

A. I. Nº - 210665.0003/10-8
AUTUADO - VTALL BRAZIL EQUIPAMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - IVANILDE DA SILVA MORAIS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 17.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-04/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento da antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado. Razões de defesa insuficientes para elidir as acusações fiscais. Multa prevista, a depender da época dos fatos, no inciso II, alíneas “d” ou “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 29/06/2010, para exigir do autuado, na condição de empresa optante do Simples Nacional, na infração 01, a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, no valor de R\$ 12.669,51, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de: julho, agosto e dezembro de 2007; janeiro, março, maio, junho, julho e agosto de 2008 e junho de 2009, como também o recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 4.624,68, nos meses de: fevereiro, abril, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008 e março de 2009, conforme planilhas e documentos fiscais às fls. 9 a 76 dos autos. Foram dados como infringidos os artigos 352-A; 125, II, §§ 7º e 8º, c/c art. 61, IX, e 386, I, do RICMS/BA, tendo sido aplicada a multa de 50%, nos termos do art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº. 7.014/96.

O contribuinte, através de seu sócio, ingressou com defesa tempestiva, às fls. 85 a 90 dos autos, onde aduz que:

1º) as notas fiscais de nºs: 50, 156, 223,224, 298, 360, 464, 564, 645 e 729, constante às fls. 103 a 112, objeto de cobrança, emitidas pela empresa BRAMSYS, estão alcançadas pela isenção determinada no Convênio ICMS 01/99, o que não foi considerado pelo autuante. Salienta que, constatada a isenção, não há que se falar em antecipação parcial do imposto, em função do quanto determinado pelo § 1º do art. 352-A do RICMS/97;

2º) as notas fiscais de nºs: 1822, 1823, 676, 1140, 1204, 30261, 29523, 29574, 28249, 26840, 1995, 1996, 2415 e 2492, foram adquiridas para utilização nas atividades da empresa – uso/consumo, ou, ainda, para utilização da empresa como bem do ativo imobilizado, o que pode ser facilmente verificado através dos lançamentos contábeis realizados pelo contribuinte, com o registro das mencionadas aquisições, consoante documentos às fls. 114 a 161 dos autos. Ressalta que, sobre tais aquisições, não pode incidir o ICMS, conforme determinado pelo art. 352-A do RICMS/BA, o qual especifica as entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, como também o art. 355, inciso V, do mesmo diploma legal quando determina que não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições interestaduais, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento de contribuinte para uso, consumo ou ativo imobilizado;

3º) a nota fiscal de nº 5619 se trata de remessa para análise, sendo que a autuante a considerou como aquisição de mercadoria para comercialização. Destaca que, tal cobrança jamais poderá subsistir, uma vez que o autuado procedeu à devolução das referidas mercadorias, através da nota fiscal de nº 150, conforme cópia às fls. 163 e 164 dos autos.

Assim, diante do exposto, requer que seja determinada a realização de diligência por fiscal estranho ao feito ou julgado o Auto de Infração improcedente.

A autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 167 a 169 dos autos, quanto à primeira alegação do autuado, salienta que a classificação fiscal dos produtos constantes nas notas fiscais não constam do Convênio ICMS 01/99, e a situação tributária nas notas fiscais portam código “00” – com tributação integral. Também salienta que foi verificado que à fl. 74, no mês de março/2009, consta a nota fiscal nº 907, emitida pela BRAMSYS, com os mesmos produtos e o contribuinte recolheu a antecipação parcial conforme extrato de pagamento – DAE do sistema de Arrecadação e lançado na planilha de março de 2009 (fl. 24), demonstrando deste modo que o autuado tem conhecimento de que o imposto é devido.

No tocante à segunda alegação defensiva, aduz o preposto fiscal que se verifica, conforme contrato social (fl. 97), se tratar de empresa com objetivo de comércio atacadista de produtos médico hospitalares equiparado a distribuidor e as mercadorias adquiridas nas citadas notas fiscais são de utilização em áreas médicas e hospitalares, sendo desta forma comercializadas.

Por fim, inerente à terceira alegação, verifica-se que a data da devolução da nota fiscal foi em 30/06/2010 (fl. 164), após o início da ação fiscal de 08/04/2010 (fl. 08).

Assim, mantém a ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS referente à antecipação parcial no valor total de R\$ 17.294,19, sendo R\$ 12.669,51 em razão da falta de recolhimento do imposto e R\$ 4.624,68 pelo recolhimento a menor do que o devido, conforme planilhas às fls. 9 a 27 dos autos.

Inicialmente, indefiro o pedido da diligência do autuado, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, pois considero suficientes para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito, o sujeito passivo, em sua impugnação ao lançamento de ofício, apresentou diversas alegações, as quais foram, acertadamente, rechaçadas pela autuante, uma vez que:

1º) Quanto ao primeiro argumento defensivo de que as notas fiscais de nºs: 50, 156, 223,224, 298, 360, 464, 564, 645 e 729, estão alcançadas pela isenção determinada no Convênio ICMS 01/99, o que não foi considerado pelo autuante, observo que as citadas notas fiscais, constantes às fls. 103 a 112 dos autos consignam apenas duas classificações fiscais de mercadorias, a saber: “9018.90.21” e “9018.90.29, cujos códigos não estão elencados no “Anexo Único” do referido Convênio ICMS 01/99.

Sendo assim, tais produtos não são isentos como afirma o defendente, pois, a aplicação para o benefício da isenção do ICMS nas operações com os equipamentos e insumos indicados no aludido “Anexo Único” deve ser literal.

Há de se ressaltar que, por se tratar o emitente das citadas notas fiscais de contribuinte optante do Simples Nacional, conforme observação nos próprios documentos fiscais, neles não consta o destaque do ICMS, contudo isso não significa tratarem de produtos isentos, como alega o autuado, sendo devida a exigência da antecipação parcial, conforme calculada nos autos.

2º) Inerente ao segundo argumento, o qual diz que as notas fiscais de fls. 114 a 134 são relativas às aquisições para utilização nas atividades da empresa, ou seja, uso/consumo ou como bem do ativo imobilizado, verifico que se tratam de materiais instrumentais de uso médicos e hospitalares (inclusive adquiridos junto a fornecedores especializados: Biotechnology Ortopedia e J&R Instrumental Ltda), a exemplo de: pinças diversas, medidor de pino, barra moldável, cureta,

elevador, afastador, impactor de enxerto, espátula maleável, martelo de nylon, cabo de bisturi, alicates, broca helicoidal, etc., cujos produtos são condizentes com as mercadorias comercializadas com o ramo de atividade do contribuinte de comércio atacadista de produtos e equipamentos médico-hospitalares, de laboratório, de implantes cirúrgicos, ortopédicos e neurocirúrgicos, logo, sujeitas à antecipação parcial do imposto.

3º) Por fim, no tocante ao argumento de que a nota fiscal de nº 5619 se trata de remessa para análise, sendo que a autuante a considerou como aquisição de mercadoria para comercialização, e que tal cobrança jamais poderá subsistir, uma vez que o autuado procedeu à devolução das referidas mercadorias, através da nota fiscal de nº 150, conforme cópia às fls. 163 e 164 dos autos, constato que tratam-se de “Urometer 720” e “SD Urocolor 10 parâmetros – 150 testes”, produtos que se encaixam como mercadorias na atividade do contribuinte, os quais entraram no estabelecimento no mês de julho de 2009, fato gerador da antecipação parcial, só ocorrendo sua devolução em 30/06/2010, quase um ano após. Logo, a cobrança é devida.

Contudo, ultrapassada as razões de mérito e verificada a subsistência da exigência fiscal, há de se ressaltar que a aplicação da multa é de competência do órgão julgador, sendo apenas, nos termos previsto no art. 142 do CTN, proposta no Auto de Infração pelo autuante, através de percentual e enquadramento da multa aplicada.

Sendo assim, no caso concreto, por não haver previsão de multa específica para a falta de antecipação parcial, no período anterior a novembro de 2007, deve-se aplicar a multa de 60%, capitulada na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

Posteriormente, pelo fato da legislação baiana expressamente ter incluído tal infração (falta de recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial) no rol das infrações elencadas na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme alteração dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, (efeitos a partir de 28/11/07), o que em nada altera a aplicação da alínea “f” do dispositivo legal para os fatos anteriores, deve-se aplicar a multa prevista na aludida alínea “d” para os fatos infracionais ocorridos a partir de dezembro de 2007.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no entanto, aplicando a multa de 60% sobre o imposto exigido, nos termos do art. 42, II, alínea “f”, para os fatos geradores anteriores ao mês de dezembro de 2007, e alínea “d”, do mesmo dispositivo legal, para os fatos geradores a partir de dezembro de 2007.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210665.0003/10-8**, lavrado contra **VTALL BRAZIL EQUIPAMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.294,19**, acrescido da multa de 60%, prevista, no art. 42, inciso II, “d” e “f”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR