

A. I. Nº - 279804.0036/08-8
AUTUADO - CEPEO – CONTRACEPTIVOS LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO JORGE LIMA MOREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 20.04.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Os demonstrativos elaborados pela fiscalização comprovam escrituração irregular dos livros fiscais, mas não provam ter ocorrido utilização indevida de crédito fiscal. Caracterizado descumprimento de obrigação acessória. Aplicação de multa prevista no art. 42, XXII da Lei 7.014/96. Infração procedente em parte. 2. IMPOSTO LANÇADO. a) RECOLHIDO A MENOS. b) NÃO RECOLHIDO. Livros fiscais refeitos pelo contribuinte apresentados junto com a defesa não provam a regularidade das alterações promovidas nos débitos fiscais e origem de lançamento extemporâneo de créditos fiscais. Mantidas integralmente as infrações 3 e 4. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA [DIU, DIAFRAGMA, SERINGA E OUTROS]. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte das mercadorias objeto da exigência fiscal foi devolvida e que na apuração do imposto não foi contemplada a redução de 10% prevista na legislação do imposto. Mantido o valor exigido relativo ao mês julho/04. Infração elidida em parte. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Diligência realizada comprovou que por meio de identificação dos lotes constantes nas notas fiscais de entradas ocorreram saídas de produtos com códigos fiscais diferentes decorrentes de agregação de embalagem e manual de uso. Refeito o levantamento quantitativo com agrupamento dos produtos que identificam o mesmo lote nas entradas e saídas, o que resultou em redução do débito. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/12/08, para exigir ICMS no valor de R\$ 586.551,45, acrescido das multas 50% e 60% em razão das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação. Consta ainda que a relação de notas fiscais dos

medicamentos e contraceptivos que estão sujeitos à antecipação total, cujos créditos foram utilizados indevidamente encontram-se em anexo (2004) - R\$72.053,87;

02. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto (Jan/04) - R\$10.069,57.

03. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto lançado e não recolhido no livro Registro de Apuração de ICMS (2004) - R\$9.881,35.

04. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos Anexo 88 do RICMS/BA (2003/2004) - R\$2.943,37.

05. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004) – R\$364.490,78.

06. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2004) R\$127.112,51.

O autuado apresenta defesa (fls. 221 a 227), alega que com relação à infração 1, ocorrera erros causados pelo sistema de elaboração dos livros de Registro de Entrada (RE) de mercadorias e Registro de Apuração de ICMS (RAICMS) os quais foram utilizados pela fiscalização e conduziu a apuração de crédito de ICMS nas entradas de mercadorias com pagamento de antecipação parcial e o normal. Diz que a simples verificação na Declaração Mensal de Apuração do ICMS (DMA) e nos livros fiscais impressos corrigidos demonstra aproveitamento correto dos créditos fiscais.

Alega não ter cometido a infração prevista no art. 97 do RICMS/BA, visto que o seu livro fiscal, demonstra apenas o tributo de responsabilidade do remetente pela operação própria destacado no documento fiscal, a fim de atender o que determina o art. 357 do RICMS/BA. Não houve, contudo, aproveitamento de créditos.

Com relação à infração 02, argumenta novamente erro no sistema de livros fiscais e que tais erros demonstram apuração indevida de crédito e saldo devedor. Porém, assente, que a DMA, livro de Apuração de ICMS, além do DAE do mês de janeiro demonstram que o valor foi corretamente recolhido. Diz que o livro RAICMS totaliza de forma equivocada o saldo de imposto a recolher, mas não caracteriza infração ao art. 116, RICMS/BA.

Na infração 03, repete os mesmos argumentos de erros no sistema de livros fiscais; que o acerto pode ser verificado na DMA, que não caracteriza infração ao artigo 116 do RICMS/BA.

Diz com relação à infração 04 que a mercadoria enquadrada no regime de substituição Tributária discriminada na Nota Fiscal 140516 do fornecedor, foi devolvida através da Nota Fiscal 24976 dentro do próprio mês de entrada e que os valores se compensaram no final do mês. Aduz que a diferença identificada para o mês de julho/04 no valor de R\$ 526,15 é explicado pela compensação com valores recolhidos a mais na competência junho/2004 das Notas Fiscais 11.429 e 11.430.

Declara que a diferença no mês de novembro 04 é refletida por equívoco no cálculo demonstrado pelo auditor. Não foi considerada a redução de 10% na base de cálculo para a Nota Fiscal 832, Injeflex Comercial Ltda.

Aduz que as infrações 05 e 06 não procedem pelos motivos seguintes:

1) Produto código 1 – DIU CEPEO T TCU 380 A. Adquire o produto em sua embalagem básica, agrega instrução de uso do médico, da paciente e uma nova embalagem para atender a ANVISA. Diz que o produto é comprado pelo código 246 DIU CEPEO T TCU 380 A, e que foram montadas 200 unidades do código 248 DIU CEPEO T TCU 380 A EBM e 21.406 unidades do produto código 1- DIU CEPEO T TCU 380 A.

Diz que junta planilha (anexo 05) para evidenciar entradas e saídas dos três produtos que a fiscalização apurou omissão de entrada, mas resulta numa omissão de saída de 120 unidades. Esclarece que todas as notas fiscais das entradas foram analisadas pela fiscalização nos seus demonstrativos.

2) Produto código 231 – DIU CEPEO COPPER TCU 380 A (GOV). Adquire com o código nº 319 DIU COPPER TCU 380 A; nº 234 DIU COPPER TCU 380 A (GOV). Com tais produtos foram montados 224 unidades do código 335 DIU CEPEO T TCU 380 A COM e 32.264 unidades do produto código nº 231 DIU CEPEO COPPER TCU 30 A (GOV).

Diz que conforme planilha (anexo 06) fica evidenciada entradas e saídas dos três produtos para os quais não houve omissão de entrada e sim omissão de saída de 185 unidades. Da mesma forma, as notas fiscais das entradas foram analisadas e relacionadas nos demonstrativos da fiscalização.

4) Produto código 289 – DIU MULTILOAD CU 375 STAND. Diz que a omissão de entrada de 3 unidades, é irrelevante na sua movimentação. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal (fls. 388/391), esclarecendo que será prestada também por infração a fim de facilitar a sua apreciação.

Com referência à infração 1, diz que o papel de trabalho AUDIF 4, auditoria de crédito fiscal, fls. 11/14, demonstra que o crédito escriturado pelo autuado refere-se a mercadorias sujeitas à tributação total. Por isso listou as notas fiscais de entrada e anexou cópias, fls. 133/211 de modo a provar que o contribuinte utilizou crédito fiscal indevido. Diz ainda que os erros no sistema de livros fiscais somente trouxeram benefícios para o autuado, pois o crédito foi sempre maior que o devido. Lembra que teve quatro anos para fazer a regularização e não o fez.

Com relação às infrações 2 e 3 diz que a linha de argumentação é a mesma, por isso discutirá em conjunto. O autuado alega os erros nos livros, mas os valores apontados na infração 2 informam recolhimentos a menos de R\$10.069,57, visto que o livro RAICMS registra débito de R\$13.138,87 e crédito de R\$2.054,75 enquanto a folha de apuração indica valor zero a recolher.

Esclarece que o livro RAICMS do mês de janeiro/04 anexo indica valor devido de R\$1.014,55 com aproveitamento de crédito de R\$64,08 e débito de R\$3.920,73 perfazendo o valor que foi recolhido, o que no seu entendimento confirma o erro existente no sistema do contribuinte, contudo não demonstra irregularidade na sua apuração e recolhimento.

Relativamente à infração 3, afirma que mais uma vez fica evidente o erro “grosseiro” na escrituração do estabelecimento autuado, visto que nos meses em que foi exigido o imposto o livro RAICMS visado pela fiscalização demonstra valores a recolher e valores de saldo credor, bem como as respectivas DMAs entregues tempestivamente o que resultou no valor exigido de R\$9.881,35.

Na infração 04, relata que, analisando a nota fiscal apresentada (fl. 283), tem razão o autuado, no entanto, com referência a alegação de que a diferença do mês de julho no valor de R\$ 526,15 é compensada com recolhimento a mais referente às Notas Fiscais 11429 e 11430, fica o mesmo prejudicado porque não foi apresentado nenhum comprovante desse pagamento. Ainda que houvesse a compensação, teria que ser na forma do art. 101, RICMS/BA.

Sobre as infrações 05 e 06, disse que houve falta de recolhimento da antecipação tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque. Aduz que a alegação do contribuinte é que utiliza uma codificação para aquisição de DIU e agrega instruções para o uso atendendo legislação da ANVISA, dando saída com codificação diversa. Chama a atenção para o estoque inicial em valores relevantes, fazendo as seguintes observações em relação aos produtos:

Código 246 – Adquiriu 20.000 un e deu saída de 200 un com o código 248. Já o produto com o código 1 adquiriu 21.406 un. Atenta que o estoque inicial indica existência de 7.482 un do produto com o código 246 e 4.687 un do produto código 1.

Código 231, alegou adquirir com o código 319 e agregar instruções de uso e advertência, vendendo 224 un com o código 355 e 32.264 un com o código 231. Da mesma forma, possui estoque inicial de 9.805 un com código 319 e 11.662 un com o código 231.

Código 232, alega adquirir com o código 240, agrega instruções de uso e advertência, vendendo 2.876 un com o código 232, 72, 249 e 257. Da mesma forma, possui estoque inicial de 3.248 un com código 240 e 362 un com o código 232.

Código 289, não contestou a omissão de 3 unidades, por ser irrelevante.

Aduz que a defesa do contribuinte não se justifica porque ele não é indústria que transforma produtos, mas um comerciante. Não apresenta documentação para sustentar seus argumentos. Conclui que o presente auto de infração está bem instruído.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado manifesta-se às fls. 398/399, reiterando que os livros fiscais demonstram a apuração do imposto, além da DMA que são provas materiais que apontam a utilização devida dos créditos fiscais.

Na infração 01 diz que conhecia a escrituração errada dos livros, em função da falha em seu sistema, mas que a DMA prova os créditos aproveitados. Contesta a alegação do benefício e diz que mantinha contrato com empresa de software responsável pela escrituração e emissão dos livros, contudo, mesmo diante das diversas reuniões e solicitações realizadas à prestadora de serviço, as correções não foram realizadas.

Mesmo reconhecendo que os livros não estavam escriturados de acordo com a legislação, o contribuinte não deixou de entregá-los ao auditor para não ser penalizado pela falta ou atraso na escrituração fiscal ou embaraço a fiscalização. Esclarece que as próprias notas fiscais de entrada listadas pelo auditor em seu papel de trabalho demonstram que o contribuinte não teve intenção de infringir a legislação em vigor e não houve utilização indevida de créditos fiscais.

Na infração 02, também houve erro da escrituração e no valor levantado pelo autuante de R\$10.069,57, é possível identificar o erro na escrituração do contribuinte. Diz que na folha 02 do livro Registro de Apuração do ICMS o sistema apura valores de créditos no montante de R\$2.054,75 e débito de R\$13.138,87, valores que não são identificados na folha 03 do mesmo livro.

Esclarece ainda que uma verificação no livro de Registro de Apuração do ICMS do mês de janeiro de 2004 observa-se o valor devido de ICMS no montante de R\$1.014,55, com aproveitamento de crédito no valor R\$64,08 e débito de R\$3.920,73, perfazendo o montante devidamente recolhido, conforme atesta relatório “Consulta Pagamentos” da Secretaria da Fazenda e DAE em anexo.

Na infração 03, diz que a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$9.881,35, evidencia o “erro grosseiro” na escrituração do contribuinte, pois nos meses discriminados na infração em questão - maio, junho, setembro, outubro e novembro de 2004 é possível identificar no livro de Registro de Apuração do ICMS em todos os meses que é demonstrado valor a recolher e valor de saldo credor do ICMS, em um mesmo mês.

Na Nota Fiscal 140516, de KOLPLAST o auditor atesta a nossa razão. Esclarece que da diferença de R\$526,16, jul/04, R\$500,80 é originada do recolhimento em duplicidade do ICMS substituição tributária das Notas Fiscais 11429 e 11430 do fornecedor SEMINA. Nos DAES, código 1145, meses de maio e junho 04, observa-se a duplicidade de recolhimento. Os valores recolhidos a mais referentes à antecipação tributária foram devidamente compensados no mês de julho/04 conforme atesta planilha de apuração e livro Registro de Apuração do ICMS. Diz ainda que o aproveitamento do crédito não foi escriturado em livros fiscais, visto que o sistema dos livros fiscais do contribuinte não conseguia fazer a apuração mensal do valor devido a recolher pelo mesmo, conseqüentemente não faria as compensações devidas por este.

Quanto às infrações 05 e 06 argumenta que o principal produto de revenda são os contraceptivos, principalmente o DIU. Reitera os procedimentos adotados por determinação do Ministério da Saúde, rotulando os produtos específicos: um envelope de papel contendo: Instrução do Médico, Instrução e Cartão do Paciente e o Dispositivo propriamente dito.

Informa que compram os DIUs em embalagens esterilizadas com 600 ou 1000 unidades; em alguns casos acrescenta as letras (COMP) que significa componente, adiciona os termos (GOV) para GOVERNO ou (COM) para comercial do setor privado, mas não há alteração do produto.

Explica que as informações são acrescentadas por exigência da ANVISA, conforme autorização de Funcionamento da CEPEO, Portaria n. 06/DIMED, de 6 de julho de 1984 sobre as condições de comercialização do DIU em anexo. Diz ainda que utiliza códigos diferentes por uma questão operacional. Diz também que a identificação dos produtos pode ser facilmente verificada pelo controle de lote, pois também, por exigência da ANVISA, o autuado está obrigado a imprimir nas notas fiscais de saída o número do lote do produto vendido.

Conclui que é perfeitamente possível identificar de qual lote do fornecedor o produto foi comprado. Assim, por exemplo, podemos ver que o código nº 1 Dispositivo Intra-Uterino CEPEO T TCU 380 A foi vendido com o lote 503030 que é o mesmo lote de compra do fornecedor.

Contesta a informação do autuante quanto à existência de estoque do produto no início do exercício, afirmando que por questões operacionais os produtos em suas caixas originais ocupam menos espaço, mas é necessário ter produtos em embalagens específicas para atender prefeitura ou órgão público, em função dos pedidos. Afirma que esta sistemática de rotulagem é praticada desde o início da operação, existindo sempre estoques de produtos com e sem rótulos.

Quanto à outra argumentação de que a empresa não recolheu o ICMS ou não tenha feito a antecipação tributária não procede, pois no momento da compra de todos os dispositivos intra-uterinos são feitas as antecipações tributárias devidas para o Estado da Bahia.

Ressalta que os produtos mantêm a mesma denominação usada na entrada, adicionando informações para identificar se rotulado para venda ao setor público ou setor privado. Atenta que é comerciante que exerce atividade de rotulagem e não de transformação caracterizada industrial.

Apresenta demonstrativo dos equipamentos, objeto do levantamento fiscal, fls. 403/404 e requer improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a segunda informação fiscal às (fls. 519/520), argüindo que com relação às infrações 1, 2 e 3 os argumentos da defesa são os mesmos, sendo certo que a empresa utilizou crédito indevido e não recolheu os impostos devidos.

Relativamente à infração 04, diz que procedeu aos ajustes, conforme demonstrativo de fl. 394.

Sobre as infrações 5/6, diz que as explicações têm lógica, mas para uma indústria e não para o autuado que é um atacadista. Conclui pela manutenção parcial da autuação.

A 4ª JJF às fls. 523/524 determinou a realização de diligência fiscal no sentido de que fosse intimado o autuado para produzir demonstrativo vinculando os códigos entre os produtos que ingressaram no estabelecimento e suas respectivas saídas, relativo às infrações 5 e 6. Em seguida confrontar com os demonstrativos elaborados pela fiscalização. Se necessário, refazer os demonstrativos originais, inclusive de débito.

A diligente intimou o contribuinte, o qual apresentou demonstrativos, fez a consolidação dos mesmos e no Parecer às fls. 857/858 esclarece que:

- 1) Nos demonstrativos às fls. 685 a 774, foram consolidados todos os códigos por espécie de produto dos demonstrativos às fls. 287, 329, 360, 403 a 405, 550, 606, 659, 683 e 684;
- 2) Após análise das omissões apuradas agrupou os códigos 01, 246 e 248, tratando as entradas, saídas e estoques dos três produtos como se fosse um só e consolidados no código 246.

- 3) Da mesma forma agrupou os códigos 319, 234, 355 e 231 como se fosse um só e consolidados no código 319.
- 4) Manteve não agrupados os códigos 240, 232, 249 e 237.

Com a consolidação dos agrupamentos, elaborou novo demonstrativo de débito às fls. 855 e 856.

A empresa foi intimada para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 961) e diz que em relação aos produtos com códigos 240 e 232, entende que ficou inviável provar os itens que saíram como componentes de Pastas Demonstrativas de Métodos e Modelos Pélvicos, correlacionando com o número do lote, por não haver descrição dos componentes e lote.

Requer que da omissão de entrada de 2.903 unidades sejam deduzidas 1.662 unidades do produto com código 232 argumentando que consta o mesmo lote na saída do produto com código 240, que apresentou omissão de saída no demonstrativo elaborado pela diligente.

Manifesta que administrativamente a movimentação dos estoques foram regulares, mesmo sabendo que o procedimento adotado de montagem, rotulagem e embalagem esteja em desacordo com as normas da Secretaria da Fazenda. Informa que estes procedimentos já foram corrigidos, afirmando que nunca houve compra do produto sem nota fiscal. Ratifica a objetividade e profissionalismo da diligente na revisão dos trabalhos relativos às infrações 5 e 6.

O processo foi encaminhado para o autuante prestar nova informação fiscal (fl. 866), tendo a diligente à fl. 868 ratificado a posição firmada às fls. 857/858.

VOTO

O Auto de Infração acusa exigência de ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, falta de recolhimento e recolhimento a menos lançado em livros fiscais, recolhimento a menos do imposto devido por antecipação e devido por responsabilidade solidária e substituto, referente a omissão de entrada apurada em levantamento quantitativo de estoques.

Quanto à infração 01 acusa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, considerando medicamentos e contraceptivos, sujeitos a antecipação total.

O autuante sustenta a exigência a partir de demonstrativo construído às fls. 11/14, relacionando as notas fiscais de aquisição comparando-as com os créditos destacados no livro Registro de Apuração de ICMS. O sujeito passivo mesmo admitindo que os livros não estavam escriturados de acordo a legislação, foram entregues para não ser penalizado pela falta de escrituração ou embaraço à fiscalização, garantindo que não houve utilização indevida dos créditos fiscais.

Compulsando as peças do presente auto de infração verifico, antes, que o simples e isolado manuseio de um papel de trabalho de auditoria (AUDIF 4) não demonstra a efetiva utilização de créditos fiscais indevidos. Nem tampouco a listagem e enumeração de notas fiscais de entrada provam que o sujeito passivo incidiu na utilização de créditos fiscais.

Observo que, de fato, os livros fiscais do contribuinte, apensados aos autos, sobretudo o livro Registro de Entrada, não estão escriturados de forma a exibir a situação fiscal da empresa e não tem harmonia entre si. Assim, é que, a guisa de exemplo, as folhas do livro Registro de Entrada anexadas aos autos não se refletem nas informações contidas no livro Registro de Apuração de ICMS, vide RE jan/04 (fl. 74) e RAICMS jan/04 (fl. 48) ou mesmo na outra versão do livro RAICMS apresentada à fl. 419.

Constato que as notas fiscais listadas pelo autuante, no seu demonstrativo fiscal de fls. 10/14, além de suas cópias anexadas, fls. 133/211, com objetivo de provar que ocorreu utilização indevida de crédito fiscal, não conseguem fazê-lo. Em primeiro lugar porque o crédito fiscal destacado nas notas fiscais não está lançado no livro RE ou RAICMS, pelo menos nas cópias anexadas aos autos; em segundo, porque, as DMAs apresentadas, no exercício da autuação, 2004, não refletem a utilização de tais créditos.

Tomando como exemplo a Nota Fiscal 16.159 (fl. 133), relativa à aquisição de DIUs cujo crédito destacado de R\$3.158,67, foi consignado como crédito indevido pela fiscalização no demonstrativo de fls. 11/14, Tal produto está enquadrado no regime de substituição tributária, nos termos do Convênio 76/94, sendo lançado no RE (fl. 80) sem aproveitamento de crédito de ICMS, e no livro RAICMS à fl. 60, existe um lançamento a crédito de R\$9.993,57, sem a identificação de sua origem ou vinculação com o crédito do documento fiscal; na DMA do mês respectivo (fls. 448) o crédito do imposto por entradas tributadas importa R\$4.161,06.

Outro exemplo é a nota fiscal 416, jan/04, primeiro lançamento do demonstrativo fiscal. O documento encontra-se lançado no livro RE sem creditamento (fl. 435); a DMA respectiva (fl. 442) não registra tal crédito fiscal, ainda assim consta na planilha de crédito fiscal indevido. Não existe vínculo entre tais elementos. Não resta provada a utilização de crédito fiscal indevido, originada de tais operações.

Pelo exposto, embora a escrituração dos livros fiscais indiquem créditos fiscais lançados, os elementos trazidos ao processo não são hábeis para provar o cometimento da infração. Não obstante a escrituração indevida dos livros fiscais, estes não indicam o lançamento dos créditos nos valores considerados pelo auditor no demonstrativo de fls. 11/14. Infração, portanto, não caracterizada.

Restou caracterizado que não houve imposto a ser exigido decorrente da obrigação principal, mas sim, descumprimento de obrigação acessória. Assim sendo converto em aplicação de multa no valor de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96. Infração procedente em parte.

A infração 2 acusa recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto e a infração 3, da falta de recolhimento do imposto escriturado no livro RAICMS, conforme planilha de auditoria de conta corrente à fl. 15.

Na defesa apresentada o autuado argumenta que houve erro na escrituração dos livros fiscais, que conduziu a apuração indevida de saldo devedor.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que o autuante em relação à infração 2, juntou cópia do livro RAICMS do autuado à fl. 49, relativo ao mês jan/04 o qual registra totalização de crédito fiscal de R\$2.054,75 e débito de R\$13.138,87 o que resulta em saldo devedor de R\$11.084,12. O autuante deduziu o valor recolhido no mês de R\$1.014,55 (fl. 213) e exigiu a diferença devida de R\$10.069,57.

Na defesa apresentada o autuado alegou erros na escrituração do livro RAICMS (fl. 224) e na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 399), apresentou o livro refeito alegando que “observa-se valor devido de R\$1.014,75 com aproveitamento de crédito de R\$64,08 e débito de R\$3.920,73 perfazendo o montante devidamente recolhido” (fl. 399).

Constato que a cópia do livro RE à fl. 435 indica montante de crédito de R\$69,96 e não de R\$64,08 como afirmou, diferente do valor zero indicado no original à fl. 74 e crédito escriturado no RAICMS de R\$2.054,75 à fl. 49.

Por sua vez o livro RAICMS refeito indica débito de R\$3.920,73 (fl. 420) sem demonstrar como foi reduzido o débito original lançado no livro Registro de Saída de R\$13.138,87 no livro original à fl. 90. Também foi lançado um estorno de débito de R\$2.836,22 conforme RAICMS refeito à fl. 420 sem comprovar a origem.

Pelo exposto, entendo que o imposto foi exigido com base nos valores escriturados no livro RAICMS e diante da alegação defensiva de que ocorreu erro na sua escrituração, caberia ao autuado provar o montante real dos créditos e débitos fiscais escriturados de forma errada, o que não ocorreu em relação ao débito. Por isso, deve ser mantida integralmente a infração 2.

Com relação à infração 3, o autuado alegou também erro no sistema de escrituração dos livros fiscais, enquanto o autuante contestou que os valores exigidos com base no refazimento do conta corrente fiscal tiveram como base os livros do próprio autuado.

Verifico que no roteiro de Auditoria do Conta Corrente (fl. 15) o autuante em relação aos saldos devedores apurado nos meses de maio, junho, setembro, outubro e novembro/04, tomou como base os débitos e créditos lançados no livro RAICMS cujas cópias juntou às fls. 50/71.

Por sua vez o autuado juntou cópia dos livros RAICMS e RE (fls. 422/462) sem apresentar o livro de Registro de Saída. Observo ainda que no mês de março/04 o livro RAICMS à fl. 424 registra escrituração de crédito fiscal extemporâneo de R\$17.557,84 que não constava no livro original à fl. 52. Esse valor deu respaldo à formação de saldos credores nos meses subsequentes que neutralizam o montante exigido de R\$9.881,35.

Pelo exposto, como apreciado na infração 2, os valores exigidos na infração 3 foram apurados a partir dos registros efetuados no livro RAICMS, com respaldo nos créditos e débitos escriturados nos livros RE e RS. Na defesa apresentada, o autuado apresentou livros refeitos, mas não comprovou a origem de créditos extemporâneos escriturados, bem como os débitos efetivos no período fiscalizado. Entendo que o impugnante não comprovou a improcedência da exigência fiscal, motivo pelo qual a mesma deve ser mantida na sua totalidade.

Na infração 04, o autuado é acusado de efetuar o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, tendo alegado que em relação aos meses de:

Dezembro/03: As mercadorias da Nota Fiscal 140.516 foi devolvida pela Nota Fiscal 24976;

Julho/04: A diferença de R\$ 526,15 refere-se a valores recolhidos a mais no mês de junho/2004;

Novembro/04: Não foi considerada a redução de 10% na base de cálculo da Nota Fiscal 832.

Na informação fiscal o autuante acatou o valor de R\$1.092,80, relativo à Nota Fiscal 140.516 (12/03) e também do valor de R\$1.324,42 (11/04), mantendo o valor de R\$ 526,16 (07/04).

Verifico que a Nota Fiscal 24976 (fl. 283) comprova efetivamente a devolução relativa à Nota Fiscal 140.516 e no demonstrativo à fl. 1711 não foi concedida a redução de 10% prevista na legislação tributária na apuração do ICMS-ST da Nota Fiscal 832. Embora o autuante não tenha apresentado a planilha refeita, constata-se que aplicada a redução, elimina o valor exigido no mês de novembro/04.

Quanto à alegação defensiva de que no mês de julho/04 foram deduzidos os valores recolhidos em duplicidade relativos às Notas Fiscais 11429 e 11430, constato que os DAEs respectivos às fls. 416 e 418 referentes ao recolhimento do ICMS-ST dos meses de maio e junho/04 relacionam em duplicidade as mencionadas notas fiscais. Entretanto, mesmo que o ICMS tenha sido recolhido a mais no mês de junho/04, não pode ser compensado nesta fase processual do imposto apurado no mês de julho/04, pois depende de ato formal de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 74 do RPAF/BA.

Assim sendo, acato o demonstrativo de débito refeito pelo autuante e considero devido o valor de R\$526,15. Infração procedente em parte.

Quanto às infrações 05 e 06, verifico que conforme demonstrativo original da auditoria de estoque (fl. 18) o autuante levantou a movimentação de diversos produtos na sua maioria Dispositivos Intra Uterinos (DIU) no qual apurou omissão de entrada de 57.702 unidades (20.874 + 33.858 + 2.970) com códigos 1, 231, 232 e omissão de saída de 51.932 unidades (27.482 + 24.450) com os códigos 246 e 319.

Como os produtos são enquadrados no regime de substituição tributária (Convênio ICMS 76/94) exigiu ICMS responsabilidade solidária na infração 05 e antecipação tributária na infração 06.

Na defesa apresentada o autuado argumentou que o produto com o código 1 e 246 agrega instrução de uso do médico da paciente e uma nova embalagem para atender a ANVISA e dar saída com o código 248. Da mesma forma, adquire o produto com código 319, monta produtos que deu saída com os códigos 335 e 231. Ressaltou que as entradas estão vinculadas a lotes que são identificados nas notas fiscais de saídas. Não contestou a omissão apurada de 120 unidades do produto com código 289.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, a diligente informou que corrigiu o estoque inicial do produto com código 319 e o estoque final do código 246 em conformidade com o escriturado no livro Registro de Inventário às folhas 117 e 125.

Atestou que os códigos 1 e 246 deram saídas com o código 248 e procedeu o agrupamento destes produtos como se fosse um só e consolidados no código 246.

Da mesma forma, procedeu ao agrupamento dos códigos 319, 234, 355 e 231 como se fosse um só e consolidados no código 319. Manteve o levantamento do código 232.

Adotando este procedimento resultou em omissão de saída de 120 unidades do produto com código 246 e 185 unidades do produto com código 319, totalizando base de cálculo de R\$8.364,32 conforme demonstrativo à fl. 779 e omissão de entrada de 2.903 unidades do produto com código 232 e 3 unidades do código 289 totalizando base de cálculo de R\$16.528,92.

Pelo exposto, concluo que foi correto o procedimento inicial adotado pelo autuante ao levantar as omissões dos produtos comercializados por código. Entretanto, nesta situação específica, restou comprovado que apesar de não ser estabelecimento industrial, é razoável acatar as alegações defensivas de que adquire um produto com um código (A), adiciona embalagens (B, C), adiciona instrução de uso médico e para o paciente (D, E) o que resulta em produtos com tarja amarela com venda proibida (E) ou para órgãos públicos (F), como ilustrado à fl. 531, resultando em saídas com códigos fiscais diferentes dos códigos da entrada.

Quanto ao pedido do autuado de que sejam consideradas 1.662 unidades de vendas com o código 232 relativo ao código 240, não pode ser acatada tendo em vista que, conforme esclarecido pelo diligente, os demonstrativos apresentados pelo recorrente relativos aos produtos com códigos 232 e 240, 249 e 237 apresentam inconsistências de dados (fls. 405, 495 e 659). Também, conforme esclarecido pela diligente não existe controle sobre a saída dos produtos dos códigos 249 e 237, “não consegue provar conforme solicitado pelo CONSEF a vinculação do lote OOJII com os DIU’s que tiveram saída via código 249 e 237”. Portanto devem ser mantidos os dados de acordo com o demonstrativo apresentado pelo autuante à fl. 18.

Dessa forma, acato os demonstrativos elaborados pela diligente às fls. 855/856 e considero devido o valor de R\$2.874,26 na infração 5 e R\$1.002,36 na infração 6. Infrações procedentes em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279804.0036/08-8**, lavrado contra **CEPEO – CONTRACEPTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.353,69**, acrescido das multas de 50% sobre R\$9.881,35, 60% sobre R\$11.598,08 e 70% sobre R\$2.874,26, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a”, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR