

A. I. Nº - 207098.0004/14-6
AUTUADO - CREMER S.A.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/07/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0084-01/18

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação com apresentação de elementos que comprovam descaber a exigência fiscal quanto à parte das mercadorias arroladas na autuação. Ajustes e correções realizados pelo autuante, bem como no julgamento realizado, resultaram na redução do valor exigido. Infração parcialmente subsistente. **2. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA.** Restou comprovado que as mercadorias arroladas neste item da autuação tiveram o imposto retido por substituição tributária pelo fornecedor, descabendo, desse modo, a tributação na saída, conforme corretamente procedido pelo autuado. Infração insubsistente. **3. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ.** Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. **4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERNA DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Ajustes e correções realizados pelo autuante, bem como no julgamento, reduziram o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$79.085,59, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$57.758,42, acrescido da multa de 60%. Conforme demonstrativos constantes dos Anexos 01 e 02;
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março, abril e junho de 2011, julho de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.404,99, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deu saídas de doações e brindes – CFOP 5.910, sem tributação, conforme demonstrativos Anexos 03 e 04;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro, maio, junho e dezembro de 2011, março, abril, junho, agosto e novembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.394,09, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a aquisições interestaduais de bens para integrar o ativo imobilizado e destinados a uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos

constantes dos Anexos 05 e 06 – Cálculo do Diferencial de Alíquotas e Anexos 05A e 06A – Relação das Notas Fiscais;

4. Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.528,09, acrescido da multa de 60%. Consta se referir à falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, tendo em vista tratar-se de Atacadista Filial de Indústria, relativo às operações internas subsequentes nas saídas de mercadorias tributadas, conforme demonstrativos constantes dos Anexos 09 e 10.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 135 a 156 – volume I) Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Entende que o Auto de Infração é totalmente insubsistente.

Alega, quanto à infração 1, que no Auto de Infração foram apresentados 2 Anexos, indicando as operações supostamente sem destaque do ICMS normal. O Anexo 1 se refere ao ano de 2011, e o Anexo 2, ao ano de 2012.

Diz que nos referidos Anexos está sendo exigido o pagamento de ICMS em razão do suposto erro da aplicação de alíquota cabível nas operações de saídas de mercadorias tributadas através de emissão de notas fiscais regularmente escrituradas, conforme os artigos 50, 51 e 124, do RICMS/BA/97, e 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. Consigna que, consultando as operações e mercadorias relacionadas nos referidos Anexos, constatou se tratar, em sua grande maioria, de operações com produtos abrangidos pelo Convênio ICMS 01/99, que concede a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde.

Esclarece que em 2011 e em 2012, realizou operações de venda destas mercadorias para estabelecimentos situados no Estado da Bahia, aplicando alíquota ZERO de ICMS. Diz que as mercadorias das operações em questão eram extensores dos mais variados tipos. Assinala que, apenas para constar, os extensores, classificados no NCM nº 90183929, fazem parte do conjunto cateter externo, que tem a função de drenagem e irrigação em centros cirúrgicos, os quais se encontram elencados no item 32 do Convênio ICMS 01/99, replicado no anexo 93, do RICMS/BA.

Afirma que aplicou corretamente a alíquota ZERO nas operações que realizou com tais itens dentro do Estado da Bahia. Ressalta que as mercadorias vendidas, constante do Anexos 1 do Auto de Infração, estavam e estão indicadas no Convênio ICMS 01/99 e foram beneficiadas com a isenção. Entende que a exigência em questão não procede, pois aplicou corretamente a alíquota nas operações de saída de mercadorias destinadas à prestação de serviços à saúde, no Estado da Bahia. Salienta que referida isenção está prevista no art. 32, inciso XX, do RICMS/BA, cuja redação reproduz.

Conclui que, desse modo, a exigência em questão não procede, pois a empresa aplicou corretamente a alíquota nas operações de saída de mercadorias destinadas à prestação de serviços à saúde, no Estado da Bahia.

Observa que o Anexo 1 também relaciona Notas Fiscais de operações de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído (CFOP 5405), no caso, operações com fraldas e absorventes realizadas até 02/09/2011.

Diz acerca dessas Notas Fiscais, que Fiscalização está exigindo o recolhimento de ICMS próprio em razão de não ter vislumbrado destaque de ICMS em tais saídas.

Destaca que tanto as fraldas quanto os absorventes, apesar de muitos trazerem a marca “Cremer”, não eram fabricados pela própria Cremer, mas sim, pela MABESA do Brasil, localizada em São Paulo.

Salienta que, com a edição do Protocolo de ICMS 105/2009, envolvendo os Estados da Bahia e de

São Paulo, passou-se a aplicar a substituição tributária em relação aos produtos neste protocolo incluídos nas operações havidas entre contribuintes destes dois Estados, ficando atribuída ao estabelecimento fabricante a condição de substituto tributário. Transcreve o teor da cláusula primeira do referido protocolo.

Registra que, por conta disso, a partir de 08/2009, quando foi efetuado o levantamento de estoques de todas as fraldas e absorventes e promovido o cálculo e recolhimento de todo o ST pertinente (doc. 10), todas as aquisições de fraldas e absorventes realizadas pela Cremer da MABESA, fabricante em São Paulo de tais produtos, passaram a ter o ICMS apurado pela MABESA, na entrada no Estado da Bahia, para acobertar a totalidade de incidência do imposto até o final da cadeia, ou seja, até o consumidor final.

Assinala que, conforme previsto no art. 353, II, do RICMS/BA/97, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações de saídas internas que efetuar, exceto na hipótese de já ter recebido as mercadorias com o pagamento do imposto antecipado, conforme diz, foi o caso. Ou seja, em relação a tais produtos específicos, somente adquiridos de terceiros e com o imposto já retido, não figurava como substituto tributário no Estado da Bahia, pois todo o imposto decorrente da substituição tributária já vinha retido. Reitera que em relação a tais mercadorias, era apenas o substituído tributário.

Registra que, por tal motivo, nas vendas subsequentes relativas a tais produtos, passou a adotar o CFOP 5405, que corresponde à venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária na condição de substituído, não destacando mais qualquer imposto nos documentos fiscais pertinentes.

Consigna que para comprovar tais alegações, anexou (doc. 05), cópias das notas fiscais de aquisição das fraldas e absorventes, tendo a MABESA de São Paulo como fornecedora, bem como anexou as respectivas GNRES referentes ao Estado da Bahia.

Aduz que, por outro lado, mesmo que se admitisse não ter havido o recolhimento do ICMS por antecipação, situação que coloca apenas por hipótese, ainda assim nada lhe seria exigível, que neste caso assumiu a condição de substituído na operação. Acrescenta que se sabe que, em situações em que a lei atribui a responsabilidade a terceiro pelo pagamento do imposto, automaticamente se exclui a ideia de solidariedade. Diz que, afinal, o sujeito passivo da relação jurídico tributária não é mais o substituído, mas sim, apenas o substituto, que neste caso era a MABESA, fornecedora de fraldas e absorventes. Neste sentido, destaca e reproduz recente decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Resp. 931.727/RS, Relator o Ministro LUIZ FUX (DJe 14.09.2009). Também do STJ, Resp nº 1.391.265 – RS, 1ª Turma, Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03/12/2013. p. 17/02/2014).

Ressalta que nos Anexos 1 e 2 também foram relacionadas Notas Fiscais de operações com CFOP 5910 e 5911, que tratam de Bonificações e Amostras Grátis, respectivamente. Afirma que, como as bonificações e amostras grátis eram de fraldas e absorventes, não houve a retenção e o recolhimento do ICMS, pois toda a carga tributária de ICMS pertinente já havia sido paga antecipadamente. Acrescenta que, além disso, em relação às notas fiscais de bonificação e de amostra grátis, há que se destacar estar sendo cobrado imposto em duplicidade, pois as mesmas notas relacionadas nos Anexos 1 e 2 (Infração 1) também foram relacionadas nos Anexos 3 e 4 (pertinentes à Infração 2). Ou seja, de uma forma ou de outra, nada neste sentido seria devido de sua parte.

Conclui que, assim sendo, não deixou de recolher o ICMS próprio nas operações de venda de mercadorias (CFOP 5405), pois a MABESA do Brasil já realizara o recolhimento antecipado de todo o ICMS, motivo pelo qual a exigência não pode prosperar.

No que tange à infração 2, destaca, como primeiro ponto, que todas as notas fiscais arroladas neste item da autuação já constaram nos Anexos vinculados à infração 1. Ou seja, há uma duplicidade na cobrança do imposto pertinente.

Alega que os Anexos 3 e 4 relacionam as operações onde teria, supostamente, deixado de realizar

o pagamento do ICMS da operação, contudo, da mesma forma já exposta em relação à infração 1, não houve falta de pagamento de imposto.

Diz que, conforme já exposto, fraldas e absorventes adquiridos da empresa MABESA do Brasil, de São Paulo, já tinham todo o ICMS (normal e substituição tributária) recolhido por antecipação, na entrada do Estado, através de GNRE.

Alega que, como o cálculo da antecipação compreende o pagamento do imposto até o consumidor final, nada mais há para ser cobrado neste caso. Já em relação à mercadoria constante no Anexo 4, além de também já ter sido relacionada na infração 1, trata de item relacionado no Convênio ICMS 01/99, que tem sua saída isenta, conforme já discorrido anteriormente.

Conclui que, desse modo, não deixou de realizar o recolhimento do ICMS nas operações constantes dos Anexos 3 e 4 do Auto de Infração, pois, ou houve a antecipação tributária do ICMS devido nas referidas operações, ou a mercadoria não tinha a incidência de tributo.

Quanto à infração 3, observa que o dispositivo legal indicado na fundamentação da exigência, no caso art. 1º, § 2º, inciso I e V, estaria sendo cobrado valor decorrente da entrada de item importado pelo estabelecimento. Alega que a fundamentação legal não encontra correspondência com os itens relacionados nas planilhas juntadas, o que por si só já ensejaria a nulidade do lançamento pertinente.

Salienta que nos Anexos 5-5A e 6-6A, apesar de estarem relacionadas tanto notas de material de uso e consumo quanto de imobilizado, constata-se que as diferenças efetivamente “encontradas” decorrem apenas das operações de transferência de imobilizado entre unidades da empresa (CFOP 2552). Ou seja, eram itens do imobilizado de outras unidades, recebidas pela filial de Salvador.

Observa que, efetivamente, o imposto referente à diferença de alíquotas é devido nas entradas de material de uso e consumo e de imobilizado, contudo, há situações em que o próprio Regulamento do ICMS prevê não caber referido valor. Diz que o artigo 7º, inciso III, “b”, expressamente dispensa o pagamento de diferencial de alíquota nos caso em que não houver incidência (ou isenção) do imposto. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Assevera que, nos casos concretos, ocorreram transferências de itens do imobilizado com mais de um ano de uso no estabelecimento remetente, conforme notas de aquisição (doc. 6), com isenção do imposto, de forma a atender os requisitos previstos na legislação do Estado de origem, i.e., Santa Catarina, que reproduzia os termos dos Convênios ICMS 70/90 e 151/94. Ou seja, as operações de transferência estavam isentas do imposto. Alega que, em se tratando de operação isenta, pelos termos do artigo 7º, não há que se falar em recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas para o Estado da Bahia.

Conclui que, desse modo, as exigências não encontram respaldo jurídico para sua manutenção.

Relativamente à infração 4, observa que exige ICMS substituição tributária sobre luvas cadastradas no NCM 39262000. Alega que a legislação previa a incidência de ICMS substituição tributária apenas sobre luvas dos NCMs 4015.11.00 e 4015.19.00, e não as classificadas no código 3926. Afirma que, assim sendo, todas as operações com luvas classificadas no código 3926 devem ser excluídas do referido lançamento.

Destaca que tais luvas têm a classificação fiscal dada pelo seu fabricante, fornecedor da Cremer, conforme nota de compra do fornecedor anexa (doc. 7). Diz que, conforme a legislação do IPI compete ao importador ou industrial fabricante a atribuição da classificação fiscal pertinente. Alega que, como mero revendedor, não pode alterar esta classificação.

Assevera que também não houve incidência de ICMS substituição tributária em relação ao álcool 70% - NCMs 22071090 e 29121200, classificação fiscal também dada pelo fornecedor, pelo fato de tal mercadoria não estar submetida ao referido regime, conforme previsto pelo RICMS/BA.

Sustenta que dessa forma, não havendo previsão legal para aplicação de ST em relação a tais

mercadorias, totalmente improcedente a exigência fiscal.

Alega, ainda, que na infração 4, a Fiscalização está exigindo a retenção e o recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas e subsequentes, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Assinala que os Anexos 9 e 10 relacionam as operações onde teria, supostamente, deixado de realizar o pagamento do ICMS substituição tributária.

Observa que parte dessas operações têm como objeto mercadorias tais como fraldas e absorventes, em sua maioria, entre outras mercadorias previstas no art. 353, II, do RICMS/BA, contudo, nos casos elencados, constata-se a inexigibilidade de qualquer valor.

Registra que o art. 353, II, do RICMS/BA disciplina que a empresa é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações de saídas internas que efetuar, exceto na hipótese de já ter recebido as mercadorias com o pagamento do imposto antecipado, que, alega, foi o caso.

Diz que, por tal motivo, a Fiscalização entendeu ser devida a retenção do imposto em operações com diversos itens, a exemplo de fraldas e absorventes, conforme constante nos Anexos 9 e 10 do Auto de Infração. Alega que, contudo, fraldas e absorventes adquiridos da empresa MABESA do Brasil, de São Paulo, já tinham todo o ICMS, normal e substituição tributária, recolhido por antecipação, na entrada no Estado, através de GNRE. Acrescenta que, como tais itens não são produzidos pela empresa, que os adquiriu do fabricante paulista, que reteve o imposto para o Estado da Bahia, ela passou a ser substituta tributária em relação a tais itens.

Assevera que como o cálculo da antecipação compreende o pagamento do imposto até o consumidor final, nada mais há para ser cobrado neste caso. Diz que todas as operações com tais produtos se davam com o CFOP 5405, aplicável nos casos de contribuinte substituído.

Sustenta que, assim sendo, não deixou de realizar a retenção e o recolhimento do ICMS substituição tributária das operações constantes dos Anexos 3 e 4 do Auto de Infração, pois houve a antecipação tributária do ICMS devido nas referidas operações, conforme pode ser constatado das notas fiscais e GNREs anexadas (doc. 5).

Salienta, ainda, que nos Anexos 9 e 10, constata-se a exigência de ICMS substituição tributária, relativo às operações internas e subsequentes na venda de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, identificados pelo CFOP 5102.

Assinala que as referidas operações internas tratam de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para comercialização, que não foram objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento – CFOP 5102. Diz que, no caso, foi adotado tal CFOP 5102 pelo fato de se tratar de operações não abrangidas pela substituição tributária, pois destinavam tais produtos a consumidores finais, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, que não adquirem os referidos itens para comercialização, mas sim, para seu uso próprio. Afirma que os respectivos comprovantes, no caso cartão de CNPJ, demonstram isso (doc. 7). Aduz que não havendo operação subsequente, não é o caso de aplicação de ST, razão pela qual a exigência constante da infração 4 não pode prosperar, pois exige ICMS substituição tributária de operação para consumidores finais.

Acrescenta que, além disso, também houve situações em que a substituição tributária não foi aplicada pelo fato do cliente possuir regime especial onde este assumia a responsabilidade perante o Estado da Bahia de contribuinte substituto (doc. 7). Afirma que ao assumir a condição de substituto, lhe eximiu de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS ST pertinente, passando o detentor do referido regime a recolher o imposto sobre as operações subsequentes.

No respeitante às multas impostas, alega que as mencionadas multas são totalmente incabíveis. Primeiro, porque não houve falta de recolhimento de tributos aos cofres públicos; segundo, afirma que não cometeu qualquer infração, por isso, entende que não há qualquer multa que lhe possa ser imputada. Em terceiro lugar, afirma que, mesmo se tivesse havido alguma infração, a

exigência de multa de 60% sobre o valor do imposto é, além de ilegal, inconstitucional. Alega que a imposição de multa que não mantém qualquer proporcionalidade com eventual falta cometida implica em retirada de patrimônio sem causa justificada, descumprindo regra contida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Afirma que o disposto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Acrescenta que este entendimento foi manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio contra a Lei Federal nº 8.846/94.

Diz ser inconcebível concordar com a imposição da multa nos patamares exigidos pela Fiscalização, eis que desproporcional à infração apontada e que tal exigência sequer leva em consideração a finalidade primordial da sanção. Ao contrário, revela seu caráter eminentemente destrutivo, acarretando ao contribuinte, graves consequências econômicas. Pede que sejam excluídas as referidas multas.

Prosseguindo, ressalta que, independentemente dos argumentos expendidos, que por si só conduzem à extinção do presente Auto de Infração, se mantido o lançamento, não pode prevalecer a aplicação dos juros SELIC sobre o montante supostamente devido, ou de qualquer outra taxa de juros remuneratórios. Diz que tais juros, ditos moratórios, são inaplicáveis, se considerado o ordenamento jurídico-tributário vigente. Neste sentido, invoca ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, concluindo que a aplicação da SELIC somente pode ser acatada quando não ultrapassar a alíquota permitida pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional: 1% ao mês.

Reafirma que não deixou de recolher nenhum tributo ao Estado da Bahia. Todas as imputações são improcedentes, pelos diversos motivos expostos nas razões de defesa. Contudo, considerando o volume de documentos e operações a serem auditados, entende ser pertinente o pedido para realização de prova pericial, com o levantamento de todas as questões postas na defesa apresentada, indicando os quesitos a serem respondidos, indicando como assistente técnico, o Sr. Denis Gonçalves, brasileiro, casado, coordenador fiscal, inscrito no CPF nº 041.226.579-62, com endereço profissional Rua Iguaçu, nº 2914, Blumenau – SC, o qual pode ser contatado pelo fone (047) 3321-8398 e e-mail denis.g@cremer.com.br.

Finaliza a peça defensiva requerendo o integral cancelamento do Auto de Infração, e não sendo este o entendimento, o que admite hipoteticamente, requer sejam excluídos:

- os valores dos produtos isentos;
- os valores dos produtos em relação aos quais ficarem comprovado o recolhimento por antecipação;
- às exigências feitas em duplicidade (Infração 2) e ao diferencial de alíquota sobre transferências de imobilizado isentas;
- os valores relativos às luvas (NCM 39262000) e álcool 70% (22071090 e 29121200) não sujeitos à Substituição Tributária em todo o período;
- os valores relativos às vendas a consumidores finais e a detentores de regimes especiais;
- multa e juros;
- a produção de prova pericial, para demonstrar todas as questões postas na defesa.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.947 a 963 – volume IV). Consigna que a mercadoria constante dos Anexos 01 e 02 da infração 1, questionada pelo autuado (extensor), classificada no NCM nº 9018.39.29, segundo o autuado está abrangida pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, especificamente no item 32.

Assinala que após analisar o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e alterações posteriores, que

concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, concluiu que a mercadoria extensor não faz parte do referido Anexo, muito menos no item 32.

Aduz que de acordo com a regra do art. 111 do CTN as normas relativas à isenção devem ser interpretadas literalmente, razão pela qual entende que a mercadoria "extensor", não corresponde literalmente a nenhuma mercadoria elencada nos itens do Anexo 93, muito menos o item 32. Observa que o fato de a mesma ser utilizada em centros cirúrgicos não a credencia ao benefício da isenção. Salienta que o próprio autuado possui em seu mix de produtos ao menos três tipos de extensores que tiveram saídas tributadas pelo ICMS, conforme indica e cópias de notas fiscais anexadas às fls. 991 a 993, a) extensor adul 40cm 1525G LL; b) extensor neo 60cm 1530 G LL e c) extensor ocig rg markmed pvc. Sustenta que inexistente razão para acatar a alegação defensiva neste item.

Registra que o autuado se trata de um estabelecimento Atacadista, inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ com a atividade principal de Comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios e no cadastro de contribuintes do ICMS estadual com a mesma atividade principal acima descrita. Acrescenta que o autuado se trata de filial de indústria, por ser estabelecimento filial da Cremer S.A., cadastrado no CNPJ como Fabricante de materiais para medicina e odontologia, situada no município de Blumenau em Santa Catarina.

Menciona que o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, em vigor à época dos exercícios auditados, atribui precisamente ao contribuinte atacadista na situação de filial de indústria a condição de contribuinte substituto, conforme disposto no inciso I do art. 335, cuja redação reproduz.

Afirma que na situação descrita pelo autuado, isto é, aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária de fornecedores outros, com a cobrança antecipada do ICMS, o Regulamento do ICMS é bastante cristalino quando trata das operações subsequentes à antecipação do imposto substituído, conforme se verifica nos §§ 2º e 3º do art. 356 e art. 375, cujo teor transcreve.

Diz que a regra é clara. O autuado nas aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária de outros fornecedores deveria utilizar tanto o ICMS correspondente ao crédito normal quanto o ICMS cobrado por antecipação tributária. Observa que, ainda que não conste do documento fiscal de aquisição o ICMS destacado, o autuado poderia adotar a regra da "recuperação de crédito" prevista no inciso I do §2º do art. 359 do RICMS/97.

Conclui sustentando que não assiste razão ao autuado, que poderá mediante processo regular obter da Inspetoria Fazendária, a qual está vinculado, autorização para utilização extemporânea de crédito fiscal com apresentação das provas pertinentes.

No respeitante à infração 2, consigna que o autuado alega que está sendo exigido o ICMS incidente sobre notas fiscais de bonificações e amostra grátis, alegando, em primeiro lugar, que todas as notas fiscais relacionadas à infração 2 já constaram nos Anexos vinculados à infração 1, ou seja, há uma duplicidade na cobrança do imposto pertinente.

Alega, também, que nos Anexos 3 e 4 estão relacionadas operações que a empresa supostamente teria deixado de realizar o pagamento do ICMS da operação. Contudo, diz que as mercadorias fraldas e absorventes, objeto das doações, já tinham todo o ICMS (normal e substituição tributária) recolhido por antecipação, na entrada do Estado, através de GNRE.

No tange ao primeiro tópico da alegação, admite assistir razão ao autuado quanto às bonificações, doações ou brindes - CFOP: 5.910, pois, constam nos Anexos 01 e 02, da infração 1, assim como da infração 2, conforme se verifica nos demonstrativos Anexos 01 e 02, anexados às fls. 63 a 65.

Entretanto, não concorda com a exclusão das saídas a título de amostra grátis - CFOP 5.911, tendo

em vista o que dispõe o art. 16 do RICMS/BA, cujas condições não foram cumpridas pelo autuado, conforme se verifica nas notas fiscais anexadas às fls. 994 a 1.000.

Registra que, desse modo, elaborou novos demonstrativos da infração 1, anexados às fls. 965 a 975 dos autos, bem como novo Demonstrativo de Débito, Anexo 11, às fls. 1.002 a 1.004.

Quanto à alegação defensiva atinente às fraldas e absorventes, consigna que, conforme já informara no item anterior, sendo o autuado considerado contribuinte substituto, por sua condição de Atacadista Filial de Indústria, reza a legislação tributária estadual vigente que o mesmo deverá efetuar a retenção do ICMS da substituição tributária na ocasião da venda das mesmas para comercialização pelos adquirentes. Assim, deveria o autuado proceder conforme disposto na legislação.

No tocante à infração 3, contesta as alegações defensivas. No que tange a alegação atinente à fundamentação legal, afirma que a infração está devidamente enquadrada conforme se verifica consultando os artigos 1º, § 2º, incisos I e V, 5º, inciso I, 36 §2º, inciso XIV, 69, 72, 111, inciso III, alínea "a", 124, inciso I e 131, do RICMS/BA/97, relativamente aos fatos geradores do exercício de 2011, e artigo 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 305, § 4º, inciso III, alínea "a" do RICMS/BA/2012, Decreto nº 13.780/2012, relativamente aos fatos geradores do exercício de 2012. Ressalta que todos estes dispositivos estão descritos no Auto de Infração à fl.2. Entende completamente descabida esta alegação do autuado.

Quanto à alegação defensiva atinente à isenção do ICMS nas transferências de bens para integrar o ativo imobilizado do adquirente, consigna que, consultando todos os dispositivos legais e regulamentares que dispõem sobre o pagamento do ICMS diferença de alíquota relativamente à entrada no estabelecimento cadastrado na condição de normal de bens oriundos de outros estados da Federação, mesmo que em transferência, não encontrou nenhuma isenção ou dispensa de pagamento que ampare a pretensão do autuado. Observa que o art. 5º do RICMS/BA, cujo teor transcreve, é taxativo quanto a ocorrência do fato gerador do pagamento da diferença de alíquota no caso em tela. Acrescenta que, além disso, o art. 339 do RICMS/BA/97 trata da possibilidade de utilização dos créditos fiscais relativos às aquisições de bens para integrar o ativo fixo, mesmo que oriundo de transferências de outros estabelecimentos da empresa, desde que atendidas as condições nele previstas. Entende que não assiste razão para acatar a alegação defensiva neste item.

No respeitante à infração 4, consigna quanto às alegações defensivas o seguinte:

- luvas - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00 - diz que o autuado atua no comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios. Por esta razão comercializa entre os produtos afins, luvas cirúrgicas e de procedimentos. Registra que de acordo com consulta efetuada no próprio site do autuado, as luvas de procedimentos estão classificadas para a proteção do profissional de saúde nos procedimentos não invasivos. São indicadas para a proteção do profissional de saúde, em geral, durante procedimentos médicos e de enfermagem. Afirma que, assim sendo, o autuado não comprovou que comercializa outros tipos de luvas, bem como não vislumbrou em suas notas fiscais emitidas nenhum indício de comercialização de luvas que não as utilizadas na área médico-hospitalar. Ressalta que o código NCM 3926 utilizado pelo autuado para classificar suas saídas de luvas é totalmente indevido, uma vez que este NCM trata de "Outras obras de plásticos e obras de outras matérias das posições 3901 a 3914", sem nenhuma relação com o produto comercializado pelo autuado. Acrescenta que, além disso, entende que o fato de o fornecedor classificar um produto de forma inadequada, não exime o autuado de corrigir e tratá-lo corretamente em suas operações comerciais;
- álcool - NCMs 22071090 e 29121200 – aduz que, conforme informado anteriormente, o autuado tem como atividade econômica comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios. Como tal, comercializa álcool a 70% com indicação preponderante do NCM 2207.10.90, cujo produto encontra-se inserido nos Protocolos

ICMS 106/09 e 27/10. Ressalta que o autuado vem utilizando o NCM 29121200 que segundo a tabela de NCM trata-se de ETANAL (ACETALDEIDO). Entende que não se confunde com o produto comercializado pelo autuado, não havendo, portanto, nenhuma dúvida quanto a sujeição do mesmo ao procedimento da substituição tributária;

- quanto à alegação defensiva de que não efetuou o recolhimento do ICMS ST na qualidade de contribuinte substituto tributário das mercadorias constantes dos anexos 09 e 10 da Infração 4, porque adquiriu tais mercadorias da empresa MABESA do Brasil, de São Paulo, que já tinha recolhido por antecipação, na entrada do Estado, através de GNRE, diz que o autuado é considerado pela legislação vigente como contribuinte substituto tributário devido sua condição de Filial Atacadista de Indústria. Assim, como tal, em todas as suas operações comerciais é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, conforme disposto no art. 353 do RICMS/BA, vigente à época dos fatos;
- Salienta que, desse modo, caberia ao autuado atentar para as disposições regulamentares e proceder corretamente, com o aproveitamento a título de crédito fiscal do imposto normal e do imposto da substituição antecipado, se corretamente calculado. Manifesta o entendimento de que o autuado até possa ter efetuado algum recolhimento do ICMS através de GNRE, mas neste caso a recomendação é a formulação de processo regular dirigido ao Inspetor de Fiscalização de sua circunscrição peticionando a restituição ou a regularização do crédito porventura existente, mediante juntada das provas cabíveis;
- quanto à alegação defensiva de que foram realizadas operações para consumidores finais, diz que, analisando os comprovantes de inscrição e de situação cadastral, bem como as cópias dos documentos auxiliares das notas fiscais eletrônicas constantes do Anexo V, fls. 895 a 941, concluiu que assiste razão ao autuado, exceto quanto às operações comerciais com a empresa Maria Francisca Pereira Vasconcelos – ME, inscrição estadual nº 78.309.908 e CNPJ nº 10.337.017/0001-92, extrato do INC anexo, fl. 1.001, que, por se tratar de atividade comercial varejista de artigos médicos e ortopédicos, é perfeitamente factível a comercialização de luvas de procedimentos. Observa que, desse modo, quanto aos demais adquirentes, concorda com o autuado que se trata de aquisições em sua maioria para aplicação nas prestações de seus serviços e para consumo próprio. Consigna que, neste sentido, procedeu a exclusão das operações com os referidos adquirentes no demonstrativo original, Anexos 03 e 04, culminando com os novos Demonstrativos com as referidas exclusões, anexados às fls. 976 a 990;
- quanto à alegação defensiva de que realizou vendas para contribuintes detentores de Regime Especial, diz que mais uma vez o autuado se equivocou na interpretação das normas legais, pois o Decreto nº 11.872 de 04/12/2009, que dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais, cuja cópia foi anexada pelo autuado à fl. 324, diz textualmente em seu art. 1º, cuja redação reproduz, que somente se aplica nas importações e nas aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos medicinais, não sendo este o presente caso, uma vez que se trata de operações internas.

No tocante ao argumento defensivo de que as multas aplicadas no presente Auto de Infração são totalmente incabíveis, ilegais, inconstitucionais e com efeito confiscatório, diz que estas alegações fogem à sua competência para examiná-las, haja vista que todas as multas aplicadas nesta Auditoria estão previstas na Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996, que trata do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS.

Relativamente à aplicação de juros moratórios sobre débitos tributário reclamados em lançamento de ofício diz que essa aplicação é legalmente prevista e, conforme dito no item

anterior, a discussão sobre este assunto foge à sua competência.

Em relação ao pedido de perícia formulado pelo autuado, diz que esse pedido poderá ser acatado ou não pela Junta de Julgamento Fiscal, caso entenda necessário ou não para o deslinde das questões suscitadas. Todavia, entende que a informação fiscal foi prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, razão pela qual não concorda com o pedido de perícia formulado pelo autuado.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls.1.009 a 1.017 – volume IV). Consigna que, relativamente aos produtos destinados à saúde, a Fiscalização não acatou o entendimento quanto à isenção conferida ao extensor. Contudo, com base no Convênio ICMS 01/99, entende que tal produto se enquadra na isenção prevista no referido dispositivo, de forma que qualquer dúvida acerca da natureza do produto deve ser verificada por meio de perícia.

Salienta que a Fiscalização, na Informação Fiscal em questão, mencionou a existência de Notas Fiscais nas quais teria havido a incidência de ICMS nas operações com diversos tipos de extensores, porém, não recebeu tais Notas Fiscais com os documentos que acompanharam a Informação Fiscal. Dessa forma, reitera todos os argumentos expostos na defesa, pois aplicou corretamente a alíquota nas operações de saída dos extensores.

No que tange às fraldas e absorventes, reafirma que a Cremer não industrializa fraldas e absorventes, apesar de alguns destes itens deterem a marca da empresa (fraldas). Sustenta que, de fato, o industrial fabricante é a MABESA, de São Paulo. Aduz que, desta forma, no caso destes produtos específicos, não é atacadista, filial de indústria, sendo substituta tributária apenas em relação às mercadorias produzidas pela Cremer. Reitera que definitivamente, não é o caso das fraldas e absorventes.

Salienta que, por tal motivo, em 2009, realizou o levantamento de estoques relativos a tais produtos e efetuou o recolhimento de todo o imposto pertinente. E, a partir desta data, passou a atuar única e exclusivamente como substituído tributário em relação a tais itens. Ressalta que todas as notas fiscais ingressadas posteriormente a esta data tiveram o ICMS recolhido por antecipação.

Observa que todas as saídas (vendas) posteriores foram efetuadas sob o código 5405, exceto nas operações com consumidor final, onde também não houve destaque do imposto, haja vista que o mesmo já havia sido recolhido na entrada. Alega que todos os procedimentos adotados em relação a fraldas e absorventes demonstram sua clara condição de substituído tributário.

Assinala que, conforme previsto no art. 353, II, do RICMS/ BA, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações de saídas internas que efetuar, exceto na hipótese de já ter recebido as mercadorias com o pagamento do imposto antecipado como foi o caso. Ressalta que na defesa apresentada cuidou em juntar os comprovantes do imposto antecipado, apresentando notas de aquisição e respectivas GNREs ao Estado da Bahia.

Alega que se simplesmente forem ignorados tais recolhimentos, será duplamente prejudicado, pois já pagou os tributos pertinentes no passado, e está sendo exigido novamente, e não teria condições de reaver os valores pagos, considerando o lapso temporal decorrido, no caso mais de 5 anos do pagamento efetuado.

Assevera que não faz sentido a exigência para pagamento novamente de algo que já foi quitado. Alega que na Informação Fiscal o autuante faz referência ao disposto nos artigos 353, I, 356, §§ 2º e 3º e 375, II, contudo, em especial no § 2º do artigo 356, se apura que “...caso, eventualmente, o estabelecimento destinatário adquira de terceiro outras mercadorias com o imposto pago por antecipação, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá o contribuinte utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação normal como o imposto retido ou antecipado, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas operações

internas subsequentes com aquelas mercadorias...”.

Frisa que pela redação acima se constata a preocupação do legislador em evitar confusões na apuração de imposto relativo à mercadoria que seja produzida pelo estabelecimento, o que configuraria a responsabilidade por substituição tributária do vendedor, e que também seja adquirida para mera revenda, o que ensejaria a atribuição da condição de substituído, e não substituto.

Afirma que, nestes casos, em que o vendedor detiver a condição de substituto pelo fato de vender item produzido por ele, de forma própria ou por outro estabelecimento da mesma empresa, caso não fossem estipuladas as normas contidas nos dispositivos legais citados na informação fiscal, realmente haveria problemas para a Fiscalização apurar em que momento deveria ocorrer o pagamento da substituição, se na entrada, quando proveniente de fornecedor da mercadoria, ou na saída, nos casos de venda de produtos da própria empresa.

Assinala que, nestes casos, visando evitar confusão e propondo o tratamento fiscal uniforme para estas mercadorias, é que restou prevista a suspensão da aplicação da ST nas entradas, determinando a aplicação da ST apenas na saída. Salienta que esta posição é muito clara: quando puder haver confusão quanto ao momento em que se deveria aplicar a ST.

Assevera que, no seu caso específico, relativamente a fraldas e absorventes, esta dúvida não existia, pois, sendo mero revendedor do produto, que não era por nenhum de seus estabelecimentos industrializado, sua atuação era de mero substituído.

Ressalta que todas as fraldas e absorventes tinham o imposto já recolhido na entrada, pelo remetente, pois não era substituto tributário, mas sim mero substituído.

Diz que, desse modo, justamente no intuito de dar tratamento uniforme a estas mercadorias, não houve a aplicação de nova substituição, na saída, sendo todo o imposto ST correspondente recolhido por antecipação, na entrada do Estado. Ou seja, a Fazenda do Estado da Bahia já recebeu os valores pertinentes a fraldas e absorventes, não sendo admissível a duplicidade na exigência fiscal.

No tocante às doações e brindes, diz que diante da demonstração da duplicidade da exigência das Notas Fiscais em questão, a própria Fiscalização entendeu por bem excluí-las do levantamento fiscal referente à Infração 1, procedimento este que houvera requerido.

Observa que, por outro lado, a Fiscalização manteve a exigência propriamente dita, constante da Infração 2, em relação às doações e brindes, pois considerou que as saídas a título de amostra grátis não cumpriram as condições para tal tratamento.

Alega que ainda que tais Notas Fiscais não se tratassem de produtos enviados a título de bonificação e amostras grátis, o que admite somente para efeito de argumentação, como bem demonstrado na Defesa, não houve falta de pagamento de imposto. Isto porque, recolheu o ICMS por antecipação tributária, compreendendo o pagamento de imposto até o consumidor final, portanto não há nada a ser cobrado.

Quanto à aplicação do diferencial de alíquota em relação às Notas Fiscais de transferência de imobilizado, observa que a Fiscalização manteve o entendimento sobre a exigência em tais operações, com base no art. 5º, I, do RICMS, que, segundo diz, não se aplica ao presente caso, ante a existência da isenção. Neste sentido, ratifica os argumentos expostos em sua defesa, principalmente no tocante à isenção conferida às transferências, uma vez que estas tratam de transferência de imobilizado, com mais de um ano de uso no estabelecimento remetente, entre as unidades da empresa. Afirma que tais transferências atendem aos requisitos previstos nos Convênios ICMS 70/90 e 151/94.

Sustenta que, com base no art. 7º, inciso III, b, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas operações com isenção decorrentes de Convênio, como ocorre no presente caso. Registra que não é possível aplicar o diferencial de alíquota nas operações isentas, ou seja, que tem alíquota ZERO, portanto, nada havendo a ser exigido.

Salienta que, no que se refere aos produtos não sujeitos à sistemática da substituição tributária, novamente a Fiscalização manteve a exigência dos valores, sob a alegação de que, as classificações fiscais adotadas pela empresa estariam incorretas, e que pelos códigos que entende que deveriam ser utilizados, haveria aplicação da substituição tributária.

Discorda do entendimento do autuante. Alega que os produtos em discussão são apenas revendidos pela Cremer, sendo adquiridos diretamente dos fabricantes. Neste sentido, destaca que quem realiza a classificação fiscal do produto, segundo a legislação do IPI, que é a específica para a definição de classificação fiscal de produtos, é o industrial fabricante ou o importador. Acrescenta que são apenas estes que detêm a responsabilidade pela classificação do produto. Alega que a Cremer, como mero revendedor, não tem o poder de alterar a classificação fiscal de mercadorias que apenas comercializa.

Conclui que, assim sendo, o entendimento da Fiscalização no sentido de desqualificar a classificação fiscal dada a determinados produtos pelo industrial fabricante ou pelo importador não merece guarida.

No que concerne às luvas e o álcool 70% (NCMs 22071090 e 29121200), itens comercializados pela empresa, assevera que tiveram seus NCMs alterados pela Fiscalização, de forma arbitrária.

Diz que, dessa forma, os referidos itens devem ser excluídos da autuação, considerando que a reclassificação fiscal atribuída pela Fiscalização estadual não se coaduna com a classificação dada pelo fornecedor.

Destaca, no caso específico do álcool, que pelos Protocolos ICMS 106/09 e 27/10, indicados pela Fiscalização como base para a incidência da substituição aplica-se a ST apenas ao álcool etílico para limpeza, classificado nos NCMs 2207.10.00 e 2207.2010. Assegura que o material comercializado pela empresa, além de ser álcool 70%, classifica-se no código 22071090. Ou seja, a indicada base legal é inaplicável, pois não é compatível com o produto comercializado. Portanto, não sendo devido ICMS ST.

No tocante à antecipação tributária do ICMS ST, de que cuida a infração 4, afirma que se aplica a mesma sistemática já explicada acerca das fraldas e absorventes, de modo, que a empresa já antecipou o pagamento de todo o ICMS da cadeia, não existindo nada a ser exigido, cabendo, desta forma, a exclusão do levantamento de todas as notas fiscais contendo estes itens.

Quanto às multas e juros, diz que o autuante limitou-se a alegar não ter competência para examinar a matéria.

Conclui que, desse modo, apenas reitera os argumentos pertinentes já expostos em sua Defesa. Assinala que em sua Manifestação, já se antecipando a eventual deferimento do pedido de perícia, foram apresentados quesitos quantos aos seguintes pontos: a) as antecipações realizadas; b) o faturamento dos itens não submetidos à incidência da ST; e c) as operações realizadas com consumidores finais ou com detentores de regimes especiais.

Finaliza a Manifestação dizendo que são estas as considerações pertinentes, que demonstram a total insubsistência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fls.1.025 a 1.029 – volume IV). Contesta os argumentos defensivos atinentes a insumos destinados à saúde; antecipação tributária do ICMS; doações e brindes; diferença de alíquotas em relação às notas fiscais de entrada de imobilizado; luvas e demais produtos não sujeitos à substituição tributária; multas e juros; e necessidade de perícia, apresentando as seguintes considerações:

- insumos destinados à saúde – diz que as notas fiscais foram emitidas pelo próprio autuado;
- antecipação tributária do ICMS – diz que ratifica em todos os seus termos as razões apresentadas na Informação Fiscal de fls. 1.043 a 1.047;
- doações e brindes/amostra grátis – diz que cabe a retenção do ICMS das mercadorias sujeitas à substituição tributária nas saídas/vendas, cujas aquisições se destinem à comercialização pelos

adquirentes;

- diferencial de alíquota em relação às notas fiscais de entradas de imobilizado – diz que o autuado não trouxe nenhuma prova documental sobre esta matéria. Ratifica os termos da Informação Fiscal;
- luvas e demais produtos não sujeitos à substituição tributária – reitera o que dissera na Informação Fiscal. Entende que o autuado comercializa luvas cirúrgicas e de procedimentos, conforme consta em seus documentos fiscais e também álcool a 70% também previsto na regra da substituição tributária vigente;
- multas e juros – diz que as alegações defensivas atinentes a esta matéria foge à sua competência para apreciá-las.
- perícia – reitera os termos da Informação Fiscal de fls. 1.055 a 1.059.

Conclui dizendo que, como o autuado não apresentou nenhuma prova documental ou novo argumento na manifestação, opina pela manutenção da autuação, com a exclusão dos itens que entendeu procedentes constantes da Informação Fiscal e do novo Demonstrativo de Débito de fls. 1.196/1.197 [947 a 963].

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, por proposta do ilustre Relator José Bizerra Lima Irmão, converteu o feito em diligência à IFEP COMÉRCIO (fls.1.033 a 1.037 – volume IV), a fim de que o autuante, em síntese, corrigisse as informações que prestara na Informação Fiscal; abordasse parte dos argumentos apresentados pelo impugnante atinentes às infrações 1, 2 e 4.

O autuante cumpriu a diligência (fls.1.040 a 1.046). Registra que o Relator membro da 1ª Junta de Julgamento Fiscal propôs a realização de diligência à repartição de origem para o autuante atender questões relacionadas ao Auto de Infração em lide. Reporta-se sobre as solicitações contidas na diligência e apresenta respostas nos seguintes termos:

Primeira parte da diligência:

O Diligente alude que na informação fiscal às fls. 1025/1029, ao abordar a questão da antecipação tributária do ICMS, o fiscal informa no segundo parágrafo da fl. 1026 que "Com relação a este item da manifestação, ratificamos todas as razões apresentadas em nossa informação fiscal, conforme fls. 1043 a 1047 deste PAF".

Solicitação:

a) Tendo em vista que a autoridade fiscal começa dizendo "Com relação a este item", solicita-se que seja informado precisamente a qual item se refere.

Resposta:

*a) Refere-se ao item da manifestação do autuado sob o título: **DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS**, às fls. 1010.*

Solicitação:

b) No mesmo parágrafo, o autuante diz: "conforme fls. 1043 a 1047 deste PAF". Ocorre que este processo, até o presente, termina na fls. 1032. Não existem as "fls. 1043 a 1047". Solicita-se que seja informado a quais peças a informação se refere.

Resposta:

*b) Efetivamente houve um equívoco por parte da autoridade fiscal na indicação da numeração correspondente à sua informação fiscal prestada ante as razões de defesa apresentadas pelo autuado. Em verdade, a referida informação fiscal aludida encontra-se anexada ao PAF sob os números **947 a 1004**, incluindo os anexos e o novo Demonstrativo de Débito.*

Solicitação:

c) No tópico "Da necessidade de perícia" às fls. 1029, o autuante se refere a "nossa" informação fiscal às fls. 1055 a 1059". Não existem nestes autos, ainda, as fls. 1055 a 1059.

Resposta:

c) Efetivamente houve um equívoco por parte da autoridade fiscal na indicação da numeração

correspondente à sua informação fiscal prestada ante as razões de defesa apresentadas pelo autuado. Em verdade, a referida informação fiscal aludida encontra-se anexada ao PAF sob os números 947 a 963, sendo que as considerações referentes ao item "Da necessidade de perícia" encontram-se informadas na fl. 962, letra "G".

Solicitação:

d) Na conclusão da informação, à fl. 1029, a autoridade fiscal se refere à informação e ao novo demonstrativo "anexado às fls. 1196 e 1197 deste PAF". Ocorre que neste PAF ainda não existem as fls. 1196 e 1197. Solicita-se que seja informado a quais peças a informação se refere.

Resposta:

d) Efetivamente houve um equívoco por parte da autoridade fiscal na indicação da numeração correspondente à sua informação fiscal prestada ante as razões de defesa apresentadas pelo autuado. Em verdade, a referida informação fiscal aludida encontra-se anexada ao PAF sob os números 947 a 963.

Segunda parte da diligência:

Item 1º: O lançamento do item 1º diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

a) O contribuinte alega que no levantamento constam extensores, por exemplo, os da posição 9018.39.29 da NCM, que fazem parte do conjunto cateter externo, constante no item 32 do anexo do Convênio ICMS 1/99 e no inciso XX do art. 32 do RICMS, sendo as operações isentas.

O fiscal, na informação, contrapôs que a mercadoria "extensor" não faz parte do referido anexo do Convênio ICMS 1/99, cujo item 32 se refere a "Conjunto de cateter de drenagem externa".

b) O contribuinte alega que recebe mercadorias de sua matriz e também recebe mercadorias de terceiros, sendo que as mercadorias que recebe de terceiros são fraldas e absorventes, mercadorias fabricadas pela Mabesa do Brasil. Afirma que nas aquisições de fraldas e absorventes o imposto é retido por substituição tributária pela Mabesa, na qualidade de fabricante.

Solicitação:

Esta junta solicita que a autoridade fiscal autuante preste os seguintes esclarecimentos:

- o imposto nas aquisições de fraldas e absorventes é realmente retido pelo fornecedor?

Resposta:

Não podemos afirmar que o imposto nas aquisições de fraldas e absorventes foi realmente retido pelo fornecedor, em valor corretamente calculado e que fora efetivamente recolhido aos cofres públicos deste Estado. Por tratar-se o autuado de contribuinte substituto tributário, não efetuamos o Roteiro de Antecipação Tributária e sim o Roteiro de Substituição Tributária, em face da condição do contribuinte auditado e conforme roteiros contidos na Ordem de Serviço respectiva. Além disto, na Inspeção de Fiscalização de Empresas de Grande Porte do Setor Comércio - IFEP Comércio da DAT Metro, existe uma Coordenação incumbida exclusivamente de Fiscalização de Antecipação Tributária efetuada por contribuintes inscritos estabelecidos em outras unidades da Federação, motivado por Convênio e/ou Protocolo, nas operações com mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária por Antecipação.

- de que forma são escrituradas as entradas? Ou seja, o autuado trata as mercadorias pela sistemática da substituição tributária, considerando encerrada a fase de tributação, sem créditos e sem débitos?

Resposta:

O autuado com relação às mercadorias enquadradas na sistemática da substituição tributária adota o tratamento previsto na legislação tributária deste Estado, ou seja, se credita do ICMS por ocasião das entradas, se debita por ocasião das saídas e efetua a retenção do ICMS na qualidade de substituto tributário, quando o adquirente comercializa as mercadorias adquiridas.

- ou, ao contrário, o autuado se credita do imposto pago nas entradas? Sendo este o caso, ele se credita do imposto dito "normal" da operação anterior, ou do imposto retido, ou de ambos?

Resposta:

O autuado se credita do imposto pago nas entradas de mercadorias enquadradas na sistemática da substituição tributária. Observamos também que o autuado se creditou do imposto "normal" tanto em 2011 quanto em 2012, de fraldas recebidas em transferências de estabelecimentos da mesma empresa, conforme Registro de Entradas - EFD.

Obs.: Caso as fraldas e absorventes sejam adquiridas com o imposto antecipado e o autuado não se credite do imposto, esta Junta solicita que sejam refeitos os demonstrativos 1 e 2 do item 1º, excluindo as operações com fraldas e absorventes.

Resposta:

Conforme resposta do item anterior, o autuado adquire as mercadorias fraldas e absorventes com utilização do crédito fiscal uma vez que o autuado recebe estas mercadorias de outros estabelecimentos da mesma empresa e se credita por ocasião das entradas e também efetua o débito do imposto dito "normal" e ainda efetua a retenção do imposto na condição de substituto tributário, quando tais mercadorias são adquiridas para comercialização.

Ademais, observamos que o autuado em sua Defesa, anexada às fls. 135 a 945, quando aborda no item A.2 - DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, fls. 138 a 142, aduz que "para comprovar tais alegações, seguem, em anexo (doc. 5) cópias das notas fiscais de aquisição das fraldas e absorventes, tendo a Mabesa de São Paulo como fornecedora, bem como as respectivas GNREs ao Estado da Bahia. Ocorre que, verificando o doc. 5, constatamos que trata-se de notas fiscais emitidas pela empresa Mabesa do Brasil e respectivas GNREs, todas referentes aos exercícios de 2009 e 2010, período não compreendido nesta auditoria, que refere-se aos exercícios de 2011 e 2012. Assim, entendemos que restou prejudicado este item da defesa do autuado uma vez que este não apresentou as provas documentais apropriadas para sustentar suas alegações.

Item 2º: O lançamento do item 2º refere-se a falta de recolhimento de ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

a) O contribuinte alegou duplicidade de lançamento, cujo erro foi reconhecido pelo autuante.

Outra alegação, similar à exposta no caso do item 1º, foi de que recebe fraldas e absorventes fabricadas pela Mabesa do Brasil com imposto retido por substituição tributária pela fabricante (fls. 142-143).

Solicitação:

Esta Junta solicita que autoridade fiscal autuante preste os seguintes esclarecimentos:

- o imposto nas aquisições de fraldas e absorventes é realmente retido pelo fornecedor?

Resposta:

O imposto nas aquisições de fraldas e absorventes não é retido pelo fornecedor. As entradas de fraldas e absorventes no período auditado originou-se de outros estabelecimentos da empresa com destaque do imposto e o devido creditamento por parte do autuado, conforme lançamento no Registro de Entradas.

- de que forma são escrituradas as entradas? Ou seja, o autuado trata as mercadorias pela sistemática da substituição tributária, considerando encerrada a fase de tributação, sem créditos e sem débitos?

Resposta:

O autuado escritura as entradas de mercadorias da sistemática da substituição tributária apropriando-se do crédito fiscal correspondente ao imposto destacado nos documentos fiscais de entradas.

- ou, ao contrário, o autuado se credita do imposto pago nas entradas? Sendo este o caso, ele se credita do imposto dito "normal" da operação anterior, ou do imposto retido, ou de ambos?

Resposta:

Conforme dito acima, o autuado se credita do imposto destacado no documentos fiscal de entrada (aquisição) e nas suas operações comerciais destaca o imposto dito "normal" e caso o adquirente seja comerciante, este efetua o imposto chamado "retido", ou seja, o imposto do substituto tributário.

Obs.: Caso as fraldas e absorventes sejam adquiridas com o imposto antecipado e o autuado não se credite do imposto, esta Junta solicita que sejam refeitos os demonstrativos do item 2º, excluindo as operações com fraldas e absorventes. Esta solicitação é uma orientação provisória, para dotar a instrução dos autos de alternativas para a decisão, não refletindo ainda decisão de mérito.

Resposta à observação:

Conforme afirmamos no item anterior, o autuado adquire as mercadorias fraldas e absorventes com utilização do crédito fiscal uma vez que o autuado recebe estas mercadorias de outros estabelecimentos da mesma empresa, se credita por ocasião das entradas e também efetua o débito do imposto dito "normal" e ainda efetua a retenção do imposto na condição de substituto tributário, quando tais mercadorias são adquiridas para comercialização.

Ademais, observamos que o autuado em sua Defesa, anexada às fls. 135 a 945, quando aborda no item A.2 - DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, fls. 138 a 142, aduz que "para comprovar tais alegações, seguem, em anexo (doc. 5) cópias das notas fiscais de aquisição das fraldas e absorventes, tendo a Mabesa de São Paulo

como fornecedora, bem como as respectivas GNREs ao Estado da Bahia.

b) Ainda em relação ao item 2º, o autuado, em manifestação posterior (fls. 1013-1014), alega que, no caso de doações e brindes, consideradas como amostras grátis, ainda que as Notas não indicassem tratar de produtos enviados a título de bonificação e amostra grátis, o ICMS foi antecipado.

Solicitação:

Esta Junta solicita que autoridade fiscal autuante verifique e informe, no tocante aos brindes, doações ou amostras grátis, se o imposto foi antecipado, como alega o autuado, segundo o regime de substituição tributária, nas mesmas condições quesitadas no caso das fraldas e absorventes.

Em caso positivo, deverão ser refeitos os documentos fiscais relativos ao item 2º, excluindo as operações com brindes, doações ou amostras grátis. Esta solicitação é uma orientação provisória, para dotar a instrução dos autos de alternativas para a decisão, não refletindo ainda decisão de mérito.

Resposta:

Efetuando a verificação solicitada no tocante aos brindes, doações ou amostras grátis, constatamos que houve o creditamento pelo autuado das entradas de fraldas e absorventes, uma vez que, conforme informamos acima, a documentação anexada pelo autuado para comprovar a suposta entrada de fraldas e absorventes da empresa Mabesa referem-se aos exercícios de 2009 e 2010, período não abrangido pela fiscalização.

Item 4º: O lançamento do item 4º refere-se à falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, realizadas com contribuintes estabelecidos neste Estado.

a) O autuado alega que está sendo cobrada substituição tributária sobre luvas da NCM 3926.20.00, sendo que a legislação prevê a substituição é para as luvas das posições 4015.11.00 e 4015.19.00. Por isso, alega que todas as operações com luvas da posição 3926 devem ser excluídas.

Solicitação:

Esta Junta solicita que sejam excluídas do levantamento todas as luvas enquadradas na posição 3926.20.00 da NCM.

Resposta:

Em concordância com a solicitação da JJF, foram excluídos do levantamento todas as luvas enquadradas na posição 3926.20.00 da NCM, redundando em novo demonstrativo analítico da infração 04 - ICMS ST não retido, conforme Anexo 09A, às fls. 1048 a 1054 e novo Demonstrativo de Débito, Anexo 16, às fls. 1056 e 1057. Assim, a referida infração passou de R\$ 5.111,26 para R\$ 4.614,21 de ICMS ST não retido.

b) Ainda em relação ao item 4º, o contribuinte alega que álcool 70% não está na substituição tributária.

Ao prestar a informação, a autoridade fiscal autuante explicou que preponderantemente o autuado comercializa álcool adotando a NCM 2207.10.90, que se encontra nos Protocolos ICMS 106/09 e 27/10, e também comercializa mercadoria da posição 2912.12.00, que se trata de etanal (acetaldeído).

Solicitação:

Esta Junta solicita que, relativamente aos fatos compreendidos na vigência do RICMS/97, sejam excluídas as operações com etanal (acetaldeído) NCM 2912.12.00.

Resposta:

Em concordância com a solicitação da JJF, foram excluídas do levantamento as operações com etanal (acetaldeído) NCM 2912.12.00, relativamente aos fatos compreendidos na vigência do RICMS/97, redundando em novo demonstrativo analítico da infração 04 - ICMS ST não retido, conforme Anexos 09A, às fls. 1048 a 1054 e novo Demonstrativo de Débito às fls. 1056 e 1057. Assim, a referida infração passou de R\$ 5.111,26 para R\$ 4.614,21 de ICMS ST não retido.

c) Ainda com relação ao item 4º, o contribuinte alega que no caso de fraldas e absorventes o imposto já havia sido antecipado, pois foi retido pela Mabesa do Brasil, fabricante dos produtos, conforme GNREs anexas.

Solicitação:

Esta junta **solicita** que a autoridade fiscal autuante preste os seguintes esclarecimentos:

- o imposto nas aquisições de fraldas e absorventes é realmente retido pelo fornecedor?

Resposta:

O imposto nas aquisições de fraldas e absorventes não foi retido pelo respectivos fornecedores. As entradas

de tais mercadorias no período auditado originou-se de outros estabelecimentos da empresa com destaque do imposto e o devido creditamento por parte do autuado, conforme lançamento no Registro de Entradas.

- de que forma são escrituradas as entradas? Ou seja, o autuado trata as mercadorias pela sistemática da substituição tributária, considerando encerrada a fase de tributação, sem créditos e sem débitos?

Resposta:

Sim. O autuado escritura as entradas de mercadorias da sistemática da substituição tributária apropriando-se do crédito fiscal correspondente ao imposto destacado nos documentos fiscais de entradas.

- ou, ao contrário, o autuado se credita do imposto pago nas entradas? Sendo este o caso, ele se credita do imposto dito "normal" da operação anterior, ou do imposto retido, ou de ambos?

Resposta:

O autuado se credita do imposto destacado no documento fiscal de entrada e nas suas operações comerciais de saídas destaca o imposto dito "normal" e sendo o adquirente comerciante, este efetua o imposto chamado "retido", ou seja, o imposto do substituto tributário.

Obs.: Caso as fraldas e absorventes sejam adquiridas com o imposto antecipado e o autuado não se credite do imposto, esta Junta solicita que sejam refeitos os demonstrativos fiscais relativos ao item 2, excluindo as operações com fraldas e absorventes.

Resposta:

O autuado adquire as mercadorias fraldas e absorventes com utilização do crédito fiscal uma vez que este recebe tais mercadorias de outros estabelecimentos da mesma empresa e se credita por ocasião das entradas e também efetua o débito do imposto dito "normal" e ainda efetua a retenção do imposto na condição de substituto tributário, quando tais mercadorias são adquiridas para comercialização.

Ademais, observamos que o autuado em sua Defesa, anexada às fls. 135 a 945, quando aborda no item A.2 - DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, fls. 138 a 142, aduz que "para comprovar tais alegações, seguem, em anexo (doc. 5) cópias das notas fiscais de aquisição das fraldas e absorventes, tendo a Mabesa de São Paulo como fornecedora, bem como as respectivas GNREs ao Estado da Bahia. Ocorre que, verificando o doc. 5, constatamos que trata-se de notas fiscais emitidas pela empresa Mabesa do Brasil e respectivas GNREs, todas referentes aos exercícios de 2009 e 2010, período não compreendido nesta auditoria, que refere-se aos exercícios de 2011 e 2012. Assim, entendemos que restou prejudicado este item da defesa do autuado uma vez que este não apresentou as provas documentais apropriadas para sustentar suas alegações.

d) O autuado reclamou que no item 4º foram incluídas operações com consumidores finais e contribuintes que têm regime especial.

Neste item da diligência não houve solicitação.

Terceira parte da diligência:

Solicitação ao órgão preparador:

Uma vez atendidas as providências do tópico anterior, deverão ser fornecidas ao contribuinte, **mediante recibo**:

a) cópia do presente despacho;

b) cópia dos elementos que venham a ser apresentados pelo fiscal autuante em atendimento à presente diligência.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou (fls.1.063 a 1.072 – volume IV). No que tange à infração 1, observa que exige ICMS "normal" decorrente de saídas para estabelecimentos situados no Estado da Bahia.

No que concerne aos produtos destinados à saúde, diz que muito embora a 1ª Junta de Julgamento Fiscal não tenha realizado qualquer solicitação, tece as considerações a seguir:

- em relação à isenção conferida ao extensor, o Auditor Fiscal aduz que o referido item não se encontra relacionado na norma isencional. Todavia, conforme consta no item 32 do Convênio ICMS 01/99, é isento do imposto o conjunto de catéter de drenagem. E o extensor nada mais é que uma parte deste conjunto. Ressalta que, se a legislação entendesse que apenas o catéter faria jus ao tratamento isencional, por que fazer constar que o conjunto todo é isento. O extensor faz parte deste conjunto. Afirma que as ilustrações que anexa, extraídas pela internet (doc. 01), demonstram o que é o catéter e o que é o extensor. Salienta que pela visualização de

tais imagens, resta claro que o extensor é indissociável do catéter, formando o conjunto.

Assevera que, desse modo, todos os produtos que integram tal conjunto estão abrangidos pelo item 32 do Convênio ICMS 01/99, replicado no Anexo 93 do RICMS/BA, portanto, faz jus à isenção prevista no art. 264, XXIV, do RICMS/BA/12 em relação a todos os itens componentes do conjunto de catéter de drenagem, razão pela qual reitera o argumento da defesa neste ponto. Quanto às saídas de fraldas e absorventes, assevera que nenhum valor é devido, pois houve a antecipação tributária dos valores em questão.

No respeitante à antecipação tributária do ICMS devido pela comercialização de fraldas e absorventes, sustenta que a Fiscalização pode constatar que houve sim o pagamento do ICMS por antecipação tributária através: (a) das Notas Fiscais de aquisição de fraldas e absorvente do fornecedor MABESA do Brasil S/A, que tiveram o destaque por antecipação do ICMS ST, conforme a previsão do Protocolo ICMS 105/2009; e (b) dos comprovantes de pagamento das referidas Notas Fiscais, que a empresa apresentou já por ocasião de sua Impugnação.

Assinala que os referidos documentos constam do Anexo 5, da Defesa e se referem ao período de 2009 e 2010, quando se formaram os estoques destas mercadorias, comercializadas em 2011 e 2012.

Observa que no período de 2011 e 2012, realizou o lançamento de apenas outras duas aquisições de fraldas e de absorventes, referente às Notas Fiscais nºs 22.479, emitida em 20/12/2010, e 23.357, emitida em 19/01/2011 anexadas (doc. nº 02). Acrescenta que tais Notas Fiscais também tiveram o destaque do ICMS ST realizado em antecipação tributária, pelo próprio fornecedor, conforme demonstram os documentos anexados.

Diz que confirma esta informação, além da indicação do ICMS ST no campo específico, “VALOR DO ICMS SUBST.”, o código CST “010”, que indica ser mercadoria nacional tributada, com cobrança do ICMS por substituição tributária, e o CFOP 6.401, que indica operação de venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto. Acrescenta que, além disso, de acordo com o Registro de Entradas de 01/2011 (doc. 03), verifica-se que realizou o lançamento das referidas Notas Fiscais de aquisição de fraldas e absorventes e fez constar a seguinte observação: “OBS.: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ICMS RETIDO TRIBUTADO – 441,58”.

Afirma que, mesmo que o valor referente ao ICMS ST (R\$441,58) conste da coluna “IMPOSTO CREDITADO” do Registro de Entradas, este valor não foi apropriado, o que pode ser verificado através da apuração do período de 01/2011, de acordo com o próprio Registro de Entradas.

Aduz que, também pelo “Código de valores fiscais” utilizado no Registro de Entradas, qual seja, “3 – operações sem crédito do imposto outras”, é possível verificar tal situação.

Quanto à afirmativa do autuante de que, *se credita do ICMS por ocasião das entradas, se debita por ocasião das saídas e efetua a retenção do ICMS na qualidade de substituto tributário*, diz que não apropriou do ICMS ST pago por antecipação tributária pelo fornecedor de fraldas e absorventes, pois em relação a tais produtos se enquadraram na condição de substituto tributário. Diz que totalmente desconectada da realidade dos fatos a afirmação fiscal no sentido de que o crédito foi aproveitado pela Cremer. Lembra que, com a edição do Protocolo ICMS 105/2009, envolvendo os Estados da Bahia e de São Paulo, passou-se a aplicar a substituição tributária em relação aos produtos constantes do referido acordo (fraldas e absorventes), ficando atribuída ao estabelecimento fabricante a condição de substituto tributário.

Alega que, assim sendo, o fornecedor de fraldas e absorventes (MABESA do Brasil S/A), enquanto fabricante de tais itens, se enquadrava na condição de substituto tributário e a Cremer, ao adquirir tais itens, enquadrava-se na condição de substituído tributário.

Ressalta que, por tal razão, não apropriou qualquer valor relativo à antecipação tributária por força do Protocolo ICMS 105/2009. Acrescenta que, inclusive, conforme exposto acima, o Registro de Entradas de 01/2011 apresentado, demonstra que realizou o lançamento das Notas Fiscais nºs 22.479 e 23.357 sem se apropriar de qualquer imposto, nem ICMS normal, nem o ICMS ST, fazendo

constar apenas a observação dos valores retidos a tal título.

Frisa que a Fiscalização também afirmou que “*o autuado se creditou do imposto 'normal' tanto em 2011 quanto em 2012, de fraldas recebidas em transferências de estabelecimentos da mesma empresa*”. Alega que as fraldas e absorventes comercializadas em 2011 e 2012 não foram recebidas em transferência de suas filiais, como erroneamente afirma o autuante.

Registra, neste ponto, que o Auditor Fiscal não indicou qualquer Nota Fiscal de transferência entre os estabelecimentos da empresa para comprovar suas alegações.

Afirma que, além disso, durante todo o transcurso do presente processo administrativo não foram indicadas Notas Fiscais de entrada, sejam de venda/aquisição ou transferência, apenas foram indicadas Notas Fiscais de saída emitidas pela filial da empresa no Estado da Bahia, que não esclarecem a natureza das operações de entrada dos itens revendidos pela Cremer.

Salienta que, por outro lado, conforme já exposto e demonstrado, as fraldas e absorventes comercializados pela empresa foram adquiridos do fornecedor MABESA do Brasil S/A, que realizava o recolhimento do ICMS ST, por antecipação tributária.

Sustenta que, dessa forma, todas as fraldas e absorventes comercializados em 2011 e 2012 tiveram todo o ICMS da cadeia recolhido antecipadamente pelo fornecedor, nada mais sendo devido na operação subsequente realizada pela Cremer.

Acrescenta que, além disso, a Fiscalização também consignou que “*constatamos que trata-se de notas fiscais emitidas pela empresa MABESA do Brasil e respectivas GNREs, todas referentes aos exercícios de 2009 e 2010, período não compreendido nesta auditoria, que refere-se aos exercícios de 2011 e 2012*”, acerca das Notas Fiscais de venda/aquisição e dos comprovantes de pagamento de ICMS ST do fornecedor da empresa, MABESA do Brasil S/A, anexados à Impugnação.

Alega que as fraldas e absorventes comercializados em 2011 e 2012 foram adquiridos no período de 2009 a 2011. Observa que em 2011, período autuado, houve apenas a Nota Fiscal nº 23.357. Ou seja, em 2011 e 2012 a empresa apenas revendeu as fraldas e absorvente em estoque, que foram adquiridas em 2009 e 2010 e tiveram os comprovantes de pagamento do ICMS ST apresentados com a impugnação.

Assinala que, para demonstrar que o saldo em estoque de fraldas e absorventes foi formado com aquisições do período de 2009 a 2011, apresenta a planilha (doc.04) que indica todas as Notas Fiscais de aquisição do fornecedor MABESA do Brasil S/A, bem como cópia dos Registros de Entrada do período de 2009 a 2012 (doc. 05 - CD).

Conclui que, dessa forma, constata-se que durante o período autuado, 2011 e 2012, apenas revendeu fraldas e absorventes adquiridos do fornecedor em 2009 a 2011, que tiveram o recolhimento do ICMS ST antecipado, conforme Anexo 5 da impugnação, nada mais sendo exigível.

No que concerne à infração 2, observa que exige ICMS “normal” por doações e brindes, que ocorreram supostamente sem o recolhimento do imposto. Diz que, nesse ponto, novamente afirma a Fiscalização que: *O imposto nas aquisições de fraldas e absorventes não é retido pelo fornecedor. As entradas de fraldas e absorventes no período auditado originou-se de outros estabelecimentos da empresa com destaque do imposto e o devido creditamento por parte do autuado*. Consigna que, em relação a esta infração, reitera todo o exposto no tópico anterior. Primeiro, conforme se apura pelas cópias das Notas Fiscais emitidas pela MABESA do Brasil S/A e dos comprovantes de pagamento acostados aos autos (Anexo 5 da Impugnação e na manifestação), houve, sim, a retenção do ICMS ST, por antecipação tributária.

Segundo, as entradas de fraldas e absorventes no período auditado não se originaram de outros estabelecimentos da própria empresa. Ressalta que, não há qualquer documento fiscal nos autos que comprove tal alegação, mas sim do fornecedor MABESA do Brasil S/A, conforme consta das Notas Fiscais e os seus respectivos Registros de Entrada de 2009 a 2012 anexados à Impugnação e

à manifestação.

Terceiro, não se creditou do imposto nas operações de venda/aquisição de fraldas e absorventes, pois se enquadrrou na condição de substituído tributário, o que pode ser verificado dos Registros de Entrada de 2009 a 2012 apresentados, que demonstram que não houve a apropriação dos valores em questão.

Quarto, em 2011 e 2012 revendeu as fraldas e absorvente em estoque, que foram adquiridos em 2009 e 2011, que tiveram o recolhimento do ICMS ST por antecipação tributária, bem como tiveram a retenção comprovada, quer pelas Notas Fiscais, quer pelos comprovantes de pagamento do ICMS ST apresentados com a Impugnação.

Conclui que, desse modo, todas as operações com fraldas e absorventes deveriam ter sido excluídas pelo Auditor Fiscal, nos termos da solicitação de diligência da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

No tocante à infração 4, observa que exige ICMS ST, sobre mercadorias não sujeitas à sistemática da substituição tributária, em operações com contribuintes do imposto no Estado da Bahia. Diz que em relação a tais produtos, o autuante realizou corretamente as exclusões dos itens enquadrados no NCM 3926.20.00 (luvas) e no NCM 2912.12.00 (etanol – acetaldeído), conforme determinado pela solicitação de diligência da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Ressalta que, neste ponto, o autuante repete suas alegações quanto à antecipação tributária nas operações com fraldas e absorventes, motivo pela qual apenas ratifica todos os argumentos expostos na manifestação à conclusão da diligência.

Finaliza a manifestação consignando que são estas as considerações pertinentes. Reitera todas as anteriormente apresentadas que, segundo diz, demonstram a total insubsistência do Auto de Infração.

A 1ª JJF, em face das alegações defensivas, converteu o feito em diligência à IFEP/COMÉRCIO (fls.1.111 a 1.115 – volume IV), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências relativamente às INFRAÇÕES 1, 2 e 4:

1. Esclarecesse se, de fato, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária arroladas nas infrações 1, 2 e 4 – fraldas, absorventes, luvas, e outras porventura aqui não relacionadas, mas constante dos levantamentos referentes a estas infrações – foram objeto de transferência por parte de estabelecimento da mesma empresa – conforme afirmado pelo autuante na Informação Fiscal e cumprimento da diligência anteriormente solicitada – ou, se tais mercadorias foram adquiridas exclusivamente da MABESA do Brasil – conforme afirma o autuado;
2. Elaborasse demonstrativos para estas infrações 1, 2 e 4, SEGREGANDO especificamente por produto, ou seja, cada produto com a devida descrição; data de ocorrência; base de cálculo e ICMS devido.

O autuante designado para cumprimento da diligência se pronunciou (fls.1.119 a 1.122 – volume IV).

Registra que relativamente ao esclarecimento solicitado na diligência, de fato, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária arroladas nas infrações 1, 2 e 4 - fraldas, absorventes, luvas, etc., constantes do levantamento referentes a estas infrações foram objeto de transferência por parte de estabelecimento da mesma empresa, notadamente da Cremer S/A, CNPJ de nº 82.641.325/0043-77, exceção apenas de uma única Nota Fiscal de nº 23.357, emitida em 19/01/2011 pela empresa MABESA do Brasil, conforme cópia anexada pelo autuado à fl. 1.080 dos autos. Ressalta, no entanto, que se pode verificar que o emitente calculou o valor do ICMS substituição tributária e o destacou no campo próprio da nota fiscal eletrônica. Quanto ao período de 01/01/2012 a 31/12/2012, diz que não constatou a entrada de nenhuma nota fiscal emitida pela empresa MABESA do Brasil.

No tocante à solicitação para a elaboração de demonstrativos para as infrações 1, 2 e 4, com a segregação especificamente por produto, ou seja, com a devida descrição, data de ocorrência, base de cálculo e ICMS devido, informa que já havia elaborado tais demonstrativos, conforme demonstrativos anexados aos autos nas seguintes folhas:

- *Infração 01 – Fls. 31 a 36 – Anexo I - Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP X UF) – Lista de notas fiscais/itens – Período: 01/01/2011 a 31/12/2011;*
- *Infração 01 – Fls. 48 a 53 – Anexo II - Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP X UF) – Lista de notas fiscais/itens – Período: 01/01/2012 a 31/12/2012;*
- *Infração 02 – Fls. 63 a 64 – Anexo III - Débito a menor – Doações e brindes sem tributação – Relação de notas fiscais/itens – Período: 01/01/2011 a 31/12/2011;*
- *Infração 02 – Fl. 65 – Anexo IV - Débito a menor – Doações e brindes sem tributação – Relação de notas fiscais/itens – Período: 01/01/2012 a 31/12/2012;*
- *Infração 04 – Fls. 97 a 107 – Anexo VII – Substituição Tributária – falta de retenção de ICMS de produtos substituídos – ICMS ST não retido – Demonstrativo Analítico – Período: 01/01/2011 a 31/12/2011;*
- *Infração 04 – Fls. 108 a 111 – Anexo VIII – Substituição Tributária – falta de retenção de ICMS de produtos substituídos – ICMS ST não retido – Demonstrativo Analítico – Período: 01/01/2012 a 31/12/2012.*

Observa que em todos os demonstrativos listados constam os dados solicitados pelo Relator, ou seja, CNPJ do emitente, Número da Nota Fiscal, Data de emissão, CFOP, Código do item, Descrição da mercadoria de acordo com a informação do autuado na sua EFD, Valor do item, Base de Cálculo do ICMS, Alíquota informada, ICMS informada, Valor da Base de Cálculo do ICMS calculado pela auditoria, ICMS calculado pela auditoria, Diferença de ICMS (a cobrar). Acrescenta que para a infração 4, além dessas informações, constam ainda a MVA de cada item, a Base de Cálculo da Substituição Tributária, o Valor do Crédito de ICMS e o Valor do ICMS retido (não recolhido).

Ressalta que quando da prestação da Informação Fiscal foram reconhecidos parcialmente os argumentos defensivos apresentados, tendo sido elaborados novos demonstrativos: Infração 1 – fls. 965 a 975 e infração 4 – fls. 976 a 990. Salienta que todos estes demonstrativos constam de forma segregada especificamente por produto, ou seja, cada produto com a devida descrição; data de ocorrência; base de cálculo e ICMS devido, solicitado pelo Relator, além de outras informações necessárias para a realização da auditoria.

Lembra que todos esses demonstrativos encontram-se na íntegra gravados em mídia CD-R anexada aos autos às fls. 27 e 1059. Reitera que os mesmos foram entregues ao autuado mediante recibo acostado aos autos.

Destaca que os dispositivos do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, em vigor na período auditado que atribui precisamente ao contribuinte atacadista na situação de filial de indústria a condição de contribuinte substituto, conforme disposto no inciso I do art. 335, cujo teor reproduz.

Afirma que na situação em questão, isto é, aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária de fornecedores outros, com a cobrança antecipada do ICMS, o Regulamento do ICMS acima citado é claro quando trata das operações subsequentes à antecipação do imposto substituído, conforme se pode constatar dos §§ 2º e 3º do art. 356 e art. 375, cuja reação transcreve.

Ressalta que tudo em conformidade com art. 3º do Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 - onde reza que *Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou (fls. 1.127 a 1.132 - volume IV). Diz que em relação à primeira solicitação da diligência, o Auditor Fiscal equivocadamente afirma que *as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária arroladas nas infrações 1, 2 e 4 – fraldas, absorventes, luvas, etc., constantes do levantamento referentes a estas infrações*

foram objeto de transferência por parte de estabelecimento da mesma empresa, notadamente da CREMER S/A, CNPJ de nº 82.641.325/0043-77.

Assevera o autuado que tal informação não procede e não foi comprovada nos autos em nenhum momento, tratando-se de mera alegação fiscal.

Afirma que o autuante não juntou aos autos as supostas Notas Fiscais de transferência que comprovassem que fraldas e absorventes foram transferidos entre estabelecimentos da própria empresa Cremer.

Alega que, além disso, o autuante tampouco elaborou levantamento que indicasse, ao menos, o suposto número das Notas Fiscais de transferência, que teriam como objeto as mercadorias em questão, para manifestação pela empresa. Diz que, de fato, o Auto de Infração limitou-se a apurar as operações de saída, não havendo nenhum levantamento quanto às entradas. Ou seja, é incontroverso que inexistente prova nos autos de que houve transferência de fraldas e absorventes entre unidades da empresa Cremer.

Consigna que conforme já exposto e comprovado nos autos, as fraldas e absorventes revendidos pela Cremer (Salvador), no período de 2011 e 2012, foram adquiridos da empresa MABESA do Brasil (São Paulo), no período de 2009 a 2011, conforme Notas Fiscais de aquisição apresentadas no Anexo 5 da Impugnação e na Manifestação de 29/08/2016.

Ressalta que à exceção da Nota Fiscal nº 23.357, reconhecida pelo autuante na conclusão da diligência, que confirmou o cálculo e o destaque do ICMS ST no documento fiscal, todas as demais Notas Fiscais de aquisição de fraldas e absorventes, conforme planilha apresentada em 29/08/2016 – doc. 04, revendidos em 2011 e 2012, tiveram sua entrada contabilizada pela Cremer em 2009 a 2010, período em que esta realizou a formação do seu estoque.

Ou seja, a Cremer adquiriu fraldas e absorventes da MABESA no período de 2009 a 2011, com o ICMS ST retido, não apropriou qualquer crédito fiscal correspondente, conforme registros de entrada apresentados em 29/08/2016 – doc. nº 05, e revendeu tais itens por todo o período de 2009 a 2012.

Alega que, assim sendo, para apuração de fraldas e absorventes que tiveram saída em 2011 e 2012, o Auditor Fiscal deve considerar todas as Notas Fiscais de entrada anteriores ao período autuado, cujo ICMS ST foi retido e recolhido pelo fornecedor.

Afirma que, nesse ponto, as informações do autuante não devem ser levadas a efeito por esta Junta de Julgamento, pois não há provas nos autos que as sustentem, nem elementos concretos que permitam à empresa uma manifestação específica e mais apurada.

Quanto à segunda solicitação da diligência, consigna o autuado que o autuante se limitou a informar que os demonstrativos solicitados, por esta Junta de Julgamento Fiscal, já haviam sido elaborados, conforme os Anexos I, II, III, IV, VII, VIII constantes dos autos.

Assinala que a diligência solicitou a elaboração de demonstrativo que contivesse a segregação por produto (fraldas e absorventes), com descrição, data da ocorrência, base de cálculo e ICMS devido.

Observa que nos anexos indicados pelo autuante, onde estão relacionadas apenas Notas Fiscais de saída, há o levantamento mês a mês, de todos os itens juntos, incluindo fraldas e absorventes, mas não de forma segregada. Assevera que da forma como procedido, não é possível identificar, entre o todo cobrado, qual o montante específico se refere a fraldas e absorventes.

Assevera que, desse modo, constata-se que o autuante não atendeu ao que fora solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Ressalta que para verificação das suas razões defensivas e atendimento à solicitação desta JJF, é necessário que seja considerado o estoque inicial de fraldas e absorventes, no período autuado de 2011 e 2012.

Acrescenta que dessa forma, constatar-se-á que o volume de saídas/vendas seria compatível com as quantidades em estoque no início do período autuado, formado nos anos anteriores, o que por sua vez reforçará que todo o recolhimento do imposto se deu pelo pagamento antecipado do ICMS ST, no momento da entrada das fraldas e absorventes adquiridos da MABESA do Brasil, nos anos anteriores.

Lembra que com a edição do Protocolo ICMS 105/2009, envolvendo os Estados da Bahia e de São Paulo, ficou atribuído ao fabricante/fornecedor de fraldas e absorventes a condição de substituto tributário.

Assinala que por tal razão, a Cremer assumiu a condição de substituída tributária e passou a receber fraldas e absorventes com o recolhimento de todo ICMS ST, por antecipação tributária, pela MABESA do Brasil, sua fornecedora/fabricante dos referidos itens. Salienta que a Cremer sequer fabricava fraldas e absorventes.

Diz que por outro lado, a substituição tributária (antecipação do imposto) somente é aplicada quando for obrigatório o seu cálculo, implicando em pagamento do imposto antes de vender a mercadoria.

Frisa que seguindo esse raciocínio, não faria sentido a empresa “pagar” esse imposto para o fornecedor, que cobrou tais valores nas operações de venda, antecipando a tributação em toda a cadeia de vendas, para depois ter que pagar tudo novamente. Ou seja, o raciocínio fiscal não se mostra lógico.

Alega que se a Cremer não precisasse pagar a ST ou pudesse se creditar dos valores pagos pelo fabricante e aplicar o cálculo do imposto apenas na saída, isto lhe seria, financeiramente falando, muito mais interessante.

Assevera que o procedimento adotado se deu única e exclusivamente porque a empresa era substituída, e não tinha como fugir desta situação, mesmo sendo-lhe esta condição desfavorável, haja vista que antecipou o imposto em anos, considerando que as entradas ocorreram, em sua maior parte, em 2009, e as vendas ocorreram apenas em 2011 e 2012.

Frisa que tanto as fraldas quanto os absorventes, apesar de trazerem a marca Cremer, não eram fabricados pela Cremer, mas sim, pela MABESA do Brasil, localizada em São Paulo, responsável por todo o processo de industrialização de tais mercadorias.

Sustenta que, assim sendo, a Cremer não se enquadra na condição de contribuinte atacadista filial de indústria em relação a fraldas e absorventes, conforme erroneamente afirma o autuante, pois não fabricou, tampouco encomendou a industrialização de fraldas e absorventes, que foram todos adquiridos da MABESA do Brasil.

Alega que a Cremer apenas e tão somente comprou e revendeu esses itens na condição de substituída tributária.

Finaliza dizendo que são estas as considerações pertinentes, que demonstram a total insubsistência das conclusões do autuante, bem como das exigências em questão.

O autuante cientificado da Manifestação do autuado apenas consignou a sua ciência (fl. 1.138).

VOTO

Inicialmente, no que tange à nulidade arguida pelo autuado atinente à infração 3 por erro na fundamentação legal, por certo que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que, independentemente de não ter ocorrido o aduzido erro, a descrição da infração afasta qualquer dúvida quanto à conduta infracional que foi imputada no Auto de Infração. Inexistiu, no caso, qualquer possibilidade de cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, aliás, registre-se, exercido plenamente pelo impugnante.

Entretanto, no que tange a essa infração 3, verifico que na planilha elaborada pela Fiscalização

não consta um elemento essencial para permitir a validação do levantamento, no caso a identificação das notas fiscais que foram arroladas na autuação. Observo que na impugnação o autuado apresentou algumas notas fiscais, contudo, não é possível se estabelecer qualquer vínculo entre as notas fiscais apresentadas pelo impugnante e as notas fiscais que fundamentariam a autuação, já que não foram identificadas.

Diante disso, considerando a impossibilidade de se dizer com certeza e segurança que o lançamento reflete a conduta infracional imputada ao autuado, este item da autuação é nulo.

Recomendo autoridade competente que analise a possibilidade de repetir os atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que concerne ao pedido de realização de perícia, não vislumbro nos autos a necessidade ou indispensabilidade de sua realização para solução da lide. A perícia é cabível quando a prova do fato depender do conhecimento especial de técnicos - peritos - o que, certamente, não é o caso dos elementos em discussão no presente processo.

Assim sendo, indefiro o pedido de perícia com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 1, verifico que no demonstrativo Anexo 1 (fls. 31 a 36 dos autos) estão relacionadas as mercadorias fraldas, absorventes, luva cirúrgica, luva de procedimento e extensor. Já no Anexo 2 (fls. 48 a 53 dos autos) estão relacionadas as mercadorias extensor e “colig, asp.”. Noto que a predominância da exigência nos referidos Anexos diz respeito a fraldas, absorventes e extensor.

O autuado sustenta que o extensor goza da isenção prevista no item 32 do Convênio ICMS 01/99, haja vista que é isento do imposto o conjunto de catéter de drenagem, sendo o extensor nada mais do que uma parte deste conjunto. Alega que o extensor é indissociável do catéter, formando o conjunto. Assevera que, desse modo, todos os produtos que integram tal conjunto estão abrangidos pelo item 32 do Convênio ICMS 01/99, replicado no Anexo 93, do RICMS/BA, portanto, faz jus à isenção prevista no art. 264, XXIV, do RICMS/BA/12 em relação a todos os itens componentes do conjunto de catéter de drenagem.

É cediço que a legislação indica a descrição das mercadorias que deve ser analisada conjuntamente com a posição do código NCM. A descrição constante nos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos NCM, para se comprovar se determinada mercadoria encontra-se, ou não, passível de fruição do benefício de isenção. Portanto, devem ser considerados as mercadorias que apresentem a mesma especificação e respectivo código de NCM.

O Convênio ICMS 01/99 dispõe sobre a concessão de isenção do ICMS nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, ficando isentas do imposto as operações com os equipamentos e insumos indicados no Anexo ao referido Convênio, classificados pela NBM/SH.

É indubitoso que no item 32 do Anexo Único do mencionado Convênio ICMS 01/99, assim como no RICMS/BA, consta o produto “Conjunto de cateter de drenagem externa” NCM 9018.39.29, portanto, fazendo jus à isenção prevista no art. 264, XXIV, do RICMS/BA/12. Entretanto, a mercadoria extensor isoladamente não faz parte do referido item 32 do mencionado Anexo, como também não faz parte do Anexo do RICMS/BA, portanto, não fazendo jus a isenção pretendida pelo impugnante.

Assim sendo, cabível a exigência quanto ao extensor.

No que concerne às fraldas e absorventes, observo que o impugnante alega que não procede a exigência, haja vista que nenhum valor é devido, pois houve a antecipação tributária dos valores em questão, por parte do fornecedor, no caso a MABESA do Brasil S/A. Diz que as notas fiscais tiveram o destaque por antecipação do ICMS ST, conforme a previsão do Protocolo ICMS 105/2009. Alega que apresentou os comprovantes de pagamento das referidas Notas Fiscais efetuados pelo

fornecedor.

O autuante contesta a alegação defensiva. Diz que o autuado se trata de um estabelecimento Atacadista, inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ com a atividade principal de Comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios e no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia com a mesma atividade principal acima referida. Afirma que é uma filial de indústria, haja vista que é um estabelecimento filial da Cremer S.A., cadastrada no CNPJ como Fabricante de materiais para medicina e odontologia, situada no município de Blumenau em Santa Catarina.

Sustenta o autuante que, nessa condição, consoante determina o inciso I do art. 355 do RICMS/BA, o autuado deverá receber as mercadorias em transferências sem a retenção do imposto, assim como, caso adquira mercadorias de terceiros, deverá utilizar ambas as parcelas do imposto - "normal" e substituído -, ficando obrigado a proceder a retenção do imposto nas saídas subsequentes, consoante os §§ 2º e 3º dos arts. 356 e 375, sendo, desse modo, cabível a exigência quanto às fraldas e absorventes.

A análise de todos os elementos que compõem o presente processo atinente a esta infração, permite concluir que assiste razão ao impugnante, no que tange a descaber a exigência fiscal quanto às fraldas e absorventes.

Verifica-se que o levantamento levado a efeito pelo autuante considerou apenas as notas fiscais de saídas de fraldas e absorventes, emitidas pelo autuado sem destaque do imposto, porém, sem estabelecer qualquer vinculação com as entradas ocorridas, isto é, se teria havido ou não a retenção ou antecipação do imposto.

A alegação defensiva de que não se trata de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, mas sim de aquisição junto ao outro fornecedor, no caso MABESA do Brasil S/A restou comprovada. A MABESA do Brasil S/A é empresa diversa da Cremer S.A.

O impugnante colacionou aos autos Notas Fiscais de aquisição de fraldas e absorvente do fornecedor MABESA do Brasil S/A, que tiveram o destaque do ICMS ST, conforme a previsão do Protocolo ICMS 105/2009; celebrado entre o Estado de São Paulo e Bahia, assim como comprovantes de pagamento das referidas Notas Fiscais.

Assim sendo, no presente caso, não há que se falar em aplicação do inciso I do art. 355 do RICMS/BA, bem como, dos §§ 2º e 3º dos arts. 356 e 375, do mesmo RICMS/BA, conforme aduzido pelo autuante.

O impugnante alega, ainda, que está sendo exigido o ICMS incidente sobre Notas Fiscais de bonificações e amostra grátis em duplicidade, haja vista que, todas as notas fiscais relacionadas à infração 2 constam nos Anexos vinculados à infração 1.

O autuante na Informação Fiscal, de forma correta, acatou a alegação defensiva e efetuou as devidas exclusões, conforme novos demonstrativos analíticos acostados às fls. 965 a 990 e novo Demonstrativo de Débito acostado às fls. 1.002/1.003.

Diante disso, considerando os novos demonstrativos analíticos e sintéticos elaborados pelo autuante, cabe ainda a exclusão da autuação dos valores referentes às Fraldas Desc. Cremer Disney no valor de R\$1.626,15 e de Absorventes no valor de R\$638,28, remanescendo, desse modo, o montante de ICMS devido nesta infração no valor de R\$47.061,63, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. REVISADO	VLR. EXCLUÍDO- FRALDAS CREMER	VLR. EXCLUÍDO- ABSORVENTES	VLR. REMANESCENTE
jan/11	2.010,11	2.010,11	872,23	542,00	595,88
fev/11	3.438,29	3.438,29	547,86	26,72	2.863,71
mar/11	4.671,53	2.031,26	206,06	69,56	1.755,64
abr/11	7.506,75	1.782,63	0,00	0,00	1.782,63
mai/11	337,37	337,37	0,00	0,00	337,37
jun/11	17,75	0,00	0,00	0,00	0,00

ago/11	48,88	48,88	0,00	0,00	48,88
set/11	7.385,57	7.385,57	0,00	0,00	7.385,57
out/11	1.206,47	1.206,47	0,00	0,00	1.206,47
nov/11	1.287,67	1.287,67	0,00	0,00	1.287,67
dez/11	411,47	411,47	0,00	0,00	411,47
jan/12	913,82	913,82	0,00	0,00	913,82
fev/12	685,63	684,21	0,00	0,00	684,21
mar/12	539,91	539,91	0,00	0,00	539,91
abr/12	1.733,45	1.733,14	0,00	0,00	1.733,14
mai/12	2.652,00	2.652,00	0,00	0,00	2.652,00
jun/12	3.441,42	3.441,42	0,00	0,00	3.441,42
jul/12	2.419,23	2.396,38	0,00	0,00	2.396,38
ago/12	2.250,41	2.239,50	0,00	0,00	2.239,50
set/12	2.604,77	2.590,22	0,00	0,00	2.590,22
out/12	3.647,83	3.647,83	0,00	0,00	3.647,83
nov/12	3.894,50	3.894,32	0,00	0,00	3.894,32
dez/12	4.653,59	4.653,59	0,00	0,00	4.653,59
TOTAL	57.758,42	49.326,06	1.626,15	638,28	47.061,63

No que concerne a infração 2, cabe observar, de início, que se considera brinde a mercadoria que não constituindo objeto normal da atividade do Contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor final. Dessa forma, as fraldas descartáveis e absorventes que constituem objeto normal da atividade do autuado não podem ser consideradas brindes. Quanto à doação, inexistente óbice para que o Contribuinte possa doar mercadorias que constituam seu objeto normal da atividade, desde que, se for o caso, efetue a devida tributação.

No caso deste item da autuação, as mercadorias arroladas no levantamento são exclusivamente Fraldas Desc. Cremer Disney e Absorventes que, conforme visto na análise da infração 1, foram excluídas da exigência fiscal, em face de o ICMS ST ter sido retido pelo remetente, no caso a empresa MABESA do Brasil S/A.

Dessa forma, considerando que o imposto devido fora retido pelo remetente, portanto, encerrada a fase de tributação das mercadorias nas saídas subsequentes, este item da autuação é insubsistente.

No respeitante à infração 4, observo que a lide se situa nos seguintes tópicos:

- luvas - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00 – a questão reside no fato de estar ou não a referida mercadoria sob o regime de substituição tributária. Entende o autuado que não está. O autuante contrariamente entende que está. O autuante sustenta que o código NCM 3926 utilizado pelo autuado para classificar suas saídas de luvas é totalmente indevido, uma vez que este NCM trata de "Outras obras de plásticos e obras de outras matérias das posições 3901 a 3914", sem nenhuma relação com o produto comercializado pelo autuado. Entende que o fato do fornecedor classificar um produto de forma inadequada, não exime o autuado de corrigir e tratá-lo corretamente em suas operações comerciais. Considero que assiste razão ao autuante. De fato, a utilização de código de NCM de forma equivocada não exime o autuado da imputação;
- álcool 70% - NCMs 22071090 e 29121200 – o autuante entende que, como o autuado tem como atividade econômica comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, comercializa álcool a 70% com indicação preponderante do código NCM 2207.10.90, cujo produto encontra-se inserido nos Protocolos ICMS 106/09 e 27/10. Ressalta que o autuado vem utilizando o NCM 29121200 que segundo a tabela de NCM trata-se de ETANAL (ACETALDEIDO). Entende que não se confunde com o produto comercializado pelo autuado, não havendo, portanto, nenhuma dúvida quanto à sujeição do mesmo ao procedimento da substituição tributária. Considero que assiste razão ao autuante. Efetivamente, a própria atividade exercida pelo autuado, confirme a alegação do autuante;
- não recolhimento do ICMS ST na qualidade de contribuinte substituto tributário das mercadorias fraldas e absorventes. O impugnante alega que adquiriu referidas mercadorias da empresa MABESA do Brasil, de São Paulo, que já tinha recolhido por antecipação, na entrada

do Estado, através de GNRE. Considero que assiste razão ao autuado. No caso destas mercadorias descabe a exigência fiscal, haja vista que as Fraldas Desc. Cremer Disney e Absorventes, conforme visto na análise da infração 1, foram excluídas da exigência fiscal, em face de o ICMS ST ter sido retido pelo remetente, no caso a empresa MABESA do Brasil S/A.

Assim sendo, cabe a exclusão do valor de R\$456,64, referente às Fraldas Desc. Cremer Disney e de R\$135,80, referente aos Absorventes;

- vendas realizadas para consumidores finais. O autuante acertadamente acatou a alegação defensiva, haja vista que os comprovantes de inscrição e de situação cadastral, bem como as cópias dos documentos auxiliares das notas fiscais eletrônicas arroladas neste item, acostadas às fls. 895 a 941, permitem concluir que assiste razão ao autuado de se tratar de venda para aplicação nas prestações de serviços e para consumo próprio dos adquirentes;
- vendas para contribuintes detentores de Regime Especial. Correto o autuante quando diz que o Decreto nº 11.872 de 04/12/2009, - que dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais – estabelece expressamente em seu art. 1º que o referido Regime Especial somente se aplica nas importações e nas aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos medicinais, não sendo este o presente caso, uma vez que se trata de operações internas.

Dessa forma, considerando os novos demonstrativos analíticos e sintéticos com as correções e ajustes realizados pelo autuante, fls. 965 a 990, 1002 e 1003, bem como a exclusão do valor de R\$456,64, referente às Fraldas Desc. Cremer Disney e de R\$135,80, referente aos Absorventes, a infração 4 é parcialmente subsistente no valor de R\$5.742,34, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. REVISADO	VLR. EXCLUÍDO- FRALDAS CREMER	VLR. EXCLUÍDO- ABSORVENTES	VLR. REMANESCENTE
jan/11	509,04	424,23	198,71	54,87	170,65
fev/11	108,70	53,90	0,00	0,00	53,90
mar/11	157,09	77,74	15,44	18,93	43,37
abr/11	1.750,25	1.756,44	242,49	62,00	1.451,95
mai/11	330,62	266,46	0,00	0,00	266,46
jun/11	150,74	51,32	0,00	0,00	51,32
jul/11	1.053,37	900,60	0,00	0,00	900,60
ago/11	533,15	503,04	0,00	0,00	503,04
set/11	104,18	18,15	0,00	0,00	18,15
out/11	22,15	0,00	0,00	0,00	0,00
nov/11	66,58	0,00	0,00	0,00	0,00
dez/11	325,39	164,19	0,00	0,00	164,19
jan/12	835,50	835,50	0,00	0,00	835,50
fev/12	805,90	702,91	0,00	0,00	702,91
mar/12	12,23	12,23	0,00	0,00	12,23
abr/12	12,23	12,23	0,00	0,00	12,23
jun/12	358,75	321,86	0,00	0,00	321,86
jul/12	86,85	13,08	0,00	0,00	13,08
ago/12	53,15	53,15	0,00	0,00	53,15
set/12	76,01	23,56	0,00	0,00	23,56
nov/12	75,23	75,23	0,00	0,00	75,23
dez/12	100,98	68,96	0,00	0,00	68,96
TOTAL	7.528,09	6.334,78	456,64	135,80	5.742,34

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente subsistente, a infração 2 insubsistente, a infração 3 nula e a infração 4 parcialmente subsistente.

No tocante à alegação defensiva de que, a imposição de multa de 60% sobre o valor do imposto é, além de ilegal, inconstitucional, cumpre observar que a multa imposta de 60% tem previsão legal no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, portanto, sendo plenamente legal a sua aplicação. Quanto à sua inconstitucionalidade, por certo que é vedado a este órgão julgador administrativo à sua apreciação, consoante estabelece o art. 167, I, do RPAF/99.

No que tange à alegação defensiva atinente a aplicação dos juros SELIC sobre o montante devido,

cumpre também observar que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) instituído pela Lei nº 3.956/81, expressamente prevê a aplicação da taxa SELIC, no seu art. 102, II, além do que, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que referida taxa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no montante de R\$52.803,97.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0004/14-6**, lavrado contra **CREMER S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.803,97**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR