

**PROCESSO** - A. I. Nº 269616.00033/17-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - UNIMARKA DISTRIBUIDORA S/A  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0187-03/21VD  
**ORIGEM** - DAT METRO/ IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05/07/2022

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0135-11/22-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 careando 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0187-03-21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2017 para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 842.808,92, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte acusação:

**INFRAÇÃO 01 - 08.24.02** – “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 no Estado da Bahia”, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Demonstrativo acostado às fls. 07 e 08 e CD à fl. 09.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 22/11/2021 (fls. 106/115) e decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

### “VOTO

*Preliminarmente, o defendente 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 inexistia 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 incontestado esse aspecto, haja vista, que o próprio Autuado reconhece, expressamente, em sede de 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 exposto, 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, ocorrera 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.*

*Acatarem 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 Autuantes, diante do acolhimento das alegações defensivas supra enumeradas pela improcedência da autuação.*

*Essa 3ª JF, 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 à 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 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.*

Como o valor do Auto de Infração tem crédito tributário superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 3ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I do RPAF/99.

## VOTO

A 3ª JJF (Acórdão JJF Nº 0187-03/21-VD) julgou Procedente em Parte o Auto de Infração 269616.003/17-2 a com crédito tributário lançado de R\$842.808,92, (fl. 117) com valor histórico (vide folhas 1 a 3), fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

O Auto de Infração acusa o sujeito 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.

O autuado se defende pugnando pela improcedência da autuação, alegando 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.*

A informação fiscal (fls. 74 a 77), afirma que depois de consultar a Gerência de Substituição Tributária, reconheceu vários equívocos, abaixo descritos:

1. na aplicação da MVA Ajustada constante do Anexo I - 2013, item 32.1 (Lista Neutra) e que assiste razão ao contribuinte, já que a MVA Ajustada corresponde ao percentual de 49,85, constante no *sítio* da SEFAZ-BA;
2. na 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;
3. na 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;
4. as exigências questionadas em razão da inobservância da MVA Ajustada de 53,89% para produtos importados constantes da Lista Negativa.
5. da 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.

Observe que houve a determinação de conversão em diligência, pela 3ª JJF que ordenou a intimação do autuado para comprovação de que as operações de preservativos arrolados no

lançamento fiscal atenderam as exigências previstas no inciso XXIII, do art.264 do RICMS-BA-12. Tendo os autuantes informado (fls. 91 a 101) que:

*“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.”*

Compulsando os autos, verifica-se que os autuantes reconheceram vários equívocos na fiscalização e pede o afastamento parcial da acusação, restando apenas a acusação fiscal para as operações de preservativos, que não foram comprovadas nas exigências de fruição de isenção.

Desta forma, mantenho decisão da 3ª JJF que julgou procedente em Parte a infração, especificamente às operações com “Preservativos” e determina permanência da exigência fiscal apenas quanto a tais operações, não merece reforma a decisão.

Do exposto, 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 **269616.0033/17-2** lavrado contra **UNIMARKA DISTRIBUIDOSA S/A.**, devendo ser intimado o recorrido, 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

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