

A. I. N° - 281332.0009/13-4
AUTUADO - DIVIMED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/01/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-03/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendante não destacou o ICMS relativo às operações com tributação normal. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

ELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$222.430,85, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$123.100,67. Multa de 60%

Infração 02 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$90.812,63. Multa de 60%

Infração 03 – 07.15.03: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, setembro a novembro de 2009. Valor do débito: R\$8.517,55.

O autuado apresentou impugnação às fls. 135 a 138, alegando que embora a autuante tenha elaborado um extenso trabalho de levantamentos fiscais, escaparam dados importantes e fatos

relevantes que seguramente descharacterizam os supostos fatos geradores de ICMS, lançados no total de R\$ 222.430,85, seja em razão de isenção legal do tributo, seja em razão de saídas já tributadas, com ICMS recolhido, porque alguns produtos foram tributados em duplicidade, seja ainda porque em determinadas operações o ICMS foi recolhido antecipadamente, por substituição tributária, seja finalmente porque por eventual erro material (de digitação) do fornecedor de outro Estado, houve recolhimento do ICMS no bojo das operações normais, quitadas pelo defendant, mas tudo sem prejuízo para o Fisco, pois o tributo foi recolhido, tudo conforme “PLANILHAS DE APURAÇÃO DO ICMS”, onde foram acrescentadas colunas explicativas e impugnativas.

Quanto à primeira infração, o defendant alegou que a autuante não desceu a detalhes, para conferir a natureza de cada mercadoria em evidência, considerando que cada um dos produtos é isento, por força dos Convênios 01/99 e 126/2010, a exemplo das operações destacadas em amarelo nas planilhas que acostou aos autos. Salienta que são mercadorias isentas, de acordo com os aludidos convênios, ratificados por lei, decreto estadual e de eficácia assegurada na Lei Complementar 87/96 e na C.F. São equipamentos destinados a usos hospitalares e por isto mesmo essenciais para a saúde das pessoas. Cita os seguintes exemplos: Bolsa para colostomia; Dreno Torácico nº 16, PVC pediátrico; Dreno torácico nº 28, radiopaco.

Sobre a infração 02, alega que a autuação não procede, porque os recolhimentos de antecipações de ICMS estão regulares, de acordo com a legislação vigente, tudo apurado a exemplo dos destaques de quitações dos tributos em azul, nas planilhas que acostou aos autos, ressaltando que tais destaques são exemplificativos, de modo que requer a realização de justa apuração, através de revisão fiscal por agente alheio ao feito. Apresenta o entendimento de que o levantamento por unidade de mercadoria suscita sempre equívocos, dada a quantidade de trabalho sobre os ombros da fiscal.

Em relação à infração 03, alega que a pretensão de multa resulta sem fundamento, em face da regularidade fiscal, demonstrada na defesa, inclusive nas planilhas anexas. Alega, ainda, que restou claro que foi realizado o recolhimento do imposto por antecipação, que por si só já é uma aberração jurídica, por malferir o princípio constitucional que norteia o procedimento do ICMS, ainda mais que a própria autuação reconhece o pagamento total do imposto.

Por fim, o defendant pede a improcedência do presente Auto de Infração; que seja absolvido de qualquer penalidade ou outra obrigação fiscal. Requer sejam admitidos todos os meios de prova, juntada de documentos em prova e contraprova, revisão fiscal e perícia contábil nas notas fiscais.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 266 a 278 dos autos. Quanto à infração 01, esclarece que ao contrário do alegado pelo defendant, durante a fiscalização foi realizada análise detalhada da função de cada produto, bem como sua NCM, para se apurar quanto à isenção ou não da mercadoria. Ou seja, foi analisado o enquadramento dos produtos de acordo com a descrição constante no Convênio e o respectivo código de NCM.

Ressalta que um produto para ser considerado isento deve atender aos dois requisitos. Transcreve os arts. 107 a 111 do Código Tributário Nacional – CTN e analisa cada uma das mercadorias citadas pelo defendant, concluindo que deve ser mantido integralmente o valor exigido nesta infração 01.

Sobre a infração 02, informa que em relação ao exercício de 2008 foram acatadas as seguintes alegações defensivas:

- 1) Retirado do demonstrativo a bandagem surgifix, que não é produto da substituição tributária.
- 2) Incluído no demonstrativo “ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL – 2008 – RESUMO” a GNRE de pagamento da Nota Fiscal nº 107151.

Para o exercício de 2009, a autuante informa que acatou as seguintes alegações defensivas:

- 1) Incluído no demonstrativo “ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL – 2009 – RESUMO” a GNRE de pagamento da nota fiscal nº 120313.
- 2) Ajustada a UF das Notas Fiscais 372 e 490, ambas da Descarpack, de São Paulo para Pernambuco.
- 3) Retirada a “seringa para lavagem de ouvido”, indicada na NF 73.121, por não ser mercadoria da substituição tributária.

A autuante também informa que todos os DAEs anexados pelo defendante foram analisados. Os DAEs relativos ao ICMS antecipação já tinham sido abatidos do valor calculado nos demonstrativos “ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL – 2009 – RESUMO”, como se pode constatar nos demonstrativos “DAEs pagos 2008” e “DAEs pagos 2009”, que anexou à informação fiscal.

Quanto aos demais pagamentos alegados na coluna “status” dos demonstrativos do contribuinte, afirma que não restaram comprovados. Faltam planilhas de cálculo do imposto pago de cada DAE, com o cálculo detalhado do valor pago por nota fiscal, já que o autuado alegou ter pago nos mesmos DAEs o ICMS antecipação parcial e antecipação total. Diz que os demonstrativos constam no CD que anexou à informação fiscal.

Infração 03: Repete a alegação defensiva de que “a pretensão da multa resulta sem fundamento, em face da regularidade fiscal demonstrada na defesa, inclusive nas planilhas anexas”. Afirma que, de fato, nada restou demonstrado, já que na defesa não existe qualquer demonstrativo ou documento que diga respeito a essa infração. Mantém essa infração integralmente.

O defendante apresentou manifestação às fls. 283 a 288. Diz que impugna a informação fiscal, apresentando argumentos e provas materiais, analisando um por um os itens da informação fiscal quanto à infração 01. Afirma que de acordo com o Convênio 01/99, “todos os fios de sutura, independente do diâmetro ou composição/substância de que ele é constituído, todos se enquadram no referido Convênio. Também contesta as conclusões da autuante em relação a malhas tubulares, cânulas de traqueostomia, dreno de tórax, dispositivo urinário e bolsa de colostomia.

Quanto à infração 02, informa que apresentou a apuração ao setor contábil da empresa, e que vai comprovar os pagamentos, com a apresentação das notas fiscais e os respectivos DAEs pagos. Informa que neste caso, refez alguns cálculos dos valores que apresentaram diferenças.

Repete a alegação de que, embora a autuante tenha elaborado um extenso trabalho de levantamento fiscal escaparam dados importantes e fatos relevantes que seguramente descharacterizam os supostos fatos geradores de ICMS, lançados no total de R\$ 222.430,85, seja em razão de isenção legal do tributo; seja em razão de saídas já tributadas, com ICMS recolhido, algumas tributadas em duplicidade; seja ainda porque em determinadas operações o ICMS foi recolhido antecipadamente, por substituição tributária; seja finalmente porque por eventual erro material (de digitação) do fornecedor de outro Estado, houve recolhimento do ICMS no bojo das operações normais, quitadas pelo defendante, mas tudo sem prejuízo para o fisco, pois o tributo foi recolhido., conforme “PLANILHAS DE APURAÇÃO DO ICMS”, onde foram acrescentadas colunas explicativas e impugnativas.

Sobre a infração 01, afirma que a autuante não desceu a detalhes, para conferir a natureza de cada mercadoria em evidência, posto que, cada um dos produtos é isento, por força dos Convênios 01/99 e 126/2010, a exemplo das operações destacadas em amarelo nas PLANILHAS ANEXAS. São mercadorias isentas, de acordo com os aludidos convênios, ratificados por lei, decreto estadual e de eficácia assegurada na Lei Complementar 87/96 e na C.F.

Esclarece que se trata de equipamentos destinados a usos hospitalares e por isto mesmo essenciais para a saúde das pessoas. Cita como exemplos as seguintes mercadorias:

- a) Bolsa para colostomia.

- b) Dreno Toráxico, nº 16, PVC pediátrico.
- c) Dreno Toráxico nº 28, radiopaco.

Afirma que nas planilhas anexas, que cuidam deste primeiro item do auto de infração, em verdade não discrepam da legislação vigente.

Infração 02: Alega que não procede a autuação. Os recolhimentos de antecipações de ICMS estão regulares, de acordo com a legislação vigente, a exemplo dos destaques de quitações dos tributos em azul, nas planilhas anexas, ressaltando que tais destaques são exemplificativos, de modo que requer a realização de justa apuração, através de revisão fiscal por agente alheio ao feito, salientando que o levantamento por unidade de mercadoria suscita sempre equívocos, dada a quantidade de trabalho a ser realizado pela autuante.

Infração 03: Alega que a pretensão de multa resulta sem fundamento, em face da regularidade fiscal, demonstrada na defesa, inclusive nas planilhas anexas. Entende que restou claro que o contribuinte promove as antecipações do imposto, o que por si só já é uma aberração jurídica, por malferir o princípio constitucional que norteia o procedimento do ICMS, e que a própria autuação reconhece o pagamento total do imposto.

Finaliza pedindo que o auto de infração seja julgado improcedente, absolvendo o defendant de qualquer penalidade ou outra obrigação fiscal. Requer sejam admitidos todos os meios de prova, juntada de documentos em prova e contra prova, revisão fiscal e perícia contábil nas notas fiscais. Juntou cópias de notas fiscais e planilhas.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante às fls. 414 a 416, esclarecendo quanto à infração 01 que o defendant cometeu equívoco quando afirmou que a posição 3006.10.19, não se trata de bolsa de colostomia, conforme menciona a autuante. Afirma que o código de NCM da bolsa para colostomia é 3006.91.10.

Infração 02: Observa que nas planilhas anexas às fls. 313 a 322 e 385 a 393 o defendant reconhece os valores devidos, fato expresso com clareza na coluna “Devido Divimed”, valores que foram totalizados no campo “Total Geral devido pela Divimed”. Afirma que os novos documentos anexados permitiram uma análise mais precisa das alegações defensivas quanto a esta infração. Informa que, dois pontos deverão ser ajustados:

- 1) A empresa tratou álcool como mercadoria da tributação normal, como demonstram os recolhimentos feitos a título de antecipação parcial (conforme fls. 292 a 312), e deu à mesma mercadoria tratamento de tributação normal na saída como demonstram as notas fiscais de saída às fls. 437 a 505 do PAF.

Informa que está retirando o álcool dos levantamentos da antecipação tributária, elaborando novo demonstrativo, pedindo que em relação a esta mercadoria, a infração seja convertida em multa e que o demonstrativo encontra-se às fls. 431 a 436 do PAF.

- 2) Esclarece que foi realizada uma nova verificação de todos os DAEs acostados aos autos, garantido que todos os comprovantes de pagamento apresentados foram analisados e quando pertinentes, considerados como pagamento efetuado e reduzido do valor calculado, conforme planilha às fls. 419 a 425. Diz que o defendant juntou um conjunto de notas fiscais pagas via GNRE que não foram consideradas quando da fiscalização, e alguns DAEs cujo campo de referência foi preenchido com período errado. Esses pagamentos foram considerados nesta última apuração, conforme planilhas às fls. 417/418. Os novos demonstrativos da infração 02 encontram-se às fls. 419 a 430.

Quanto à infração 03, afirma que nada restou demonstrado pelo defendant e que não existe qualquer demonstrativo ou documento que diga respeito a essa infração.

O defendant volta a se manifestar às fls. 510 a 513, impugnando a última informação fiscal prestada pela autuante, afirmando quanto à infração 01 que a autuante apenas não vislumbrou

atentamente as fontes legais de isenção, de sorte que pede aos julgadores que analisem detidamente a defesa e seus elementos, para assegurar a isenção legal e evitar injustiça fiscal, quando não seja excesso de exação. Apresenta alegações sobre as seguintes mercadorias:

- 1) FIOS DE SUTURA – FONTE DE ISENÇÃO: Gozam de inequívoca isenção, pois conforme convênio 01/99, todos os fios de sutura, independente do diâmetro ou composição/substância de que ele é constituído, ex. nylon, seda, polyester, algodão, materiais orgânicos como os cat guts e o vycril e até o aço para cerclagem, todos maleáveis ou flexíveis, enquadram-se no referido Convênio.
- 2) CÂNULAS – FONTE DE ISENÇÃO: Produtos isentos para uso em traqueostomias, independente do diâmetro, sem balão e o kit cânula: (cânula para traqueostomia com balão, guia, suporte de fixação da cânula no paciente), também enquadram-se no referido Convênio 9018.
- 3) MALHAS TUBULARES: São artigos ortopédicos e/ou para fraturas. Estas malhas são utilizadas na aplicação do gesso – engessamento de membros, portanto, enquadram-se no mencionado. Convênio 126/10.
- 4) DRENOS DE TÓRAX SÃO PARTES INTEGRANTES E INDISSOCIÁVEIS DO KIT PARA DRENAGEM DE MEDIASTINO/TORAX: Um não funciona sem o outro, entretanto, são vendidos separadamente para formar kits, dependendo da necessidade do momento no setor de traumas. Conquanto um não funcione sem o outro e seja vendido em separado, a isenção do tributo não é prejudicada, nem negado e tanto é assim que o fornecedor entrega este produto livre de tributação, na forma dos Convênios 01/99 e 9018.
- 5) DISPOSITIVO URINÁRIO – NCM 9018.90.99 /52: Diversamente do assinalado pela autuante, este produto existe sim: um conjunto composto de (preservativo, extensor e bolsa coletora de urina, interconectados e esterilizados): marca embramed, conforme amostra – e foto. Convenio 01/99.
- 6) BOLSA DE COLOSTOMIA: Quanto a produto da posição 3006.10.19 da NCM, a mesma não trata de bolsa de colostomia, conforme menciona a autuante. Trata-se de fio cirúrgico nylon, que já sofrera correção para 3006.10.10, 10.20 e 10.90 respectivamente. Observa que na nova redação, os fios nylon, não são mais distintos, eles estão juntos na NCM 9018.10.20, conforme Convênio 01/99.

Requer seja sejam reconhecidas as isenções e julgado improcedente o Auto de Infração nesta parte.

Infração 02: Alega que a autuante também não observou que a legislação à época não prescrevia regime de substituição tributária, pois a tributação em voga do álcool hospitalar, por exemplo, era normal, exatamente como foi procedida pelo defendant. Diz que em prol dos fundamentos adotados nas razões de defesa contam com o respaldo na Lei 7.014/96, art. 12º-A, § 3º, que disciplina as operações com álcool, mas se relaciona à antecipação parcial do imposto sendo álcool carburante, que nada tem a ver com o álcool de higiene hospitalar.

Observa, ainda, que o álcool desinfetante/antisséptico só passou ao regime de substituição tributária a partir de 2010, por força da Lei 12.040/2010, que modificou a Lei 7.014/96. Estando a norma de substituição disciplinada em anexo 89 do item 25.14 do RICMS, de forma a demonstrar definitivamente a improcedência da infração 02, também nesta parte.

Por fim, assegura que ainda persistem os equívocos impugnados e requer sejam acolhidas a defesas e manifestações apresentadas, e que seja julgado improcedente o Auto de Infração, absolvendo o autuado de qualquer penalidade ou outra obrigação tributária.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fls. 517 do PAF. Em relação à infração 01, afirma que o defendant repete os mesmos argumentos já respondidos detalhadamente, não tendo sido acrescentado nada de novo. Reitera as informações fiscais anteriores, mantendo integralmente a autuação fiscal.

Quanto à infração 02, diz que o autuado insiste que o “álcool desinfetante/antisséptico” passou ao regime de substituição tributária a partir de 2010, por força da Lei 12.040/2010.

Informa que o álcool comercializado pelo contribuinte tem previsão de substituição tributária no item 33 do art. 353 do RICMS-BA. Que esse item foi acrescentado ao inciso II do caput do art. 353, em 05/01/2014, com percentuais de MVA previstos no anexo I do Convênio ICMS 03/99, conforme consta no item 37 do anexo 88 do RICMS-BA/97. Mantém o posicionamento adotado na última informação fiscal.

Nova manifestação foi apresentada pelo defendant às fls. 525 a 528, reiterando todos os termos da defesa e das manifestações já apresentadas, quando foram aduzidos fundamentos jurídicos com base no RICMS e na legislação vigente, assegurando as isenções citadas nas razões de defesa.

Volta a citar cada item da infração 01, pedindo que sejam reconhecidas as isenções e julgado improcedente o presente Auto de Infração nessa parte.

Sobre a infração 02, repete a alegação de que a autuante não observou que a legislação da época não previa regime de substituição tributária. Diz que é preciso notar que em prol dos fundamentos adotados pela empresa com o respaldo da Lei 7.014/96, art. 12-A, § 3º, salientando que o álcool desinfetante/antisséptico só passou ao regime de substituição tributária a partir de 2010.

Requer sejam acolhidas as razões defensivas, devendo se julgado improcedente o presente Auto de Infração.

À fl. 533 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que seja realizada revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito, observando os seguintes pontos:

1. A descrição constante nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, para concluir se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado na substituição tributária. Assim, devem ser excluídos do levantamento fiscal referente à infração 01, os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM constante na legislação.
2. Quanto à infração 02, deve ser levado em consideração quando o produto foi incluído no regime de substituição tributária. Também deve ser apurado se todos os pagamentos comprovados pelo defendant foram considerados no levantamento fiscal, fazendo os necessários ajustes, apurando o débito remanescente.

Após o cumprimento da diligência, foi solicitado que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado, fornecendo-lhe cópias do encaminhamento de diligência, da informação fiscal e demais documentos que fossem acostados pelo autuante, concedendo o prazo de dez dias para o defendant se manifestar, querendo.

A diligência foi realizada por preposto fiscal estranho ao feito, conforme fls. 536 a 548, sendo informado que foi constatado erro de soma ocorrido na totalização anual da última coluna do demonstrativo de débito às fls. 149 a 168, referente ao exercício de 2008, tendo sido lançado pelo autuado, o valor de R\$13.084,96, conforme fl. 168, quando o correto é R\$35.670,55.

Informa que no CD juntado à fl. 264 pode ser comprovado tal equívoco, ao se analisar a fórmula excel aplicada na totalização dos valores relativos ao mês de dezembro. Diz que o mencionado equívoco não foi cometido nos demonstrativos de débito do exercício de 2009, às fls. 169 a 202, já que foi aplicada a fórmula excel correta na totalização anual da coluna em foco, que abrange todos os totais mensais do período, resultando no valor de R\$64.474,44, conforme fl. 202.

Comenta que o defendantee reconheceu o débito no valor total de R\$100.348,77, referente aos produtos em branco (não destacados com as cores amarela e verde) relacionados nos demonstrativos de débito de fls. 149 a 202, confeccionados pelo autuado, cujos valores totais mensais e anuais devidos estão lançados na última coluna do levantamento, intitulada “APURAÇÃO DIVIMED”

Diz que a infração 01 é dividida em duas partes: a) valor reconhecido pelo defendantee (R\$100.348,77) a ser homologado; b) o valor de R\$22.751,90 a ser julgado pela Junta. Informa que a parte controversa refere-se a determinar se os seis tipos de produtos destacados nas cores amarela, verde e azul, listados nos demonstrativos de débito de fls. 149 a 202, apresentados pelo autuado, estão ou não relacionados nos Convênios 01/99 e 126/2010. Os produtos são os seguintes: BOLSA PARA COLOSTOMIA, DISPOSITIVO PARA INCONTINÊNCIA URINÁRIA, DRENO TORÁXICO, FIOS CIRÚRGICOS, CÂNLAS e MALHA TUBULAR. Reproduz as alegações do autuado e diz que a autuante consegue, de modo preciso e didático, na informação fiscal de fls. 266 a 277, provar que os referidos produtos não se encontram relacionados nos mencionados convênios, razão pela qual não gozam do benefício de isenção do ICMS.

Para caracterizar a isenção de imposto, entende que a descrição e NCM constantes nas notas fiscais de aquisição dos seis produtos objeto da parte controversa, devem coincidir com a descrição dos produtos e NCM previstas no anexo único do Convênio ICMS 01/99. Não tendo ocorrido coincidência, fato comprovado pela autuante na informação fiscal de fls. 266 a 278, ora ratificada pelo revisor, não será excluído do levantamento fiscal qualquer dos produtos mencionados.

Quanto à infração 02, informa que o autuado contestou parcialmente o valor originalmente apurado, tendo reconhecido os seguintes valores: R\$35.194,45 (exercício de 2008 – fls. 213 a 222); R\$22.666,45 (exercício de 2009 – fls. 203 a 211). Total reconhecido: R\$57.860,90, conforme apuração efetuada pelo defendantee às fls. 222 e 211.

Diz que na informação fiscal à fl. 277 a autuante reduziu o valor apurado, após acatar as alegações do autuado: Exercício de 2008: R\$52.860,59 (fl. 279); Exercício de 2009: R\$23.421,16 (fl. 279). TOTAL AJUSTADO: R\$76.281,75. O autuado impugnou a informação fiscal, tendo contestado parcialmente o valor ajustado pela autuante.

Também informa que a autuante explicou que retirou o álcool dos demonstrativos da antecipação total, tendo elaborado novo demonstrativo deste produto, para que a infração seja convertida em cobrança de multa. Salienta que o autuado acostou aos autos, fls. 510 a 513 e 525 a 529, contestação à cobrança referente ao produto álcool (R\$13.636,91), por entender que já teria pago o imposto no regime normal de apuração.

Quanto à parte controversa da infração 02, que se refere ao regime de apuração do imposto relativo ao produto álcool, se normal ou antecipado, informa que a autuante esclareceu que no período fiscalizado o álcool estava submetido ao regime de antecipação total do imposto, ao tempo em que pleiteia que a infração referente a este produto seja convertida em multa.

O diligente informa que todos os produtos referentes à infração 02, relacionados nos demonstrativos de débito de fls. 419 a 430, estão enquadrados no regime de substituição tributária, razão pela qual, nenhum deles será excluído do levantamento fiscal. Todos os produtos foram incluídos no regime de substituição tributária antes ou durante os exercícios fiscalizados, nunca depois, especialmente o produto álcool.

Esclarece, ainda, que todos os pagamentos comprovados pelo defendantee foram considerados no levantamento fiscal, na forma dos esclarecimentos prestados pelo autuante, na informação fiscal de fls. 277 e na manifestação de fls. 414 a 415. Diz que o autuado se manteve silente sobre os demonstrativos de fls. 417 a 418 e também não contestou os demonstrativos de fls. 419 a 430, referentes à antecipação total, tendo contestado tão somente o produto álcool. Juntou novas planilhas.

Sobre a infração 03, informa que o autuado, na contestação de fls. 135 a 138 não concorda com a aplicação da multa alegando regularidade fiscal. Entretanto, a autuante informou às fls. 277/278 que, de fato, nada restou demonstrado, já que o autuado não apresentou qualquer demonstrativo ou documento que diga respeito a essa infração.

Diz que o defensor, nas múltiplas vezes em que se manifestou nos autos, apenas negou o cometimento da infração, sem apresentar documento ou planilhas para elidir a exigência fiscal. A autuante produziu o demonstrativo de fls. 41 a 47 e o resumo à fl. 48, ora ratificados pelo revisor, no sentido de cobrar o débito apurado, no valor de R\$14.344,00.

Intimado sobre o resultado da diligência fiscal, o defensor se manifestou às fls. 607 a 610. Quanto à infração 01, diz que o revisor mantém o entendimento, porém a tributação é inexata e indevida, tendo em vista que de acordo com o Convênio 01/99, todos os fios de sutura, independente do diâmetro ou composição/substância do que ele é constituído, enquadraram-se no referido Convênio, com NCM 3006, itens 01 a 03; 9201.10.20, itens 146 ou 147. Impugna o lançamento de ofício e a revisão neste ponto.

Também alega que neste item da revisão não vislumbrou, nem revisou o equívoco pontuado no lançamento, pois as cânulas de traqueostomias, independente do diâmetro, sem balão e os kit cânula também se enquadraram no referido Convênio, NCM 9018.39.29, item 38.

Quanto aos drenos de tórax, alega que são partes integrantes e indissociáveis do kit para drenagem de mediastino/tórax, e um não funciona sem o outro, mas são vendidos separadamente para formar kits, dependendo da necessidade do momento no setor de traumas, enquadrando-se no referido Convênio, NCM 9018, item 42.

Diz que o Auditor revisor também não aquilatou que o lançamento é indevido em relação a dispositivo urinário. Informa que este produto existe, é um conjunto composto de preservativo, extensor e bolsa coletora de urina, interconectados e esterilizados, marca Embramed e também se enquadraram no referido Convênio, NCM 9018.90.99, item 52.

Quanto à infração 02, alega que, diversamente do entendimento do autuante e do revisor fiscal, o lançamento não tem consistência, porque, conforme planilha anteriormente apresentada, elaborada de acordo com a criteriosa apuração contábil, resulta comprovada a quitação do tributo, atestada por notas fiscais e os DAEs pagos. Neste caso, com a defesa foram comprovados os pagamentos e refeitos alguns cálculos dos valores que apresentaram diferenças.

O defensor apresenta outras considerações, afirmando que merecem análise pela Junta de Julgamento Fiscal. Diz que se trata de equipamentos destinados a usos hospitalares e por isso, essenciais para a saúde das pessoas. Destacam-se algumas mercadorias isentas do ICMS, gizadas exemplificadamente em amarelo na planilha que acostou aos autos: bolsa para colostomia; dreno torácico, nº 16, PVC pediátrico; dreno torácico nº 28, radiopaco.

Reafirma que a autuação improcede; os recolhimentos das antecipações de ICMS estão regulares, de acordo com a legislação vigente, tudo apurado, a exemplo de quitação dos tributos em azul nas planilhas já apresentadas. Cita como exemplo o produto álcool.

Quanto à infração 03, entende que a pretensão de multa resulta sem fundamento, em face da irregularidade fiscal demonstrada nas razões de defesa. Afirma que a exigência de contribuinte que promoveu antecipação do imposto é uma aberração jurídica, por malferir o princípio constitucional que norteia o procedimento do ICMS, ainda mais que a própria autuação reconhece o pagamento total do imposto.

Por fim, requer seja acolhida a defesa e que ao final seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, absolvendo o defensor de qualquer penalidade ou outra obrigação fiscal.

O Auditor Fiscal estranho ao feito encarregado pela revisão fiscal, apresentou nova informação fiscal às fls. 693/694, dizendo que em relação à infração 01 o autuado reconheceu como devidos valores minimamente superiores àqueles anteriormente confessados. Diz que foi constatado erro

de soma na totalização da última coluna do demonstrativo de débito de fls. 149 a 168, referente ao exercício de 2008, tendo sido lançado pelo autuado o valor de R\$13.084,96 (fl. 168), quando o correto é R\$35.670,55.

Informa que no CD juntado à fl. 264, pode ser comprovado tal equívoco, ao se analisar a fórmula excel aplicada na totalização. Diz que tal equívoco foi cometido nos demonstrativos de débito do exercício de 2009, às fls. 169 a 202. O referido erro de soma encontra-se devidamente comprovado, já que o próprio autuado confessa, no demonstrativo de débito recente do exercício de 2008, um valor superior.

Sobre a infração 02, informa que os demonstrativos de débito recentes, de fls. 665 a 683, ratificam o reconhecimento dos valores lançados pelo revisor, na parte inferior da fl. 540. Diz que o valor de R\$26.249,15, referente ao exercício de 2008, consta nos dois demonstrativos de débito, o anterior e o recente, enquanto que os valores atinentes ao exercício de 2009 são os seguintes: R\$21.976,75 (anterior – fl. 393) e R\$23.337,58 (recente – fl. 683). Finaliza ratificando todos os termos da revisão anteriormente realizada, fls. 536 a 598.

VOTO

Inicialmente, observo que o presente PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração. A descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2009.

O defendente alegou que a autuante não conferiu a natureza de cada mercadoria em evidência, considerando que são isentos, por força dos Convênios 01/99 e 126/2010. Salienta que são mercadorias isentas, de acordo com os aludidos convênios, ratificados por lei, decreto estadual e de eficácia assegurada na Lei Complementar 87/96 e na C.F. São equipamentos destinados a usos hospitalares e por isto mesmo essenciais para a saúde das pessoas. Cita os seguintes exemplos: Bolsa para colostomia; Dreno Torácico nº 16, PVC pediátrico; Dreno torácico nº 28, radiopaco.

O Convênio 01/99 concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, ficando isentas do referido imposto as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a esse convênio, classificados pela NBM/SH.

Por outro lado, o Convênio 126/2010 concede isenção do ICMS às operações com artigos e aparelhos ortopédicos e para fraturas, ficando isentas do mencionado imposto as operações com as mercadorias indicadas no referido Convênio, com respectivas classificações da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM.

Observo que NCM - "Nomenclatura Comum do Mercosul", trata-se de um código composto por oito dígitos, estabelecido para identificar a natureza das mercadorias, tendo como objetivo classificar os itens de acordo com Regulamentos do Mercosul, e como base o SH (Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias).

A legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais emitidos por

contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos de NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que fossem excluídos do levantamento fiscal os produtos que apresentassem a mesma especificação e respectiva NCM constante na legislação.

A revisão fiscal foi realizada por preposto fiscal estranho ao feito, tendo informado que a infração 01 é dividida em duas partes: a) valor reconhecido pelo defendant (R\$100.348,77) a ser homologado; b) o valor de R\$22.751,90 a ser julgado pela Junta. Disse que a parte controversa refere-se a determinar se os seis tipos de produtos destacados nas cores amarela, verde e azul, listados nos demonstrativos de débito de fls. 149 a 202, apresentados pelo autuado, estão ou não relacionados nos Convênios 01/99 e 126/2010. Os produtos são os seguintes: BOLSA PARA COLOSTOMIA, DISPOSITIVO PARA INCONTINÊNCIA URINÁRIA, DRENO TORÁXICO, FIOS CIRÚRGICOS, CÂNULAS e MALHA TUBULAR. Afirma que a autuante, na informação fiscal de fls. 266 a 277, comprova que os referidos produtos não se encontram nos referidos convênios, razão pela qual não gozam do benefício de isenção do ICMS. Neste caso, não foi excluído do levantamento fiscal qualquer dos produtos mencionados.

Efetivamente, os produtos que objeto da lide, indicados na revisão fiscal, não apresentam a mesma descrição constante nos Convênios 01/99 e 126/2010. Pelo que consta nos autos e esclarecimentos prestados pela autuante e por Auditor Fiscal estranho ao feito, foi realizada análise detalhada de cada produto objeto da lide, confrontando-se a sua descrição com o respectivo código de NCM, para se apurar quanto à isenção ou não da mercadoria. Ou seja, foi analisado o enquadramento dos produtos de acordo com a descrição constante no Convênio e o respectivo código de NCM.

Considerando que a descrição dos produtos objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, para concluir se está, ou não, enquadrado naqueles Convênios, concluo que não deve ser acatada a alegação defensiva, haja vista que os mencionados produtos objeto da exigência fiscal não apresentam a mesma especificação e respectiva NCM constantes nos Convênios 01/99 e 126/2010, ficando comprovado que o defendant não recolheu o ICMS relativo às operações com mercadorias sujeitas à tributação normal. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2009.

Trata-se de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O defendant alegou que os recolhimentos de antecipações de ICMS estão regulares, de acordo com a legislação vigente, a exemplo dos destaques de quitações dos tributos em azul, nas planilhas que acostou aos autos, ressaltando que tais destaques são exemplificativos, de modo que requereu a realização de justa apuração, através de revisão fiscal por agente alheio ao feito. Apresentou o entendimento de que o levantamento por unidade de mercadoria suscita sempre equívocos, dada a quantidade de trabalho para a autuante.

A autuante, em relação ao exercício de 2008, acatou parte das alegações defensivas, e disse que todos os DAEs anexados pelo defendant foram analisados. Os DAEs relativos ao ICMS Antecipação já tinham sido abatidos do valor calculado nos demonstrativos “ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL – 2009 – RESUMO”, como se pode constatar nos demonstrativos “DAEs pagos 2008” e “DAEs

pagos 2009”, que anexou à informação fiscal. Quanto aos demais pagamentos alegados na coluna “status” dos demonstrativos do contribuinte, afirma que não restaram comprovados.

Na informação fiscal de fls. 414/416, a autuante esclareceu que nas planilhas anexas às fls. 313 a 322 e 385 a 393 o defendant reconhece os valores devidos, fato expresso com clareza na coluna “Devido Divimed”, valores que foram totalizados no campo “Total Geral devido pela Divimed”. Afirmando que os novos documentos anexados permitiram uma análise mais precisa das alegações defensivas quanto a esta infração:

1. A empresa tratou álcool como mercadoria da tributação normal, como demonstram os recolhimentos feitos a título de antecipação parcial (fls. 292 a 312), e deu à mesma mercadoria tratamento de tributação normal na saída como demonstram as notas fiscais de saída às fls. 437 a 505 do PAF.

Retirou o álcool dos levantamentos da antecipação tributária, elaborando novo demonstrativo, pedindo que em relação a esta mercadoria, a infração seja convertida e multa e que o demonstrativo encontra-se às fls. 431 a 436 do PAF.

2. Disse que foi realizada uma nova verificação de todos os DAEs acostados aos autos, garantido que todos os comprovantes de pagamento apresentados foram analisados e quando pertinentes, considerados como pagamento efetuado e reduzido do valor calculado, conforme planilha às fls. 419 a 425. Também informou que o defendant juntou um conjunto de notas fiscais pagas via GNRE que não foram consideradas quando da fiscalização, e alguns DAEs cujo campo de referência foi preenchido com período errado. Esses pagamentos foram considerados nesta última apuração, conforme planilhas às fls. 417/418. Os novos demonstrativos da infração 02 encontram-se às fls. 419 a 430.

Na revisão efetuada em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o Auditor Fiscal estranho ao feito, em relação à parte controversa da infração 02, disse que se refere ao regime de apuração do imposto relativo ao produto álcool, se normal ou antecipado, informou que a autuante esclareceu que no período fiscalizado o álcool estava submetido ao regime de antecipação total do imposto, ao tempo em que pleiteia que a infração referente a este produto seja convertida em multa.

O preposto fiscal encarregado pela diligência informou que todos os produtos referentes à infração 02, relacionados nos demonstrativos de débito de fls. 419 a 430, estão enquadrados no regime de substituição tributária, razão pela qual, nenhum deles foi excluído do levantamento fiscal. Todos os produtos foram incluídos no regime de substituição tributária antes ou durante os exercícios fiscalizados, nunca depois, especialmente o produto álcool.

Esclareceu, ainda, que todos os pagamentos comprovados pelo defendant foram considerados no levantamento fiscal, na forma dos esclarecimentos prestados pelo autuante, na informação fiscal de fls. 277 e na manifestação de fls. 414 a 415. Disse que o autuado se manteve silente sobre os demonstrativos de fls. 417 a 418 e também não contestou os demonstrativos de fls. 419 a 430, referentes à antecipação total, tendo contestado tão somente o produto álcool. Juntou novas planilhas.

Acompanho as conclusões apresentadas na revisão fiscal realizada por Auditor estranho ao feito, confirmado a informação da autuante de que o álcool comercializado pelo contribuinte tem previsão de substituição tributária no item 33 do art. 353 do RICMS-BA, item que foi acrescentado ao inciso II do caput do art. 353, em 05/01/2014, com percentuais de MVA previstos no anexo I do Convênio ICMS 03/99.

A autuante afirmou que o defendant tratou álcool como mercadoria da tributação normal, tendo efetuado recolhimentos a título de antecipação parcial (conforme fls. 292 a 312), dando à referida mercadoria tratamento de tributação normal na saída como demonstram as notas fiscais de saída às fls. 437 a 505 do PAF. Neste caso, ficou caracterizada a situação prevista no § 1º do art. 42 da

Lei 7.014/96, haja vista que, “no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, mas, comprovadamente, recolher 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”, ou seja, multa de 60% do imposto que deveria ter sido recolhido.

Entendo que a multa apurada pela autuante sobre o produto álcool nos demonstrativos de fls. 431 e 434, não pode ser exigida neste PAF, haja vista que neste caso, haveria necessidade de incluir mais um item ao Auto de Infração. Considerando que no julgamento administrativo é vedado tal acréscimo e o deficiente não teve a oportunidade de se defender neste sentido, a exigência da multa deve ser realizada mediante novo procedimento fiscal.

Concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$38.708,87, sendo R\$23.965,60 relativos ao exercício de 2008 e R\$14743,27 correspondentes a 2009, conforme os novos demonstrativos (fls. 419 a 430) e resumos elaborados pela autuante às fls. 419 e 425.

Infração 03: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, setembro a novembro de 2009.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O deficiente alegou que a pretensão de multa resulta sem fundamento, em face da regularidade fiscal, demonstrada na defesa, inclusive nas planilhas anexas. Alegou, ainda, que restou claro que foi realizado o recolhimento do imposto por antecipação que por si só já é uma aberração jurídica, por malferir o princípio constitucional que norteia o procedimento do ICMS, ainda mais que a própria autuação reconhece o pagamento total do imposto.

Na informação fiscal, a autuante afirmou que nada restou demonstrado, já que na defesa não existe qualquer demonstrativo ou documento que diga respeito a essa infração.

Na revisão efetuada por auditor estranho ao feito, foi informado que o deficiente, nas múltiplas vezes em que se manifestou nos autos, apenas negou o cometimento da infração, sem apresentar documento ou planilhas para elidir a exigência fiscal. Que a autuante produziu o demonstrativo de fls. 41 a 47 e o resumo à fl. 48, ratificados pelo revisor, no sentido de cobrar o débito apurado.

A exigência de ICMS a título de antecipação parcial foi instituída na legislação do Estado da Bahia a partir de 01/03/2004, por meio da Lei 8.967, de 29/12/2003, e consiste na aplicação da alíquota interna sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição, deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal. Portanto, está obrigado a recolher o ICMS a título de antecipação parcial, o contribuinte deste Estado, independente do regime de apuração do imposto, em relação às mercadorias adquiridas para comercialização.

A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial tem por fundamento o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial.

O presente lançamento não foi efetuado para cobrar o imposto e, neste caso, a própria Lei 7.014/96, instituidora da obrigação tributária, também estabelece a penalidade pelo descumprimento da obrigação principal. Ou seja, foi constatado imposto não recolhido no prazo estabelecido pela legislação tributária, sendo efetuado o pagamento em outro momento.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que de acordo com o § 1º do mencionado art. 42 da Lei 7.014/96. “no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher 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”. Portanto, a multa aplicada é prevista na legislação deste Estado, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Entendo que não elide a imputação fiscal a alegação de que não houve prejuízo ao Tesouro Estadual, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto devido, nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivo do tributo devido.

Vale salientar que ao sujeito passivo cabe observar e cumprir a legislação tributária, e não deve ser aceito que o contribuinte pretenda definir a forma de apurar e recolher o tributo devido. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	123.100,67	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	38.708,86	-
03	PROCEDENTE	-	8.517,55
TOTAL	-	161.809,53	8.517,55

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 281332.0009/13-4, lavrado contra **DIVIMED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$161.809,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor total de **R\$8.517,55**, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de janeiro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA