

A. I. N º - 269353.0005/08-4
AUTUADO - CARDIODINÂMICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 24/01/2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0011-04/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatado tratar-se de operações tributáveis, relativas a produtos não albergados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99. Infração 1 caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Penalidade de 1% sobre saídas. Nos termos do art. 156, I do CTN, extingue-se o crédito tributário com o pagamento do débito pelo sujeito passivo, ficando, consequentemente, prejudicada a defesa. Infração 2 mantida. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTROS DE ENTRADA, SAÍDA E APURAÇÃO DO ICMS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Ilícito devidamente comprovado nos autos. Infração 3 caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Não restou comprovado que os valores exigidos na infração 4 tenham repercutido na infração 1, e nem é justificável a compensação das omissões apuradas na infração 5. Infrações 4 e 5 caracterizadas. Deferido o pleito de diligência. Rejeitadas as preliminares de decadência e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2008, traz a exigência de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$746.660,14, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 1 – Falta de recolhimento, em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Consta que o mesmo deixou de tributar, tomando por base o Convênio ICMS 01/99, operações com mercadorias não amparadas pelo referido Acordo Interestadual nos exercícios de 2003 e 2004. Imposto de R\$414.113,49 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 – Não fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$ 40.020,37, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96.

Infração 3 – Falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado. Refere-se aos Livros Registro de Entradas e de Saídas, assim como ao de Apuração do ICMS, relativos ao período compreendido entre janeiro e julho de 2004 (intimações no anexo I da peça inicial). Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.

Infração 4 – Falta de recolhimento do tributo, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas, recaindo a exigência sobre a quantia de maior expressão monetária, a das omissões de entradas, com base na presunção legal de que o contribuinte, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os respectivos pagamentos com recursos provenientes de saídas anteriormente realizadas e também não contabilizadas no mesmo exercício (2003). Imposto de R\$ 46.129,50 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 5 – Falta de recolhimento do ICMS atinente às operações de saída tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem o lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (2004). Imposto de R\$ 245.936,78 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 533 a 546, através de advogados regularmente constituídos, conforme procuração de fl. 547.

Após transcrever as imputações, aduz em preliminar que os valores lançados não foram apurados de forma regular e que aqueles do exercício de 2003 (tomando-se como parâmetro a data da intimação, de 15/10/2008) estariam sujeitos à decadência. Com fundamento em jurisprudência do STJ e no art. 150, § 4º do CTN, alega que inclusive os montantes apurados no levantamento quantitativo de estoques – anteriores a 15/10/2003 – foram atingidos pelo mencionado fenômeno jurídico. Assim, a seu ver, a auditoria de estoques deveria ser traduzida em períodos mensais, e não em um valor com data de ocorrência no último dia em exercício.

No mérito, quanto à infração 1, alega que a exigência recaiu sobre equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços médicos, o que revela que a lide vai além de questões de natureza tributária, envolvendo aspectos de saúde pública.

Segundo destaca, desde 1999 foram editados nada menos do que 11 (onze) Convênios ICMS sobre a matéria, a exemplo daquele de número 01/99, o que revela a intenção dos estados da Federação de afastar a incidência desse imposto sobre tais operações (isenção do ICMS com concessão de benefícios idênticos aos do IPI e autorização de manutenção de crédito).

Em seguida, assinala que os produtos listados nos levantamentos são usados em cirurgias cardíacas, como o NEPTUNE, cujas operações relativas foram isentadas através do Convênio ICMS 113/05 no mínimo até o final de 2011, de acordo com o Convênio ICMS 06/07. Afirma que “*a interpretação benéfica da legislação vem a ser contemplada pelo princípio constitucional da não cumulatividade*”, pois não se apropriou de créditos nas entradas. Cita também os itens que no seu entendimento são os que mais aparecem nos demonstrativos: LEKTON 2.5X13 e CLOSUR PAD, atualmente denominados PRO-KINETIC e NEPTUNE, esse último já mencionado acima. São “*stents*” e acessórios para angioplastia coronariana, sem os quais o desiderato pretendido nos procedimentos de saúde não seria alcançado.

Afirma que caso a isenção não seja acatada o lançamento merece reparos, tendo em vista o direito ao crédito pelas aquisições, sob pena de se cobrar imposto devido às unidades federadas de origem. Apresenta levantamento do valor devido, com a apuração dos créditos, e requer sejam os mesmos deduzidos da autuação. Para consubstanciar a sua pretensão, transcreve a ementa do Acórdão CJF 0030-11/08, cuja decisão foi tomada após representação da Procuradoria do Estado (fl. 540).

Na sua concepção, o tributo exigido concernente ao item LEKTON 2.5X13 (“*stents*”) na infração 01 também o foi nas de números 04 e 05, o que caracteriza “*bis in idem*”.

Quanto à segunda infração, transcreve trecho de Acórdão deste Conselho para reforçar o seu argumento de que há insegurança na determinação do ilícito (fl. 541), apontando ofensa ao art. 16, IV, “a”, RPAF/BA. Afirma que a falta de atendimento às intimações não implica na multa de 1% sobre as saídas.

Além disso, reputa incoerente o fato narrado quando posto em cotejo com o dispositivo regulamentar dado como infringido e alega que o percentual da penalidade por descumprimento de obrigação acessória está a incidir sobre a mesma base utilizada na infração 1.

Requer cancelamento ou redução.

Nessa mesma linha, informando que anexou os livros objeto de intimação, também solicita o afastamento ou a diminuição da multa proposta na infração 3, pois não teria havido prejuízo para as atividades fiscais.

Ao abordar a quarta infração, assinala que a exigência decorre da emissão de notas fiscais referentes a 224 unidades de “stents” (LEKTON), quando somente 23 foram efetivamente vendidas. Uma vez que as saídas desse produto em 2003 foram computadas na infração 1, diz que devem ser excluídas da de número 04. “*A quantidade excedente que permanecer a título de omissão de entradas, consoante será abordado, deve ser objeto de dedução do item 05*”.

A infração 5 exige imposto por omissão de saídas de “stents” e cardiodesfibriladores. Com relação ao primeiro, mencionando o art. 60, § 1º, RICMS/97, juntamente com decisão do CONSEF/BA, alega que o autuante não observou que das saídas tidas como omitidas é necessário deduzir as omissões de entradas do período anterior, isso porque estas últimas irão compor – no estoque - a quantidade que no exercício seguinte saiu sem documentos fiscais.

Ainda no que diz respeito aos “stents”, afirma que ocorreu majoração do preço médio entre 2003 e 2004 de 180%, o que não se justifica.

No tocante aos cardiodesfibriladores, que são itens identificados por números de série, argumenta que a omissão não existe e que foi apurada em razão de contagem indevida das entradas através das notas 064.402, 064.858, 222.161, 257.342, 245.422, 280.620 e 250.473 (15 unidades ao todo).

De logo, pondera que deve ser excluída a entrada correspondente à NF (nota fiscal) 280.620, porquanto se reporta à compra de outro produto por outra pessoa jurídica (eletrodo, Santa Casa de Misericórdia de Itatiba).

O item com número de série 79612092 – designado na NF 222.161 – sofreu entrada em consignação por intermédio da BIOTRINK LTDA., sendo posteriormente vendido através da NF 066.325, de 31/03/2004. A mercadoria com número de série 79612104, constante do mesmo documento (222.161), foi vendido e faturado pela BIOTRINK LTDA. para a POLIMEDIX PRODUTOS MÉDICOS LTDA. mediante a NF 065.479.

Os produtos de numeração 79612154, 79612193 e 79612266 entraram no estabelecimento em virtude de troca por garantia de fábrica, substituindo respectivamente os de números 78012888, 78013078 e 78013041. Portanto, as mercadorias elencadas na autuação não foram comercializadas em 2004, já que somente ingressaram em janeiro de 2005, com as vendas nesse mesmo ano. “*Vejam que as notas fiscais que efetuaram as substituições foram emitidas em 30/12/2004, em Manaus, e os produtos foram enviados por SEDEX em data posterior, entrando na Autuada após o dia 02/01/05*”.

Protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, requer revisão por fiscal estranho ao feito e conclui pleiteando a improcedência (parcial ou total) das imputações contestadas.

O auditor na informação fiscal prestada (fls. 713 a 718) discorre sobre os argumentos defensivos e passa a contestá-los. Afirma que o autuado invocou a decadência de parte do crédito tributário, tese que não acata.

No mérito, com relação à infração 1, comenta o trecho da impugnação que versou sobre os produtos utilizados na prestação de serviços de saúde, refutando que o Convênio ICMS 113/05

tenha isentado o NEPTUNE, anteriormente denominado CLOSUR PAR, utilizado como acessório para angioplastia coronariana.

A seu ver, a leitura do citado Convênio contradiz a alegação defensiva, visto que concede isenção para os “*stents*” a partir de 24/10/2005, não sendo possível retroagir os seus efeitos. Chama a atenção que em momento posterior da defesa o autuado requer a compensação dos créditos na apuração do ICMS devido, o que implica no reconhecimento da infração.

Admite o direito dos créditos constantes das notas de aquisição, mas assinala que nas planilhas juntadas às fls. 553 a 608 foi efetuado o cálculo do crédito fiscal “*aplicando alíquota de 12% sobre o valor total das suas vendas*”, o que não encontra amparo na legislação tributária.

Quanto ao pedido de exclusão do produto LEKTON 2.5X13 da primeira infração, o qual consta também das infrações 4 e 5, entende que não há porque acolher, visto que a primeira infração trata da exigência do ICMS em razão da saída de mercadoria tributada como isenta e as infrações 4 e 5 tratam de omissões de entradas e de saídas apuradas através de auditoria de estoques.

Relativamente à infração 2, tece considerações sobre a aplicação da multa em razão da falta de entrega de arquivos magnéticos, não acata o pedido de conversão para a penalidade de R\$ 50,00 ou da redução para 10% do valor cobrado.

Mantém a exigência fiscal nos termos originais.

Da mesma forma, afirma que o contribuinte deixou de apresentar quando regularmente intimado os livros fiscais que estava obrigado a encriturar, devendo ser mantida a infração 3.

No tocante às infrações 4 e 5, discorda da alegação defensiva de que os “*stents*” (LEKTON) devem ser excluídos da auditoria de estoques, pois os mesmos constam da infração 1 devido às saídas de mercadorias tributadas como isentas, enquanto as infrações 4 e 5 referem-se a omissões de entradas ou de saídas do mesmo produto, ocorrências que não se sobreponem.

Da mesma forma, não concorda com o pleito de compensação da omissão de entrada com a omissão de saída do exercício seguinte, em virtude de a omissão de entrada ou saída decorrer de venda ou compra não registrada na escrita fiscal. Afirma ser descabido o argumento de que as entradas omitidas compõem o estoque final transportado para o exercício seguinte, visto que o estoque final foi apurado e consignado no Livro de Registro de Inventário.

Afirma que da leitura da decisão do CONSEF trazida pelo defendant não conseguiu entender como a mesma pode amparar a tese sobre os procedimentos para realização de auditoria de estoques, motivo pelo qual entende ser descabida a sua pretensão.

Quanto à alegação de que houve majoração do preço médio do produto STENT, contesta dizendo que no exercício de 2003 foi apurada omissão de entradas de mercadorias e o preço médio unitário foi obtido a partir dos valores constantes das notas fiscais de aquisição. Já no exercício de 2004 foi apurada omissão de saídas tributáveis e o preço médio foi obtido a partir dos valores das notas fiscais de venda.

Quanto à omissão de saída apurada em 2004 do produto cardiodesfibrilador, não acolhe a afirmação defensiva de que ocorreram entradas de 15 unidades, porque em verdade foram 12 (doze), conforme demonstrativos de fls. 96 e 100 e cópia das notas fiscais de entrada de fls. 104, 105, 108, 130, 133, 134 e 137.

Com relação à alusão de que deve ser excluída a nota 280.620, verifica que das cópias dos documentos fiscais de entrada utilizados no levantamento de estoques (fls. 104, 105, 108, 130, 133, 134 e 137) não consta o de número 280.620.

Reconhece que na relação das entradas de mercadorias de fl. 100 ocorreu um erro ao computar a nota 251.445 (fl. 133), pois ao invés de registrar o número, digitou a data de emissão de 28/06/2004, mas isso não afetou a quantidade das entradas e nem causou qualquer prejuízo para o levantamento.

No tocante aos documentos emitidos pela sociedade BIOTRONIK LTDA. para outros contribuintes, que supostamente teriam relação com a auditoria, rebate afirmando que todas as operações de aquisição de cardiodesfibriladores com CFOP 6917 e 6102 (remessa de mercadoria em consignação mercantil ou industrial e venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), assim como as de saídas, deveriam ser efetuadas mediante emissão de nota fiscal.

Finalizando, diz que para descharacterizar as omissões de saídas e de entradas caberia ao autuado provar que houve erro no levantamento, na transcrição dos dados constantes do livro Registro de Inventário ou nos cálculos. Como nada disso ocorreu mantém na íntegra as infrações 4 e 5.

Requer a procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 722), no sentido de que o impugnante fosse intimado para apresentar relação de produtos adquiridos, código (s) NCM contemplado (s) em Convênio ICMS que autorizasse (m) benefício de isenção e comprovação de produtos substituídos em garantia.

No Parecer ASTEC n. 45/2010, de fls. 725/726, a diligente – no que tange aos itens 01 e 02 de fl. 725 – que resume a solicitação de diligência, destaca que o sujeito passivo foi intimado duas vezes para apresentar os documentos necessários à realização de seus trabalhos, após o que acostou novos elementos às fls. 758 a 895.

Assinala, com relação ao item 03, que as NCM/SH dos itens auditados efetivamente constam do Anexo do Convênio ICMS 01/99. Entretanto, as suas descrições não correspondem àquelas ali designadas (no Anexo). No confronto entre as mercadorias listadas no sobredito Anexo (fls. 896 a 908) e os códigos NCM/SH indicados pelo autuado às fls. 768 a 783, constatou que não há correspondência com os produtos indicados no levantamento fiscal de fls. 19 a 73.

É taxativa ao afirmar que não existe equivalência entre os itens auditados e os constantes do Anexo do Convênio ICMS 01/99. Quanto aos “stents”, afirma que efetivamente fizeram parte da autuação, mas a isenção foi concedida em 24/10/2005 e o lançamento de ofício tratou de fatos ocorridos até o exercício de 2004.

Por fim, assevera que não houve necessidade de novos demonstrativos, posto que não constatada a necessidade de exclusão de valores.

Intimado (fls. 897/898), o contribuinte ingressa com requerimento do benefício da Lei nº 11.908/2010 para pagamento parcial (fl. 900) e se manifesta às fls. 904 a 909.

Reitera as razões de defesa e observa que o item 02 da solicitação de fl. 723 foi integralmente atendido, restando provadas as substituições em garantia com os documentos de origem, vinculação com os produtos destinados à reposição etc.

No tocante ao item 01 da diligência, que se destinou exclusivamente aos “stents”, alega que a parecerista elaborou documento inócuo, limitando-se a uma análise superficial do Convênio e de suas alterações em confronto com as notas de entrada.

Transcrevendo voto outrora proferido por este relator, ressalta a importância do benefício concedido em 1999, inclusive com manutenção de crédito, e diz que os produtos identificados nos levantamentos fiscais cumprem a função pretendida pela norma conveniada, embora possa haver divergências nas nomenclaturas e modificações nas classificações, situações não observadas pela ASTEC/CONSEF.

Conclui repetindo os pedidos da defesa.

O autuante assinalou o seu conhecimento dos incidentes processuais à fl. 912.

Das fls. 914 a 917, 956 e 957 constam comprovantes de pagamento parcial.

A 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal Julgou o Auto de Infração procedente no dia 07 de outubro de 2010 (fls. 919 a 929).

Mais uma vez intimado, o contribuinte interpôs recurso voluntário às fls. 942 a 949.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria do Estado, que exarou Parecer às fls. 961 a 965, no qual foi solicitada a manutenção da decisão de primeira instância.

Entretanto, através do Acórdão CJF 0034-04/10 (fls. 966 a 973) a mencionada decisão foi anulada, pois, consoante registrado, a Junta de Julgamento embasou o não acatamento da alegação defensiva relativa à nota fiscal n. 280.620 no fato de o impugnante ter sido intimado a se manifestar sobre a informação fiscal, sem que a tenha apreciado especificamente.

Às fls. 980 a 982 foram juntadas intimações referentes a um Acórdão de segunda instância diferente do acima citado, o que foi corrigido às fls. 986 a 991.

VOTO

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Apesar do fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer intervalos temporais menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que deve ser considerada ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito após 05 (cinco) anos contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Relativamente à validade do procedimento fiscal, constato que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada cobrança em duplicidade (“*bis in idem*”), violação ao princípio da não cumulatividade, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, na conversão do feito em diligência e nas manifestações do sujeito passivo.

Assim, fica igualmente rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Indefiro o requerimento de conversão, redução ou cancelamento das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, uma vez que não está irrefutavelmente comprovada a presença dos requisitos estabelecidos no art. 158 do RPAF/BA.

O pedido de revisão por fiscal estranho ao feito foi deferido. A esta altura do processo não existem omissões, obscuridades ou contradições que ensejam a necessidade de nova diligência.

No mérito, é preciso registrar que o entendimento deste relator transscrito às fls. 906/907 não prevaleceu. A decisão tomada na 5ª Junta de Julgamento Fiscal, além de não ter sido unânime, foi alterada instância superior. Por isso, o mesmo será modificado no presente voto (Acórdão JJF 0063-05/10, reformado através de recurso de ofício, conforme Acórdão CJF 0213-11/10).

O lançamento de ofício exige ICMS relativo a operações tributadas como não tributadas, omissão de saídas de mercadorias e propõe a aplicação de multas pela falta de apresentação de arquivos magnéticos e livros fiscais.

Com relação à infração 1, foi exigido ICMS relativo a operações tributáveis realizadas como se não fossem, estando regularmente escrituradas. Na defesa apresentada, o autuado alegou que as saídas objeto da auditoria ocorridas nos exercícios de 2003 e 2004 recaíram sobre equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde e estavam amparadas pelo Convênio ICMS 01/99.

Argumentou ainda que a exigência - além das questões tributárias - envolve aspectos de saúde pública e que a legislação vem afastando a incidência sobre situações equivalentes. Admitiu que embora pudesse ter havido divergências na nomenclatura ou classificação fiscal, os produtos levantados cumprem a função pretendida pela norma conveniada. Argumentou que se assim não for entendido deve ser concedido o crédito fiscal correspondente.

Por sua vez, o autuante admite ser legal o direito ao crédito, mas assinala que não foram apresentadas as notas fiscais de aquisição dos produtos e que a isenção para os STENTS foi concedida pelo Convênio 113/05, com efeitos a partir de 24/10/2005, período que não foi fiscalizado.

Verifico que a exigência está consubstanciada nos anexos II (apuração de ICMS por saída de mercadorias tributadas como isentas), de fls. 19 a 73, exercícios de 2003/2004, onde estão discriminadas as saídas de produtos que o impugnante entendeu estarem beneficiados pela isenção prevista no art. 32, XX, RICMS/BA e Convênio 01/99 nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde.

Neste contexto, o Convênio ICMS nº 01/99 estabeleceu a isenção para as operações com os equipamentos destinados à prestação de serviço de saúde indicados no seu Anexo e classificados pela NBM/SH. A legislação baiana descreve tais produtos, atualmente, no Anexo nº 93 do RICMS/BA. Nesse Anexo, no período da exigência – 2003/2004 - não estão presentes os produtos considerados isentos pelo autuado elencados no levantamento fiscal.

Não obstante a razoabilidade das alegações defensivas acerca do afastamento de tributação para produtos e insumos empregados em cirurgias cardíacas ou demais equipamentos destinados à indigitada prestação de serviço, o direito tributário é regido por questões objetivas e a isenção para os STENTS somente se tornou realidade jurídica através do Convênio ICMS 13/05, que alterou o Convênio nº 01/99 para incluir o item 191 no Anexo único: “*Implantes expandíveis de aço inoxidável para dilatar artérias - STENTS*”, código NCM 90.21.90.81.

Nesse passo, a isenção de ICMS para as operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde é valida tão-somente para os itens descritos no Anexo único do Convênio 01/99. Em se tratando dos materiais objeto da autuação, através do Convênio ICMS 113/05, que deu nova redação ao Anexo, foi estendido o benefício aos “*Implantes expandíveis de aço inoxidável para dilatar artérias - STENTS*”, código NCM 90.21.90.81, com início de vigência na data da publicação de sua ratificação nacional (24/10/2005). Esta redação foi alterada recentemente para IMPLANTES EXPANDÍVEIS, DE AÇO INOXIDÁVEL E DE CROMO COBALTO PARA DILATAR ARTÉRIAS STENTS (Convênio ICMS 30/09).

Ressalto que a diligência realizada em atendimento ao pedido do defendente confirmou que as mercadorias relacionadas pelo mesmo que estavam contidas no Anexo do Convênio 01/99 não se faziam presentes nos levantamentos do fisco. Ou seja, os produtos objeto da autuação (“*stents*”) no período fiscalizado não estavam inseridos no Anexo do mencionado Convênio, tendo sido incluídos a partir de 24/10/2005.

Pelo exposto, considero procedente a exigência contida na infração 1 em relação aos exercícios de 2003/2004, tendo em vista que o Convênio 113/05 isentou operações com STENTS somente a partir de 24/10/2005.

Com relação ao crédito fiscal, que o contribuinte afirma não ter sido aproveitado no momento da aquisição, é certo que lhe é assegurado o direito. Entretanto, em se tratando de exigência do imposto sobre comercialização de mercadorias tributadas cujo valor a sociedade empresária não destacou nem escriturou, não cabe a compensação do crédito fiscal nessa fase processual por falta de autorização legal.

Ressalto que também não pode ser apurado o montante do crédito na forma como pretendeu o sujeito passivo nas planilhas de fls. 553 a 608, simplesmente aplicando 12% sobre o valor das operações de venda. O procedimento para utilização e escrituração deve obedecer ao disposto na legislação: à vista do documento fiscal próprio de aquisição, em se tratando de utilização extemporânea, conforme disposto no art. 101 do RICMS/BA. Pelo exposto, não pode ser acatado o pedido de compensação do crédito fiscal em relação aos valores exigidos.

A decisão contida no Acórdão JJF 0030-11/08 não se aplica à situação presente, por se tratar de fato diverso deste que ora se julga. Naquele caso, a admissão se deu por conta de previsão de crédito fiscal presumido com base nas saídas (art. 2º do Decreto 4.316/95).

Infração 1 caracterizada.

Com relação à infração 2, o autuado ingressou tempestivamente com impugnação ao lançamento da multa, vindo posteriormente a se manifestar pelo reconhecimento integral do débito e consequente desistência da defesa, conforme requerimento formalizado à fl. 900 (18/05/2010).

Foi também juntado aos autos extrato de pagamento que confirma a sua efetivação, de acordo com os documentos de fls. 915/916. Portanto, ao reconhecer o débito e recolher o valor relativo à infração 2 desistiu o contribuinte da defesa tornando-a ineficaz, conforme previsto no art. 122, IV do RPAF/BA.

Em razão disso, considero prejudicada a impugnação relativa a esta acusação (art. 156, I do CTN), devendo ser homologado o pagamento correspondente.

No que respeita à infração 03, o defendantecolacionou cópias dos livros não apresentados à fiscalização e pediu que fosse dispensada ou reduzida a multa proposta, sob a alegação de que a auditoria não foi prejudicada, o que foi contestado pelo autuante.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que o contribuinte foi intimado para apresentar os livros fiscais (Registro de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS) em 04/07/2008 e 15/07/2008 (fls. 11 e 12), e na impugnação não demonstrou ter cumprido sua obrigação, ficando, portanto caracterizada a infração apontada.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução, conforme exposto antes da apreciação de mérito, não acato, pois, além do que já foi dito, é obrigação acessória de todos, prevista na legislação tributária, apresentar os livros quando o fisco intimar, e mesmo que o trabalho do auditor tenha sido realizado com os documentos fiscais, não é legal a dispensa ou redução da multa.

Infração 3 mantida.

No que pertine às infrações 4 e 5, não pode ser acatado o pedido de compensar a omissão de entrada do produto STENT com o que foi exigido na infração 1 ou na infração 5.

Na primeira infração o imposto é relativo às saídas de mercadorias cujas notas fiscais foram regularmente escrituradas, em razão de o defendantecolacionado considerado as operações como isentas ao invés de tributáveis.

Já as infrações 4 e 5 tratam de omissão de entradas e omissão de saídas, tendo sido relacionadas no levantamento fiscal as quantidades consignadas nas notas fiscais de entrada e de saída regularmente escrituradas. O ICMS correspondente da infração 1 incidiu sobre saídas. Entretanto, os valores do imposto das infrações 4 (omissão de entrada) e 5 (omissão de saída) se referem às quantidades de produtos cujas entradas ou saídas não foram escrituradas por meio de documento fiscal. Logo, não há fundamento para dedução de uma infração em outra.

Da mesma forma, a omissão de entradas da infração 4 foi apurada com base nas quantidades registradas nos documentos e livros fiscais (estoque inicial + compras – estoque final = saída real), que confrontadas com as saídas computadas nas notas efetivamente emitidas resultaram no ilícito em comento, exigindo-se o ICMS com fundamento na presunção legal prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96.

Não podem ser consideradas as quantidades omitidas apuradas em um exercício nas quantidades omitidas em outro exercício, como quer o sujeito passivo. Observo que no exercício de 2003 foi constatada omissão de entradas do produto STENT, tendo sido lançado o tributo a título de presunção relativa à receita anteriormente não contabilizada que foi utilizada no pagamento das compras não escrituradas. Já no exercício de 2004, foi apurada omissão de saídas do mesmo item, que neste caso se refere diretamente à falta de emissão de documento fiscal, escrituração do débito e falta de pagamento do ICMS incidente nas vendas.

Somente caberia reparo no levantamento se a sociedade autuada comprovasse equívocos nos cálculos ou na transposição dos montantes (estoques inicial e final, entradas e saídas). Logo, não há legalidade no argumento de que devem ser cotejadas quantidades omitidas em um exercício com as de outro exercício.

A decisão contida no Acórdão CJF 0081-11/04 não serve de fundamento para a situação presente. O caput do art. 60 do Regulamento do imposto estabelece regras para a determinação da sua base de cálculo nos casos de presunção de omissão de saídas. Portanto, a depender da situação que se apresente, uma infração com base em presunção legal (saldo credor de caixa, suprimento de caixa de origem não comprovada, passivo fictício, entradas ou pagamentos não registrados etc.) pode ser absorvida por outra lançada também com base em presunção legal. Na situação presente, a infração 4 trata omissão de entrada (presunção – art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), mas a infração 05 versa sobre omissão de saída apurada em levantamento quantitativo de estoques, não estando caracterizada a existência de BIS IN IDEM (Acórdão CJF Nº 0081-11/04), tampouco demonstrado que o preço médio na formação da base de cálculo foi consignado a maior.

Quanto ao argumento de que houve majoração do preço médio unitário de 180% entre 2003 e 2004, relativo ao produto STENT, também não pode ser acatado, tendo em vista que o art. 60, II do RICMS/BA estabelece os critérios para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, sendo que as alíneas “a-1” e “b-1” determinam:

(...)

a) apurando-se omissão de saídas:

1 - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;

b) apurando-se omissão de entradas e ficando caracterizada a existência de receita oculta empregada no pagamento de tais entradas:

1 - o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;

(...).

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que no exercício de 2003 foi apurada omissão de entrada de STENTS e o autuante elaborou o demonstrativo de cálculo do preço médio de R\$1.350,00 (fl. 93), no qual tomou como base o valor de aquisição designado na nota fiscal 635.170, do dia 08/12/2003. Já com relação ao exercício de 2004, no qual foi apurada omissão de saída, o auditor elaborou o demonstrativo do cálculo do preço médio (fl. 99), onde relacionou as notas fiscais de saída de números 002.497 a 002.726, emitidas no período de 06 a 31/12/2004. Computados os valores unitários o preço médio resultante foi de R\$ 3.778,03. Logo, a apuração da base de cálculo obedeceu aos critérios estabelecidos na legislação do ICMS e não cabe qualquer correção.

Com relação ao cardiodesfibrilador, o contribuinte alegou inexistir omissão de saída de 10 unidades no exercício de 2004, pois teria sido criada a partir da contagem indevida de entrada de 15 unidades, o que foi contestado pelo autuante ao afirmar tratar-se de 12 unidades. Verifico que a planilha analítica acostada pelo auditor à fl. 100, consolidada no demonstrativo sintético de fl. 96, relaciona entrada de 12 unidades, e não 15.

Relativamente à nota fiscal 280.620, observo que, conforme cópia juntada com a defesa à fl. 699, de fato se refere à compra de outro produto (eletrodo). Todavia, constato que a mesma não fez parte do lançamento de ofício em análise, já que tal número surgiu tão-somente devido a erro de digitação, consoante exposto no Relatório supra. O agente estatal digitou por equívoco a data (28/06/2004), ao invés do número da nota fiscal 251.445, cuja cópia foi juntada à fl. 133, a qual designa uma unidade, situação que não ensejou distorções na apuração do imposto ou do preço médio.

Não acato a alegação de que os itens registrados na nota 222.161 foram encaminhados pela empresa BIOTRONIK LTDA. em consignação e depois faturados através das notas fiscais 066.325 e 065.479, posto que, conforme previsto no art. 409 do RICMS/BA, na consignação mercantil é previsto procedimento de registro de entrada das mercadorias recebidas, bem como da saída subsequente. Portanto, está correto o procedimento adotado pela fiscalização ao computar as quantidades recebidas em consignação no roteiro de auditoria dos estoques. Caberia ao autuado indicar quais as notas fiscais e quantidades referentes às saídas (venda/devolução) se porventura não tivessem sido relacionadas pelo fisco.

Por fim, passo a apreciar os argumentos de que os produtos de denominação CARDIODESFIBRILADOR com códigos 79612154, 79612193 e 79612266 foram objeto de TROCA por garantia daqueles de números 78012888, 78013078 e 78013041, e de que não foram comercializados em 2004, por terem as notas fiscais correspondentes sido emitidas em 30/12/2004, com entrada no estabelecimento em 02/01/2005.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que: (i) o levantamento das entradas do exercício de 2004 (fl. 100) indica aquisição de 12 unidades por meio das Notas Fiscais 064.602, 064.858, 222.161, 245.422, 251.445 e 250.473 e saída de 02 unidades através das Notas Fiscais 006.032 e 001.589 (fl. 104); (ii) os documentos fiscais de entrada de números 051.545, 052.798 e 053.580, que designam os produtos de números 78012888, 78013078 e 78013041 (fls. 732 a 734) foram emitidos no exercício de 2002, período anterior ao fiscalizado, não afetando o levantamento quantitativo. Por sua vez, a nota 245.522, de 31/05/2004 (fl. 130), computa entrada de três unidades com números 79612154, 79612193 e 79612266. Consoante o que foi dito linhas acima, as entradas em consignação devem ser consideradas no levantamento quantitativo de estoques; (iii) por sua vez, as notas fiscais 075.341, 075.344 e 075.345, emitidas pela BIOTRONIK LTDA. em 30/12/2004 (fls. 737 a 739), indicam trocas em garantia dos produtos 79612154, 79612193 e 79612266, relativos às notas fiscais 051.595, 053.580 e 052.798. Logo, os itens da nota 245.522 deram entrada no estabelecimento no mês de maio ou de junho/2004 (consignação), conforme registro do levantamento fiscal. Já as notas fiscais 075.341, 075.344 e 075.345, que se referem a trocas por garantia, emitidas pela BIOTRONIK LTDA. em 30/12/2004, só produziram efeitos no exercício seguinte (2005). Nos termos do Livro Registro de Entrada relativo ao mês de dezembro/2004 (fl. 494), o documento não foi escriturado neste exercício. Portanto, se a operação de reposição do produto em garantia só ocorreu no ano seguinte, só então o estabelecimento autuado deveria promover os ajustes no inventário, emitindo as notas fiscais pertinentes. Não observo qualquer distorção na auditoria de estoques de 2004, a qual não reclama reparos.

Com respeito às datas de ocorrência e vencimento de infrações originadas de auditoria de estoques, devem ser destacadas aquelas referentes aos últimos dias dos períodos anuais fiscalizados, conforme determina a Portaria 445/1998. Afinal, é nelas que se encontram consignados os valores de inventário (final de um exercício e inicial de outro), e a movimentação das mercadorias que os influencia ocorre no intervalo de um ano.

Por tudo que foi exposto, devem ser mantidas integralmente às infrações 04 e 05.

Infrações procedentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269353.0005/08-4**, lavrado contra **CARDIODINÂMICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 706.179,77**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 414.113,49 e 70% sobre R\$ 292.066,28, previstas no art. 42, II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 40.480,37**, previstas no art. 42, XII-A, “g” e XX da citada Lei, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de janeiro de 2013

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR