

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0008/18-6
RECORRENTE - MD MATERIAL HOSPITALAR EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0067-01/19
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/11/2019

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0338-12/19

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. Nas razões recursais foram excluídos notas fiscais referente à operações de perdas, perecimento, quebra, etc. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 1ª JF Nº 0067-01/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 17/09/2018, para exigir ICMS 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):

INFRAÇÃO (02.01.03) – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. 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).

A 1ª Junta de Julgamento fiscal – JF, apreciou a lide no dia 14 de maio de 2019, fls. 76 a 81, onde decidiu pela Procedência Parcial, fundamentando o seu acórdão nos termos transcritos:

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.

Inconformado com a Decisão de Piso, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário onde preliminarmente, “preconiza a legislação tributária que o Auto de Infração devesse identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade. O cumprimento destes requisitos tem com finalidade assegurar ao Autuado o direito constitucional de ampla defesa.

No mesmo sentido, a legislação estadual no art. 18, RPAF/BA, decreto Estadual nº 7.629/99 dispõe:

Art. 18, São Nulos

(.....)

IV – o lançamento de ofício:

a) *Que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (destaque nosso)*

Destacou, no mérito do Recurso, que se existindo cobrança a maior, o Auto de infração perde os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança. Defende restar impossível a manutenção dos gravames, devendo estes seguir ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Isto porque nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Salienta que, por expressa prescrição do art.142 do CTN, o lançamento é realizado por meio de ato vinculado da administração pública, o que significa não haver discricionariedade na sua realização ao formalizar sua pretensão, tem o dever de descrever e detalhar o fato gerador na autuação e consequentemente constituição do crédito tributário, configurando e determinando a matéria tributável, sob pena de se colocar em risco a própria ocorrência do fato gerador.

Assevera ainda a inobservância da 1ª JJF de argumentos contidos na peça impugnativa acostada, argumentos estes defensivos em sua profundidade, cegamente seguindo o dito pelo autuante na informação fiscal, fugindo desta regra apenas a alegação da saída beneficiada por isenção, no mês de 03/2017, porque foram comprovados em nota fiscal a venda de um veículo usado.

Aduz ainda, em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tributadas pelas saídas, o Sr. Relator diz que a defesa “ não conseguiu comprovar a sujeição das mercadorias ao regime de substituição tributária “como se não bastasse sua listagem no Anexo 1 do RICMS, usando como respaldo “ conforme trecho da informação fiscal acima transcrito, que acolho todos os seus fundamentos”.

Salienta que outro ponto a ser revisto foi relativo à baixa por perdas, pois não se discute a tributação das mercadorias nas saídas. Discute-se a formação da base de cálculo e a determinação do valor do imposto.

Ora, tratando-se de perdas de mercadorias, entende que deveria ter sido levantado o seu custo para servir de base de cálculo e qual a alíquota de imposto incidente na entrada para apurar a incidência de baixa.

Arremata a peça recursal com todas essas inobservâncias contidas no voto do Relator, pedindo a revisão do julgamento, para que possa ser restabelecido o direito de defesa negado no julgamento em primeira instância, ora recorrido.

Evoca ainda, como evidências, a inclusão indevida de mercadorias no levantamento produzido pelo preposto fiscal e ignorada pelos julgadores do juízo a quo:

Exercício 2014

Mercadorias inclusas no regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 1 do RICMS, vigente até o ano de 2014, nos seguintes itens, há a inclusão dos produtos com impostos exigido indevidamente nas saídas:

ACÓRDÃO JJF Nº 0067-01/19 3 ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

ITEM 32.3 — Produtos com NCM 3006.3

ITENS 32..1 E 32.2 — Produtos com NCM 3002.

Exercício 2015

Mercadorias inclusas no regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 1 do RICMS,

Com seus respectivos NCMs.

Exercício 2016

Tributada baixas de estoque a título de perdas, cujas notas fiscais foram emitidas regularmente identificando a operação CFOP 5927, em alguns itens, cujo débito de ICMS no valor de R\$1.611,84 se cabível, seria o estorno de crédito, reconhecido na fl. 52 da informação fiscal do valor da infração do mês correspondente, alegação esta que nem sequer foi acatada pelo fisco.

Conclusivamente, o contribuinte declara que, frente a ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, espera ele, serem acatadas as alegações recursais para declarar a nulidade referente a mencionada infração, reformando a decisão da junta de julgamento ora atacada,

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 1ª JF, que julgou procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir do recorrente o crédito tributário de R\$616.846,08, em decorrência de ter deixado de recolher ICMS por praticar operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, nos exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017.

Preliminarmente, o recorrente conclama acatamento das alegações recursais para declarar a nulidade processual do aludido auto de infração, reformando a decisão da junta de julgamento ora atacada. Mas, Analisando as peças processuais do Recurso Voluntário, fls. 91 a 96, denego a tese levantada pelo impugnante que suscita a invalidade do lançamento de ofício por não conter acusação fiscal condizente com a realidade, premissas equivocadas e informações imprecisas, incapaz de determinar a infração com segurança, como preconizado no art.18 IV do RPAF-BA.

No mérito recursal, o impugnante volta a defender a nulidade do Auto de Infração, com base no art. 142 do CTN, contrario ao enunciado do Código Tributário Nacional, de que o lançamento *ex officio* de tributo não se confunde com a imposição de penalidades, competindo privativamente à autoridade administrativa de fiscalizar o cumprimento da obrigação tributária e exigir o tributo respectivo.

Assim, analisando as razões recursais, verifico que o Recorrente tão somente repete as razões de impugnação, que foram devidamente analisadas pela JF, sem novamente trazer novas provas de suas alegações defensivas.

Verificando o colegiado em mesa as Notas Fiscais-es nºs 11421, 11422 e 11430 referente ao CFOP 5927, pois se tratam de operações de baixa, sendo que devem ser estornados da ação fiscal em decorrências de perdas, perecimento, quebra, etc. Assim, os valores a serem excluídos são:

Ocorrência	CFOP	N.Fiscal	Produto	Vlr. a Excluir
08/01/2016	5927	11421	AGAR MULLER HINGTON EM PLACA 140X15 C-10 LABORCLIN	11,56
08/01/2016	5927	11421	CLORETO DE POTASSIO PA 1KG QEEL	2,73
08/01/2016	5927	11421	DEIDROGENASE LACTICA UV REAGENTE LIQUIDO 4X10ML - DOLES	4,76
08/01/2016	5927	11421	LAMINULA 20X20 C-100 EXACTA	8,33
08/01/2016	5927	11421	LAMINULA 24X40 C-100 EXACTA	8,98
08/01/2016	5927	11421	MICROTUBO CENTRIFUGACAO ROSQUEAVEL 2.0ML GRAD. PCT 500UN	76,43
08/01/2016	5927	11421	RACK COM PONTEIRA PCR C- FILTRO TIPO GILSON 1000UL ESTERIL C-96UND	11,60
08/01/2016	5927	11421	TUBO VACUO CITRATO3.6ML PLASTICO	8,42
Subtotal da N.Fiscal nº 11421				132,81
08/01/2016	5927	11422	ACIDO NITRICO PA. 1000ML SYNTH 13X75MM CX C-100 CRAL	11,22
08/01/2016	5927	11422	BAG BOWIE-DICK FLS VAPOR CX50UN	36,04
08/01/2016	5927	11422	DIAIX 1 LITRO - DIAGON	112,20
08/01/2016	5927	11422	DISCO ANTIB. ERITROMICINA - CEFAR	12,32
08/01/2016	5927	11422	DISCO ANTIB. NEOMICINA CEFAR	4,48
08/01/2016	5927	11422	FECA CULT ONE STEP TESTE25TIRAS INLAB	303,45
08/01/2016	5927	11422	HEMOBAC TRIFASICO PEDIATRICO 30ML C-30 TESTES PROBAC	48,25
08/01/2016	5927	11422	KIT P- ENTEROCOCO C-24 CJ PROBAC	20,23
08/01/2016	5927	11422	MASCARA SIMPLES C-ELAST C-100 SKY	15,47
08/01/2016	5927	11422	PROTEINAS TOTAIS PP CAT418 250ML	7,04

08/01/2016	5927	11422	GOLD ANALISA URATO ENZ LIQUIDO (2X80ML) - DOLES	14,25
08/01/2016	5927	11422	ACIDO SUFOSALICILICO SOLUCAO 3 1000ML CROMOLINE	3,40
08/01/2016	5927	11422	CORANTE OG 06 500ML NEWPROV	23,39
08/01/2016	5927	11422	ESPOROFAR ATROPHAEU S-FITA CEFAR	49,21
08/01/2016	5927	11422	HCG ONE STEP ULTRA 50 TESTES 10MUI-HCG M:BIOEASY	16,66
Subtotal da N.Fiscal nº 11422				677,61
08/01/2016	5927	11430	ACIDO ACETICO 3 1000ML RENYLAB	7,34
08/01/2016	5927	11430	ACIDO SUFOSALICILICO SOLUCAO 3 1000ML CROMOLINE	102,00
08/01/2016	5927	11430	AGAR SANGUE DE CARNEIRO 50ML NEWPROV	13,06
08/01/2016	5927	11430	ALCOOL ETILICO PA 99.5 FRASCO	104,72
08/01/2016	5927	11430	AZUL METILENO 1000ML RENYLABPLASTICO 1000ML QEEL	14,41
08/01/2016	5927	11430	CAIXA TERMICA 8L ISOPOR IGLU	0,91
08/01/2016	5927	11430	COLESTEROL HDL DIRETO 60ML REF:A DOLES	24,31
08/01/2016	5927	11430	COLESTEROL HDL DIRETO 60ML REF:A DOLES	145,86
08/01/2016	5927	11430	COLESTEROL HDL DIRETO 60ML REF:A DOLES	48,62
08/01/2016	5927	11430	DETERGENTE NEUTRO 5000ML CROMOLINE	42,50
08/01/2016	5927	11430	DISCO ANTIB. TETRACICLINA 30MCG - CEFAR	3,36
08/01/2016	5927	11430	EPM MILLI+CITRATO 16 CJS NEWPROV	229,83
08/01/2016	5927	11430	FUCSINA BASICA 25GR QEEL	6,78
08/01/2016	5927	11430	HCV CARD C-25 TESTES BIO PIX	15,46
08/01/2016	5927	11430	KIT P- ENTEROCOCO C-24 CJ PROBAC	20,23
08/01/2016	5927	11430	STAPHY TEST PROBAC	8,94
08/01/2016	5927	11430	TUBO MICRO HEMATOCRITO	13,09
Subtotal da N.Fiscal nº 11430				801,42
Total da Exclusão (N.Fiscais nos 11421, 11422 e 11430)				1611,84

No entanto, os lançamentos dos meses de dezembro e janeiro foram invertidos, sendo que o valor indicado de R\$2.319,19 é do mês de janeiro de 2016 e o valor de R\$696,72 corresponde a dezembro 2015, no qual o autuante ao transportar os valores dos meses indicados não fez a adequada referência corretamente, entretanto, de ofício, faço a devida correção conforme o art. 164, §3º do RPAF/99.

Portanto, o montante do mês de janeiro de R\$2.319,19, após a devida indicação acima, para o valor de R\$707,35, restando o Auto de Infração julgar PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$608.686,08 para R\$607.074,24.

Concluo votando pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299430.0008/18-6**, lavrado contra **MD MATERIAL HOSPITALAR- EIRELL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$607.074,24**, 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 13 de novembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS — PRESIDENTE

JOSE RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO — RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS