

**A. I. N°.** - 207349.0004/19-5  
**AUTUADO** - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.  
**AUTUANTES** - VERA LÚCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 13/08/2020

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0106-03/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** PROTOCOLO 10/92. Fato reconhecido. **b)** PROTOCOLO 11/91. Autuado elide em parte a infração. Ajuste, realizado pelas Autuantes, reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente caracterizada. Indeferida diligência solicitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/05/2019, exige ICMS no valor de R\$23.284,74, acrescido da multa de 60%, pela constatação das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 08.06.02 – procedeu a menos, a retenção e o consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos termos previstos no Protocolo 10/92, nos meses de maio de 2014 a novembro de 2015, no valor de R\$11.925,53;

Infração 02 - 08.07.02 - procedeu a retenção e o consequente recolhimento do imposto a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme Protocolo 11/91, nos meses de maio de 2014 a novembro de 2015, no valor de R\$11.359,21.

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.82/91, através de advogados, procuração fls. 102/103. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Afirma que, vem, respeitosamente, apresentar impugnação ao Auto de Infração em epígrafe, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos, requerendo seja processada e remetida à Autoridade Julgadora de Primeira Instância.

No que atine à Infração 01, diz que o cerne da autuação é sobre retenção a menor de ICMS-ST, resultante da aplicação equivocada da MVA para os produtos denominados refrigerantes, por ter se utilizado de base legal anterior ao Protocolo ICMS N° 10/92, aplicando a MVA prevista no Protocolo ICMS 11/91. Neste caso, a empresa reconhece como devidos os débitos lançados, tendo realizado o pagamento integral da infração, com os benefícios conferidos pelo art. 45 da Lei n° 7.014/96, cujo comprovante de recolhimento será acostado posteriormente.

Já no que concerne à Infração 02, aduz que o cerne da autuação é sobre suposta retenção a menor de ICMS-ST, resultante da aplicação equivocada da MVA para os produtos denominados ÁGUAS e ENERGÉTICOS, em descompasso com a MVA prevista no Protocolo ICMS 11/91. Afirma que, em que pese as alegações do auditor no Auto de Infração, cumpre infirmá-las, ainda que parcialmente.

Neste caso, explica que a empresa reconhece parte dos débitos como devidos, especificamente, no que atine aos produtos ÁGUA MINERAL de 5L, 10L, e 20L, vez que foram produzidos pela filial autuada, tendo sido aplicado equivocadamente, MVA de distribuidor (70%), quando o correto seria a MVA de industrial (100%). No entanto, quanto aos demais produtos lançados na presente infração, não assiste razão à fiscalização, visto que não foram produzidos pela filial, recebidos de outra unidade produtora, tendo sido aplicada corretamente a MVA de distribuidor, bem como, a

Pauta Fiscal para o caso dos Energéticos, nos termos do protocolo ICMS nº 11/91. Nesse sentido, diz que o feito fiscal não merece prosperar, impondo-se a parcial improcedência da vergastada autuação.

Esclarece que reconhece como devida parcela da Infração no importe de R\$4.398,80, referente ao período de 2014 e de R\$ 2.672,64, referente ao período de 2015, totalizado o débito de principal em R\$7.071,44. Afora tais produtos indicados, diz que o autuante incluiu em seu lançamento, produtos recebidos de outras unidades produtoras para distribuição, sobre os quais exige-se suposto débito de ICMS-ST, a saber: as demais Águas e os Energéticos.

Chama a atenção dos Julgadores, que para os produtos indicados houve um equívoco da fiscalização, que pretende exigir MVA de industrial, quando a MVA correta é o MVA de distribuição, como acertadamente, foi aplicado pela empresa autuada, nos termos do Protocolo nº ICMS 11/91, conforme disposto no anexo 1 do RICMS/12, vigente para o ano de 2014 e 2015, respectivamente, que reproduz.

Salienta que basta uma breve incursão sobre as notas fiscais que serviram de base para o lançamento em testilha, para verificar que se trata de produtos recebidos pela filial autuada de outras unidades produtoras (Santa Rita/Dias D'ávila), para posterior distribuição, o que infirma a MVA aplicada pela fiscalização e comprova o correto proceder da empresa nestes casos.

Quanto aos produtos denominados energéticos, também incorreu o autuante em patente equívoco, vez que exige a cobrança de MVA de industrial para produtos recebidos em transferência pela filial autuada para posterior distribuição.

Explana que do cotejo da legislação vigente à época dos fatos geradores RICMS/12, Anexo 1-2014 e Anexo 1-2015, resta evidente que para tais produtos deve ser aplicada pauta fiscal com fulcro na IN Nº 04/2009, referente ao período de 2014 e MVA de distribuidor, sob o amparo do Protocolo ICMS 11/91, referente ao período de 2015, como assim procedeu. Diz que se pode verificar por meio da sua Planilha de Análise denominada "Resposta Comunicado SEFAZ/BA", que anexa à presente defesa (Doc. 02).

Ressalta restar evidente, que não há em relação aos produtos - demais Águas e energéticos - débito de ICMS-ST a recolher, vez que a diferença apontada pelo fiscal inexistente, visto o recolhimento já realizado pela contribuinte. Nesse sentido, a descabida exigência imputada pela fiscalização e o ICMS-ST cobrado com multa e juros não encontram amparo na legislação tributária, muito menos na doutrina e jurisprudência pátrias. Cita Hugo de Brito Machado e Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema. Ressalta a importância do princípio da verdade material no processo administrativo tributário.

Afirma que no presente caso, a produção de diligência ora requerida, se faz necessária como meio de contraditar a posição da autoridade fazendária e o seu indeferimento constituirá no cerceamento de defesa em processo administrativo, princípio constitucional do processo.

Requer seja dado provimento à Impugnação Administrativa, acatando-se as razões suscitadas pelo que pugna pela parcial procedência do Auto em testilha nos termos suscitados, ante aos equívocos no levantamento fiscal e na apuração do *quantum* devido. Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, notadamente pela posterior juntada de documentos que se fizerem necessária, bem como pela realização de diligência. Pugna ainda pela realização de sustentação oral quando da inclusão em pauta de julgamento.

Às fls.120/124, o defendente interveio no processo, para registrar o reconhecimento da infração 01 com o comprovante do respectivo pagamento.

A dupla de Autuantes presta a informação fiscal fls.126/129. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Afirma que, em virtude da impugnação apresentada pela autuada vem prestar a informação fiscal, o que faz na forma a seguir.

Afirma que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência da retenção do ICMS-ST nas notas fiscais e seus respectivos pagamentos, incidentes sobre operações com os produtos “água mineral, refrigerante e energético”, mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária através dos Protocolos 10/92 e 11/91, que têm os Estados da Bahia e Sergipe como signatários.

Informa que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário, ficando, portanto subordinada ao cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual.

Informa que como a empresa reconheceu como devida e pagou a Infração 1 (Retido a Menor – Prot. 10/92), conforme comprovou à fl.122, vai se ater à Infração 2.

Sobre esta infração, diz que a empresa reconhece como devida, parte da Infração referente aos produtos “água mineral de 5 litros, 10 litros e 20 litros” e não reconhece, a parte da Infração 2 referente aos produtos “água mineral 200ml, 330ml, 500ml e 1,5litros” e “energético Night Power”, alegando que não foram por ela produzidos e sim, recebidos de outra unidade produtora, tendo utilizado, dessa forma, MVA de distribuidor e não de fabricante para o caso do produto “água mineral” e “pauta fiscal” para o caso do produto “energético”.

Explicam que como a autuada reconheceu a retenção a menor dos produtos “água mineral de 5, 10 e 20 litros”, não há o que discutir, apenas frisando que os valores respectivamente lançados permanecem no PAF até o seu efetivo recolhimento.

Quanto aos produtos “3.723,61”, acata a contestação já que o CFOP das notas fiscais listadas no Anexo 3, objeto da autuação, é: “6403 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto”. Nota que realmente, o Anexo 1 do RICMS/2012 prevê MVA diferenciado para indústria e para distribuidor. O cálculo do “Retido a menor” lançado no PAF, utilizou MVA de indústria e ao refazer o cálculo do valor do ICMS-ST devido, usando MVA de distribuidor, declara que não há divergência para os valores retidos.

Dessa forma, diz que retira da Infração 2, o valor de R\$3.723,61 referente aos produtos “água mineral de 200ml, 330ml, 500ml e 1,5litros”, passando esta Infração de R\$ 11.359,21 para R\$ 7.635,60 conforme demonstrado no Anexo 2 – Informação Fiscal.

Quanto ao produto “energético Pet Night Power”, afirma que não acata a contestação, porque neste caso, só se utiliza pauta fiscal nas aquisições interestaduais até 30.11.2014 (Clausula Quarta - A do Prot. ICMS 11/91, combinado com o art. 295 e art. 289, § 11, V do RICMS/2012 e IN 04/09), e a autuação se deu a partir de 1/12/2014.

Esclarece que a legislação determina, que a partir de 01/12/2014, a base de cálculo da ST nas aquisições interestaduais com bebidas energéticas é o valor da mercadoria +IPI + seguro + frete + outras despesas debitadas ao adquirente +MVA (Clausula Quarta do Prot. ICMS 11/91, combinado com o art. 295 do RICMS/12), não se aplicando a pauta mínima. Dessa forma, permanece o valor do ICMS/ST Retido a menor, da Infração 2, referente ao produto “energético”.

Explica que para demonstrar os ajustes, anexa o novo cálculo dos produtos “água mineral de 200ml, 330ml, 500ml e 1,5 litros” demonstrando que não há que se falar em ICMS-ST retido a menor para esses produtos conforme as NFs listadas no Anexo 1 da Informação Fiscal.

Comenta que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente, onde se fundamenta a autuação. Dessa forma, ratifica em parte, a autuação realizada na forma regulamentar. Solicita deste Conselho a procedência parcial do Auto de Infração em lide.

O Autuado volta a se manifestar fls. 150/152. Registra a tempestividade de sua manifestação. Sintetiza os termos da informação fiscal, que conclui considerando o Auto de Infração

parcialmente procedente, reduzindo o valor reclamado inicialmente na Infração 2, conforme demonstrado no Anexo 2 – Informação Fiscal.

Declara que acolhe o Parecer Fiscal do fisco, pelo que requer seja reconhecida a parcial procedência do Auto de Infração, ante aos ajustes realizados na apuração fiscal, reduzindo o valor reclamado inicialmente de R\$ 11.359,21, para R\$ 7.635,60.

As Autuantes prestam nova informação fiscal fl.156. Afirmam que a autuada acolheu o parecer dado na informação fiscal, deixando de apresentar qualquer nova alegação. Dessa forma, nada há para acrescentar. Opinam pela procedência parcial da autuação.

Consta às fls.158/161, extrato do SIGAT/SICRED com o recolhimento dos valores reconhecidos pelo autuado.

## VOTO

Preliminarmente, sobre os aspectos formais do processo, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes as irregularidades imputadas.

Sendo assim, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado, conforme demonstrativo constante do processo e entregue cópia ao Autuado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, a solicitação de diligência do autuado. Observo que a diligência se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas, se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, a realização de diligência pode ser dispensada. Neste caso, entendo que já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide.

Constato que o defendente reconheceu e realizou o recolhimento dos valores atinentes à infração 01 que declaro procedente considerando a inexistência de lide a respeito desta infração. Infração 01 subsistente.

A infração 02 trata de retenção e o consequente recolhimento do imposto a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme Protocolo 11/91, nos meses de maio de 2014 a novembro de 2015.

O defendente afirmou que o valor apurado pela fiscalização é parcialmente improcedente, visto que decorreu da aplicação equivocada da MVA para os produtos denominados ÁGUAS e ENERGÉTICOS, em descompasso com a MVA prevista no Protocolo ICMS 11/91.

Assim, reconheceu parte da exigência como devida, no que atine aos produtos ÁGUA MINERAL de 5 l, 10 l, e 20 l, vez que foram produzidos pela filial autuada, e deveria ser aplicada a MVA de industrial (100%). No entanto, quanto aos demais produtos do levantamento fiscal foram produzidos por outras empresas, tendo sido aplicada corretamente a MVA de distribuidor, bem como, a Pauta Fiscal para o caso dos Energéticos, nos termos do Protocolo ICMS nº 11/91.

Em sede de informação fiscal, as Autuantes disseram assistir razão ao autuado, pois no levantamento fiscal teriam utilizado MVA aplicável à indústria e ao refazer o cálculo do valor do ICMS-ST devido usando MVA aplicável quando o adquirente é distribuidor, verificam a correção dos valores retidos e recolhidos pelo contribuinte. Dessa forma, disseram retirar da Infração 2, o valor de R\$3.723,61 referente aos produtos “água mineral de 200ml, 330ml, 500ml e 1,5litros”, passando esta Infração de R\$ 11.359,21 para R\$ 7.635,60, conforme demonstrado no Anexo 2 – da Informação Fiscal. Quanto ao produto “energético Pet Night Power”, afirmam que está corretamente calculado e deve ser mantido na autuação, visto que a tais valores não se aplica a pauta fiscal.

Consta dos autos que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário, desta forma é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS Substituição Tributária nas aquisições de mercadorias enquadradas neste regime.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, especialmente os argumentos defensivos, constato que foram acolhidos parcialmente pela fiscalização, que inclusive realizou ajustes, elaborando novos demonstrativos de débito. A exceção se deu, relativamente ao produto “energético Pet Night Power”, para o qual, o contribuinte entende que deve ser aplicada Pauta Fiscal com fulcro na IN nº 04/2009, referente ao período de 2014 e MVA de distribuidor, sob o amparo do Protocolo ICMS 11/91, referente ao período de 2015, como teria procedido. Em outras palavras, o Impugnante entendeu que o cálculo deveria se dar, tendo por base a pauta fiscal, ao contrário do Fisco que apresentou entendimento que esta não se aplica ao caso.

Sobre esta questão, à luz da legislação de regência, observo que assiste razão às Autuantes. Conforme Clausula Quarta -A do Protocolo ICMS 11/91, combinado com o art. 295 e 289, § 11, V do RICMS/2012, além da Instrução Normativa nº 04/09, a aplicação da pauta fiscal para o produto ora em discussão, vigorou até 30.11.2014. Entretanto, as aquisições interestaduais do citado energético constantes do levantamento fiscal se deram a partir de 1/12/2014, portanto aplicável a MVA conforme acertadamente, fizeram as Autuantes.

Dessa forma, acolho os novos demonstrativos ajustados pela fiscalização fls.130/144 e CD fl.145 e a infração 02 é parcialmente procedente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da autuação, devendo ser homologados os valores pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207349.0004/19-5**, lavrado contra **INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$19.561,13**, acrescido da multa de 60% prevista alínea ‘e’, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR