

A. I. N° - 101647.0014/11-5
AUTUADO - VIPMEDIC SALVADOR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - MARIA NAZARÉ HORA SILVA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14.06.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0116-02/12**

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Restou caracterizado que houve tributação errada nas saídas de produtos relacionados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Comprovada inclusão indevida de notas fiscais no levantamento fiscal. b) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. Fato não contestado. 4. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes. Infração confirmada na defesa, porém não foi acolhido o pedido para redução da multa. Mantido o lançamento. Rejeitada a nulidade suscitada na peça defensiva. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2011, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$236.323,31, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$227.158,10, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por erro na determinação da alíquota, no período de julho de 2007 a dezembro de 2008, conforme demonstrativos às fls. 15 a 43.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$98,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro e outubro de 2008, conforme demonstrativo à fl. 44.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$4.217,38, nos meses de janeiro, março, maio, julho, outubro e novembro de 2008, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 47 a 50.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.039,50, nos meses de outubro a dezembro de 2008, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme demonstrativo à fl. 140.
5. Multa percentual, no valor de R\$3.809,83, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades

da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, maio a julho, outubro a dezembro de 2008, conforme demonstrativo às fls.141 a 143.

O sujeito passivo, por intermédio de seu representante legal, interpõe defesa tempestiva, fls. 174 a 179, na qual, após destacar a sua tempestividade e resumir as imputações, reconheceu o débito das infrações 02 e 04, e argüiu a nulidade parcial do lançamento, tecendo comentários sobre princípios de direito, destacando o Princípio do Contraditório.

No mérito, apontou os seguintes equívocos na autuação.

Infração 01

Alega que a tributação dos produtos elencados no levantamento fiscal como “ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALIQUOTA” é na sua maioria improcedente, por entender que o Convênio 01/99, trata e relaciona através da NCM os insumos e equipamentos destinados a prestação de serviços de saúde.

Aduz que os produtos e insumos médicos, são adquiridos junto a grandes empresas importadoras dos mesmos, e são isentos em consonância ao art. 32, inciso XX do RICMS/97 que diz:

..... XX - até 30/04/14, nas entradas decorrentes de importação e saídas de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no anexo 93, classificados pela NBM/SH, desde que a operação não seja tributada ou tenha tributação com alíquota reduzida a zero, relativamente ao imposto sobre produtos industrializados ou ao imposto de importação (Conv. ICMS 01/99).....

Argumenta que as mercadorias e produtos ao entrarem no Brasil, passam pelo Desembarço Aduaneiro, sendo que a Receita Federal, faz a devida classificação do Produto, aplicando a NCM correspondente, classificação essa, que identifica a tributação do produto.

Destaca que a classificação fiscal de mercadorias se trata de uma obrigatoriedade, conforme prevê o Convênio SINIEF s/nº de 1970, cuja nota fiscal, modelos 1 e 1-A, deverá conter, dentre outras informações, “o código estabelecido na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado – NCM/SH, nas operações realizadas por estabelecimento industrial ou a ele equiparado, nos termos da legislação federal, e nas operações de comércio exterior”. Essa mesma obrigatoriedade abrange, também, a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, por força do Ajuste SINIEF nº 7/2005.

Salienta que a identificação do código da NCM não se restringe às obrigações acessórias, pois ele é essencial na identificação de diversos tributos, como é o caso do IPI (art. 130 do RIPI – Decreto nº 4.544/2002) e do Imposto sobre Importação (art. 94 do RA – Decreto nº 6.759/2009). Em relação ao PIS/PASEP e à COFINS, diz que a utilização dessa codificação vem se ampliando, e tem sido fundamental na identificação de benefícios fiscais, regimes especiais e tributações diferenciadas.

Na hipótese do recolhimento a menor, aduz que a multa mínima por lançamento de ofício é de 75% (Art. 44 da Lei nº 9.430/96).

Reconhece que os únicos produtos que foram vendidos sem destaque de ICMS, foram as “Seringas Insufladora 30 ATM Analógica”, perfazendo conforme demonstrado e relacionado na planilha (docs.fls. 210 a 2132), resultando no ICMS a recolher no valor de R\$3.864,24.

Conclui pela nulidade parcial deste item, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Infração 03

Observa que os valores apropriados como crédito fiscal são os constantes nas notas fiscais dos fornecedores, e argumenta que se o fornecedor destacou uma alíquota maior, debitou-se portanto do valor constante no documento fiscal, devendo o ônus da diferença da aplicação de alíquotas ser transferido para o mesmo, por entender que a SEFAZ-BA, tem o poder de efetuar a autuação e cobrança ao emitente do documento fiscal.

Infração 05

Aduz que as antecipações parciais referentes aos meses relacionados de acordo com o período de apuração foram devidamente recolhidas, sendo cobradas apenas as diferenças, e não falta de recolhimento. Assim, frisa que somente se creditou dos valores efetivamente recolhidos, e que nesta infração é cobrada apenas uma multa percentual sobre a parcela do imposto, para a qual, solicita, com fulcro no art. 915 do RICMS, a redução da aplicação desta penalidade para 1%, por não constar em sua escrita fiscal recolhimento em atraso do ICMS normal e da antecipação parcial.

Ao final requer:

- I. Preliminarmente, o recebimento da presente impugnação e, por decorrência, a determinação dos efeitos do art. 151, III, do Código Tributária Nacional, com a conseqüente suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, objeto da notificação ora impugnada, e seus regulares efeitos, especialmente pela impossibilidade de inclusão do nome IMPUGNANTE e de seus associados em cadastro de devedores ou similar*
- II. Efetuar o envio do PAF a PROFIS, Procuradoria Fiscal, para que se emita parecer conclusivo quanto às alegações da Infração 01.*

Na informação fiscal às fls.216 a 222, o autuante contestou a preliminar de nulidade dizendo não há o que se falar em nulidade do auto de infração, porque o mesmo foi lavrado de acordo com a legislação tributária e se encontra dentro das formalidades legais, e rebateu as razões defensivas na forma que segue.

Destaca que o autuado reconheceu a cobrança dos débitos das infrações 02, 04 e 05.

Infração 01

Esclarece que o Auto de Infração em questão foi lavrado para exigência do ICMS que deixou de ser recolhido em razão do autuado ter praticado operações tributadas como se isentas fossem da cobrança do ICMS, referentes às saídas de mercadorias constantes nas Notas Fiscais elencadas no Demonstrativo da Auditoria das Operações Mercantis - Erro na determinação da alíquota.

Ressalta que os demonstrativos anexados ao AI em questão, referentes a esta infração, contém todas as informações necessárias ao conhecimento e entendimento do que foi cobrado na autuação, e que foi dado conhecimento a empresa autuada do seu conteúdo, contrariando o argumento do autuado de que desconhecia os fatos referentes a autuação em questão.

Explica que o Demonstrativo Erro na Determinação da alíquota, do sistema SIFRA, traz informação quanto ao período de apuração, data da ocorrência do fato gerador, nº da nota fiscal, item, CFOP, valor da NF, base de cálculo, alíquota, campo com os valores devidos (fórmulas), código dos produtos e a descrição dos produtos.

Diz que o autuado estendeu indevidamente o benefício da isenção previsto na Cláusula Primeira do Convênio 01/99 às saídas de mercadorias não abrigadas no Anexo deste texto legal, ou seja, dos seguintes produtos: Micro Cateter Ultra Flow 165; Micro Cateter Marathon; Balão de Látex; Cateter p/ Cistostomia Cistocath 12fr; Cateter Balão de Oclusão 6fr 75cm; Micro molas; Balão Trilob; Alça de Ressecção 24fr 1 polo-STORZ; Fibra Laser 230/253; Micro Cateter Rebar 18x1 53; Micro Cateter Echelon Reto 10; Faca de Sackses 02 Hastes; Micro partículas para embolização EMBOSPH.

Afirma que os produtos acima não estão relacionados no Convênio ICMS 01/99, que concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, em seu Anexo Único, onde estão a NCM e a descrição dos produtos, razão porque, diz que os mesmos foram incluídos no Demonstrativo da cobrança do ICMS em função de Erro na determinação da alíquota nos exercícios de 2007 e 2008.

Transcreveu na folha 219 os itens 18 a 42, NCM 9018.3929, do Anexo Único do Convênio 01/99, para arguir que não há nenhum dos produtos incluídos no levantamento fiscal, tendo invocado o

Artigo 111 do CTN, para argumentar que não pode dar interpretação extensiva ao citado Anexo.

Infração 03

Explica que o autuado utilizou indevidamente em sua escrita fiscal, crédito fiscal de 17% nas aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados da Federação, com destaque de 12% e 7%, conforme Demonstrativo da Auditoria de Crédito Fiscal - Crédito com alíquota a maior.

Observa que o autuado reconheceu a infração ao alegar que os *valores apropriados como crédito fiscal são os constantes nas notas fiscais dos Fornecedores, e se o fornecedor destacou uma alíquota maior, debitou-se portanto do valor constante no documento fiscal ... que a Sefaz tem o poder de efetuar a autuação e cobrança do emitente do documento fiscal ...*,

Não concordou com a defesa no sentido de cabe ao Estado da Bahia suportar o crédito indevido, seja ele qual for, tomando por base o disposto no Caput do Art. 93 e seu § 6º, do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Artigo 93 - Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário

§6º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - mercadorias ou serviços oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 2%;

II - mercadorias ou serviços provenientes das Regiões Sul e Sudeste, 7%;

Infração 04

Esclarece que o autuado utilizou crédito fiscal de aquisição de mercadorias isentas, amparadas no Convênio 01/99, com saídas isentas, conforme Demonstrativo da Auditoria do Crédito Indevido, cópias das Notas Fiscais dos produtos, bem como cópias dos livros Fiscais de Entradas de Mercadorias e Apuração do ICMS.

Frisa que o autuado em sua peça de defesa reconhece a procedência da autuação, mas pede dispensa da aplicação da multa por infração, pedido esse, que diz extrapolar a sua competência para apreciação da matéria.

Infração 05

Diz que a alegação defensiva de que as Antecipações Parciais referentes aos meses relacionados de acordo com o período de apuração foram devidamente recolhidos **não procedem**, uma vez que, conforme Demonstrativo da Auditoria da Substituição Tributária - Antecipação Parcial - Exercício 2008, e cópias dos livros de Entradas e Apuração do ICMS da empresa autuada anexas ao Auto de Infração, comprovam a falta de recolhimento, mesmo apuradas como diferenças. Manteve a multa aplicada, dizendo que, quanto ao questionamento do autuado a respeito de redução de multa, tal pedido extrapola a sua competência, para apreciação dessa matéria.

Dizendo que o autuado não ofereceu elementos capazes de elidir a autuação fiscal, conclui para procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Inicialmente, quanto a argüição de nulidade do procedimento fiscal, constato não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ressaltando-se que o argumento defensivo se confunde com o mérito das infrações. Desta forma, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Com relação ao pedido do autuado para que fosse enviado o PAF à PROFIS, Procuradoria Fiscal, para emissão parecer conclusivo quanto às alegações da Infração 01, não acolho tal pedido, uma

vez que os documentos constantes nos autos são suficientes para uma conclusão sobre a lide, a teor do que dispõe o art.147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, verifico que das cinco infrações contempladas no Auto de Infração, o autuado reconheceu o débito no valor de R\$ 98,50, referente ao item 02 (diferença de alíquotas), e R\$1.039,50, correspondente ao item 04 (crédito fiscal indevido). Diante de tal reconhecimento, considero subsistentes os citados itens.

Isto posto, passo agora a analisar de per si os itens impugnados.

Infração 01

O fulcro da autuação é de que o autuado deixou de tributar as notas fiscais de saídas relacionadas nos demonstrativos às fls. 14 a 43, sendo lançadas nos livros fiscais como operações não tributadas, relativamente a produtos incluídos no Convênio ICMS nº 01/99 (insumos e equipamentos destinados a prestação de serviços de saúde).

Dos produtos listados no levantamento fiscal, foi reconhecido na defesa que os únicos produtos que foram vendidos sem destaque de ICMS, foram as “Seringas Insufladora 30 ATM Analógica”, perfazendo conforme demonstrado e relacionado nas planilhas às fls.210 a 213, no ICMS a recolher no valor de R\$ 3.864,24.

Quanto aos demais produtos listados no levantamento fiscal, foi argüido na defesa que, para fins de tributação, deve ser levado em conta a NCM, e no caso, sustenta que os produtos e insumos médicos, são adquiridos junto a grandes empresas importadoras dos mesmos, e são isentos em consonância ao art. 32, inciso XX do RICMS/97.

..... XX - até 30/04/14, nas entradas decorrentes de importação e saídas de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no anexo 93, classificados pela NBM/SH, desde que a operação não seja tributada ou tenha tributação com alíquota reduzida a zero, relativamente ao imposto sobre produtos industrializados ou ao imposto de importação (Conv. ICMS 01/99).

O exame do presente lançamento passa pela análise do aspecto material da incidência do ICMS, verificação sobre a questão da classificação das operações praticadas pelo contribuinte autuado frente ao disposto na legislação tributária, bem como das implicações decorrentes do descumprimento das obrigações principal e acessória.

O Convênio ICMS 01/99 e alterações posteriores em sua Cláusula primeira concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, classificados pelas NBMs indicadas no seu Anexo Único. Já na Cláusula terceira, diz que a fruição desse benefício fica condicionada ao estabelecimento de isenção ou alíquota zero do IPI ou do II, para os equipamentos e acessórios indicados no anexo.

Portanto, para o deslinde da questão discutida nos autos, resta identificar, com base nos respectivos NBMs e descrições, se os produtos objeto da autuação estão indicados no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, e se são isentos ou alíquota zero do IPI ou do II.

No levantamento fiscal às fls.15 a 43, a descrição dos produtos não corresponde com a descrição constante no Anexo Único do citado Convênio.

Do exame nas cópias das notas fiscais acostadas à peça defensiva, fls.170 a 213, verifico que a maioria dos produtos está classificada na NBM 90183929, porém, não há como se fazer uma correlação com a descrição dos produtos relacionados no aludido anexo.

Quanto a considerar se são isentos, o autuado não trouxe qualquer documento para comprovar que os produtos são isentos ou alíquota zero do IPI ou do II.

O entendimento do Conselho de Fazenda (CONSEF), é de que para os produtos sejam considerados isentos e enquadrados no Convênio ICMS 01/99, é necessário que exista uma perfeita correlação entre a NBM e a descrição do produto constante no seu Anexo Único, o que não ocorreu no presente caso.

No tocante ao argumento defensivo de que a multa mínima por lançamento de ofício é de 75% (Art. 44 da Lei nº 9.430/96), não há como prosperar, visto que a multa aplicada neste item está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Infração 03

Neste item a acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$4.217,38, calculado a 17% sobre as aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados da Federação, com destaque de 12% e 7%, através das notas fiscais especificada no Demonstrativo da Auditoria de Crédito Fiscal - Crédito com alíquota a maior às fls. 47 a 50.

Não foi negada a ocorrência pelo autuado, ou seja, que tenha aplicado a alíquota de 17% sobre as notas fiscais objeto da autuação oriundas de outros Estados da Federação. Portanto, o argumento defensivo de que os valores apropriados como crédito fiscal são os constantes nas notas fiscais dos Fornecedores, não deve ser acolhido, pois de acordo com o artigo 93 e seu § 6º, do RICMS/97, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas alíquotas do Estado de origem.

Mantido o lançamento.

Infração 05

O débito lançado neste item se refere a multa percentual, no valor de R\$33.809,83, calculada sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, nos meses de janeiro, maio a julho, outubro a dezembro de 2008, referente às aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, relativamente às notas fiscais listadas no demonstrativo às fls. 141 a 143.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: *“§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.”*

O autuado não nega o cometimento da infração, porém alega que as antecipações parciais referentes aos meses relacionados de acordo com o período de apuração foram devidamente recolhidas, sendo cobradas apenas as diferenças, e não falta de recolhimento, e diz que somente se creditou dos valores efetivamente recolhidos.

Quanto ao apelo do contribuinte no sentido de reduzir a multa para 1%, uma vez que a multa foi aplicada sobre as diferenças da antecipação parcial não recolhidas, e por não constar em sua escrita fiscal recolhimento em atraso do ICMS normal e da antecipação parcial, observo que as obrigações acessórias ou deveres instrumentais são instituídas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos e tem por objetivo tornar possível a realização da obrigação principal, propiciando ao ente tributante a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária, a teor do que dispõe o art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, permite discricionariamente, que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

Ante o exposto, rejeito o pedido de nulidade da autuação e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **101647.0014/11-5**, lavrado contra **VIPMEDIC SALVADOR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$232.513,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.809,83**, prevista no inciso II, alínea “d” do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR