

A. I. Nº - 269616.0033/17-2  
AUTUADO - UNIMARKA DISTRIBUIDORA S/A  
AUTUANTES - WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR  
ORIGEM - DAT NETRO / IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22/12/2021

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0187-03/21-VD

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DO ICMS ST. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. O Autuado logra êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal carendo aos autos comprovação de equívoco na MVA aplicada no levantamento fiscal. Fato reconhecido pelos Autuantes em sede de Informação Fiscal. Mantidas as operações com Preservativos, uma vez que para fruição da isenção a Defesa não comprovou a exigência prevista no inciso XXIII, do art. 264, do RICMS-BA/12. Infração parcialmente subsistente. Não acatado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2017, exige crédito tributário no valor de R\$842.808,92, acrescido da multa de 60%, em razão de o Autuado ter efetuado retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014 - Infração **08.24.02**. Demonstrativo acostado às fls. 07 e 08 e CD à fl. 09.

O Autuado ingressa com defesa fls. 14 a 31. Inicialmente, diz que foi autuado por ter recolhido o ICMS ST a menos, todavia, sustenta que a autuação em foco não merece prosperar.

Ressalta que no Auto de Infração, foi apontado como dispositivo legal infringido o art. 10, da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM nº 18/85.

Revela que o art. 10, da Lei nº 7.014/96 dispõe que “Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas”.

Assinala que o acordo invocado pelo Auto de Infração, qual seja, o Protocolo ICM nº 18/85, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e bateria elétricas. Entretanto frisa que os produtos objeto da fiscalização em questão são produtos farmacêuticos, em especial algodão, haste flexível com extremidade de algodão, pastas dentífricas, fio dental, preparação para higiene bucal e dentária, preservativos, escovas dentífricas, talco etc.

Ressalta que os produtos objeto da fiscalização não se subsomem ao Protocolo ICM nº 18/85. Logo, não há como se falar em violação ao art. 10, da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM nº 18/85.

Lembra que o art. 129, § 1º, inciso V, do COTEB dispõe que o Auto de Infração conterá a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos.

Aduz ainda que mesmo se argumentando que as eventuais incorreções do auto de infração não acarretam sua nulidade, o § 4º, do art. 129, do COTEB estabelece que apenas não haverá nulidade quando for possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Sustenta que, no caso em apreço, não é possível determinar a natureza da infração, sendo questionável inclusive o montante do aduzido débito tributário. Prossegue ressaltando ao invocar o Protocolo ICM nº 18/85, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e bateria elétricas, em verdade, o auto de infração acaba por não indicar qualquer dispositivo legal infringido, mesmo porque o art. 10, da Lei nº 7.014/96, apenas registra, de forma geral, que “Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.”

Registra que o Auto de Infração não indica as normas de acordo celebrado entre a Bahia e outros Estados da Federação que regem a substituição dos produtos objeto da fiscalização que estariam sendo violadas, não se consegue determinar a natureza da infração, sendo também questionável o débito tributário indicado.

Explica que apesar de não constar da descrição da alegada infração que teria procedido a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas por contribuintes localizados no Estado da Bahia, ao não indicar as normas de acordo celebrado que regem a substituição tributária dos produtos objeto da fiscalização que estariam sendo violadas, o auto de infração acaba por afrontar o princípio constitucional do direito do contraditório e a ampla defesa, eis que não foi indicada qualquer norma que justifique as MVAs e as bases de cálculos adotadas no demonstrativo da fiscalização.

Observa que corrobora a nulidade, ora invocada o art. 39, do RPAF-BA/99, uma vez que o Auto de Infração em questão não indica os dispositivos legais em que se fundamentam as exigências fiscais, não tendo sido apresentados dispositivos que justifiquem as MVAs ajustadas adotadas na planilha da fiscalização e nem mesmo as bases de cálculo apresentadas na referida planilha.

Frisa que, consequentemente, também não foram indicados os dispositivos infringidos.

Revela que o art. 18, do RPAF-BA/99, já mencionado dispõe que são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa e o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Afirma que o Auto de Infração em questão, ao ser lavrado com o enquadramento legal errado, acaba por preterir direito de defesa da autuada, mormente porque não apresentados os dispositivos legais que supostamente fundamentariam as MVAs e base de cálculos adotadas na planilha da fiscalização.

Prossegue assinalando que, ao não indicar as normas que justifiquem as MVAs e a base de cálculo adotadas pelo demonstrativo da fiscalização, não determina com segurança a suposta infração.

Salienta que o vício ora apontado não se trata de exigência meramente formal, mas, sim, de vício que prejudica o pleno exercício do contraditório e ampla defesa, especialmente porque não é possível determinar a natureza da infração e nem mesmo o montante do débito tributário.

Requer que seja reconhecida a nulidade da autuação, tendo em vista que o Auto de Infração contém erro não passível de correção.

Diz constar do Auto de Infração que teria procedido à retenção a menos 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 e que teria havido violação ao art. 10, da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM nº 18/85, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e bateria elétricas.

Observa que o demonstrativo apresentado pela fiscalização é composto por produtos farmacêuticos, tais como algodão, haste flexível com extremidade de algodão, pastas dentífricas, fio dental, preparação para higiene bucal e dentária, preservativos, escovas dentífricas, talco etc.

Frisa que, caso não reconhecida a nulidade do Auto de Infração, haverá que se reconhecer a insubsistência da autuação, mesmo porque, tratando-se de produtos farmacêuticos, não há que se

falar em infração às cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM nº 18/85, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e bateria elétricas.

Assinala que, não bastasse o exposto, já suficiente para que seja julgada totalmente insubsistente a autuação, apresenta outras razões que também demonstram a insubsistência da autuação.

Observa que ocorrerá exigências indevidas em razão da adoção, pela fiscalização, da MVA ajustada incorreta para produtos da lista neutra, nas operações com alíquota interestadual de 12% e alíquota interna de 17%.

Diz constar do demonstrativo “OPERAÇÕES COM RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - 2013/2014” que foi adotada para a grande maioria dos produtos (aqueles cuja alíquota interestadual é de 12%) a MVA ajustada de 49,89%.

Revela que, durante todo o período fiscalizado (2013/2014), a MVA ajustada correta para a Lista Neutra dos produtos farmacêuticos nas operações com alíquota interestadual de 12% e alíquota interna de 17%, é 49,86%, e não 49,89% como adotada pelo Autuante.

Lembra que a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos é regida pelo Convênio ICMS 76/94, dos quais a Bahia e o Estado do Espírito Santo (entre outros Estados) são signatários.

Registra que, de acordo com cláusula segunda do referido Convênio, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Menciona que, existindo o valor de que trata o *caput* da cláusula, a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula: “MVA ajustada = [(1 + MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1”.

Explica que se fazendo os cálculos, conforme fórmula indicada no § 1º da citada cláusula segunda para os produtos da lista neutra nas operações com alíquota interestadual de 12% e alíquota interna de 17%, chega-se à MVA ajustada de 49,86%:

$$\text{MVA ajustada} = [(1 + \text{MVA ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1$$

$$\text{MVA ajustada} = [(1 + 41,34\%) \times (1 - 12\%) / (1 - 17\%)] - 1$$

$$\text{MVA ajustada} = [(1 + 0,4134) \times (1 - 0,12) / (1 - 0,17)] - 1$$

$$\text{MVA ajustada} = [(1,4134) \times (0,88) / (0,83)] - 1$$

$$\text{MVA ajustada} = 0,4986$$

$$\text{MVA ajustada} = 49,86\%$$

Por isso, afirma que a MVA ajustada, a partir de 17/04/2014 (data em que entrou em vigor a atual redação do § 1º da cláusula segunda acima) para os produtos farmacêuticos da lista neutra, com alíquota interestadual de 12% e interna de 17%, é 49,86% (e não 49,89% alegado pela fiscalização).

Prossegue destacando que mesmo antes de abril de 2014 (ou seja, durante o período de 2013 até 16/04/2014), a MVA que deveria ser adicionada para fins de apuração da base de cálculo dos produtos farmacêuticos da lista neutra, com alíquota interestadual de 12% e interna de 17%, já era de 49,86%. Frisa que no mencionado período, o item 3 (que se referia à Lista Neutra) do § 1º da cláusula segunda estava vigorando com a redação dada pelo Convênio ICMS 47/05.

Acrescenta mencionando que, também no período de 2013 até 16/04/2014, a MVA que deveria ser adicionada para fins de apuração da base de cálculo de tais produtos (lista neutra), com alíquota interestadual de 12% e interna de 17%, já era de 49,86%.

Arremata declarando que impugna o demonstrativo da fiscalização, eis que que foi adotada a MVA ajustada errada para a maior parte dos produtos, pois deveria ter adotado a MVA ajustada de 49,86%, quando adotou 49,89%.

Aponta que também ocorreram exigências indevidas em razão da inobservância, pela fiscalização, da norma que determina a redução da base de cálculo em 10%. Continua mencionando que, como não bastasse esse erro, a planilha da fiscalização apresentou outro erro que também levou à errônea base de cálculo da substituição tributária indicada pela fiscalização.

É que, durante todo o período autuado (2013/2014), estava em vigor norma que determina que a base de cálculo prevista nesta cláusula segunda será reduzida em 10%.

Ou seja, a base de cálculo da substituição tributária nas operações com os produtos farmacêuticos realizadas entre os Estados signatários do Convênio ICMS 76/94 será reduzida em 10%.

Diz ser o que se verifica do § 5º da atual redação da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 (Nova redação dada à cláusula segunda pelo Conv. ICMS 37/14, efeitos a partir de 17/04/14.), cujo teor reproduz. Frisa que no mesmo sentido, também se observa do § 4º, que estava em vigor até 16/04/2014.

Observa que, a partir dos dois erros apontados, cometidos pela fiscalização no demonstrativo por ela elaborado, quais sejam, MVA ajustada de 49,89% para os produtos da lista neutra com alíquota interestadual de 12% e alíquota interna de 17%, quando a MVA ajustada correta para os referidos produtos é de 49,86%, sendo que fiscalização também não observou a norma que estabelece que a base de cálculo prevista na cláusula segunda do Conv. ICMS 76/94 será reduzida em 10%, desde já, conclui-se que está a fiscalização, por meio do auto de infração em questão, a faz exigência indevida.

Frisa que não procedeu a retenção a menos do ICMS, tendo recolhido corretamente o valor do imposto.

Cita como exemplo, à fl. 26, o primeiro produto da planilha da fiscalização.

Explica que se trata de produto farmacêutico (3005), da lista neutra, com alíquota interestadual de 12% e alíquota interna de 17%. Assim, a MVA ajustada é de 49,86% (conforme já explicado anteriormente). Prossegue assinalando que, somando-se R\$63,00 (BC) com a MVA ajustada de 49,86%, encontrar-se-ia R\$94,41. No entanto, considerando-se que a base de cálculo será reduzida em 10%, chega-se à base de cálculo da substituição tributária de R\$84,97 (BC ST). Tendo em vista o ICMS na operação de R\$7,56 (ICMS NO), tem-se o ICMS ST de R\$6,88, exatamente o valor retido pela autuada.

Assevera que não cometeu a alegada infração, não tendo procedido à retenção a menos do ICMS, estando a fiscalização a fazer exigência indevida por meio do auto de infração ora impugnado.

Aponta também exigências indevidas em razão da inobservância, pela fiscalização, da MVA ajustada de 41,06% para produtos nacionais da Lista Negativa. Revela que a maior parte da exigência da autuação decorre dos dois erros da fiscalização acima apontados.

Afirma que a fiscalização ainda cometeu outros erros que levaram a exigências ilegais e indevidas.

Explica que os cremes dentais, classificados na NCM-SH como 3306.10.00; os fios e fitas dentais, classificados como 3306.20.00; os enxaguatórios bucais, classificados como 3306.90.00; as escovas dentais, classificadas como 9603.21.00; e os talcos Granado, classificados como 3004.90.99, faziam parte da Lista Negativa, conforme item 1, do § 1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, com a redação dada pelo Conv. ICMS 134/10, e, portanto, a MVA ajustada de tais produtos (nacionais) era de 41,06% (percentual estabelecido pelo Conv. ICMS 47/05).

Observa que o percentual acima (41,06%) também decorre da fórmula da MVA ajustada:

$$\text{MVA ajustada} = [(1 + \text{MVA ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1$$

$$\text{MVA ajustada} = [(1 + 33,05\%) \times (1 - 12\%) / (1 - 17\%)] - 1$$

$$\text{MVA ajustada} = [(1 + 0,3305) \times (1 - 0,12) / (1 - 0,17)] - 1$$

MVA ajustada = [(1,3305) X (0,88) / (0,83)] - 1

MVA ajustada = 0,4106

MVA ajustada = 41,06%

Afirma que a fiscalização utilizou para os referidos produtos a MVA ajustada de 49,89%, inobservando, pois, que se tratava de produtos da lista negativa (e que, portanto, a MVA correta para os mencionados produtos era de 41,06%).

Afirma que ao se tomar como exemplo um dos produtos da lista negativa, adotando-se a MVA ajustada correta de 41,06%, e aplicando-se a redução da base de cálculo de 10%, verifica-se que não procedeu a retenção a menos do ICMS, tendo retido e recolhido corretamente o imposto.

Diz que no exemplo que acosta à fl. 28, somando-se R\$65,02 (BC) com a MVA ajustada de 41,06%, e reduzindo-se a base de cálculo em 10%, chega-se à base de cálculo da substituição tributária de R\$82,54 (BC ST). Frisa que considerando o ICMS na operação de R\$7,80 (ICMS NO), tem-se o ICMS ST de R\$6,23, exatamente o valor retido e recolhido pela autuada, a demonstrar a inocorrência da alegada infração de suposta retenção a menor de ICMS.

Registra ainda, que ocorrerá exigências indevidas em razão da inobservância, pela fiscalização, da MVA ajustada de 53,89% para produtos importados da Lista Negativa eis que os mesmos produtos da lista negativa, quais sejam, cremes dentais (3306.10.00); fios e fitas dentais (3306.20.00); os enxaguatórios bucais (3306.90.00); as escovas dentais (9603.21.00); e os talcos (3004.90.99), porém importados e, portanto, com alíquota interestadual de 4%, tinham uma MVA ajustada de 53,89%:

MVA ajustada = [(1 + MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1

MVA ajustada = [(1 + 33,05%) x (1 - 4%) / (1 - 17%)] - 1

MVA ajustada = [(1 + 0,3305) x (1 - 0,04) / (1 - 0,17)] - 1

MVA ajustada = [(1,3305) x (0,96) / (0,83)] - 1

MVA ajustada = 0,5389

MVA ajustada = 53,89%

Observa que a fiscalização adotou erroneamente a MVA ajustada de 63,48%, quando a MVA ajustada correta para tais produtos importados (alíquota interestadual de 4%), que estavam na lista negativa, era de 53,89%.

Afirma que ao se tomar como exemplo um dos produtos importados (alíquota interestadual de 4%), da lista negativa, adotando-se a MVA ajustada correta de 53,89%, e aplicando-se a redução da base de cálculo de 10%, verifica-se que não procedeu a retenção a menos do ICMS, tendo retido e recolhido corretamente o imposto, fl. 29.

Destaca que no exemplo referido, somando-se R\$35,56 (BC) com a MVA ajustada de 53,89%, e reduzindo-se a base de cálculo em 10%, chega-se à base de cálculo da substituição tributária de R\$49,25 (BC ST). Remata que se considerando o ICMS na operação de R\$1,42 (ICMS NO), tem-se o ICMS ST de R\$6,95, exatamente o valor retido e recolhido, o que revela que não cometeu a alegada infração.

Aponta também exigências indevidas no levantamento fiscal tendo em vista que as operações com preservativos são isentas do ICMS.

Observa que a fiscalização, no demonstrativo “OPERAÇÕES COM RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - 2013/2014”, faz exigência indevida quanto aos preservativos (4014.10.00). Explica que, conforme Convênio ICMS nº 116/98, prorrogado diversas vezes, inclusive para o período autuado (2013/2014), “*Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM-SH.*”

Afirma que impugna o demonstrativo “OPERAÇÕES COM RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - 2013/2014”, por estar a fazer exigências indevidas seja: - por ter adotado para a lista neutra nas operações com alíquota interestadual de 12% e interna de 17% a MVA ajustada de 49,89%, quando a MVA ajustada correta, para os referidos produtos, é 49,86%;

- por não ter observado a norma que determina a redução da base de cálculo de todos os produtos farmacêuticos em 10%;
- por ter adotado a MVA ajustada de 49,89% para produtos da lista negativa (nacionais), cuja MVA ajustada correta é de 41,06%;
- por ter adotado a MVA ajustada de 63,48% para produtos da lista negativa (importados), cuja MVA ajustada correta é de 53,89%;
- porque não observou que os preservativos têm isenção de ICMS conforme Convênio nº 116/98.

Declara que afastadas tais exigências indevidas da fiscalização, conclui-se que não cometeu a alegada infração, não tendo havido retenção a menos de ICMS e nem mesmo violação ao art. 10, da Lei nº 7.014/96, devendo, assim, ser julgada insubstancial a autuação, o que requer.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração ora impugnado pelas razões expostas na presente defesa. Caso não colhido o pedido, pugna pela improcedência do Auto de Infração ora impugnado em razão dos erros materiais apontados.

Um dos Autuantes presta a informação fiscal, fls. 74 a 77, alinhando os seguintes argumentos.

Inicialmente lembra que o Auto de Infração acusou que o estabelecimento “*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*”. Informam que se trata de operações com Medicamentos, regidas pelo Convênio 76/94.

Assinala que em suas alegações preliminares, fls. 16 a 20, a defesa requer a nulidade da autuação em virtude de haver sido “... *apontado como dispositivo legal infringido o art. 10, da Lei 7.014/96 c/c cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 18/85.*”

De fato, reconhece que ao selecionarem os códigos relativos às caracterizações da infração no Sistema de Lançamento de Créditos Tributários - SLCT houve erro por parte dos Autuantes.

Afirma que a infração foi descrita corretamente, como se reproduz acima, todavia a capitulação legal citou incorretamente o Protocolo ICM 18/85.

Destaca que, inobstante tal falha, o demonstrativo anexado às fls. 07 e 08 explicita claramente em seu cabeçalho que se trata de Medicamentos, o que se corrobora com a descrição dos produtos.

Ademais, frisa que, em sua peça defensória o contribuinte demonstra claramente haver superado o equívoco, o que lhe permitiu, inclusive, apontar incorreção na MVA AJUSTADA constante do Anexo I, dos anos de 2013 e 2014.

Assevera que, tais situações não ensejam nulidade do lançamento, como prevê o RPAF-BA/99:

“*Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*”

Observa que o Autuado também incorreu em inversão de código ao consignar incorretamente – de 05/09/13 a 15/10/13 - o NCM do produto *FR PAMPERS CONFORT CX PRATICA XXG 44UN* como 0813.20.10, quando o correto seria 9619.00.00. Informa que procedeu à correção.

Quanto às questões de mérito, registram que o Impugnante acusa:

“*4.1 – Exigências indevidas em razão da adoção, pela fiscalização, da MVA ajustada incorreta para produtos da lista neutra, nas operações com alíquota interestadual de 12% e alíquota interna de 17%.*”, fls. 21 a 24.

Observa que o Defendente refere-se à utilização pela Fiscalização da MVA ajustada de 49,89%, conforme constante do Anexo I - 2013, item 32.1 (Lista Neutra) e do Anexo I - 2014, item 32.1 (Lista Neutra).

Frisa que buscando esclarecimentos, dirigiram-se à Gerência de Substituição Tributária com a finalidade de confirmar se tal percentual de MVA ajustada corresponde à MVA original estabelecida no Convênio (41,34%). Destaca que obtiveram como resposta que, de fato, há incorreção no percentual publicado em ambos os anexos. Afirma que a divergência, inclusive, é superior àquela apontada pelo Defendente. Ressalta que, enquanto esta sugere percentual de 49,86% o recurso para cálculo de MVA ajustada disponível no site da SEFAZ/BA indica valor ainda menor (49,85%), conforme demonstra em tabela acostada à fl. 75, o que dá razão à defesa.

*“4.2 – Exigências indevidas em razão da inobservância, pela fiscalização, da norma que determina a redução da base de cálculo em 10%”, fls. 24 a 26.*

Afirma que, nesse caso, o Autuado faz referência ao parágrafo 5º, da Cláusula segunda do Convênio 76/94, conforme segue:

**“Cláusula segunda** A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

*§ 5º A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).*

Informa que concorda com o pleito da defesa, uma vez que tal redução não foi contemplada no levantamento fiscal.

*“4.3 – Exigências indevidas em razão da inobservância, pela fiscalização, da MVA ajustada de 41,06% para produtos nacionais da Lista Negativa”, fls. 26 a 28.*

Assinala que a procedência da alegação decorre do fato que os NCMs 3306.10.00, 3306.20.00, 3306.90.00, 9603.21.00 e 3004.90.99 foram incorretamente tratados como se compusessem a Lista Neutra (MVA 49,89%) quando compõem, efetivamente, a Lista Negativa (MVA 41,06%), conforme estabelecido no Convênio 47/05.

*“4.4 – Exigências indevidas em razão da inobservância, pela fiscalização, da MVA ajustada de 53,89% para produtos importados da Lista Negativa”, fl. 28 e 29.*

Registra ser o pleito igualmente procedente, relativo aos mesmos NCMs e razões do item anterior, nas operações com produtos de alíquota de 4%.

*“4.5 – Exigências indevidas tendo em vista que as operações com preservativos são isentas de ICMS”, fl. 29 e 30.*

Assevera que de fato, as definições do Convênio ICMS 116/98, relativas ao item de NCM 4014.10.00, foram incorporadas às isenções previstas no RICMS-BA/12:

*“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)”.*

Conclui frisando que, por todo o exposto, acatados os pleitos da defesa, se manifesta pela improcedência da presente autuação.

Essa 3ª JJF, em busca da verdade material, converte os autos em diligência, fl. 84, para que fosse intimado o Autuado a apresentar a comprovação inequívoca de que as operações com preservativos arroladas no levantamento fiscal atenderam à condição prevista no inciso XXIII, do art. 264, do RICMS-BA/12, e fosse elaborado novo levantamento identificando as correções cabíveis em relação ao demonstrativo que alicerçou a autuação originalmente e, em relação a isenção nas operações

com preservativos, caso o Autuado apresente a efetiva comprovação do cumprimento da condição exigida no RICMS-BA/12, a proceder à exclusão das operações comprovadas.

Os Autuantes apresentam o resultado da diligência, fls. 91 e 92, esclarecendo inicialmente que acosta o novo demonstrativo, fl. 90, que resultou na improcedência do lançamento, cuja cópia foi encaminhada ao autuado para manifestação. Explicam que, na coluna introduzida à direita, consignaram o tipo de “Lista”, correta ao qual cada item se vincula, o que resultou, inclusive na constatação de destaque de ICMS a mais em algum destes itens.

Informam, quanto ao item “Preservativo” - NCM 4014.1000, considerando que o valor total autuado correspondeu a apenas R\$98,85, relativo a apenas 24 registros - e que as alegações trazidas pela Defesa, fls. 42 - item 4.2, afirma a procedência da redução da base de cálculo, não exigiram a comprovação devida.

Destacam que intimaram o Autuado em 03/10/2019, fls. 89 e 90, porém o Defendente não se pronunciou. Assinalam que, no decurso deste prazo, receberam contato da Sra. Eddyne Machado, Responsável Contábil do estabelecimento autuado, no qual a mesma antecipou o desinteresse do Autuado em se manifestar sobre o assunto, uma vez que seu pleito fora atendido. Frisaram que, instada a fazê-lo quanto ao item “Preservativo”, fl. 93, esta informou não haver encontrado o “desconto incondicional” exigido para o benefício de redução de base cálculo.

Concluem informando que acostaram às fls. 94 e 95 o novo demonstrativo listando as operações com preservativos e o valor devido, considerando a manutenção da base de cálculo sem a redução de 10%, resultando no saldo remanescente de R\$98,95.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fls. 100 e 101, o Autuado não se manifestou nos autos.

## VOTO

Preliminarmente, o defensante arguiu nulidade sob a alegação de que a autoridade fazendária apontou como dispositivo legal infringido o art. 10, da Lei nº 7.014/96 c/c as cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM nº 18/85.

Assinalou que o acordo invocado pelo Auto de Infração, qual seja, o Protocolo ICM nº 18/85, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e bateria elétricas. Entretanto, frisa que os produtos objeto da fiscalização em questão são produtos farmacêuticos, em especial algodão, haste flexível com extremidade de algodão, pastas dentífricas, fio dental, preparação para higiene bucal e dentária, preservativos, escovas dentífricas, talco etc.

Depois de examinar os elementos que compõem a autuação, contato que inexiste qualquer determinante para a anulação da infração, precipuamente pelo fato de o próprio Autuado ter se defendido plenamente da mesma. Eis que, entendeu a acusação fiscal que lhe fora imputada, o que permite a aplicação do disposto no art. 18, em seu § 1º, segundo o qual as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração. Resta patente nos autos através análise conjunta da acusação fiscal e do demonstrativo de apuração da exigência fiscal que foi claramente determinado a natureza da infração, o Autuado e o montante do débito tributário. Também se verifica o atendimento do quanto preconizado no art. 19, do RPAF-BA/99, segundo o qual a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, o que no caso presente, é incontestável esse aspecto, haja vista, que o próprio Autuado reconhece, expressamente, em sede defesa, que os produtos farmacêuticos que comercializa estão submetidos a regência do Convênio ICMS 76/94.

Por isso, consigno que, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o RICMS-BA/12, considerando as disposições contidas na Lei 7.014/96, e

acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, necessários à demonstração dos fatos arguidos.

Portanto, ante o expedido, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante.

No mérito, o sujeito passivo é acusado de proceder a retenção a menos 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, consoante demonstrativo acostado às fls. 07 e 08 e CD à fl. 09.

Em sua Defesa, o Impugnante pugnou pela improcedência da autuação, em suma, por sustentar que o demonstrativo “OPERAÇÕES COM RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - 2013/2014”, faz as seguintes exigências indevidas:

- i) - por ter adotado para a lista neutra nas operações com alíquota interestadual de 12% e interna de 17% a MVA ajustada de 49,89%, quando a MVA ajustada correta, para os referidos produtos, é 49,86%;
- ii) - por não ter observado a norma que determina a redução da base de cálculo de todos os produtos farmacêuticos em 10%;
- iii) - por ter adotado a MVA ajustada de 49,89% para produtos da lista negativa (nacionais), cuja MVA ajustada correta é de 41,06%;
- iv) - por ter adotado a MVA ajustada de 63,48% para produtos da lista negativa (importados), cuja MVA ajustada correta é de 53,89% e
- v) - porque não observou que os preservativos têm isenção de ICMS conforme Convênio nº 116/98.

Os Autuantes, ao prestarem informação fiscal, depois de consultar a Gerência de Substituição Tributária, reconheceu que, de fato, ocorreria um equívoco, na aplicação da MVA Ajustada constante do Anexo I - 2013, item 32.1 (Lista Neutra) e que assiste razão ao Impugnante uma vez que a MVA Ajustada corresponde ao percentual de 49,85, constante no *sítio* da SEFAZ-BA.

Destacaram também os Autuantes a concordância com a alegação defensiva de que a redução da base de cálculo de 10%, prevista no § 5º, da Cláusula segunda, do Convênio ICMS 76/94, uma vez que essa redução não contemplada no levantamento fiscal.

Sustentaram ainda que a procedência da alegação do Defendente quanto a inobservância da MVA Ajustada de 41,06%, consoante previsão no Convênio ICMS 47/05, para os produtos nacionais da lista Negativa arroladas no levantamento fiscal, bem como, concordaram também serem indevidas as exigências questionadas em razão da inobservância da MVA Ajustada de 53,89% para produtos importados constantes da Lista Negativa.

Acataram também os Autuantes serem indevidas a inclusão das operações com “Preservativos” – NCM 4014.10.00, por serem isentas de ICMS de acordo com o Convênio ICMS 116/98 e incorporadas ao RICMS-BA/12, através do inciso XXIII, do art. 264.

Concluíram os Autuante, diante do acolhimento das alegações defensivas supra enumeradas pela improcedência da autuação.

Essa 3ª JJF, converteu os autos em diligência para que os Autuantes intimassem o Autuado a apresentar a comprovação inequívoca de que as operações com preservativos arroladas no levantamento fiscal atenderam à condição expressamente prevista no inciso XXIII, do art. 264, do RICMS-BA/12.

Ao proceder o atendimento da diligência, os Autuantes informaram que o Impugnante não apresentou a comprovação solicitada em relação aos requisitos previstos para a fruição da isenção nas operações com Preservativos, prevista no inciso XXIII, do art. 264, do RICMS-BA/12. Registraram que elaboraram um novo demonstrativo de débito, colacionado às fls. 93 a 95 e CD a fl. 90, contemplando as operações com Preservativos sem a comprovação do atendimento das exigências para fruição da isenção, que resultou no débito de R\$98,85.

Depois de examinar os elementos que emergiram do contraditório instalado, constato que, todas as alegações articuladas pelo Defendente e que foram acolhidas pelos Autuantes foram devidamente explicitadas e comprovadas e afiguram-se devidamente alicerçadas na legislação de regência e, portanto, entendo que o Autuado logrou êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal.

Entretanto, em relação, especificamente, às operações com “Preservativos”, fica patente nos autos, que deve remanescer a exigência apurada pelos Autuantes, no valor de R\$98,85, consoante demonstrativo acostado às fls. 94 e 85, ante a não apresentação pelo Defendente, em sede de Diligência, da comprovação preconizada no inciso XXIII, do art. 264, do RICMS-BA/95: *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).*

Assim, acolho o demonstrativo acostado pelos Autuantes às fls. 94 e 95, concluo pela subsistência parcial da autuação.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269616.0033/17-2, lavrado contra **UNIMARKA DISTRIBUIDORA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para realizar o recolhimento do imposto no valor de **R\$98,85**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “e”, inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea “a”, do inciso I, do art. 169, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA