

A. I. Nº - 299430.0008/18-6
AUTUADO - MD MATERIAL HOSPITALAR EIRELI
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/07/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0067-01/19

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovada a ocorrência de operações tributáveis qualificadas como não tributáveis. Infração parcialmente elidida, em virtude da dedução do valor relativo à operação de venda de veículo usado. Isenção prevista no art. 265, X do RICMS-BA/2012. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado no dia 17/09/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 616.846,08, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (janeiro de 2014 a dezembro de 2017).

O contribuinte ingressa com defesa às fls. 32 a 38.

Fundamentado nos artigos 142 do CTN (Código Tributário Nacional) e 18 do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), suscita a invalidade do lançamento de ofício, por não conter acusação fiscal condizente com a realidade, bem como por ter base em premissas equivocadas e em informações imprecisas. Incapaz, portanto, de determinar a infração com segurança.

Relativamente aos exercícios de 2014, 2015 e 2017, às fls. 35 a 38, colaciona um elenco de mercadorias supostamente constantes do Anexo 01 do Regulamento do ICMS/BA (sujeitas ao regime da substituição tributária).

Quanto a 2016, sustenta que a Fiscalização tributou baixas de estoque por perdas “em 40 itens”, cujas notas fiscais foram regularmente emitidas com o código de operação (CFOP) nº 5.927. Segundo alega, o único débito de ICMS cabível em tal situação seria aquele referente aos estornos dos créditos, nos casos de utilização quando das entradas, o que sequer foi analisado pelo auditor.

Acrescenta, referindo-se ao exercício de 2017, que houve exigência sobre saída por venda de bem do ativo imobilizado (veículo usado), com não incidência prevista no art. 3º, VIII da Lei do ICMS/BA.

Conclui pleiteando a declaração de nulidade.

Na informação fiscal, de fls. 46 a 54, o autuante – ao refutar a tese de invalidade do ato administrativo –, assinala que foi entregue ao sujeito passivo cópia do levantamento de apuração (fls. 26 a 28), elaborado com base na EFD (Escrituração Fiscal Digital).

Ressaltando que o defendente efetuou operações sujeitas à incidência do ICMS e não tributou, passa a discorrer sobre as seguintes questões: produtos em relação aos quais foi dito estarem sujeitos ao regime da substituição tributária, baixas por perdas e saída por venda de bem do ativo imobilizado (veículo usado):

“2. Inclusão indevida de mercadorias no levantamento

2.1 Exercício de 2014

O contribuinte lista mercadorias que alega pertencerem ao regime da substituição tributária.

a) Ácido Acético

Esta mercadoria tem como NCM 3006.3029. No exercício de 2014 com o NCM iniciado em 3006 somente existiam as seguintes mercadorias: preparações químicas contraceptivas à base de hormônios ou de espermidas e preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente.

Segundo pesquisa em sites,

O ácido acético, também conhecido como vinagre, é usado como um medicamento para tratar uma série de condições. Pode ser usado para tratar infecções no canal auditivo, ao ser usado para a limpeza de uma otite externa. Pode ser usado para a lavagem da bexiga em pessoas que têm um cateter urinário em uma tentativa de evitar a infecção ou obstrução. Como um gel pode ser usado para ajustar o pH da vagina. Também pode ser aplicado no colo do útero para ajudar a detectar câncer de colo de útero durante a triagem. Uma solução de 10 mL de ácido acético e 10 mL de água fria pode ser aplicada nos cabelos para auxiliar na remoção de lêndeas com um pente fino, em casos de pediculose (piolhos). (<https://pt.wikipedia.org>)

O ácido acético é um líquido incolor de cheiro irritante e penetrante e sabor azedo, que é quimicamente denominado de ácido etanoico. Ele é o principal constituinte do vinagre, que é uma solução aquosa de 4 a 10% em massa de ácido acético. Ele foi obtido pela primeira vez por meio do etanol do vinho, que se oxida com o oxigênio presente no ar. Daí a origem do seu nome, pois vinho azedo vem do latim acetum que significa “vinagre”. (<https://brasilecola.uol.com.br/quimica/Acido-acetico.htm>)

Portanto, tal produto não pode ser considerado da ST.

b) Mercadorias com NCM iniciado em 3002

Naquele exercício existiam mercadorias iniciadas com este NCM apenas as vacinas e o soros.

Vacinas têm como função estimular o sistema imune a produzir anticorpos, que têm como função proteger o organismo da invasão por bactérias e vírus responsáveis por causar doenças infecciosas. São uma das melhores maneiras de evitar doenças potencialmente graves em crianças e adultos. As vacinas são capazes de sensibilizar o sistema imunológico, prevenindo o surgimento de doenças infecciosas.

Já os soros são substâncias que contém anticorpos prontos para combater uma doença, toxinas ou venenos (de cobra, por exemplo). Ele são utilizados em casos em que o organismo não conseguiria produzir anticorpos específicos a tempo de combater o agente invasor.

Os itens listados pelo contribuinte com este NCM não têm a mesma destinação que as vacinas e os soros, pois tratam-se de produtos para serem utilizados em teste de laboratório para a detecção de doenças no organismo de pacientes. Vejamos.

I) HIV 1+2, HIV-EIC, HIV CARD e HTLV I-II – referem-se produtos destinados a testes para detectar anticorpos anti-HIV (vírus da imunodeficiência humana) ou o HTLV (vírus que infecta células T humanas). Estes testes procuram os anticorpos produzidos pelo sistema imunológico para combater a infecção pelo respectivo vírus.

II) A Albumina Bovina a 22% é obtida a partir de plasma bovino, sendo especialmente preparada para ser usada como meio de suspensão em diferentes testes imunohematológicos. A adição de Albumina Bovina a 22% “PROTHEMO” ao meio potencializa a reação antígeno-anticorpo, proporcionando duas vantagens fundamentais:

- Permite revelar anticorpos IgG ligados às hemácias, os quais de outra forma, somente seriam detectados na fase da Antiglobulina.

- Na fase de Antiglobulina, a adição de albumina diminui o tempo de incubação e confere maior sensibilidade ao teste.

III) Pseudomonas aeruginosa compreendem um grande número de espécies de bacilos Gram-negativos, diferenciados por meio de provas bioquímicas, formação de pigmentos, teste de sensibilidade a antibióticos, números e localização dos flagelos. É considerado oportunista podendo causar várias infecções e a maioria dessas infecções é adquirida nos Hospitais, principalmente em Unidades de Terapia Intensiva (U.T. I).

A Escherichia coli são bactérias Gram negativas, anaeróbicas facultativas, que fazem parte da flora intestinal normal humana, e são importantes na manutenção da fisiologia intestinal. Essas bactérias foram consideradas inofensivas durante muitos anos. Contudo, cepas de E. coli causadoras de diarreia, tanto em humanos e animais domésticos

O Staphylococcus aureus é uma bactéria do grupo dos cocos gram-positivos que faz parte da microbiota humana, mas que pode provocar doenças que vão desde uma infecção simples, como espinhas e furunculos,

ate as mais graves, como pneumonia, meningite, endocardite, síndrome do choque tóxico e septicemia, entre outras

Estes produtos comercializados pelo contribuinte destinam-se a identificar a existência deste agente patogênico oportunistas, através da cultura do material proveniente do processo infeccioso. São adquiridos da LABORCLIN - PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA, cujo objetivo social e o de produzir meios de cultura, reagentes, corantes e outros produtos destinados ao uso em laboratórios de análises clínicas, pesquisas biológicas e produtos de uso médico veterinário.

IV) Antígeno Schistostest destina-se a identificar a presença de esquistossomose no organismo de um paciente.

V) CK NAC PP 458 é um reagente para determinação da quantidade de creatinina quinase total (CK total) no soro ou plasma, enquanto que a CK MB PP 490 é uma isoenzima da creatina fosfoquinase (CPK) que corresponde à enzima liberada pelo músculo cardíaco. Esta enzima eleva-se quando ocorre isquemia em uma determinada região do músculo cardíaco.

VI) Reagente P – reações intraderm é um exame diagnóstico de grande valia na identificação de um tipo específico de infecção, podendo ser aplicado na pesquisa de infecção por variados agentes patológicos, dentre os unicelulares, como a leishmaniose - a qual é designada como Reação Intradérmica de Montenegro geralmente faz referência-, até agentes etiológicos mais complexos, como o esquistossomo.

VII) PSA EIC é um Reagente para a determinação qualitativa do antígeno prostático específico total (PSA Total) em amostras de soro por imunocromatografia, enquanto o Sangue Oculto EIC é um teste rápido para determinação qualitativa de sangue humano nas fezes por imunocromatografia.

VIII) Troponina C-20 é um teste rápido imunocromatográfico para a detecção qualitativa da Troponina I Cardíaca Humana (cTnl) em sangue total, soro ou plasma para auxiliar no diagnóstico do Infarto Agudo do Miocárdio (IAM).

IX) CDRL Pronto é um reagente utilizado na detecção de sífilis. Já o Chagas Imuno é utilizado para o diagnóstico da doença de Chagas.

X) Controle Hematológico em três níveis é utilizado para monitorar a determinação dos valores das células sanguíneas nos analisadores hematológicos capacitados para realizar o diferencial de 3 – partes.

XI) Tira p-Urina são tiras teste para determinação semiquantitativa de 10 parâmetros na urina, e uma área de compensação.

XII) Teste para determinação qualitativa de anticorpos destina-se a identificação de doenças como a Chikungunya, Hepatite, Dengue etc.

XIII) AG HBS 25 testes é um teste imunocromatográfico rápido (ou de fluxo lateral) para a detecção qualitativa do antígeno de superfície da hepatite B no soro humano, plasma ou sangue total.

XIV) Dengue IGG-IGM é um teste rápido imunocromatográfico para a detecção e diferenciação simultânea dos anticorpos IgG e IgM anti-dengue (DEN 1,2,3 e 4), em amostras humanas de soro, plasma ou sangue total. É destinado para triagem no auxílio do diagnóstico de infecções pelo vírus da Dengue.

A título de exemplo, seguem (fls. 55 a 61) Danfes do notas fiscais eletrônicas de entradas, cujos fornecedores de Estados signatários do Convênio ICMS 76/94 tratam estes produtos como de tributação normal, inclusive aquisições dentro do Estado da Bahia. Quanto adquiridos de Estado (Minas Gerais) que denunciou o referido Convênio, o autuado se creditou do ICMS destacado na NFE (fls. 62 e 63).

Vale ressaltar que nos exercícios de 2016 e 2017, reconhecendo seu erro, o contribuinte passou a tributar normalmente estes produtos nas suas vendas. Basta uma consulta rápida na sua EFD (fls. 24) para comprovar esta assertiva.

2.2 Exercício de 2015

Repete o contribuinte a justificativa incabível de que houve a cobrança indevida do ICMS de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária.

Com relação àqueles mencionados no exercício de 2014 com o NCM iniciado em 3002, não há mais o que falar.

No que diz respeito às mercadorias realmente na ST, a exemplo de medicamentos (NCM 3003 e 3004), ataduras, esparadrapo e gaze (NCM 3005) e fralda descartável (NCM 9619), foi cobrada a não tributação uma vez que foram saídas para fora do Estado da Bahia. Portanto, é exigido o destaque do ICMS nestas saídas.

2.2 Exercício de 2016

Do valor da infração deste mês, correspondente a R\$ 28.806,10, o contribuinte somente questiona as saídas com o CFOP 5927, que somam R\$ 1.611,84. Entretanto, não se prontifica a pagar a diferença.

As mercadorias saídas em decorrência furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar devem ter os créditos utilizados na aquisição estornados. Acontece que, neste caso, o contribuinte não comprovou que tais saídas tiveram uma dessas ocorrências e nem efetuou o estorno de crédito que ele agora alega que tem que cobrado.

*Ademais, a nota fiscal de saídas dessas mercadorias (fls. 64) contém informações complementares de que se trata de “baixa de estoque decorrente de perda, deterioração *icms pago por substituição tributária art. 292 do ricms-ba. *icms retido anteriormente por substituição tributária”, fato que não é verídico. Sendo assim, consideramos que as saídas dessas mercadorias deveriam ser tributadas por falta de elementos comprobatórios da operação indicada.*

2.2 Exercício de 2017

A primeira alegação do autuado é com relação à saída de um bem do imobilizado “com não incidência do ICMS conforme Artigo 3º, VIII, da Lei 7014/96”. Porém, este dispositivo coloca como condição de não incidência que o objeto tem que ter sido utilizado pelo estabelecimento por mais de um ano. A nota fiscal de saída deste item (cópia do Danfe às fls 66) não faz referência a sua nota fiscal de entrada, o ano de fabricação ou à data de aquisição desse bem.

Ademais, em 24/08/2018 enviamos ao preposto desse contribuinte que nos atendia nesta fiscalização as planilhas de cálculo das infrações, solicitando-lhe que as analisassem para que pudéssemos discuti-las posteriormente. Em 14/09/2018 recebemos a resposta dessa análise, na qual o contribuinte diz que no item “tributadas como não tributadas” não concorda, apenas, com a inclusão de “materiais beneficiados por isenção ou sujeitos ao regime de substituição tributária” (cópia do e-mail às fls. 67 e 68). Ou seja, nada foi questionado sobre esta operação de saída.

Por fim, volta a alegar a cobrança de ICMS nas saídas de produtos enquadrados na substituição tributária.

Sobre os produtos com NCM iniciado em 3002, já nos manifestamos anteriormente. Aqueles com NCM 39269040 (swab, pipeta e adaptador de agulha) não são produtos da ST, uma vez não consta do Anexo 01 do Regulamento do ICMS. Este NCM é incluído no referido Anexo para indicar como da ST os seguintes produtos: 3926.9 (Outras obras de plástico, para uso na construção civil) e 3926.90.4 (Chupetas e bicos para mamadeiras e para chupetas, de silicone). Logicamente, não tem como associar estes produtos com swab, pipeta e adaptador de agulha.

Com relação às mercadorias com NCM iniciados por 3003 e 3004 (medicamentos), 3005 (escova cirúrgica e fita micropore), 9018 (agulha descartável) e 9619 (fralda), mais uma vez informamos que se trataram de saídas interestaduais, cujo destaque do ICMS é obrigatório”.

As baixas por perdas, quebras ou sinistros de mercadorias devem resultar em estornos de créditos e em emissão de notas fiscais de saída com o destaque do imposto, o que não ocorreu. Por exemplo, no documento de saída de fl. 64 está dito que se trata de “baixa de estoque decorrente de perda / deterioração. ICMS pago por substituição tributária, fato que não é verídico”.

No tocante à saída por venda de bem do ativo imobilizado (veículo usado), pontua que o 3º, VIII da Lei nº 7.014/1996 impõe como “condição da não incidência” o uso por mais de um ano. O documento fiscal de saída de fl. 66 não informa a data da entrada, o número da respectiva nota, o ano de fabricação, aquisição etc.

Diz ter submetido a presente exigência ao crivo do contribuinte antes da lavratura, que nada comentou sobre tal questão no e-mail de fls. 67/68.

Mantém a autuação.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico, os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois o autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal

(art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, o lançamento resulta da realização de operações tributáveis como não tributáveis, sem os respectivos lançamentos e recolhimentos do tributo, conforme os demonstrativos sintéticos e analíticos de fls. 12 a 23, entregues ao impugnante (fls. 26 a 28).

Discriminando por exercícios (2014, 2015 e 2017; fls. 35 a 38), o autuado alegou que o auditor exigiu o ICMS sobre operações com fase de tributação encerrada. Todavia, não conseguiu comprovar a efetiva sujeição das mercadorias ao regime da substituição tributária, conforme o trecho da informação fiscal acima transcrito, que acolho, adotando todos os seus fundamentos.

No ano de 2014, os únicos itens dos grupos NCM/SH 3002 e 3006 constantes do Anexo 01 do RICMS-BA/2012 (Regulamento do ICMS/BA), eram vacinas e preparações químicas contraceptivas à base de hormônios ou de espermicidas, que não constam da planilha de fl. 35.

Relativamente aos exercícios de 2015 e 2017, de fato, há itens relacionados no referido Anexo do Regulamento do ICMS, como medicamentos (NCM/SH 3003 e 3004), ataduras, esparadrapos, gazes (NCM/SH 3005), agulhas descartáveis (NCM/SH 9018) e fraldas descartáveis (NCM/SH 9619).

Entretanto, de acordo com as informações constantes da mídia em CD de fl. 24, as operações fiscalizadas foram de vendas interestaduais, em relação às quais não há que se falar em encerramento de fase de tributação.

As mercadorias discriminadas à fl. 37, sob o código 39269040 (“swab”, pipeta e adaptador de agulha), não constavam do Anexo 01 do RICMS-BA/2012 no ano de 2017.

Na planilha colacionada à impugnação deste exercício (2017), o contribuinte indicou um item referente ao grupo da NCM/SH 3002 (IMUNOGLOB HUM ANTI-RH 300MCG-2ML 1M), cuja descrição guarda correspondência com as posições 9.8.0 e 9.8.1 do Anexo 01 do RICMS/BA-2012 em vigor no exercício de 2017 (antissoro, outras frações do sangue, produtos imunológicos modificados, mesmo obtidos por via biotecnológica, exceto para uso veterinário).

Todavia, não há operações com tal produto nas planilhas fiscais (CD de fl. 24).

Relativamente à saída do CAMINHÃO MERCEDES BENZ NZJ 0931 (DANFE nº 17.500, de 02/03/2017 - fl. 66), supostamente albergada pelo art. 3º, VIII da Lei nº 7.014/1996, o defendente não apresentou provas, pelo menos até a presente data, de que utilizou o bem por mais de um ano, antes da desincorporação.

Apesar disso, deve ser observada a norma de isenção contida no art. 265, X do RICMS-BA/2012:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

X - as operações de saídas de veículos usados;

(...)”.

A saída em análise, foi lançada na página 02 de 14 do demonstrativo fiscal “MD Material – 2017 – saídas tributadas como não tributadas – notas fiscais.pdf”, constante do CD de fl. 24, com o ICMS de R\$ 8.160,00 (período de março de 2017). Desse modo, no mês de março de 2017, a ocorrência deverá ter o seu valor alterado, de R\$10.540,81 para R\$2.380,81 (R\$10.540,81 - R\$ 8.160,00 = R\$2.380,81).

As baixas por perdas, quebras ou sinistros de mercadorias devem resultar em estornos de créditos e em emissão de notas fiscais de saída com destaque de imposto, o que não ocorreu. Por exemplo, dos documentos de fls. 64/65 consta que se trata de “baixas de estoque decorrentes de perda / deterioração. ICMS pago por substituição tributária”, situação que não restou demonstrada nos presentes autos.

Não foi juntado qualquer comprovante de pagamento do ICMS com encerramento de fase de

tributação nas respectivas entradas das mercadorias baixadas, muito menos de que os remetentes, na qualidade de contribuintes substitutos inscritos neste Estado, recolheram os valores exigidos.

Além disso, os códigos da NCM/SH das mercadorias discriminadas às fls. 64/65, não constam do Anexo 01 do Regulamento do ICMS-BA/2012 (exercício de 2016). Por exemplo, 30063029, 29182100, 38220090, 10203040, 34029030 e 38210000.

Comprovada a ocorrência de operações tributáveis, como não tributáveis.

Infração parcialmente elidida, com a dedução do valor relativo à operação de venda de veículo usado (período de março de 2017).

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$608.686,08.

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 **299430.0008/18-6**, lavrado contra **MD MATERIAL HOSPITALAR EIRELI.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$608.686,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de maio de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR