

PROCESSO  
AUTUADA  
AUTUANTE  
ORIGEM  
PUBLICAÇÃO

- A. I. 232340.0240/18-0  
- MEDICAL CENTER COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.  
- JOSÉ LUÍS COUTO MULLEM  
- IFMT METRO  
-INTERNET 29.11.2019

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0215-02/19**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Frente ao fato de não restar comprovado estarem as mercadorias autuadas sujeitas à substituição tributária total, diante do comparativo das NCM e respectivas descrições com o Anexo 1 ao RICMS/12, a infração não se confirma, sendo, pois, insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 14 de dezembro de 2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$28.585,76, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.10.** Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Os fatos ocorreram nos meses de outubro e novembro de 2018.

Consta, na descrição dos fatos, a seguinte informação do autuante (mantida a grafia original): “...*Falta de recolhimento ou a menor do ICMS da antecipação total pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, para comercialização neste Estado. DANFE'S nºs 157; 20832; 28695 e 28831.*

*Mandado de Fiscalização nº 7032320000172-20181125.*

*O contribuinte foi intimado a apresentar documentação fiscal no dia 04/12/2018, e não atendeu à mesma.*

*Não foi encontrado no sistema da SEFAZ-BA, nenhum recolhimento do ICMS da antecipação para estes documentos”.*

Tempestivamente, a autuada, por seu responsável legal, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 21 e 22, onde alega que o DANFE 157 traz como produto “curativo de silicone com espuma de poliuretano”, de NCM 3005.1090 que não se encontra listado no Anexo 1 ao RICMS/12 como sujeito a substituição tributária, inclusive informando ter sido o ICMS devidamente recolhido por antecipação tributária parcial em 26/12/2018, de acordo com o documento de arrecadação que garante anexar.

Para o DANFE 20.832 a mesma situação se repete. O produto de NCM 2106.9090 que se trata de “alimentação suplementar”, teve o ICMS recolhido por antecipação tributária parcial em 26/12/2018, através de DAE no valor de R\$5.257,00, código de receita 2175, consoante cópia que afirma anexar.

Esclarece, ainda, que este mesmo documento constou de outro Auto de Infração (232340.0241/18-7), com cobrança de ICMS por antecipação tributária parcial, forma correta de tributação do mesmo, o que por si já torna incorreta a presente autuação.

Quanto ao documento de número 28.831, em relação ao qual aponta ser o número correto 38.851, a exemplo do anteriormente analisado, se trata de aquisição de “alimentação suplementar”, com NCM 2106.9090, ausente do Anexo de tributação total para os produtos sujeitos a este tipo de tributação, e com ICMS recolhido por antecipação tributária parcial em 26/11/2018, através de DAE no valor de R\$ 3.991,00, com código de receita 2175, de acordo com cópia que garante estar apensando.

Por fim, o DANFE 28.695 onde consta a aquisição de produto com NCM 3004.9039, que se trata de “alimentação parenteral”, e que esta NCM não está igualmente contida no rol dos produtos sujeitos a substituição tributária, com o ICMS a ser recolhido dentro do prazo previsto no regulamento, ou seja, em 25/01/2019 via DAE específico para o documento em questão, e com código de receita 2175.

Aduz não ter, pois, cometido qualquer falha e tampouco deixado de cumprir suas obrigações tributárias.

Face ao exposto, solicita que seja determinada a improcedência do lançamento, tornando-o nulo de fato e direito.

Tendo sido o feito encaminhado para este órgão sem a necessária informação fiscal (fl. 37), foi diligenciado para a DAT METRO/IFMT a fim de ser a mesma elaborada (fl. 38).

Informação fiscal prestada pelo autuante, às fls. 40 e 41, indica que no lançamento se exige a “cobrança do ICMS, conforme descreve na peça vestibular em razão de: ‘contribuinte descredenciado FALTA DE recolhimento do ICMS relativo a ANTECIPAÇÃO tributária PARCIAL, antes da entrada das mercadorias no território baiano’”. (Grifo do relator) (mantida a redação original).

Aponta se resumir a questão principal “à exigência do imposto em relação à empresa se encontrar descredenciada e isto é uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte, que além de não questionar a ação FISCAL apenas PEDE a nulidade sem amparo legal.

*Entre as diversas contestações temos uma pérola conforme insinua o requerente que declara: Em resumo o autuado não quer pagar nada de antecipação parcial quer apenas a nulidade e informa que recolheu o ICMS devido.*

*Esquecendo que foi fora do prazo legal sem nenhum argumento convincente*”. (Grifei).

Quanto aos procedimentos legais para a constituição do crédito tributário, firma que os argumentos defensivos são apenas para procrastinação do julgamento, estando identificados perfeitamente a infração, o infrator, os documentos fiscais autuados, sendo a ação fiscal perfeita e cristalina, fato comprovado através de cópias dos documentos anexados ao processo, estando a redação bem definida inexistindo erro de procedimento.

Fala ter sido respeitado o direito de defesa, sendo o material apensado aos autos uma prova contundente que não deixa dúvida quanto à lisura do processo que culminou na ação fiscal.

Diz, ainda, que os fatos demonstram que a autuada tenta fugir do pagamento legal da antecipação parcial que só foi descoberto pela ação da COE, nova ferramenta de trabalho importante criada pela administração tributária, e cumprida através de mandato de Fiscalização.

Argumenta ser a autuada sabedora de estar em situação irregular de descredenciada e isto está sacramentado, tendo sido o crédito reclamado em obediência à legislação que determina, através do artigo 12-A da Lei 7.014/96 a cobrança da antecipação parcial.

Frisa ser indiscutível, e reconhecido pela própria autuada, que o ICMS da mercadoria objeto da autuação relativo à Antecipação Parcial é devido e não questiona o aspecto legal, sendo pacífico em relação ao tema, o CONSEF, dando garantia ao seu entendimento, pois atende às normas

regulamentares. Ao citar o Parecer 3692 entende apenas como um “embuste” para lograr os membros deste órgão.

Ressalta que, ao considerar nula a ação fiscal, e desconsiderar o crédito reclamado, pretende a empresa autuada mudar todo o procedimento instaurado através da Lei 7.014/96 que baseou toda a ação fiscal.

Diante do exposto, e à luz dos elementos probatórios trazidos aos autos, entende não haver como sustentar os argumentos defensivos, devendo o lançamento ser ratificado pelo órgão julgador.

Destaca desejar a defesa impor desconto ao “*arrepto da lei*”, estando o direito ao mesmo vinculado a tempestividade do recolhimento, no caso do descredenciado, antes da entrada do território baiano, conforme previsão legal.

Conclui não haver como sustentar os argumentos defensivos apresentados, quanto a sua legitimidade, em relação ao tributo devido.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado para apresentação de documentos fiscais através de meio eletrônico (fl. 04), em 04/12/2018.

A memória de cálculo da antecipação tributária total se encontra à fl. 03, inclusive com os percentuais aplicados a título de MVA dos produtos inseridos nos documentos fiscais autuados.

Consoante dados cadastrais, de fls. 06 e 07, a empresa autuada se encontra inscrita no estado da Bahia, na condição de optante pelo regime de apuração do Simples Nacional.

Constam, dos autos, os relatórios emitidos pela COE (fls. 08 a 12), bem como as notas fiscais arroladas na autuação (fls. 13 a 17).

Da análise dos elementos constantes nos autos, constato que a tarefa de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária deverá sempre pautar-se em um Termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal.

Na fiscalização de trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Termo de Liberação ou de Depósito objetivam documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS, especialmente os artigos 28, incisos IV, IV-A e § 4º, e 29 do RPAF/99), estando este aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

Ademais, a fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva de circulação física das mercadorias, em situação irregular, oportunidade em que a competência para a autuação é dos Agentes de Tributos Estaduais.

O que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito”, pois, não é o fato da autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração próprio para as ações do trânsito, como no caso presente, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto, diversamente do ora ocorrido no presente caso.

O entendimento pacificado neste Conselho é de que em tais circunstâncias e fatos, imperioso a decretação da nulidade do lançamento, vez ter agido o autuante em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal, a vista da vasta jurisprudência existente.

Todavia, na forma prevista no artigo 155, parágrafo único do RPAF/99 (quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta), adentrarei no mérito da autuação.

Da leitura da peça inicial e instaladora do lançamento, se verifica, conforme transcrição literal feita no início do relatório acima, circunscrever-se, o lançamento, à falta de recolhimento do imposto relativo a antecipação tributária total, pelo contribuinte, ou seja, aquela que encerra o ciclo de tributação pela antecipação do imposto devido nas operações posteriores, o que de forma alguma vem a se confundir com a antecipação tributária parcial, conforme informação fiscal prestada.

Aliás, os dispositivos tidos como infringidos (artigos 8º, § 4º, inciso I, 23, § 6º, 32 e 40 da Lei 7.014/96), se reportam a antecipação tributária total, com encerramento de tributação, ainda que na informação fiscal o autuante tenha mencionado o artigo 12-A da mesma Lei, que sequer consta na peça exordial do lançamento.

Ou seja: a apreciação do julgador deve ser feita em função da acusação firmada: ausência de recolhimento da antecipação tributária total, inclusive os cálculos realizados pelo autuante para apuração da base de cálculo do lançamento foram feitos dentro dessa premissa.

A defesa, por seu turno, assim também entendeu, e atacou na peça apresentada tal instituto, não se reportando em momento algum a lançamento de antecipação parcial, sequer citando qualquer Parecer, como firmado na informação fiscal, negando, inclusive, a submissão dos produtos arrolados na autuação à substituição tributária total, tal como consta da acusação formalizada no Auto de Infração.

Apesar de atacar cada documento fiscal autuado, de *per si*, na peça defensiva, quando da informação fiscal, o autuante sequer abordou tal aspecto, centrando seu raciocínio na figura da antecipação tributária parcial, estranha como visto ao lançamento, sequer a duplicidade de cobrança, conforme aventado para o documento de número 20.832, nem a respeito dos DAEs acostados, que comprovariam o recolhimento da antecipação parcial pelo contribuinte, em claro descumprimento do teor do artigo 127, § 6º do RPAF/99:

“§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”.

Da análise dos documentos autuados, observo que a nota fiscal 157 (fl. 13), emitida em 12/11/2018, por VT Health Care do Brasil – Eireli, tem como mercadorias “Silicare – Curativo de silicone com espuma de poliuretano trid. 15cm x 15cm” e “Kangli Derm – Curativo hidrocoloide com borda 20cm x 20cm”, ambos com NCM 3005.10.90.

No Anexo 1 ao RICMS/12, vigente em 2018, a NCM raiz 3005 se apresenta nos itens 9.10.0 “curativos (pensos) adesivos e outros artigos com uma camada adesiva, impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas - Lista Positiva” (NCM 3005.10.1), 9.10.1 “curativos (pensos) adesivos e outros artigos com uma camada adesiva, impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas - Lista Negativa” (NCM 3005.10.1) e 9.11 “algodão, atadura, esparadrapo, gazes, pensos, sinapismos, e outros, acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos ou dentários, não impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas - Lista Neutra” (NCM 3005).

A MVA nas aquisições de Unidade da Federação não signatária de acordo interestadual (conforme a alíquota interestadual aplicada no estado de origem), de 65,52%, como aplicada pelo autuante, está prevista para as alíquotas de 4% apenas para o item 9.11 listado acima, não se podendo caracterizar o mesmo como algodão, atadura, esparadrapo gaze, penso, sinapismo e outros, além do que, sendo o remetente dos produtos optante do Simples Nacional, o ICMS indicado no documento fiscal foi de R\$ 208,14, ao invés dos considerados R\$ 420,48 pelo autuante, na forma de anotação manual no documento, trasladado para a planilha de folha 03, diante da observação

constante nas informações complementares do documento fiscal, correspondente a uma alíquota de 1,98%.

Todavia, como já visto acima, a descrição do produto não guarda pertinência com a NCM, não podendo ser o mesmo considerado como sujeito à substituição tributária.

Já a nota fiscal 20.832 emitida por Prodiét Nutrição Clínica Ltda., no estado do Paraná, em 06/11/2018, apresenta todos os produtos listados (Peptimax 400 gr., Diamax baunilha 200 ml., Hdmax 200 ml., Trophic Fiber 800 gr., Trophic Basic 800 gr.) com a mesma NCM 2106.90.90.

Esta NCM não se apresenta no Anexo 1 ao RICMS/12. Tem-se a ocorrência da NCM 2106.90.10 no item 3.9 “xarope ou extrato concentrado destinados ao preparo de refrigerante em máquina ‘pré-mix’ ou ‘post-mix’”, o que não é o caso, além da divergência da NCM, “bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600ml”, no item 3.10 (NCM 2106.9), mesma NCM do item 3.11 “bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml”, item 3.12 “bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade inferior a 600ml” (NCM 2106.9), e item 3.13 “bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml” (NCM 2106.9), cuja descrição não confere com as mercadorias da nota fiscal autuada.

Como prova de tal afirmativa, indico a observação constante na fl. 14, onde no **campo reservado ao fisco**, consta a seguinte observação “DAE: 10-07.21.03. Antec\_Parcial. Aquisição interestadual por empresa do Simples Nacional”, sendo a origem do documento cuja cópia ali se encontra acostada a COE mencionada pelo autuante na sua informação fiscal, consoante se observa na impressão em 25/11/2018, do citado documento no rodapé do mesmo.

Logo, a própria SEFAZ, ao recomendar o lançamento de antecipação parcial, indica não estarem as mercadorias ali arroladas no rol daquelas sujeitas à substituição tributária.

Da mesma forma, entendeu, o sujeito passivo, à vista do documento de fl. 31, que vem a ser o recolhimento do imposto a título de antecipação parcial, relativo às notas fiscais 157 e 20.832, não abordado pelo autuante na sua informação fiscal, quando deveria fazê-lo.

O terceiro documento indicado pelo autuante, de número 28.831, emitido em 01/11/2018 pela empresa Fresenius Kabi Brasil Ltda., em 24/10/2018, no estado do Ceará, possui mercadorias com NCM 2106.90.90 acima analisadas (Fresubin), e de acordo com a informação disponível no site do vendedor em <https://www.fresenius-kabi.com.br/produtos/fresubin-energy>, se tratando de “nutrição enteral por sonda”, com indicação para “desnutrição moderada a grave com necessidade calórica elevada”, também não se constituindo em medicamento ou bebida energética de que nos fala o Anexo 1 ao RICMS/12, mas em nutrição parenteral, sem previsão para substituição tributária, inclusive consoante indicado no rodapé do documento de fl. 17, que recomenda o lançamento de imposto a título de antecipação parcial.

Por fim, o documento fiscal de número 28.695, emitido por Fresenius Kabi Brasil Ltda., em 24/10/2018, no estado do Ceará, possui mercadorias com NCM 3004.90.99 (Kabiven Central 1900 Kcal 2053 ml., Dipeptiven 100ml., Smoflipid 20% 500ml., e Lipovenus MCT 20% 500ml.) e NCM 3004.90.39 (Aminoven 10% e 15%).

Embora os itens do Anexo 1 ao RICMS/12, de número 9.1.0, 9.1.1, 9.1.2, 9.2.0, 9.2.1, 9.2.2, 9.3.0, 9.3.1, 9.3.2, 9.4.0, 9.4.1 e 9.4.2 prevejam a substituição tributária para os produtos de NCM 3004, todos tidos como medicamentos, ainda que genéricos, e que haja a indicação para a cobrança de imposto por substituição tributária de tais produtos pela SEFAZ (fl. 16), a verdade é que os mesmos não se constituem em medicamentos, mas em suplementos alimentares, como se denota através das informações constantes nos sites:

<https://www.freseniuskabi.com.br/documents/KabivenKabivenPeripheralBulaatualizadaProfissional.pdf>;

<http://cdn.wikibula.com.br/bulas/pdf/kabiven-bula-fresenius-profissional.pdf>;

[http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila\\_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=21653292016&pIdAnexo=3799647](http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=21653292016&pIdAnexo=3799647)

Assim, por exemplo, o Smoflipid 20% “é destinado a auxiliar os pacientes no regime de nutrição parenteral, quando a nutrição oral ou enteral for impossível, insuficiente ou contraindicada, sendo, assim, indicado como fonte de energia, ácidos graxos essenciais”, tendo como função “fornecer energia ao paciente. Os componentes óleo de soja, triglicerídeos de cadeia média, óleo de oliva e óleo de peixe têm, exceto para os seus teores energéticos, as suas próprias propriedades farmacodinâmicas”.

Produto como este, com composição química de óleo de soja, óleo de oliva, óleo de peixe, triglicerídeo de cadeia média, água, lecitina de ovo, glicerol, oleato de sódio, hidróxido de sódio, racealfatocoferol, a rigor, não pode ser considerado medicamento, mas suplemento alimentar, não sujeito a substituição tributária, o que ampara a tese defensiva, estando sob o aspecto tributário sujeito à antecipação parcial, matéria estranha à autuação, como já visto anteriormente.

Já o Aminoven 10%, cuja informação consta no site abaixo, tem como indicação ser “parte de uma nutrição parenteral para crianças (neonatos prétermos e termos e bebês) e crianças jovens. Juntamente com as quantidades adequadas de carboidratos e gorduras como doadores de energia, vitaminas, eletrólitos e oligoelementos, a solução pode ser usada como nutrição parenteral total”.

Isso pode ser confirmado em:

[http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila\\_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=9534812018&pIdAnexo=10793002](http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=9534812018&pIdAnexo=10793002)

Desta forma, por não se caracterizarem como medicamentos, os produtos acima não estão sujeitos à substituição tributária, reitero, sendo incabível a autuação.

Frente a tais argumentos, e não comprovada a prática pelo sujeito passivo da acusação fiscal, o lançamento se apresenta como improcedente, posição que adoto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232340.0240/18-0** lavrado contra **MEDICAL CENTER COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR