

PROCESSO - A. I. N° 275290.0007/17-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0136-05/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/10/2019

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0262-11/19

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 defendant, 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 insubstancial; **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 insubstancial; **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. Considerações de defesa foram suficientes para elidir a acusação. Fato reconhecido pelo agente Fiscal. Infração insubstancial; **d)** 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 insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o processo em análise de Recurso de Ofício interposto pela 5^a JJF, através o Acórdão JJF nº 0136-05/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28.06.2017, ciente, via AR, em 17.07.2017, determinando, no valor inicial de R\$205.545,90, referente a fatos geradores nos exercícios de 2014 a 2016, tendo a autuada reconhecido e recolhido os valores referente às infrações 03, 04, 05, 06 e 07, restando em lide as infrações 01, 02, 08 e 09, abaixo relacionadas:

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 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.

Após analisar o Auto de Infração e seus anexos, a defesa apresentada pela autuada, fls. 71 a 83 e a Informação Fiscal prestada pela autuante, fls. 162 a 181, assim se pronunciou a Junta Julgadora:

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 (dentífricos - 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 (dentífricos - NCM 3306.1) e ENXAGUATÓRIO BUCAL (NCM 3306.9), durante o período fiscalizado, isto é, de 01/01/2014 a 31/12/2816.

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 dentífricas, 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 “dentífricos (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 “dentífricos (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 (dentífricos), 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 dentífricas), 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 defendant, 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 Vitoria 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. 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, precípuaamente, 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 insubstancial.

Cabe à Inspetoria Fiscal de circunscrição do sujeito passivo, como foi já recomendado no Acordão JJF 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 Vitoria 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 retorno 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 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 injustificada.

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 nº's 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.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

Consta no presente processo, conforme analisado pela Junta Julgadora, o reconhecimento por parte da autuada e o correspondente recolhimento do quanto reclamado de relação às infrações 03, 04, 05, 06 e 07, devidamente comprovado através do SIGAT, o acatamento por parte da autuante da insubstância das infrações 08 e 09, restando as infrações 01 e 02, consideradas insubstinentes na decisão de piso.

Em face do valor desonerado no presente processo alcançar o limite definido no RPAF, art. 169, inciso I, alínea “a” aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.2011, a Junta Julgadora encaminhou a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, Recurso de Ofício, que passo a analisar.

Infração 01 – Tratava a referida infração de imposição ao recolhimento de ICMS ST sobre os produtos **dentifrícios** NCM – 33.06.10, e, **enxaguantes bucais** NCM – 33.06.90, por haver a autuante considerado que os mesmos encontravam-se enquadrados na Lista Neutra de Medicamentos, o que, comprovado pela Junta Julgadora, não ocorria, à época dos fatos geradores, em virtude de tal enquadramento ocorrer apenas a partir de 27.11.2015, por imposição do Decreto nº 16.434/2015.

Analisando a legislação referenciada, verifico que o RICMS, ao tratar da ST sobre produtos farmacêuticos e sua diferenciação nas “listas positiva, negativa e neutra”, assim estabelece, de relação ao produtos objeto da infração:

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: 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 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 dentífricas), todos da NCM (LISTA NEGATIVA);

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: “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 dentífricas), todos da NCM (LISTA NEGATIVA);”

Pelo que estabelece a legislação e à luz da documentação apensada ao processo, comungo com o julgado na decisão de piso, julgando a infração **insubsistente**.

Infração 02 – Tratava, a referida infração, de exigência do recolhimento do ICMS-ST sobre o produto **preservativos**. À vista das disposições legais, em especial o artigo 264, inciso XXIII, que assim estabelece:

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);

Compulsando a documentação acostada ao processo, comprovado ficou que a autuada procedeu de acordo com o disposto na premissa legal, havendo concedido, aos adquirentes dos produtos em análise, o abatimento correspondente ao quanto isentado nas oporturações realizadas.

Da mesma forma, foi constatado, pela Junta Julgadora, que o produto em referência encontra-se amparado pela isenção tributária, conforme determinado no RICMS-BA/2012, artigo 264, inciso XXIII, não procedendo pois a cobrança aludida, o que torna a infração **insubsistente**, com o que também comungo.

Infração 08 – Tratava a infração de cobrança de ICMS-ST sobre **bebidas quentes**. Foi constatado pela autuante e também pela Junta Julgadora, após argumentação da autuada, que as operações que deram origem aos fatos geradores, decorreram de transferências da matriz (autuada), para filial atacadista estabelecida neste Estado, quando o recolhimento da ST sobre tais operações torna-se obrigatório ao se efetuar a comercialização interna.

Saliente-se que, conforme comprovado nos autos do processo que, mesmo não havendo a

obrigatoriedade do recolhimento do ICMS-ST, a autuada efetuou o recolhimento do tributo quando do ingresso do produto na fronteira deste Estado, conforme comprovado através cópias dos DAEs resepectivos e registro no SIGAT.

Tal procedimento por parte da autuada já houvera sido constatado pela autuante que, em sua Informação Fiscal, reconheceu a improcedência da referida infração, acatado pela Junta Julgadora, que julgou a mesma **insubstiente**, o que corrobora.

Infração 09 – Tratava, a infração, de cobrança de valor complementar do ICMS-ST sobre notas fiscais emitidas com cálculos inferiores ao determinado na legislação deste Estado.

A cobrança da complementação do ICMS-ST dizia relação às Notas Fiscais nºs 993.203, 993.204 e 993.205, cujo cálculo da ST foi efetuado com valor inferior ao determinado na legislação.

Foi alegado, pela autuada, que a filial destinária, ao verificar, quando do recebimento das mercadorias, a insuficiênciia do imposto cobrado, recusou a operação e procedeu de acordo com o que determina o RICMS, que assim determina:

Art. 450, §1º do Decreto nº 13.780/2012:

“§ 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.”

Em complementação, para correção da operação, a autuada emitiu as Notas Fiscais de nºs 994.694, 995.402 e 996.077, reenviando as mesmas mercadorias, desta feita, com os cálculos em conformidade com a legislação própria, efetuando o recolhimento do ICMS-ST através os DAEs, cuja comprovação apensou aos autos.

Tal procedimento foi comprovado pela autuante e verificada pela junta julgadora, assim como por mim.

Assim, comprovado que restou não haver a autuada incorrido em infração, de relação ao reclamado, assim como a Junta Julgadora, julgo a infração **insubstiente**.

Diante do que consta no processo e das provas apresentadas pela autuada e que analisei, e acima expus, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.043,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “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.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS