

A. I. Nº - 161729.0211/13-0
AUTUADO - PROCIFAR DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO FREITAS AMARAL
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 13/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-03/14

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Comprovado nos autos que parte das mercadorias apreendidas não está enquadrada no regime de substituição tributária. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 13/06/2013, exige crédito tributário no valor de R\$42.515,44, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária - parcial ou total – antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo, conforme DANFe nº 196959, fls. 9/10, conhecimento de transporte nº 27089, fl.11 e Termo de Ocorrência 161729.0018/13-5 de 13.06.2013, fls.4/5.

O autuado, por meio de advogado procuração fl.30, ingressa com defesa tempestiva fls.23/28. Solicita que novas notificações devem ser feitas para o endereço profissional constante do rodapé da peça impugnativa. Resume os termos da autuação. Diz que, em função da inativação do regime especial do qual gozava a Autuada, caberia a esta recolher antes da entrada da mercadoria no território da Bahia o ICMS incidente sobre a operação. Ressalta que a Autuada jamais recebeu qualquer notificação acerca de sua exclusão do regime em comento. Afirma que ante a configuração da suposta infração, a Fiscalização procedeu aos lançamentos de dois débitos tributários, amparados em dois DANFES diversos, conforme fls. 03 e 06 dos autos.

Continua dizendo que em razão do DANFE 196959, o Autuante lançou ICMS-ST sobre todo o valor da operação (vide cálculo à fl. 04), resultando num débito de R\$ 42.515,44 a título de tributo. Já quanto ao DANFE 196949, fora feito o lançamento de ICMS - normal na alíquota "cheia" sobre o valor da operação, resultando na quantia de R\$11.079,09 a título de tributo (fl. 08).

Afirma que, sem embargo da exclusão da Autuada do regime especial ter ocorrido à sua revelia – o que já eiva os lançamentos combatidos de nulidade – a Fiscalização teria cometido dois equívocos. Diz que o primeiro deles consistiu na inclusão na base de cálculo do ICMS-ST de todas as mercadorias descritas no DANFE 196959 (vide fl. 04 dos autos), dentre os quais havia algumas não submetidas ao regime de substituição tributária.

O segundo, que gerou o lançamento descrito na fl. 06 dos autos, consistiu na cobrança da antecipação parcial sobre as mesmas mercadorias que deram ensejo ao lançamento de fl. 03, sem,

no entanto, utilizar o valor da antecipação parcial para cálculo do ICMS-ST.

Frisa que a autuação ora impugnada não pode prosperar, seja por conta da ausência de notificação da Autuada em relação à sua exclusão do Regime Especial, seja em função da cobrança em excesso e da inclusão, na base de cálculo do ICMS-ST, de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária.

Menciona ter sido autuada com base no fundamento de não recolhimento do ICMS, competência de junho de 2013, *“antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação”*. Afirma que esse dever de recolhimento, de acordo com o Autuante, deu-se em razão do descredenciamento da Autuada de Regime Especial de tributação instituído pelo Decreto Estadual nº. 11.872/09. Esclarece que tal regime, que institui condições especiais para o recolhimento de ICMS nas importações e aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, determina que o imposto será recolhido até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, nos termos da cláusula quinta do Protocolo ICMS 105/09, que transcreve.

Salienta que jamais recebeu qualquer notificação a respeito da sua exclusão do Regime Especial supra; pelo contrário, somente teve ciência da exclusão em comento com a lavratura do AI. Diz ser imperiosa a anulação, tendo em vista que a exclusão da Autuada do Regime Especial de Tributação, premissa na qual se baseou o Autuante para lançar o tributo, foi realizada de maneira ilegal pelo Fisco Estadual.

Aduz que caso, não entendam os Julgadores pela anulação do AI, cabe à Autuada demonstrar os demais vícios que comprometem o lançamento realizado. Observa que nesse sentido, em relação ao lançamento constante das fls. 03/06, pelo qual foi constituído crédito de ICMS-ST no valor de R\$ 42.515,44 (principal), faz-se imperiosa a declaração de sua improcedência parcial, posto que o Autuante incluiu na base de cálculo do tributo mercadorias não submetidas ao regime de substituição tributária.

Argumenta que conforme se lê à fl. 04, a base imponible utilizada pelo Autuante, no valor de R\$ 294.191,61, corresponde à soma dos valores de todas as mercadorias constantes do DANFE nº 196959 (vide fl. 13) acrescida da respectiva MVA de substituição prevista no Anexo 01 do RICMS/2012 (58,37%).

Esclarece que a maior parte das mercadorias descritas no DANFE em ribalta, integralmente tributadas pelo ICMS-ST pela Fiscalização, não se encontra submetida ao regime de substituição tributária, razão pela qual, em relação a elas, a Autuada não tem o dever de recolher o ICMS na condição de substituto. Diz que é o que se depreende do Decreto nº. 11.872/09 que elenca taxativamente em seu art. 1º o rol de mercadorias que se submetem ao supracitado regime.

Assevera que as mercadorias descritas como “SAF T INTIMA 22G X 0,75”, “SAF INTIMA 20G X 1.00” E “SAF INTIMA 18G X 1.00”, cujos valores foram incluídos pelo Autuante na base de cálculo do ICMS-ST, estão classificadas na posição 9018.3924 da NCM-SH (ver DANFE 196959) e, portanto, não encontram qualquer correspondência nos incisos do dispositivo acima. Esquematiza as mercadorias constantes do citado DANFE descrevendo seus respectivos valores e a existência ou não do dever de substituição tributária. Afirma que somente as duas primeiras mercadorias listadas no DANFE nº 196959 encontram-se elencadas no Decreto nº. 11.872/09 razão pela qual apenas os seus valores deveriam ter sido considerados pelo Autuante no cálculo do ICMS-ST. Acrescenta que a lista exaustiva constante do Anexo I do RICMS também não faz menção às mercadorias classificadas no NCM 9018.3924. Dessa forma diz que deve ser declarada a improcedência parcial do lançamento atacado, para que sejam excluídos da base de cálculo do ICMS-ST, os valores das mercadorias que não estão submetidas ao regime de substituição tributária.

Menciona que não bastasse a cobrança de ICMS-ST sobre mercadorias não submetidas ao regime de substituição tributária, o Autuante ainda realizou outro lançamento relativamente às mesmas mercadorias, através do "novo" lançamento realizado, constante das fls. 06/08 dos autos, o

Autuante procedeu a cobrança de ICMS antecipação parcial sobre as mesmas mercadorias descritas no lançamento de fls. 03/05.

Observa que o lançamento de fls. 06/08 se refere, supostamente, a DANFE de nº. 1969~~4~~⁹. Diz tratar-se de equívoco da Fiscalização, vez que, a toda evidência, verifica-se que o único DANFE utilizado pelo Autuante na autuação foi o de nº. 1969~~5~~⁹, único juntado aos autos e que deu azo ao lançamento às fls. 03/05.

Frisa que apesar desse equívoco, observa-se que o valor de ICMS (R\$ 18.576,22), que consta na fl. 08 como incidente sobre a operação, corresponde exatamente ao montante decorrente da aplicação do diferencial (10%) entre alíquota interestadual (7%) e interna (17%) sobre o valor total das mercadorias constantes do DANFE 1969~~5~~⁹ acostado à fl. 13 (R\$ 185.762,21). No entanto, afirma que quando a Fiscalização calculou o ICMS-ST sobre essas mercadorias utilizou como crédito tão somente o valor destacado no DANFE.

Requer a Autuada seja declarada a improcedência parcial do lançamento de fls. 03/05, em virtude da inclusão indevida na base de cálculo do ICMS-ST de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, que deve ser retificada e a improcedência total do lançamento de fls. 06/08 posto se tratar de cobrança de imposto cujo crédito não foi apropriado no cálculo da substituição tributária, resultando em excesso de exação, vez que a mesma operação foi objeto do lançamento de fls. 03/05.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, perícias e diligências, juntada posterior de documentos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova e revisão do lançamento.

O autuante presta a informação fiscal fls.39/40. Diz que a Autuada fazia transportar pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias – Ba., mercadorias acobertadas pelo DANFE 196959, emitido por BECTON DICKINSON IND. CIRURGICAS LTDA, localizada em OSASCO-SP. Informa ter constatado que os referidos produtos se destinavam a um contribuinte descredenciado perante o Fisco do Estado da Bahia, e conseqüentemente, sujeito à antecipação parcial do imposto conforme manda o artigo 332, Inciso III, alínea a, b, d e g, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12. Afirma que por esta razão, emitiu o Termo de Apreensão nº 161729.00018/13.5.

Afirma que a autuada discorda do valor cobrado, principal e multa, que diz montar em R\$13.073,33 (ICMS + multa), inclusive já pago (fl. 07) e não o valor constante na planilha anexa ao PAF. Por fim, afirma fazer jus ao regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos de acordo com o decreto 11.872/09 e conseqüentemente o cancelamento do auto de Infração.

Esclarece que somente foi lavrado um auto de infração, relativo ao DANFE 196959. Informa que o que ocorreu é que na determinação inicial da base de calculo, não foi considerada a M.V.A. das mercadorias e posteriormente foi retificada já que estas fazem parte da substituição tributária (medicamentos e produtos farmacêuticos do protocolo 76/94) e no referido DANFE não foi feita a retenção. Diz que só existe um DANFE, e o de nº 196949 citado na defesa da autuada foi um erro de digitação.

Ressalta que o auto de infração foi embasado no descredenciamento da autuada por motivo de restrição de crédito-dívida ativa, conforme fl. 14 e no artigo 3º, II do próprio Decreto 11.872/09 ao restringir a celebração de termo de acordo com contribuinte nesta situação.

Menciona que como a autuada já efetivou parte do pagamento reclamado (fl 07), pede que o Auto de infração seja julgado procedente.

Consta às fls.43/44 extrato do SIGAT/SICRED com o recolhimento parcial do crédito reclamado, valores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

Consta da acusação fiscal que se trata de lançamento tributário referente a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária - parcial ou total – antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo, conforme DANFe nº 196959, fls. 9/10.

Importante registrar que o sujeito passivo faz referências em sua defesa, ao DANFe 196949, documento que não consta deste processo. Apreciarei, portanto, os argumentos defensivos inerentes ao DANFe nº 196959, apensado às fls. 9/10.

Observo que este PAF foi renumerado devido a desentranhamento de algumas folhas alheias ao processo. No entanto, como o contribuinte se defendeu objetivamente da acusação fiscal apontando detalhadamente as questões de fato e de direito inerentes ao PAF em comento, considero que exerceu o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Compulsando os autos, vejo que se trata de produtos médicos (agulhas descartáveis e SAF íntima) adquiridos da empresa B e D Indústria Cirúrgicas, estabelecida na cidade de Osasco, estado de São Paulo e destinados à empresa autuada, a Procifar Distribuidora Ltda.

O contribuinte em preliminar de nulidade alegou que não tomou ciência de sua exclusão do regime especial, motivo pelo qual foi descredenciado. Disse que em função da sua inativação do regime especial que lhe autorizava a recolher o ICMS ST até o dia 9 do mês subsequente, passou a ter a obrigatoriedade de recolher antes da entrada da mercadoria, no território da Bahia. Frisou que jamais recebeu qualquer notificação acerca de sua exclusão do regime especial, o que eiva os lançamentos combatidos de nulidade.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo pela rejeição da nulidade arguida pelo autuado, uma vez que no extrato do sistema SEFAZ, consta o descredenciamento do contribuinte – fl. 14, por ter restrição de créditos inscritos em dívida ativa.

Observo que a concessão do benefício de postergar o pagamento do ICMS/ST devido, até o dia 9 do mês subsequente, depende do preenchimento de alguns requisitos previstos no Termo de Acordo celebrado entre o contribuinte e a SEFAZ, conforme previsto no art. 3º, inciso II do próprio Decreto 11.872/09, que restringe a celebração de termo de acordo com contribuinte que possua débito com a Fazenda pública estadual, inscrito em dívida ativa, como é o caso do autuado. Logo, é evidente que não é obrigação do Estado, informar ao contribuinte que ele se encontra inadimplente com suas obrigações tributárias.

No mérito, da análise dos elementos que compõe o PAF, pelo demonstrativo de débito, pelo DANFE 196959 fl. 04, pelo argumentos defensivos e pela informação fiscal, constato que a exigência fiscal refere-se a falta de recolhimento do ICMS referente a aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Observo que das mercadorias descritas no DANFE 196959 (agulhas descartáveis e SAF íntima), somente os dois primeiros itens estão submetidos ao regime de substituição tributária. As mercadorias descritas como “SAF T INTIMA 22G X 0,75”, “SAF INTIMA 20G X 1.00” e “SAF INTIMA 18G X 1.00”, cujos valores foram incluídos pelo Autuante na base de cálculo do ICMS-ST, estão classificadas na posição 9018.3924 da NCM-SH e, portanto, não encontram qualquer correspondência com os produtos enquadrados na substituição tributária, conforme se observa na lista constante do Anexo I do RICMS/BA, onde não consta as mercadorias classificadas na NCM 9018.3924, caso dos produtos acima citados.

Sobre a matéria em comento, assim dispõe o art. 1º do Decreto nº. 11.872/09 que rege a matéria:

*Art. 1º. Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário a seguir relacionados, para **atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações***

subseqüentes nos termos deste Decreto:

I - vacinas e soros para medicina humana - NCM 3002;

II - medicamentos - NBM 3003 e 3004;

III - preservativos - NBM 4014.10.00;

IV - seringas - NBM 9018.31;

V - agulhas para seringas - NBM 9018.32.1;

VI - provitaminas e vitaminas - NBM 2936;

VII - contraceptivos (dispositivos intra-uterinos - DIU) - NCM 3926.90 ou 9018.90.99;

VIII - preparação para higiene bucal e dentária - NBM 3306.90.00;

IX - preparações químicas contraceptivas à base de hormônios ou de espermicidas - NBM 3006.60;

X - luvas cirúrgicas e luvas de procedimento - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00;

XI - preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente - NCM 3006.30.

Da análise da regra acima reproduzida, constata-se que as mercadorias descritas como “SAF T INTIMA 22G X 0,75”, “SAF INTIMA 20G X 1.00” E “SAF INTIMA 18G X 1.00”, classificadas na posição 9018.3924 da NCM-SH conforme consigna o DANFE 196959, não encontra qualquer correspondência nos incisos do dispositivo acima.

Concluo, portanto, que das mercadorias descritas no DANFe 196959, se submetem ao regime de substituição tributária os valores conforme demonstrativo a seguir:

AGULHA DESC PRECISION GLDE	R\$ 2.775,60
AGULHA ECLIPSE	R\$ 753,41
Sub total	R\$ 3.529,01
B. C. (MVA 58,37%)	R\$ 5.588,89
Alíquota 17%	R\$ 950,11
Crédito destacado na nota fiscal	R\$ 247,03
ICMS devido	R\$ 703,08

Considerando que referente à DANFe ora analisada, remanescem os três últimos itens que não estão sujeitos a substituição tributária, mas que é devido o ICMS antecipação parcial que não foi cobrado neste auto de infração, represento à autoridade competente para que seja realizada nova fiscalização, para verificação dos reais fatos ocorridos, objetivando resguardar os interesses do Estado. Informo ao contribuinte de que ele poderá regularizar qualquer situação, sem penalidade, antes do início de nova ação fiscal.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração devendo ser homologado os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 161729.0211/13-0, lavrado contra **PROCIFAR DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$703,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2014.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR