

A. I. Nº - 275290.0007/17-4  
AUTUADO - PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A  
AUTUANTE - MARTA HELENA DOS SANTOS FERNANDES  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.09.2018

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0136-05/18

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Está provado nos autos que resta razão ao defendente, quanto à aplicação da MVA de 49,08%, constante do item 32.2, do Anexo I, do RICMS/BA, em relação aos produtos “*dentifrícios (NCM 3306.1)*” e “*enxaguatórios bucais (NCM 3306.9)*”, por considerá-los inseridos na “*lista negativa*”, à época dos fatos geradores, vez que a alteração da Lei Estadual do ICMS só veio absorver as alterações da Lei Federal a partir de 26/11/2015, com a edição do Decreto nº 16.434, de 26/11/15, que passou a considerar tais produtos inseridos na “*lista neutra*” depois da ocorrência dos fatos geradores da autuação. Infração insubsistente; **b)** RETENÇÃO A MENOR DO ICMS-ST. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Compreensiva a alegação defensiva de que a avaliação do não atendimento das condições previstas no art. 264, inc. XXIII, do RICMS/2012, c/c Conv. ICMS 116/98, 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. Infração insubsistente; **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. PILHAS E BATERIAS. **d)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. RAÇÕES PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS. **e)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. MATERIAL DE LIMPEZA. **f)** RETENÇÃO A MENOR DO ICMS-ST. ARTIGOS DE PAPELARIA. **g)** RETENÇÃO A MENOR DO ICMS-ST. BEBIDAS QUENTES. PROT. ICMS 107/09. Itens reconhecidos; **h)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. Considerações de defesa foram suficientes para elidir a acusação. Fato reconhecido pelo agente Fiscal. Infração insubsistente; **i)** RETENÇÃO A MENOR DO ICMS-ST. BEBIDAS QUENTES. PROT. ICMS 102/12. Considerações de defesa foram suficientes para elidir a acusação. Fato reconhecido pelo agente Fiscal. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$205.545,90, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 08.15.02: 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 neste Estado, ao amparo do Conv. ICMS nº 76/04 (*Produtos Farmacêuticos*), em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada no referido instrumento, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2014, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$20.812,69, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula segunda, terceira e quarta do Conv. ICMS nº 76/94 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 08.15.03: 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 neste Estado, ao amparo do Conv. ICMS nº 76/04 (*Produtos Farmacêuticos*), relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2014 e fevereiro de 2015, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$90.749,16, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula segunda, terceira e quarta do Conv. ICMS nº 76/94 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 08.24.03: Deixou de proceder 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 neste Estado, ao amparo do Conv. ICMS nº 18/15 (*Pilhas e Baterias*) relativo ao mês de janeiro de 2014, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$101,93, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira, terceira, quarta e quinta do Conv. ICMS nº 18/85, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 08.33.03: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, ao amparo do Prot. ICMS nº 26/04 (*Rações para Animais Domésticos*), conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$576,63, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira a quinta do Protocolo ICMS nº 26/04, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - 08.36.03: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, ao amparo do Prot. ICMS nº 27/10 (*Material de Limpeza*), conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$7.543,10, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira e quinta do Protocolo ICMS nº 106/09 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 08.38.03: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 109/09), ao amparo do Prot. ICMS nº 28/10 (*Artigos de Papelaria*), em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada na legislação conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$294,85, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira e quinta do Protocolo ICMS nº 106/09 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 - 08.48.02: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, ao amparo do Prot. ICMS nº 107/09 (*Bebidas Quentes*), em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada na legislação, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no

PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$21.526,87, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira e quarta do Protocolo ICMS nº 107/09 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 - 08.52.01: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, ao amparo do Prot. ICMS nº 103/12 (Bebidas Quentes), conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$26.911,81, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira a quinta do Protocolo ICMS nº 103/12 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 9 - 08.52.02: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, ao amparo do Prot. ICMS nº 103/12 (Bebidas Quentes), em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada na legislação, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$37.028,86, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira a quinta do Protocolo ICMS nº 103/12 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 71 a 83, que a seguir passo a expor:

Diz que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através da IFEP COMÉRCIO, lavrou através do Termo/Auto de Infração retro, para o período de fiscalização entre 01/01/2014 a 31/12/2016, totalizando em R\$205.545,90, fundamentando-o resumidamente da seguinte forma:

| Nro Inf      | Cod Infração | Grupo produtos              | Embasamento | Infração         | Total             |
|--------------|--------------|-----------------------------|-------------|------------------|-------------------|
| 1            | 08.15.02     | Dentrificios (Farmac)       | Conv 76/04  | MVA menor        | 20.812,69         |
| 2            | 08.15.03     | Preservativos               | Conv 76/04  | ST não destacada | 90.749,16         |
| 3            | 08.24.03     | Pilhas e Bateros (Hand Bic) | Prot 18/85  | ST não destacada | 101,93            |
| 4            | 08.33.03     | Rações                      | Prot 26/04  | MVA menor        | 576,63            |
| 5            | 08.36.03     | Material Limpeza            | Prot 27/10  | ST não destacada | 7.543,10          |
| 6            | 08.38.03     | Papelaria                   | Prot 28/10  | MVA menor        | 294,85            |
| 7            | 08.48.02     | Bebidas Quentes             | Prot 107/09 | MVA menor        | 21.526,87         |
| 8            | 08.52.01     | Bebidas Quentes             | Prot 103/12 | ST não destacada | 26.911,81         |
| 9            | 08.52.02     | Bebidas Quentes             | Prot 103/12 | MVA menor        | 37.028,86         |
| <b>Total</b> |              |                             |             |                  | <b>205.545,90</b> |

Destaca que vem refutá-lo em parte, visto que, como restará demonstrado, não procedem todos os fundamentos que o subsidiaram.

• 3 – DO MÉRITO:

3.1. Da concordância parcial acerca dos seguintes lançamentos:

Diz que reconhece como procedentes os lançamentos descritos nas Infrações de nºs. 03, 04, 05, 06 e 07, quais sejam:

| Nro Inf      | Cod Infração | Grupo produtos              | Embasamento | Infração         | Total            |
|--------------|--------------|-----------------------------|-------------|------------------|------------------|
| 3            | 08.24.03     | Pilhas e Bateros (Hand Bic) | Prot 18/85  | ST não destacada | 101,93           |
| 4            | 08.33.03     | Rações                      | Prot 26/04  | MVA menor        | 576,63           |
| 5            | 08.36.03     | Material Limpeza            | Prot 27/10  | ST não destacada | 7.543,10         |
| 6            | 08.38.03     | Papelaria                   | Prot 28/10  | MVA menor        | 294,85           |
| 7            | 08.48.02     | Bebidas Quentes             | Prot 107/09 | MVA menor        | 21.526,87        |
| <b>Total</b> |              |                             |             |                  | <b>30.043,38</b> |

Dessa feita, observa que, para os lançamentos supra, a contribuinte reconhece o débito e apresenta os DAE's de n.ºs. 1705155636 e 1705155637, nos valores de R\$40.492,81 e R\$2.275,90 respectivamente, documentos em anexo (Anexo 004), comprovando a liquidação do montante antes do vencimento do prazo de impugnação.

### 3.2 – Das razões para nulidade parcial do auto de infração:

Destaca que, não obstante o reconhecimento dos valores expostos no tópico acima, diz que refutará os valores que julga divergentes, os quais serão demonstrados adiante. Diz contestar os lançamentos gravados como Infrações 01, 02, 08 e Infração 09 do referido Auto de Infração, conforme a seguir:

- **INFRAÇÃO 01:** Para esta infração, diz que o agente autuante relatou o seguinte:

*“Fundamento: O agente fiscalizador relata que a contribuinte 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 contribuinte localizados no Estado da Bahia ao amparo do Conv. 76/04 (Produtos Farmacêuticos), em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada no referido convênio e no RICMS/BA, conforme demonstrativo de apuração do ICMS-ST do Anexo II e CD ROM, partes integrantes deste PAF. (grifo nosso)*

*Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS Nº 76/94 e alterações posteriores.*

*Multa Aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.*

*Valor Total: R\$ 20.812,69”*

Destaca que, em apertada síntese, o agente autuante equivocadamente aduz que o contribuinte utilizou MVA menor que a disposta em legislação para os itens CREME DENTAL (dentifrícios - NCM 3306.1) e ENXAGUATÓRIO BUCAL (NCM 3306.9), isto ao longo de todo o ano de 2014. Alega que a MVA a ser adotada em 2014 seria de 58,37%, sugerindo que os produtos em comento estariam inseridos na LISTA NEUTRA, enquanto o contribuinte entende que a MVA correta seria de 49,08%, pois os itens objeto da infração em combate estariam inseridos na LISTA NEGATIVA, conforme se observa do item 32.2 do anexo I, do RICMS/BA (redação de 2014).

|      |   |  |  |  |                         |
|------|---|--|--|--|-------------------------|
| 32.2 | Mamadeiras de borracha vulcanizada, vidro e plástico - 4014.90.9, 7013.3, 3924.9; chupetas e bicos para mamadeiras - 4014.90.9; absorventes higiênicos, de uso interno ou externo - 9619; pastas; e escovas dentifrícias - 3306.1 e 9603.21; fio dental/fita dental - 3306.2; preparação para higiene bucal e dentária - 3306.9; fraldas descartáveis ou não - 9619 | Conv. ICMS 76/94 - AC, AL, AP, BA, ES, MA, MS, MT, PA, PB, PE, PI, RN, SE e TO<br>Prot. ICMS 99/09 - BA e PR | 53,89% (Alíq. 4%)<br>49,08% (Alíq. 7%)<br>41,06% (Alíq. 12%)<br>(LISTA NEGATIVA) | 53,89% (Alíq. 4%)<br>49,08% (Alíq. 7%)<br>41,06% (Alíq. 12%)<br>(LISTA NEGATIVA) | 33,05% (LISTA NEGATIVA) |
|      |   |  | 59,89% (Alíq. 4%)<br>54,89% (Alíq. 7%)<br>46,56% (Alíq. 12%)<br>(LISTA POSITIVA) | 59,89% (Alíq. 4%)<br>54,89% (Alíq. 7%)<br>46,56% (Alíq. 12%)<br>(LISTA POSITIVA) | 38,24% (LISTA POSITIVA) |
|      |   |  | 63,48% (Alíq. 4%)<br>58,37% (Alíq. 7%)<br>49,89% (Alíq. 12%)<br>(LISTA NEUTRA)   | 63,48% (Alíq. 4%)<br>58,37% (Alíq. 7%)<br>49,89% (Alíq. 12%)<br>(LISTA NEUTRA)   | 41,34% (LISTA NEUTRA)   |

Observa que, há que se ressaltar que Lista é conceito da tributação de PIS/COFINS sobre medicamentos e farmacêuticos, a qual define a regra a ser aplicada a cada produto inserido em uma das três listas (positiva, negativa ou neutra). Na lista negativa, o item é monofásico, ou seja, somente a Indústria recolhe o tributo devido, encerrando toda a fase de tributação do item. Nessa esteira, resta claro que os produtos CREME DENTAL (dentifrícios - NCM 3306.1) e ENXAGUATÓRIO BUCAL (NCM 3306.9) estão inseridos nesta categoria.

Diz que o Decreto nº 13.780 de 16 de março de 2012, em seu art. 61, vigente até 26/11/2015, conceitua LISTA NEGATIVA como sendo:

*“LISTA NEGATIVA”, relativamente aos produtos classificados nas posições 3002 (soros e vacinas), exceto nos itens 3002.30 e 3002.90, 3003 (medicamentos), exceto no código 3003.90.56, e 3004*

*(medicamentos), exceto no código 3004.90.46, nos itens 3306.10 (dentifrícios), 3306.20 (fios dentais), 3306.90 (enxaguatórios bucais) e nos códigos 3005.10.10 (ataduras, esparadrapos, gazes, sinapismos, pensos, etc.), 3006.30 (preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente), 3006.60.00 (preparações químicas contraceptivas à base de hormônios) e 9603.21.00 (escovas dentifrícias), todos da NCM (LISTA NEGATIVA).” (grifo nosso)*

Pontua que, de fato, o Decreto nº 16.434/2015 alterou a listagem acima transcrita, incluindo os dentifrícios e enxaguatórios bucais na lista neutra. Ocorre que o mencionado decreto somente produziu efeitos a partir de 27/11/2015, ou seja, em data posterior aos lançamentos em combate (ano de 2014).

Dessa feita, resta claro que aplicou a MVA correta disposta na legislação em vigor à época para os itens dentifrícios e enxaguatórios bucais, qual seja, 49,08%, o qual, sofrendo a redução da base de cálculo (10%) aplicável a contribuinte, perfaz uma MVA efetiva de 34,17%, conforme demonstrado pela autuante em seus anexos.

Neste contexto diz que é totalmente improcedente, portanto, a Infração 01. É esta declaração que se requer.

Em não sendo este o entendimento, o que admite-se somente para argumentar, requer seja esclarecida de forma expressa, o embasamento legal para a classificação dos itens dentifrícios e enxaguatórios na LISTA NEUTRA no ano de 2014.

- **INFRAÇÃO 02** Para esta infração, diz que o agente autuante relatou o seguinte:

*“Fundamento: 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 ao amparo do Conv. 76/04 (Produtos Farmacêuticos), conforme demonstrativo de débito ora anexado (Anexo I e CD ROM, partes integrantes deste PAF). (grifos nosso)*

*Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS Nº 76/94 e alterações posteriores.*

*Multa Aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96*

*Valor Total: R\$ 90.749,16”*

Diz que a infração é expressa ao mencionar que a infração refere-se somente ao fato de que o contribuinte supostamente deixou de proceder à retenção do ICMS-ST nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Destaca que fiscal autuante acosta às fls. 12 à 28 do Anexo I do AIF em combate, a relação analítica das NF’s emitidas que contém o produto “PRESERVATIVO”, com o intuito de demonstrar detalhadamente nos exercícios de fiscalização (ano de 2014 e mês de fevereiro de 2015) a suposta legitimidade da cobrança de ICMS Substituição Tributária para o produto em comento, a qual não fora destacada e recolhida quando da entrada das mercadorias no estado.

Todavia, aduz que, melhor sorte não detém a infração em combate. Ressalta que a filial do contribuinte em Vitória da Conquista/BA é substituída, de modo que os itens sujeitos à ST interna são tributados integralmente quando da entrada da mercadoria no Estado da Bahia.

Destaca que esta informação é de extrema relevância, posto que considerando que a infração supostamente cometida se calca em notas de transferência entre matriz e filial, tem-se que os itens sujeitos à substituição tributária na Bahia já teriam de sofrer a incidência do instituto quando de sua entrada no estado.

Entende que o item objeto da infração em combate é abraçado por isenção tributária (alíquota 0%), nos termos do art. 264, inciso XXIII do RICMS da Bahia e do Convênio ICMS 116/98.

Neste contexto, diz que é certo que a inaplicabilidade do ICMS substituição tributária no faturamento da transferência pelo contribuinte está amparada no fato de que a operação subsequente estará abrigada pela isenção prevista no art. 264, inciso XXIII do RICMS da Bahia e no próprio Convênio ICMS 116/98.

Diz que, se o produto em comento (preservativos) é beneficiado com o instituto da isenção dentro do Estado da Bahia, não há que se falar na incidência de substituição tributária na

transferência, já que a operação subsequente se reveste da inaplicabilidade de tributação para o produto em comento, nos termos do que preconiza o artigo 264, inciso XXIII do RICMS da Bahia.

Ademais, destaca que, há que se esclarecer que todos os documentos fiscais listados no Anexo I do auto de infração em combate, se reportam a operações exclusivamente de transferências, portanto notas fiscais emitidas com o CFOP 6152 entre a matriz do contribuinte (CNPJ 25.757.840/0001-24 sediada em MG) para a sua Filial em Vitória da Conquista de CNPJ nº.: 25.757.840/0028-44. Diz que nenhuma das operações se refere a operação de venda.

Portanto, entende totalmente improcedente a infração 02. É o que se quer ver declarado.

- **INFRAÇÃO 08** – Para esta infração, diz que o agente autuante relatou o seguinte:

*“Fundamento: 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 ao amparo do Prot. 103/12 (Bebidas Quentes), conforme demonstrativo de débito ora anexado (Anexo I e CD ROM, partes integrantes deste PAF). (grifo nosso)*

*Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 C/C cláusulas primeira a quinta do Protocolo ICMS 103/12.*

*Multa Aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96*

*Valor Total: R\$ 26.911,81”*

#### **Detalhamento 1:**

| NF        | EMIÇÃO     | CNPJ               | ITEM   | PRODUTO           | CFOP | ALÍQ.<br>.INT | ALÍQ.<br>ORI | VAL<br>PRODUTO | ICMS<br>PRÓPRIO<br>CALC | MVA   | QTE | BS ST<br>CALCULADA | ICMS ST<br>CALC |
|-----------|------------|--------------------|--------|-------------------|------|---------------|--------------|----------------|-------------------------|-------|-----|--------------------|-----------------|
| 1.051.033 | 16/09/2016 | 25.757.840/0066-70 | 427058 | BEB ESPUMANTE SID | 6152 | 27            | 7            | 49.227,92      | 3.445,95                | 64,40 | 952 | 80.930,70          | 18.405,33       |

Com relação à NF.: 1.051.033 emitida em 16/09/2016, onde o fiscal Autuante informa a suposta ausência de retenção e recolhimento do ICMS, a contribuinte esclarece que o recolhimento da Substituição Tributária ocorreu em trânsito, quando da passagem do veículo pelo Posto Fiscal Benito Gama, oportunidade em que o próprio órgão fiscal de trânsito emitiu o DAE que fora pago em 20/09/2016 (anexo 005).

Esclarece ainda que o mencionado DAE foi incluído no processo número 2107651820/16-7 e inclusive foi gerado pelo próprio Posto Fiscal Benito Gama, em 20 de setembro de 2016 (Anexo 006), através de solicitação do Contribuinte à época (Senha 719), conforme faz prova o email em anexo, encaminhado à funcionária da contribuinte, Srta. Júlia Matias Reis. Portanto, improcedente a presente cobrança.

#### **Detalhamento 2:**

| NF        | EMIÇÃO     | CNPJ               | ITEM   | PRODUTO          | CFOP | ALÍQ.<br>.INT | ALÍQ.<br>ORI | VAL<br>PRODUTO | ICMS<br>PRÓPRIO<br>CALC | MVA   | QTE  | BS ST<br>CALCULADA | ICMS ST<br>CALC |
|-----------|------------|--------------------|--------|------------------|------|---------------|--------------|----------------|-------------------------|-------|------|--------------------|-----------------|
| 1.060.047 | 30/09/2016 | 25.757.840/0066-70 | 429407 | BEB VINHO DOM BO | 6152 | 27            | 7            | 90.818,56      | 6.357,30                | 36,37 | 1568 | 123.849,27         | 8.506,47        |

Destaca que o Decreto nº 16.987, de 24/08/2016, DOE de 26/08/2016, efeitos a partir de 01/10/2016, revogou o item 2 do Anexo I do RICMS/BA que trata das mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária para bebidas quentes.

Neste contexto, diz que, com relação à retenção e recolhimento do ICMS ST da NF.: 1.060.047, tem a esclarecer que a nota fiscal em comento tenha sido emitida na data de 30 de setembro de 2016, a saída das mercadorias do estabelecimento matriz da contribuinte somente se daria em 01 de outubro de 2016, data em que considerado o Decreto 16.987/16, já não se falaria mais na inclusão de bebidas quentes na listagem e mercadorias sujeitas à ST. Ciente deste fato, a contribuinte já cuidou para que o destaque da ST na nota fiscal mencionada não fosse realizado, conforme faz prova o DANFE em anexo (anexo 007).

E mais, diz que a entrada das mercadorias no Estado da Bahia somente ocorreu em 03 de outubro (vide registro de passagem), conforme consulta no Portal NF-e quadro ‘Situação Atual:

AUTORIZADA (*Ambiente de autorização: produção*)’ (anexo 008). A entrada definitiva no estabelecimento filial da contribuinte inclusive só se deu em 04/10/2016.

Observa que é certo que o fato gerador para a incidência da substituição tributária nas transferências interestaduais é a entrada da mercadoria no estado destinatário. Logo, se a entrada das mercadorias constantes da NF.: 1.060.047 se deu em 03 de outubro, constata-se que nesta data, bebidas quentes não mais integravam a lista de mercadorias sujeitas à substituição tributária, de modo que correta a ausência de incidência/destaque do mencionado imposto na nota fiscal em comento.

Outrossim, diz que, para o destinatário do produto, por sua vez era o estabelecimento filial do Contribuinte, e considerando a data de entrada das mercadorias no Estado da Bahia, é fato que este documento fiscal fora escriturado no mês de outubro de 2016, oportunidade em que já não se falava na incidência da substituição tributária sobre bebidas quentes.

Portanto, diz que, importante ressaltar, ainda que se admitisse a necessidade do destaque do imposto a NF 1.060.047 em função de sua data de emissão (30/09/2016), seria impossível que se efetuasse o levantamento de estoque naquela data (procedimento padrão nas hipóteses de inclusão e exclusão de produtos da lista de ST), já que em 30 de setembro, essas mercadorias não compunham o estoque da filial.

Dessa feita, improcedente o lançamento ora combatido, por todo o exposto. É o que se requer.

- **INFRAÇÃO 09** Para esta infração, diz que o agente autuante relatou o seguinte:

*“Fundamento: 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 contribuinte localizados no Estado da Bahia ao amparo do Prot. 103/12 (Bebidas Quentes), em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada no referido protocolo e no RICMS/BA, conforme demonstrativo de apuração do ICMS-ST do Anexo II e CD ROM, partes integrantes deste PAF. (grifo nosso)*

*Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 C/C cláusulas primeira a quinta do Protocolo ICMS 103/12.*

*Multa Aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96*

*Valor Total: R\$ 37.028,86”*

| DETALHAMENTO NOTA FISCAL: |            |                    |      |           |           |             |                   |                 |              |                |
|---------------------------|------------|--------------------|------|-----------|-----------|-------------|-------------------|-----------------|--------------|----------------|
| NF                        | EMIÇÃO     | CNPJ               | CFOP | ALÍQ .INT | ALÍQ. ORI | VAL PRODUTO | ICMS PRÓPRIO CALC | BS ST CALCULADA | ICMS ST CALC | RETIDO NO ITEM |
| 993.203                   | 06/05/2016 | 25.757.840/0066-70 | 6409 | 27        | 7         | 20.024,40   | 1.401,70          | 32.920,11       | 7.486,72     | 2.421,31       |
| 993.204                   | 06/05/2016 | 25.757.840/0066-70 | 6409 | 27        | 7         | 29.483,52   | 2.063,84          | 48.470,91       | 11.023,29    | 3.565,09       |
| 993.206                   | 06/05/2016 | 25.757.840/0066-70 | 6409 | 27        | 7         | 96.873,16   | 6.781,12          | 159.259,47      | 36.218,93    | 11.713,70      |
| TOTAL:                    |            |                    |      |           |           | 146.381,08  | 10.246,66         | 240.650,49      | 54.728,94    | 17.700,10      |

Diz que, para as notas fiscais relacionadas acima (NF's.: 993.203, 993.204 e 993.206) declara que tão logo as mesmas deram entrada no Estado da Bahia, já fora observada a retenção a menor da substituição tributária, de modo que tais notas fiscais, emitidas em 06/05/2016, foram integralmente devolvidas por sua filial do Estado da Bahia (*estabelecimento destinatário – recusa no verso das NF's*), procedimento este adotado com fincas no art. 450, §1º do Decreto nº 13.780/2012, confira-se:

*“§ 1 - O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria.”*

Para regularização da operação de devolução mencionada, diz que o estabelecimento emitente do contribuinte (*matriz*) emitiu as notas fiscais de entrada (*desfazimento da operação*) expressas pelos DANFE's nºs. 994575, 994574 e 994515.

Diz que, como a razão pela qual o estabelecimento filial recusou as NF's 993.203, 993.204 e 993.206 fora justamente o fato de ter havido retenção a menor por parte do emitente da mercadoria, a matriz da contribuinte efetivou novos faturamentos das mesmas mercadorias, através da emissão das NF's 996.077, 994.694 e 995.402, desta vez com a retenção correta da ST, conforme fazem prova os documentos em anexo. (Anexo 009 – processos de devolução, reentrada na matriz e refaturamento correto).

Destaca que o quadro abaixo sintetiza o exposto:

| DETALHAMENTO OPERAÇÃO |            |               |
|-----------------------|------------|---------------|
| NF ORIGINAL           | NF ENTRADA | NF REFATURADA |
| 993.203               | 994.575    | 996.077       |
| 993.204               | 994.574    | 994.694       |
| 993.206               | 994.515    | 995.402       |

Diz que a devolução das NF's.: 993.203, 993.204 e 993.206 fora regularmente informada na GIA-ST de competência maio/2016.

Desta feita, pede a improcedência da presente cobrança expressa na Infração 09, já que as notas objeto da mesma foram devolvidas pelo estabelecimento destinatário, conforme exposto.

• 4 – DOS PEDIDOS

Requer o sujeito passivo:

1. O recebimento da presente impugnação, já que cabível e tempestiva;
2. A declaração de procedência dos lançamentos descritos nas Infrações de n.ºs. 03, 04, 05, 06 e 07, cujo débito é reconhecido e confessado pela contribuinte, e para liquidação do mesmo, apresenta os DAE's de n.ºs. 1705155636 e 1705155637, nos valores de R\$40.492,81 e R\$2.275,90, respectivamente, os quais comprovam a quitação do valor confessado, cuja homologação se requer.
3. Que sejam acatadas as razões de impugnação:
  - a. para a Infração 01, da quantia integral de R\$20.812,69, já que o contribuinte demonstrou que trata-se de operação com itens classificados na Lista Negativa e não na Lista Neutra conforme MVA utilizada pelo Fisco.
  - b. para a Infração 02, da quantia integral de R\$90.749,16, já que o contribuinte demonstrou que trata-se de operação de Transferência entre estabelecimentos e não venda, de produto beneficiado pela isenção de ICMS (alíquota 0%);
  - c. para a Infração 08, da quantia integral de R\$26.911,81, já que o contribuinte demonstrou que para a NF.: 1.051.033 houve a retenção e recolhimento do imposto, e para a NF.: 1.060.047 a saída da mercadoria no estabelecimento emitente ocorreu no mês de outubro de 2016, período em bebidas quentes não mais figuravam na listagem de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
  - d. para a Infração 09, da quantia integral de R\$37.028,86, já que o contribuinte demonstrou que para as três as notas fiscais detalhadas neste Código Infração, houve a devolução total das mesmas pelo estabelecimento filial (destinatário) e refaturamento posterior, com o destaque correto da ST, pelo estabelecimento matriz da contribuinte.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 162/181, onde, preliminarmente, apresenta toda a manifestação de defesa, para em seguida apresentar suas contrarrazões, que a seguir passo a descrever:

Inicialmente diz que a auditoria 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 ROM, anexo à fl. 59 deste PAF; e, também, nos sistemas INC -



Informações do Contribuinte, SIGAT - Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária e demais sistemas corporativos da SEFAZ/BA;

Diz, também, que o estabelecimento, ora autuado, vem apresentando regularmente o documento denominado GIA-ST que é o resumo do ICMS retido e a recolher. Também, diz que o ICMS retido por substituição em operações interestaduais decorre da celebração de convênios e protocolos onde são descritos os produtos sujeitos à substituição tributária, os procedimentos e as obrigações respaldados na Lei Complementar 87/96 e alterações posteriores, cujo imposto é apurado nota a nota.

Complementa dizendo que a fiscalização foi executada ao amparo dos Convênios e Protocolos listados nas descrições das infrações e do Regime Especial, Parecer DITRI 81/94, revogado em 02/06/2015, portanto, vigente em parte dos exercícios fiscalizados (2014 a 2016), e da Consulta, Parecer DITRI 2340/09.

Momento seguinte, destaca que no Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - art. 96), consta que a expressão "legislação tributária" compreende 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.

Desenvolvido esses esclarecimentos e traçando outros, diz que a Autuada cumpriu o prometido em sua impugnação à fl. 73, ou seja, o pagamento das Infrações 3, 4, 5, 6 e 7. Quanto as Infrações 1, 2, 8 e 9 passa a informar o seguinte:

- ***Infração 01 – Operações com “dentifrícios” e “ enxaguatórios bucais”:***

Diz que o cerne da questão é se determinar a qual Lista pertencem os produtos dentifrícios – NCM 3306.1 e enxaguatórios bucais – NCM – 3306.9, durante o período fiscalizado, isto é, de 01/01/2014 a 31/12/2016.

Diz que o conceito de Lista Positiva, Negativa e Neutra, calca-se na Lei Federal nº 10.147/2000, conforme explicitado a seguir:

*“Lista Negativa – produtos com a cobrança monofásica integral do PIS/PASEP e COFINS, nos termos da Lei Federal nº 10.147/2000.*

*Lista Positiva – produtos da Lista Negativa, exceto escovas dentifrícias, em relação aos contribuintes beneficiados com regime especial de crédito presumido do PIS/PASEP e COFINS, nos termos do Art. 3º da Lei Federal nº 10.147/2000.*

*Lista Neutra – produtos não alcançados pela cobrança monofásica do PIS/PASEP e COFINS, nos termos da Lei Federal nº 10.147/2000.”*

Nessa perspectiva, diz que, havendo alteração na listagem dos produtos constantes na Lei Federal nº 10.147/2000, por consequência, haverá, também, mudança nas mencionadas Listas. Foi o que ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 609/13, vigente a partir de 08/03/2013, depois convertida na Lei Federal nº 12.839/2013, que alterou o Art. 1º desta Lei, excluindo da Lista Negativa todos os produtos da posição 33.06, inclusive, portanto, os dentifrícios (NCM 3306.1) e enxaguatórios bucais (NCM 3306.9). Transcreve o dispositivo legal.

Destaca que o próprio RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, prevê a possibilidade de exclusão de produtos da incidência das contribuições previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei, tornando-os, então, da Lista Neutra. Destaca os dispositivos:

*“Art. 61. Os estabelecimentos industriais ou importadores que realizarem operações com os produtos de que trata a Lei Federal nº 10.147, de 21/12/2000, farão constar no campo “Informações Complementares” da nota fiscal, identificação e subtotalização dos itens, por agrupamento, conforme as expressões a seguir indicadas, sem prejuízo de outras informações adicionais que entenderem necessárias:*

...

*III - “LISTA NEUTRA”, relativamente aos produtos classificados nos códigos e posições relacionados na Lei Federal nº 10.147/00, exceto aqueles de que tratam os incisos anteriores desde que não tenham sido excluídos da incidência das contribuições previstas no inciso I do “caput” do art. 1º da referida lei, na forma do § 2º desse mesmo artigo.”*

Assim, diz que, conforme já explicitado anteriormente, a partir de 08/03/2013, mediante a Medida Provisória nº 609/13, posteriormente convertida na Lei nº 12.839/13, os dentifrícios e enxaguatórios bucais foram excluídos do Inciso I do caput do Art. 1º da citada Lei Federal, logo, deixaram de ser enquadrados na cobrança monofásica integral do PIS/PASEP e COFINS, nos termos do Art. 2º da mesma Lei, deixando, portanto, de fazer parte da Lista Negativa, passando a pertencer à Lista Neutra.

Consequentemente, entende que a Margem de Valor Adicionado (MVA) correta é a que foi utilizada na lavratura do Auto de Infração, isto é, a constante no item 32.2 do Anexo I do RICMS/BA, para os produtos da Lista Neutra, que é de 58,37%.

• ***Infração 02 – Operações com Preservativos:***

Diz que, a princípio, cumpre-nos destacar 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 em nosso Estado, conforme estabelece a Cláusula oitava do Conv. ICMS 81/93 – Normas Gerais, como segue:

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

Assim, aduz que, conforme legislação tributária pertinente, tem-se que as operações com “preservativo”, classificado na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM sob o código 4014.10.00, estão sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, relativamente às operações internas subsequentes, porquanto está contido no item 32.2 do Anexo I do RICMS/BA, em consonância com o caput do Art. 289 do mesmo dispositivo legal:

*“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 I - 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 dentifrícias, 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.”*

Dessa forma, diz que as operações realizadas com o produto “preservativo” estão enquadradas no regime de substituição tributária por força 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, diz que o Inciso XXIII do Art. 264 do RICMS/BA dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com o produto em comento, contudo, sujeita a fruição do benefício à satisfação da condição imposta, qual seja, o abatimento no preço da mercadoria do valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, devendo tal abatimento 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);”*

Observa que 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.”*

Também destaca trecho do 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:

*“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 \_\_\_\_\_.”*

Logo, diz ter, na legislação tributária, bem estabelecidos, tanto a condição para fruição do benefício fiscal, como o procedimento a ser adotado para demonstrar, expressamente, por ocasião da emissão do documento fiscal, que a condição exigida foi satisfeita.

Destaque-se, 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, diz que a condição imposta para fruição desse benefício fiscal 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;”*

Neste contexto, diz que, verificando-se as Notas Fiscais relativas às operações com preservativos emitidas pela Autuada (v. CD ROM à fl. 250), fica patente que não foi satisfeita a condição imposta no dispositivo legal (Art. 264, Inciso XXIII).

Logo, entende que perece o direito de uso do benefício, e, por consequência, tais operações passam a ser consideradas tributáveis normalmente, inclusive no que diz respeito ao ICMS substituição tributária.

Por sua vez, quanto à alegação de que as operações, objeto da autuação em lide, são de transferências e não de vendas de mercadorias, e, portanto, não estariam sujeitas à retenção do ICMS relativo à substituição tributária, informa que a Autuada protocolou consulta 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 devidamente respondida pelo órgão responsável através do Parecer nº 2340/2009, do qual tomou ciência em 11/02/2009, e que reproduzimos a seguir:

*“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.”*

Desse modo, diz que, por força do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA e vigente à época em que foram efetuadas as operações de transferência de preservativos (2012 e 2013) e, também, por não ter respeitado a condição prevista no dispositivo regulamentar, a Autuada deveria ter efetuado a retenção e o recolhimento antecipado do ICMS.

Ou seja, diz que a reclamação fiscal é pertinente, vez que fundamenta-se no fato de que a Autuada estava obrigada à retenção e recolhimento antecipado do imposto relativamente às operações com as mercadorias elencadas no Anexo 1 do RICMS/BA, que inclui preservativos, e que estas só poderiam gozar do benefício da isenção quando satisfeita a condição imposta, o que não ocorreu.

Diz, também, que se equivoca, ainda, a Autuada quando alega ser inaplicável a retenção do ICMS-ST nas operações de transferências com preservativos sob o pretexto de que tal procedimento estaria amparado na presunção de que a operação subsequente estaria sob o abrigo da isenção prevista no Art. 264, XXIII.

Contrariando tal assertiva, entende que o mandamento contido no dispositivo citado abrange todas as operações tributadas, quer dizer, não exclui quaisquer operações dessa natureza, muito menos, as de transferências.

Além do mais, diz que, estando a Autuada obrigada a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS-ST nas operações com os produtos elencados no Anexo 1 do RICMS/BA, que encerra a fase de tributação, como é o caso, as operações internas subsequentes são, naturalmente, desoneradas do imposto, não cabendo aqui, portanto, se falar em fruição de qualquer benefício fiscal.

#### **• Infração 08 – Falta de retenção do ICMS-ST na Nota Fiscal:**

No que se refere à Nota Fiscal nº 1.051.033, emitida em 16/09/2013, diz que a Autuada alega que o recolhimento ocorreu no trânsito, através de DAE incluído no Processo nº 210765.1820/16-7.

Pesquisa no Sistema SIGAT da SEFAZ/BA retornou a informação de que se trata de Notificação Fiscal, datada de 20/09/16 (fls. 184 a 185), no valor de R\$20.374,45, cujo recolhimento do imposto devido ocorreu na mesma data.

Não obstante o valor do ICMS-ST não retido, referente a este PAF para esta Nota Fiscal, ser de R\$18.405,33, bem diferente, do valor da Notificação Fiscal, e de não haver qualquer menção ao número da Nota Fiscal, tanto no DAE à fl. 141 como na Notificação Fiscal (fls. 184 e 185), a Autuada acostou cópia da correspondência trocada com o Posto Fiscal Benito Gama (fl. 144), onde faz alusão à citada Nota Fiscal na data de 20/09/2016.

Assim, considera que o e-mail trocado com o Posto Fiscal na data da lavratura da Notificação Fiscal seja meio suficiente para comprovar que se trata do mesmo documento fiscal, perecendo assim, a pretensão da cobrança deste item.

Com relação à Nota Fiscal nº 1.060.047, consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica retornou a informação de que o MDF-e foi autorizado no dia 01/10/2016, e que sua inclusão no ambiente nacional se deu na mesma data (v. fl. 149).

Entretanto, o Estado da Bahia denunciou o Protoc. 103/12 a partir de 01/10/2016, segundo Despacho nº 147/16 do Secretário Executivo do CONFAZ e, como a circulação dos produtos da Nota Fiscal em comento se deu nesta data através da autorização do MDF-e, tem-se que a cobrança é injustificada.

• ***Infração 09 – Retenção a Menor do ICMS-ST na Nota Fiscal:***

Observamos que a Autuada seguiu o procedimento estabelecido no Art. 450 do RICMS/BA, posto que foi anotado no verso das Notas Fiscais de Saídas nº 993.203 (fl. 151), 993.204 (fl. 154) e 993.206 (fl. 157) o motivo de sua recusa, assim descrito: “*Cálculo de ST incorreto*”, com aposição do carimbo do CNPJ pelo destinatário, com assinatura e data (§ 1º).

Também foram emitidas as Notas Fiscais de Entradas nº 994.575 (fl. 152), 994.574 (fl. 155) e 994.515 (fl. 158), conforme determina o inciso I e, por fim, foram emitidas novas Notas Fiscais de Saídas nº 996.077 (fl. 153), 994.694 (fl. 156) e 995.402 (fl. 159), com a retenção calculada de forma correta.

Na auditoria levada a efeito constata-se que os valores do ICMS-ST calculados corretamente e retidos nestas novas Notas Fiscais de Saídas compuseram a totalização do imposto recolhido no dia 09 do mês seguinte, restando, pois, correto o procedimento adotado.

Por tudo quanto exposto, e à exceção das infrações de nº 08 e 09 pelas razões acima expostas, requer aos ilustres membros do Egrégio Conselho de Fazenda Estadual que julguem totalmente procedente as demais exigências objeto da presente lide.

Às fls. 189/193 consta demonstrativo extraído do SIGAT sob nome “*Detalhes de Pagamento do PAF*” que indica os valores pagos do Auto de Infração, em tela.

**VOTO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$205.545,90, relativo a 09 (nove) infrações, sendo as infrações 3, 4, 5, 6 e 7 acatadas, por sua vez as infrações 1, 2, 8 e 9 totalmente impugnadas pelo autuado, todas caracterizadas na inicial dos autos. Em consequência, subsistem as infrações 3, 4, 5, 6 e 7 pelo reconhecimento do sujeito passivo, sendo objeto da lide as demais infrações, que a seguir passo a me manifestar.

A infração 1 tem como acusação de que o sujeito passivo 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 neste Estado, ao amparo do Conv. ICMS nº 76/04 (*Produtos Farmacêuticos*), mais especificamente os produtos “*creme dental – dentifrícios (NCM 3306.1)*” e “*enxaguatório bucal (NCM 3309.0)*”, em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada na legislação, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2014, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia no presente PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$20.812,69, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula segunda, terceira e quarta do Conv. ICMS nº 76/94 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Em sede de defesa o sujeito passivo alega que o agente Fiscal equivocadamente aduz que o contribuinte utilizou MVA menor que a disposta em legislação para os itens *CREME DENTAL (dentifrícios - NCM 3306.1)* e *ENXAGUATÓRIO BUCAL (NCM 3306.9)*, isto ao longo de todo o ano de 2014. Diz que a MVA a ser adotada em 2014 seria de 58,37%, sugerindo que os produtos em comento estariam inseridos na LISTA NEUTRA, enquanto entende que a MVA correta seria de 49,08%, pois os itens objeto da infração em combate estariam inseridos na LISTA NEGATIVA, conforme se pode observar do item 32.2 do anexo I, do RICMS/BA (redação de 2014), que reproduz à fl. 74 dos autos.

Diz também, que a “*lista*” é conceito da tributação no âmbito Federal, com destaque à tributação da contribuição de PIS/COFINS sobre determinados produtos, no caso em análise,

“medicamentos” e “farmacêuticos”, a qual define a regra a ser aplicada a cada produto inserido em uma das listas (positiva, negativa ou neutra). Na lista negativa, o item diz ser “monofásico”, ou seja, somente um contribuinte da cadeia econômica recolhe o tributo, no caso específico do tributo federal devido, encerrando toda a fase de tributação do item enquadrado naquele tributo, em relação aos fatos geradores subsequentes até o consumidor final.

Nessa esteira, aduz que os produtos *CREME DENTAL* (*dentifrícios* - NCM 3306.1) e *ENXAGUATÓRIO BUCAL* (NCM 3306.9), estão inseridos na categoria de produto “monofásico”, por conseguinte inseridos na “lista negativa”. Assim, estando inserido na “lista negativa”, aduz que estavam suas operações em conformidade com o que dispunha na legislação do ICMS do Estado da Bahia em relação à definição de “lista negativa”, objeto do art. 61, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, vigente à época dos fatos geradores.

Por sua vez, a agente Fiscal, ao apresentar suas contrarrazões aos argumentos da defendente, diz que o cerne da questão é determinar a qual “LISTA” pertence os produtos *CREME DENTAL* (*dentifrícios* - NCM 3306.1) e *ENXAGUATÓRIO BUCAL* (NCM 3306.9), durante o período fiscalizado, isto é, de 01/01/2014 a 31/12/2016.

Neste contexto, traz aos autos à fl. 173 os conceitos de “lista positiva”, “lista negativa” e “lista neutra” como está posto na Lei Federal nº 10.147/2000, que reproduzo:

*“Lista Negativa – produtos com a cobrança monofásica integral do PIS/PASEP e COFINS, nos termos da Lei Federal nº 10.147/2000.*

*Lista Positiva – produtos da Lista Negativa, exceto escovas dentifrícias, em relação aos contribuintes beneficiados com regime especial de crédito presumido do PIS/PASEP e COFINS, nos termos do Art. 3º da Lei Federal nº 10.147/2000.*

*Lista Neutra – produtos não alcançados pela cobrança monofásica do PIS/ PASEP e COFINS, nos termos da Lei Federal nº 10.147/2000.”*

Momento seguinte, diz que, havendo alteração na listagem dos produtos constantes na Lei Federal nº 10.147/2000, por consequência, haverá, também, mudança nas mencionadas Listas. Nessa esteira diz que houve a edição da Medida Provisória nº 609/13, vigente a partir de 08/03/2013, depois convertida na Lei Federal nº 12.839/2013, que diz ter alterado art. o 1º da Lei Federal nº 10.147/2000, excluindo da “lista negativa” todos os produtos da posição 33.06, inclusive, portanto, os “*dentifrícios* (NCM 3306.1)” e “*enxaguatórios bucais* (NCM 3306.9)”, *objetos da autuação*.

Dado a tais exclusões, entende a agente Fiscal que os produtos da posição 33.06, inclusive, portanto, os “*dentifrícios* (NCM 3306.1)”, bem assim, os “*enxaguatórios bucais* (NCM 3306.9)”, deixaram de ser enquadrados na cobrança monofásica integral do PIS/PASEP e COFINS, deixando, portanto, de fazer parte da Lista Negativa, passando a pertencer à Lista Neutra.

Neste contexto, entende que a Margem de Valor Adicionado (MVA) correta é a que foi utilizada na lavratura do Auto de Infração, isto é, a constante no item 32.2 do Anexo I do RICMS/BA, para os produtos da “Lista Neutra”, que é de 58,37%, para os produtos de (NCM 3306.1) e (NCM 3306.9).

Apresentado os dois contrapontos em relação ao objeto da lide associados à infração 01 veem-se que a sua resolução dar-se-á pela leitura do art. 61, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, vigente à época dos fatos geradores.

*Art. 61. Os estabelecimentos industriais ou importadores que realizarem operações com os produtos de que trata a Lei Federal nº 10.147, de 21/12/2000, farão constar no campo “Informações Complementares” da nota fiscal, identificação e subtotalização dos itens, por agrupamento, conforme as expressões a seguir indicadas, sem prejuízo de outras informações decreto\_2012\_13780\_ricms\_texto.doc adicionais que entenderem necessárias:*

**Nota: A redação atual do inciso “I” do art. 61 foi dada pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15. Redação originária, efeitos até 26/11/15: (Grifos acrescidos)**

*“I - “LISTA NEGATIVA”, relativamente aos produtos classificados nas posições 3002 (soros e vacinas), exceto nos itens 3002.30 e 3002.90, 3003 (medicamentos), exceto no código 3003.90.56, e 3004 (medicamentos), exceto no código 3004.90.46, **nos itens 3306.10 (dentifrícios), 3306.20 (fios dentais), 3306.90 (enxaguatórios bucais)** e nos códigos 3005.10.10 (ataduras, esparadrapos, gazes, sinapismos, pensos, etc.), 3006.30 (preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente), 3006.60.00 (preparações químicas*

contraceptivas à base de hormônios) e 9603.21.00 (escovas dentifrícias), todos da NCM (LISTA NEGATIVA);” (**Grifos acrescidos**)

II - “LISTA POSITIVA”, relativamente aos produtos classificados nas posições 3002 (soros e vacinas), exceto nos itens 3002.30 e 3002.90, 3003 (medicamentos), exceto no código 3003.90.56, e 3004 (medicamentos), exceto no código 3004.90.46, e nos códigos 3005.10.10 (ataduras, esparadrapos, gazes, sinapismos, pensos, etc.), 3006.30 (preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente) e 3006.60.00 (preparações químicas contraceptivas à base de hormônios), todos da NCM, quando beneficiados com a outorga do crédito para o PIS/PASEP e COFINS previsto no art. 3º da Lei Federal 10.147/00 (LISTA POSITIVA);

III - “LISTA NEUTRA”, relativamente aos produtos classificados nos códigos e posições relacionados na Lei Federal nº 10.147/00, exceto aqueles de que tratam os incisos anteriores desde que não tenham sido excluídos da incidência das contribuições previstas no inciso I do “caput” do art. 1º da referida lei, na forma do § 2º desse mesmo artigo.

Como tal, de fato, o Decreto nº 16.434/2015 alterou a composição dos produtos que integram as “LISTAS” (negativa, positiva e neutra) do art. 61 do RICMS/2012, incluindo os produtos “*dentifrícios (NCM 3306.1)*” e “*enxaguatórios bucais (NCM 3306.9)*” na lista neutra. Ocorre que o mencionado decreto somente produziu efeitos a partir de 27/11/2015, ou seja, em data posterior aos lançamentos em combate, ou seja, janeiro a dezembro de 2014.

Dessa feita, entendo restar razão ao defendente, quanto a aplicação da MVA de 49,08%, constante do item 32.2, do Anexo I, do RICMS/BA, em relação aos produtos “*dentifrícios (NCM 3306.1)*” e “*enxaguatórios bucais (NCM 3306.9)*”, por considerá-los inseridos na “*lista negativa*”, à época dos fatos geradores da Infração 1, vez que a alteração da Lei Estadual do ICMS só veio absorver as alterações da Lei Federal a partir de 26/11/2015, com a edição do Decreto nº 16.434, de 26/11/15, que passou a considerar tais produtos inseridos na “*lista neutra*”. Tal alteração ocorreu depois da ocorrência dos fatos geradores da autuação. Entendo, portanto, insubsistente a Infração 1.

A infração 2 tem como acusação de que o sujeito passivo 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 neste Estado, ao amparo do Conv. ICMS nº 76/04 (*Produtos Farmacêuticos*), relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2014 e fevereiro de 2015, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$90.749,16, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula segunda, terceira e quarta do Conv. ICMS nº 76/94 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Em sede de defesa o sujeito passivo destaca que a agente Fiscal acosta, às fls. 12/28 do PAF, a relação analítica das notas fiscais, objeto da autuação, que contém o produto “*PRESERVATIVO*”, com o intuito de demonstrar detalhadamente, nos exercícios fiscalizados, a suposta legitimidade da cobrança de ICMS-ST para o produto em comento, a qual não fora destacada e recolhida quando da entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Diz que a filial, estabelecida na cidade de Vitória da Conquista (BA), Contribuinte Autuada, é substituída, de modo que os itens sujeitos à substituição tributária interna são tributados integralmente quando da entrada da mercadoria no Estado. Destaca que esta informação é de extrema relevância, posto que considerando que a infração supostamente cometida se baseia em notas de transferência entre “*matriz*” e “*filial*”, tem-se que os itens sujeitos à substituição tributária na Bahia já teriam de sofrer a incidência do instituto quando de sua entrada no Estado.

Entende, entretanto, que o item - “*PRESERVATIVO*” - objeto da infração em combate é abraçado por isenção tributária (alíquota 0%), nos termos do art. 264, inciso XXIII do RICMS da Bahia, em conformidade com o Convênio ICMS 116/98.

Neste contexto, diz que é certo que a inaplicabilidade do ICMS-ST está amparada no fato de que a operação subsequente estará abrigada pela isenção prevista no art. 264, inciso XXIII do RICMS do Estado da Bahia e no próprio Convênio ICMS 116/98 que concede isenção do ICMS às operações com preservativos na forma a seguir destacado:

*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.*

Diz que, se o produto em comento (preservativos) é beneficiado com o instituto da isenção dentro do Estado da Bahia, não há que se falar na incidência de substituição tributária na transferência, já que a operação subsequente se reveste da inaplicabilidade de tributação para o produto em comento, nos termos do que preconiza o Convênio ICMS 116/98 acima destacado, recepcionado pelo artigo 264, inciso XXIII do RICMS da Bahia.

Em sede informação, a agente Fiscal não contradiz o exposto pelo sujeito passivo em sede de defesa, entretanto diz que sujeita a fruição do benefício estabelecido no inc. XXIII do Art. 264 do RICMS/BA à satisfação da condição imposta, qual seja, o abatimento no preço da mercadoria do valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, devendo tal abatimento ser indicado, de forma expressa, no documento fiscal, como, também, assim está disposto no Convênio ICMS 116/98.

Neste contexto, diz que, verificando-se as notas fiscais relativas às operações com preservativos emitidas pela Autuada, na forma do demonstrativo de fls. 12/29, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl. 59 dos autos, fica patente que não foi satisfeita a condição imposta no dispositivo legal no art. 264, inc. XXIII, do RICMS/BA, qual seja, o abatimento 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).

Dos dois cenários expostos acima, associados a todos os demais argumentos de razões e contrarrazões, vê-se que não há controvérsia entre as partes sobre as operações objeto da autuação, ou seja, que se relacionam a operações exclusivamente de transferências, portanto notas fiscais emitidas com o CFOP 6152 entre unidades do mesmo Contribuinte Autuado, oriundas de fora do Estado, com destino à unidade estabelecida na cidade de Vitória da Conquista, Estado da Bahia.

Do exposto, não me restam dúvidas de que tais operações, como argui o defendente, estão amparadas pelo instituto da isenção do ICMS-ST, objeto do art. 264, inciso XXIII do RICMS/BA, em conformidade com o Convênio ICMS 116/98, o que não é contestado pela agente Fiscal.

Entretanto, dizer que tais operações estão infringindo tais dispositivos, que é o objeto da autuação, dado o não atendimento da condição de fruição do benefício, que diz respeito à exclusão da parcela do imposto que seria devido se não houvesse a isenção nas operações de venda das mercadorias objeto da autuação – “preservativos” - só pode ser avaliado quando da realização das operações de saída subsequente das mercadorias para empresa de varejo ou diretamente nas vendas a consumidor final, destinatário efetivo do benefício da isenção do ICMS ora em exame.

Desta forma, dado o acima exposto, a ação fiscal, para verificar o atendimento da condição de fruição do benefício exigida no art. art. 264, inciso XXIII do RICMS/BA, deve ser realizada nas notas fiscais de vendas subsequentes do produto. Compreensivo, portanto, 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. Infração 2 insubsistente.



Cabe à Inspetoria Fiscal de circunscrição do sujeito passivo, como foi já recomendado no Acórdão JF nº 0148-05/17, de lavra do Julgador Tolstoi Seara Nolasco, em matéria idêntica a este item da autuação, verificar o atendimento dos requisitos para o gozo da isenção prevista no art. 264, inc. XXIII, do RICMS/2012 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), para empresa de varejo ou diretamente nas vendas a consumidor final.

A infração 8 tem como acusação de que o sujeito passivo 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, ao amparo do Prot. ICMS nº 103/12 (Bebidas Quentes), através das notas fiscais nºs 1.051.033 e 1.060.047, emitidas em 16 e 30/09/2016, respectivamente, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$26.911,81, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira a quinta do Protocolo ICMS nº 103/12 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Em sede de Informação Fiscal, observa a agente Fiscal, no que se refere à nota fiscal nº 1.051.033, emitida em 16/09/2013, dado a alegação da defendente de que o recolhimento ocorreu no trânsito, através de DAE incluído no Processo nº 210765.1820/16-7, desenvolveu pesquisa no Sistema SIGAT da SEFAZ/BA, com retornou da informação de que se trata de Notificação Fiscal, datada de 20/09/16 (fls. 184 a 185), no valor de R\$20.374,45, cujo recolhimento do imposto devido ocorreu na mesma data.

Não obstante o valor do ICMS-ST não retido, referente a este PAF para esta Nota Fiscal, ser de R\$18.405,33, bem diferente do valor da Notificação Fiscal, e de não haver qualquer menção ao número da Nota Fiscal, tanto no DAE à fl. 141, como na Notificação Fiscal (fls. 184 e 185); observa que a defendente acostou cópia da correspondência trocada com o Posto Fiscal Benito Gama (fl. 144), onde faz alusão à citada Nota Fiscal na data de 20/09/2016.

Assim, considera que o e-mail trocado com o Posto Fiscal na data da lavratura da Notificação Fiscal seja meio suficiente para comprovar que se trata do mesmo documento fiscal, perecendo assim, a pretensão da cobrança deste item.

Com relação à Nota Fiscal nº 1.060.047, diz a agente Fiscal que, consulta efetuada ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica retornou a informação de que o MDF-e foi autorizado no dia 01/10/2016, e que sua inclusão no ambiente nacional se deu na mesma data (fl. 149).

Por outro lado, destaca que o Estado da Bahia denunciou o Prot. 103/12 a partir de 01/10/2016, segundo Despacho nº 147/16 do Secretário Executivo do CONFAZ e, como a circulação dos produtos da Nota Fiscal em comento se deu nesta data através da autorização do MDF-e, tem-se que a cobrança é justificada.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone a manifestação da agente Fiscal, observo que as argumentações e documentações acostadas aos autos são suficientes para elidir a autuação. Infração 8 insubsistente.

A infração 9 tem como acusação de que o sujeito passivo 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, ao amparo do Prot. ICMS nº 103/12 (Bebidas Quentes), através das notas fiscais nºs 993.203, 993.204 e 993.206, em decorrência da aplicação de MVA menor do que a determinada na legislação, conforme demonstrativo impresso, que faz parte integrante do CD/Mídia presente no PAF à fl. 59. Lançado ICMS no valor de R\$37.028,86, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula primeira a quinta do Protocolo ICMS nº 103/12 e alterações posteriores, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que, para as notas fiscais 993.203, 993.204 e 993.206, objeto da autuação, declara que tão logo as mesmas deram entrada no Estado da Bahia, já fora observada a retenção a menor da substituição tributária, de modo que tais notas fiscais emitidas em 06/05/2016 foram integralmente devolvidas por sua filial do Estado da Bahia (*estabelecimento destinatário – recusa no verso das NF's*), procedimento este adotado com fincas no art. 450, §1º do Decreto nº 13.780/2012, confira-se:

*“§ 1 - O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria.”*

Neste contexto, a agente Fiscal, diz que o sujeito passivo seguiu o procedimento estabelecido no Art. 450 do RICMS/BA, posto que foi anotado no verso das Notas Fiscais de Saídas nº 993.203 (fl. 151), 993.204 (fl. 154) e 993.206 (fl. 157) o motivo de sua recusa, assim descrito: “*Cálculo de ST incorreto*”, com aposição do carimbo do CNPJ pelo destinatário, com assinatura e data (§ 1º). Também informa que foram emitidas as Notas Fiscais de Entradas nº 994.575 (fl. 152), 994.574 (fl. 155) e 994.515 (fl. 158), conforme determina o inciso I e, por fim, foram emitidas novas Notas Fiscais de Saídas nº 996.077 (fl. 153), 994.694 (fl. 156) e 995.402 (fl. 159), com a retenção calculada de forma correta.

Momento seguinte, diz, também, que, na auditoria levada a efeito, constatou que os valores do ICMS-ST calculados corretamente e retidos nestas novas Notas Fiscais de Saídas compuseram a totalização do imposto recolhido no dia 09 do mês seguinte, restando, pois, correto o procedimento adotado.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone a manifestação da agente Fiscal. Observo que as argumentações e documentações acostadas aos autos são suficientes para elidir a autuação. Infração 9 insubsistente.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela por restar integralmente procedentes e acatadas as infrações 3, 4, 5, 6 e 7; e improcedentes, pelos argumentos acima, as infrações 1, 2, 8 e 9, devendo ser homologados os valores já pagos.

## 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 **275290.0007/17-4**, 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\$30.043,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos e recolhidos aos cofres do Estado da Bahia.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de Julho de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA