transferência, para suas filiais localizadas no Estado da Bahia, de mercadorias sujeitas a substituição tributária e arroladas no Anexo 88 do RICMS/BA, e apresentando os seguintes questionamentos:*

*1) O art. 355, Inciso I, do RICMS/BA menciona que somente não incide ICMS-ST na transferência quando o emitente for estabelecimento industrial, o que não é o caso da Consulente. Diante do exposto, qual a regra para o destaque e recolhimento do ICMS Substituição Tributária em operação de transferência, ou seja, o recolhimento deverá ocorrer na entrada do estabelecimento baiano?*

...

#### RESPOSTA

*Em resposta à orientação solicitada na inicial, e conforme pronunciamento emitido pela GERSU – Gerência de Substituição Tributária às fls. 02 e 03, informamos o que se segue, observando a ordem dos questionamentos apresentados:*

*1 - A Consulente deverá fazer a retenção e recolhimento do imposto nos termos do Regime Especial de que é possuidora, conforme Parecer DITRI 81/94, cassado e reativado por força de medida liminar em Mandado de Segurança impetrado pela interessada. O Regime Especial em tela aprovou Termo de Acordo para retenção do ICMS das mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/2007, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.”*

Acrescentou em seguida que por força do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA e vigente à época, foram efetuadas as operações de transferência de preservativos (2012 e 2013) e, por não ter sido atendida a condição prevista no dispositivo regulamentar da isenção, deveria a empresa autuada ter efetuado a retenção e o recolhimento antecipado do ICMS. Informou que a empresa adotou o procedimento de retenção e pagamento antecipado do ICMS para as demais mercadorias enquadradas no regime da ST, conforme consta no CD anexado à fl. 250 deste PAF.

Entende a autuante que o contribuinte se equivoca quando alega ser inaplicável a retenção do ICMS-ST nas operações de transferências de preservativos sob o argumento de que as operações com esse produto estariam amparadas pela presunção de que as saídas subsequentes estariam sob o abrigo da isenção prevista no art. 264, inc. XXII, do RICMS-BA, especialmente porque deixou de ser atendida a condição prevista na norma do benefício fiscal.

No tocante à infração 09, a autuante declarou que ao analisar as alegações contidas na peça defensiva, de que houve a inserção de informações incorretas nas GNREs vinculadas à inscrição estadual de contribuinte interno (IE nº 052.649.482), ao invés da inscrição do contribuinte substituto (IE nº 038.450.091) procedeu à verificação no sistema INC – Informações do Contribuinte, na inscrição fornecida de sua filial em Vitória da Conquista.

Que a partir dessa consulta acerca da arrecadação do estabelecimento inscrito sob o nº 052.649.482, foi confirmada a informação de que no dia 21/11/2012 foram efetuados dois recolhimentos sob o código de receita 1.188 – ICMS Substituição Tributária – Apuração, cujo valor histórico foram, respectivamente, de R\$917,28 e R\$63.514,74, perfazendo com exatidão o valor reclamado na Infração 09, que é de R\$64.432,02.

Que a consulta também demonstrou que o estabelecimento filial neste Estado efetuou, no mês de novembro/2012, além dos recolhimentos citados acima, aqueles concernentes às operações que realizou, conforme cotejamento com a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, enviada eletronicamente pelo contribuinte.

Registrou ainda que a GNRE, instituída pelo Ajuste SINIEF 11/97, é o documento a ser utilizado no recolhimento de tributos devidos à unidade federada diversa da do domicílio do contribuinte nas operações interestaduais, e que os números de controle 1205020654 e 1205020664 das guias apresentadas (doc. fls. 411 e 412) também coincidem com os registrados no sistema para os

valores arrecadados, concluindo, então, que os valores reclamados no A.I. foram recolhidos, pois não se confundem com o imposto devido pela filial Bahia, recolhido sob os códigos de receita: 2.175 – ICMS – Antecipação Parcial e 759 – ICMS Regime Normal – Comércio, cujos valores perfazem os informados na respectiva DMA.

À exceção da infração nº 09, que a autuante reconhece ser improcedente, a autoridade fiscal pede que este Conselho de Fazenda Estadual declare a procedência das demais exigências fiscais.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 14 (catorze) infrações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório acima, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

As exigências fiscais estão relacionadas à cobrança de ICMS-ST em operações interestaduais, por força de Convênios e Protocolos firmados entre a Bahia e demais unidades federadas. O contribuinte autuado tem estabelecimento comercial localizado em Minas Gerais, no município de Uberlândia, e é inscrito no CAD-ICMS da Bahia na condição de contribuinte substituto, sendo que à época da ocorrência dos fatos geradores, objeto do presente lançamento, era detentor de Regime Especial/Termo de Acordo para a retenção e recolhimento de ICMS das operações com mercadorias arroladas no Anexo 88, do Regulamento do imposto (RICMS).

Na fase de defesa o contribuinte reconheceu ser devedora das cobranças lançadas nos itens 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14. Às fls. 430 a 436 deste PAF foram anexados relatórios do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, comprovando o pagamento das parcelas relacionadas àqueles itens, totalizando a cifra principal de R\$70.499,46, que acrescido de juros moratórios e multas, perfaz o valor de R\$ 106.672,16. Esses itens da autuação que foram expressamente reconhecidos pelo contribuinte são procedentes, devendo os valores recolhidos ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

A defendente impugnou a totalidade das infrações 03 e 09. Na infração 03 a cobrança do ICMS recaiu sobre as operações de entrada listadas no Anexo I da peça de lançamento (doc. fls. 11 a 50v.), ocorridas nos meses de maio/2012 a dezembro/2013. Foi exigido o ICMS - Substituição Tributária das operações de remessa do produto preservativo, por entender a autuante que o contribuinte deixou de atender aos mandamentos previstos no art. 264, inc. XXIII, do RICMS-BA, que estabelece a necessidade de informar nos documentos fiscais, em dados adicionais, o valor do ICMS desonerado nas respectivas operações.

Discordando desse lançamento, a defesa afirmou que todos os documentos fiscais listados no Anexo I do A.I., se referem a operações exclusivamente de transferências. Correspondem a Notas Fiscais emitidas com o CFOP 6152 de sua matriz sediada em MG, CNPJ nº 25.757.840/0001-24, para a sua filial em Vitória da Conquista, de CNPJ nº 25.757.840/0028-44, e que nenhuma das operações estão relacionadas a saídas para comercialização ou venda. Sustentou a inaplicabilidade do ICMS Substituição Tributária nas operações de transferências, visto que as saídas subsequentes estariam abrigadas pela norma de isenção prevista no art. 264, inciso XXIII, do RICMS-BA e no próprio Conv. ICMS 116/98. Acrescentou que a condição prevista na norma isentiva há que ser observada nas etapas subsequentes de saídas, ou seja, nas vendas realizadas no Estado da Bahia, não sendo plausível o Fisco descaracterizar o não atendimento das normas do art. 264 do RICMS-BA, nas operações de transferências das mercadorias promovidas pelo estabelecimento autuado, localizado no Estado de Minas Gerais.

Asseverou, ainda, que tanto a norma tributária do Estado da Bahia, posta no ordenamento, quanto o Regime Especial de Substituto Tributário do contribuinte, são omissos ou não elucidam o tratamento a ser dispensado para um produto, no caso, “preservativos”, cuja condicionante para aplicação da isenção (alíquota 0%) em operação interestadual ainda que de transferência, deve se fazer valer as regras tributárias internas da Bahia, regras estas válidas para a venda subsequentes dos mencionados produtos.

Destacou ainda que nos documentos fiscais de aquisição do produto junto ao fornecedor DKT *do Brasil Produtos de Uso Pessoal Ltda*, situado em São Paulo, não houve também destaque do ICMS, pois a operação se encontrava beneficiada pela isenção prevista no Conv. ICMS 116/98 e que, no caso em exame, não houve qualquer variação na base de cálculo entre as operações, de aquisição em São Paulo e posterior transferência para a filial da autuada, localizada na Bahia, sendo obedecidas as regras de fixação da base de cálculo previstas na Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, § 4º, inc. I), com a utilização do preço da entrada mais recente no estabelecimento da matriz.

Para provar o alegado a defesa anexou planilha denominada “*Notas Fiscais Aquisição Fornecedor DKT 2012 a 2013.xlsx*”, Anexo 004 (fls. 316 a 324), bem como todos os 63 DANFEs que acobertaram a referida operação de aquisição, Anexo 005 (fls. 326 a 406), visando comprovar que o valor unitário aplicado na transferência foi o mesmo consignado na Nota Fiscal de aquisição do fornecedor.

Ressaltou, mais uma vez na peça defensiva, como informação relevante, que o preço unitário da aquisição é igual a preço unitário da transferência, conforme atestam os documentos carreados ao PAF. A título de exemplo, selecionou as duas últimas Notas Fiscais de transferências, emitidas no final do exercício de 2012 e 2013, evidenciando as informações declaradas e apresentadas nos arquivos denominados “Evidências”, espelhadas no Anexo 006, da impugnação, fls. 408/409, deste PAF (processo administrativo fiscal).

Com base nos fatos acima descritos, passo a decidir o mérito da infração 03.

A norma de isenção contida no RICMS-Ba (art. 264, inc. XXIII), é a abaixo transcrita:

*“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);”*

Essa norma do RICMS/2012 fundamenta-se nas disposições do Conv. ICMS 116/98, com o seguinte teor:

*“Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.*

*§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.”*

Trata-se, portanto, de benefício condicionado, cujo objetivo ou finalidade foi possibilitar que o destinatário final da mercadoria, ou seja, o consumidor final, adquirisse o produto sem sofrer a repercussão financeira do imposto incidente nas etapas anteriores de produção e circulação.

No caso concreto há dois fatos relevantes a serem considerados na solução dessa lide. Primeiro: as operações de aquisição do produto objeto da autuação foram realizadas ao amparo da isenção, prevista no Conv. ICMS 116/98, conforme comprovam as notas fiscais acostadas às fls. 326 a 406 do PAF (Anexo 005 da peça defesa). Segundo: as operações subsequentes de remessa do produto em transferência, do estabelecimento ora autuado, situado em MINAS GERAIS para sua filial localizada na Bahia (Vitória da Conquista), se deram também sob amparo da mesma isenção, com base de cálculo formada a partir do preço de entrada mais recente (preço de aquisição no fornecedor/fabricante), em conformidade com as disposições do art. 13, § 4º, inc. I, da LC nº 87/96, revelando, portanto que não houve inclusão do ICMS em nenhuma das etapas de circulação da mercadoria. Esse fato se encontra atestado nos documentos juntados, ainda que por amostragem, às fls. 408/409 (Anexo 006 da peça de defesa). Nenhuma das circunstâncias fáticas acima apontadas foram contraditadas pela autuante na fase de informação fiscal (fls. 418 a 426). Em relação aos fatos provados documentalmente pela defesa não há, portanto, controvérsia.

Resta para exame deste colegiado as questões de direito. Diante do cenário exposto acima, o benefício condicionado da exclusão da parcela do imposto que seria devido na operação de venda de preservativos, prevista nas normas de isenção acima transcritas (RICMS/12 e Conv. ICMS 116/98), só pode ser avaliado quando da realização da operação de saída subsequente para as empresas de varejo ou diretamente nas vendas a consumidor final, destinatário efetivo do benefício da isenção do ICMS ora em exame.

Considerando as circunstâncias acima apontadas a ação fiscal deveria ter sido realizada para verificar o atendimento da condição exigida no art. 264, inc. XXIII, do RICMS-BA nas notas fiscais de vendas subsequentes do produto.

Plausível a alegação defensiva de que a avaliação do não atendimento das condições previstas no art. 264, inc. XXIII, para as operações com preservativos, não deve ser feita na operação de transferência, e tampouco na etapa de entrada das mercadorias, mas sim, na operação de venda subsequente, realizada pelo estabelecimento localizado no território baiano, visto que o benefício visa, precipuamente, desonerar do imposto o adquirente final do produto.

Logo, no tocante a acusação de falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, de responsabilidade do estabelecimento remetente, localizado em Minas Gerais, a cobrança do imposto é indevida. Caberá à Inspetoria Fiscal verificar o atendimento dos requisitos para o gozo da isenção prevista no art. 264, inc. XXIII, do RICMS/12 em relação ao produto “preservativo” nas operações de saídas promovidas pelo estabelecimento da empresa Peixoto Comércio, Indústria, Serviços e Transportes S/A, localizada em Vitória da Conquista – Ba.

No tocante à infração 09, a autuante declarou que ao analisar as alegações contidas na peça defensiva de que houve a inserção de informações incorretas nas GNREs vinculadas à inscrição estadual de contribuinte interno (IE nº 052.649.482), ao invés da inscrição do contribuinte substituto (IE nº 038.450.091), procedeu à verificação no sistema INC – Informações do Contribuinte, na inscrição fornecida de sua filial em Vitória da Conquista - Ba.

Que a partir dessa consulta acerca da arrecadação do estabelecimento inscrito sob o nº 052.649.482, foi confirmada a informação de que no dia 21/11/2012 foram efetuados dois recolhimentos sob o código de receita 1.188 – ICMS Substituição Tributária – Apuração, cujo valor histórico foram, respectivamente, de R\$917,28 e R\$63.514,74, perfazendo com exatidão o valor reclamado na Infração 09, que é de R\$64.432,02.

Que a consulta também demonstrou que o estabelecimento filial neste Estado efetuou, no mês de novembro/2012, além dos recolhimentos citados acima aqueles concernentes às operações que realizou, conforme cotejamento com a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, enviada eletronicamente pelo contribuinte.

Registrou ainda que a GNRE, instituída pelo Ajuste SINIEF 11/97, é o documento a ser utilizado no recolhimento de tributos devidos à unidade federada diversa da do domicílio do contribuinte nas operações interestaduais, e que os números de controle 1205020654 e 1205020664 das guias apresentadas (doc. fls. 411 e 412) também coincidem com os registrados no sistema para os valores arrecadados, concluindo, então, que os valores reclamados no A.I. foram recolhidos, pois não se confundem com o imposto devido pela filial Bahia, recolhido sob os códigos de receita: 2.175 – ICMS – Antecipação Parcial e 759 – ICMS Regime Normal – Comércio, cujos valores perfazem os informados na respectiva DMA.

Diante do que foi exposto e considerando a revisão efetuada pelo próprio autuante, declaro ser indevida a cobrança no montante de R\$64.432,02, relacionada à infração 09.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão do lançamento de ofício das infrações 03 e 09.

Conforme já foi ressaltado linhas acima, às fls. 430 a 436 deste PAF foram anexados relatórios do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, comprovando o pagamento das parcelas relacionadas

aos itens 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14, totalizando a cifra principal de R\$70.499,46, que acrescido de juros moratórios e multas, perfaz o valor de R\$106.672,16. Esses itens da autuação foram expressamente reconhecidos pelo contribuinte e são procedentes. As parcelas recolhidas deverão ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **275290.3001/16-9**, lavrado contra **PEIXOTO COMÉRCIO, INDÚSTRIA, SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.499,46**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Os valores recolhidos pelo contribuinte deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, "a", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO– RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA