

PROCESSO - A. I. Nº 207098.0005/14-2
RECORRENTE - CREMER S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0200-03/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0008-12/20

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL. 2. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Conclui-se que todos os produtos desta autuação são considerados como Coletor para unidade de drenagem externa – item 175 - NCM 9018.90.89. Em vista dos produtos Extensores; Coligação Asp. e Coletores, estarem enquadrados nos itens 32 e 175 do Convênio ICMS 01/99. Infrações 1 e 2 insubsistentes. Modificada a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO E MATERIAIS DE USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade 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. Refeitos os cálculos, mediante revisão fiscal, o débito ficou reduzido. Modificada a Decisão recorrida. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Após demonstrar através de Relatório de sistema interno de controle de estoques, onde se constata as movimentações com as devidas Notas Fiscais (Doc. 10), que comprovaram as saídas dos itens com os códigos 388770; 388787 e 388763. Devem ser excluídas as luvas mencionada referente às infrações 5 e 6. Reduzido o valor lançado. Infrações parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator em relação às infrações 3 e 4. Decisão por maioria e, unânime quanto as demais infrações.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 19/12/2014, refere-se à exigência de R\$158.277,59 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 03.02.02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e de janeiro a abril de 2014. Valor do débito: R\$88.795,80. Multa de 60%.

Infração 02 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas com a classificação fiscal de bonificações, doações ou brindes (CFOP 5.910), sem o devido lançamento do imposto, nos meses de fevereiro, julho, agosto, setembro e novembro de 2013. Valor do débito: R\$478,28. Multa de 60%.

Infração 03 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e agosto de 2013. Valor do débito: R\$1.413,08. Multa de 60%.

Infração 04 – 07.02.03: Falta de 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, fevereiro, abril e agosto de 2013. Valor do débito: R\$537,72. Multa de 60%.

Infração 05 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013), levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor do débito: R\$54.267,21. Multa de 100%.

Infração 06 – 04.05.11: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013). Valor do débito: R\$12.785,50. Multa de 60%.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/10/2016 (fls. 1010 a 1036) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

VOTO

Na informação fiscal, o autuante apresentou o entendimento de que a diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal não encontra respaldo na legislação vigente, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Afirmou que precluiu o direito de o autuado apresentar os documentos comprobatórios em outra oportunidade, e que desconhece se o impugnante requereu a juntada de documentos após a protocolização da impugnação.

Observe Processo Administrativo Fiscal é regido pelo princípio da verdade material, por isso, não se pode recusar uma prova pelo fato de ter sido apresentada após a lavratura do Auto de Infração ou após a apresentação da defesa. Ou seja, conforme art. 2º do RPAF/BA, “na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”.

Dessa forma, caso exista algum fato que deva ser apreciado pelo órgão julgador, independente de provocação pelo autuado, de acordo com o princípio da legalidade a que estão vinculados os membros da Administração, o julgador administrativo avalia e decide se o processo atende às condições de validade e legalidade e eficácia, determinando as necessárias providências.

Por outro lado, o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência acontece quando essa providência for necessária à convicção dos julgadores, independente de outras provas produzidas nos autos.

Quanto ao pedido de perícia apresentado pelo autuado nas razões de defesa, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, não foi cotado qualquer documento que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

A infração 01 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e de janeiro a abril de 2014.

Na informação fiscal, o autuante disse que a mercadoria constante dos Anexos 01 e 02 desta Infração, questionada pelo autuado, é EXTENSOR, classificado na NCM nº 9018.39.29 e, segundo o defendente, esta mercadoria está abrangida pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, especificamente no item 32. Também informou que após analisar o Anexo Único do referido Convênio 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 citada mercadoria (extensor) não faz parte do referido Anexo, muito menos no item 32.

Quanto aos produtos mencionados pelo autuado em sua defesa (coletores e cateteres), informou que os tipos de coletores autuados, são destinados a coleta de urina e outros materiais para exame laboratorial. Por isso, o autuante concluiu que tais produtos não fazem parte do Anexo Único do Convênio 01/99, que traz apenas o item Coletor para unidade de drenagem externa - NCM: 9021.90.89. Quanto ao produto cateter, disse que não consta dos Anexos 01 e 02, porque concorda que este produto faz parte do referido Convênio.

Observe que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código da NCM. Neste caso, descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos da NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária. Portanto, devem ser considerados os produtos 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 referido imposto as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH.

Efetivamente, o item 32 do Anexo Único do mencionado Convênio 01/99, consta o produto “Conjunto de cateter de drenagem externa” NCM 9018.39.29. Neste caso, concordo com o entendimento do autuante de que a mercadoria extensor não faz parte do referido item 32 do mencionado Anexo. Também concordo com a informação prestada pelo autuante em relação aos coletores e cateteres de que não fazem parte do Anexo Único do Convênio 01/99.

O defendente também alegou que outro ponto a ensejar diferenças de imposto é que a Fiscalização exigiu a tributação de 12% sobre o valor dos produtos que tinham tributação apenas de 4%. Afirmou que se trata de itens importados ou com utilização de insumos importados em percentual superior a 40% do seu custo.

O autuado afirmou que se apurou no demonstrativo – Anexo 1 – “Erro na aplicação da alíquota”, as notas pertinentes relacionadas tratavam de operações de transferência interestaduais (CFOP 6152), de produtos importados ou com conteúdo de importação superior a 40%. Portanto, a alíquota aplicável era apenas de 4%. Afirma que aplicou corretamente a alíquota de 4% nas operações interestaduais com produtos cujos insumos apresentavam conteúdo de importação superior a 40%.

O autuante esclareceu que o estabelecimento autuado não efetuou no período qualquer importação de medicamentos ou insumos destinados à fabricação dos mesmos; que se trata de estabelecimento atacadista, filial de indústria, cuja unidade fabril situa-se em outro Estado da Federação, que se incumbe de industrializar os produtos comercializados pelo autuado.

O defendente não concordou, tendo alegado que a unidade autuada é filial de empresa que importa regularmente vários produtos, tanto para revenda quanto para utilização como insumos, e o fato da própria unidade não realizar operações de importação não altera a natureza dos produtos a ela transferidos por suas outras unidades ou mesmo adquiridos de outras empresas. Se o produto é importado ou tem mais de 40% de insumo importado, o tratamento a ser dado a ele deve ser o mesmo.

Não acato as alegações defensivas, considerando que de acordo com a legislação tributária, os diversos estabelecimentos de mesma titularidade possuem autonomia, para todos os efeitos tributários, inclusive no que se refere à incidência do tributo, ao controle e registro das operações e/ou prestações e à cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável. Neste sentido, dispõe o art. 11 da Lei Complementar 87/96, nos seguintes termos:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

Concordo com o posicionamento do autuante, de que não ficou comprovado que o estabelecimento autuado efetuou no período qualquer importação de medicamentos ou insumos destinados à fabricação dos mesmos, por isso, não poderia utilizar o benefício fiscal reclamado nas razões de defesa. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas com a classificação fiscal de bonificações, doações ou brindes (CFOP 5.910), sem o devido lançamento do imposto, nos meses de fevereiro, julho, agosto, setembro e novembro de 2013.

O autuado alegou que as operações e mercadorias relacionadas no Anexo 3, são abrangidas pela isenção de ICMS, conferida pelo Convênio 01/99, nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, conforme as Notas Fiscais anexas (doc. 04).

Informa que, da mesma forma do item anterior, nas operações de doações e brindes em questão, também não há tributação de II ou IPI, de modo que a empresa aplicou corretamente a alíquota ZERO nas operações que realizou com tais itens dentro do Estado da Bahia. Diz que, nos termos do art. 264, XXIV, do RICMS/BA, a presente exigência não pode subsistir, pois a empresa aplicou corretamente a alíquota nas operações de doações e brindes de mercadorias destinadas à prestação de serviços à saúde, no Estado da Bahia.

Na informação fiscal, o autuante disse no Anexo 03 do Auto de Infração constam apenas as mercadorias COLETOR DE SECREÇÃO E DE URINA, e COLIG ASP UN VC CRISTAL, mercadorias estas não incluídas no Anexo 03, do Convênio 01/99. COLIGAÇÃO ESTÉRIL.

Apesar de constar nos documentos fiscais o código de NCM 9018.39.29 para as mercadorias em questão, no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 não constam as mercadorias que foram objeto do levantamento fiscal COLETOR DE SECREÇÃO e de URINA, e COLIG ASP UN VC CRISTAL, Anexo 03 do Auto de Infração (fl. 79).

Quando o contribuinte adquire brindes para distribuição deve lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito ao crédito do imposto destacado no documento fiscal. Emitir Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria o IPI lançado pelo fornecedor, se for o caso. Portanto, em razão de não se enquadrar as mercadorias no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, deveria o defendente emitir os documentos fiscais considerando as mercadorias como tributáveis. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e agosto de 2013.

O defendente alegou que no presente caso, houve 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. Tais transferências eram de itens do imobilizado com mais de um ano de uso no estabelecimento remetente (conforme notas de transferência – doc. 5), com isenção do imposto, de forma a atender os requisitos previstos na legislação do Estado de origem (SC), que reproduzia os termos dos Convênios 70/90 e 151/94. Ou seja, as operações de transferência estavam isentas do imposto. Em se tratando de operação isenta, pelos termos do artigo 3º acima mencionado, não há que se falar em recolhimento da diferença de alíquota para o Estado Baiano.

Sobre esta alegação, o defendente não comprovou mediante apresentação das notas fiscais comprobatórias das aquisições que os bens em questão se referiam a itens do imobilizado com mais de um ano de uso, impossibilitando apreciação neste aspecto.

Ainda, quanto ao Anexo 4 do Auto de Infração, o defendente também alegou que estão relacionadas operações de transferência de materiais de uso e consumo da empresa, com código fiscal de operações e prestações – CFOP 6557, de modo que estas tiveram o ICMS recolhido, conforme as Notas Fiscais de transferência de material de uso e consumo e seus comprovantes de pagamento anexos (doc. 06). Ressalta que ficou evidente a isenção nas operações de transferência de itens do ativo imobilizado, bem como o pagamento de ICMS nas operações de transferência de materiais de uso e consumo, de modo que a Impugnante não pode ter a presente exigência mantida contra si.

Em relação às Notas Fiscais que acostou aos autos, de números 442507 (fl. 729), 4954938 (fl. 739) e 501941 (fl. 745), os mencionados documentos fiscais não compõem os valores exigidos no presente lançamento, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, Anexo 4, fls. 79 a 81 dos autos.

Sobre a entrada no estabelecimento cadastrado na condição de normal de bens oriundos de outros estados da Federação, mesmo que em transferência, o autuante disse que não encontrou qualquer isenção ou dispensa de pagamento que ampare a pretensão do autuado.

Nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens do ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, nas entradas, o estabelecimento destinatário pagará o diferencial de alíquota, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma prevista

na legislação de cada unidade da Federação. No Estado da Bahia, a Lei 7.014/96, no art. 4º, inciso XV, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente.

Vale salientar que o legislador constituinte não disse que o imposto relativo à diferença de alíquota recai sobre vendas. No caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Em relação aos comprovantes apresentados pelo defendente relativos aos meses de março, maio e julho de 2013, na última diligência fiscal, foi constatado que no demonstrativo de débito não há qualquer menção a valores debitados a título de diferença de alíquota. Ou seja, não há qualquer valor lançado nos mencionados meses, por isso, a documentação analisada nada contém que seja capaz de alterar a infração em tela.

Quanto NF 501.941, emitida em 14/08/2013, foi informado na diligência que a defesa apresentou cópia do livro de Registro e Apuração do ICMS do mês de agosto de 2013 (fls. 745 a 748), onde foi constatado o lançamento do valor de R\$ 150,22 a título de diferença de alíquota. O valor lançado pela fiscalização foi apurado conforme demonstrativos constantes do Anexo 04, calculando uma diferença para o mês de agosto de 2013, de R\$ 0,02, conforme fl. 02. Dessa forma, as razões de defesa não alteram em nada o valor lançado pela fiscalização para o mês de agosto de 2013.

Considerando que não ficou comprovado nos autos o recolhimento do imposto apurado no levantamento fiscal, concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

Infração 04: Falta de 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, fevereiro, abril e agosto de 2013.

O defendente alegou que as 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. Disse que foi adotado o mencionado CFOP pelo fato de se tratar de operações não abrangidas pela substituição tributária, pois destinavam tais produtos a consumidores finais.

Quanto às alegações do autuado neste item, o autuante informou que o CFOP 5102 se refere à “venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, para industrialização ou comercialização”. Que as mercadorias não foram objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, bem como a venda de mercadoria por estabelecimento comercial de cooperativa destinada a seus cooperados ou estabelecimento de outra cooperativa, e que o mencionado CFOP não se presta para controlar vendas para contribuintes ou não contribuintes do ICMS, muito menos para controlar vendas destinadas a comercialização ou para uso ou consumo. Ressalta que o defendente não juntou qualquer documento para comprovar suas alegações. Por isso, entende que mais uma vez, não assiste razão ao autuado neste item de sua impugnação.

Sobre as operações destinadas a consumidores finais, o defendente alegou que o CFOP 5102 é utilizado para vendas dentro do Estado (internas). Como as mercadorias eram destinadas a consumidor final e nestas operações não há operação subsequente, não incide o ICMS-ST, que corresponde ao pagamento do imposto referente a todas as operações subsequentes, conforme doc. 07 da impugnação (fls. 750 a 779).

Diz que juntou aos autos as notas fiscais relacionadas, onde, pela indicação da inscrição estadual (ou a sua ausência, em alguns casos), se constata que o destinatário não adquiriu referidos materiais para revenda, mas sim, para uso próprio. É o caso de destinatários isentos de inscrição estadual, laboratórios clínicos, comércio varejista de hortifrutigranjeiros, de empresa de fabricação de acessórios de veículos. Conclui que deve ser afastada a exigência de ICMS-ST de operações destinadas a tais consumidores finais.

Conforme estabelece o art. 8º, § 8º, inciso IV, da Lei 7.014/96, não se fará a retenção do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço, a menos que haja indicação expressa de lei complementar acerca da incidência do ICMS nos fornecimentos a serem efetuados pelo prestador.

Na última diligência fiscal foi constatado que as notas fiscais 44.605, 43.398, 42.645 e 42.921 (fls. 949 a 958) foram destinadas a contribuintes do ICMS, sendo correta a exigência do ICMS devido por antecipação tributária, de modo que não foi acatado o pleito do defendente.

Quanto à nota fiscal 43.370, fl. 943, foi apurado que se refere à devolução das mercadorias comercializadas através da nota fiscal 42.926, fl. 942, de modo que esta última nota fiscal deve ser excluída da apuração da antecipação tributária do mês de fevereiro de 2013.

Também foi apurado que a nota fiscal 44.033, fl.944, traz o produto “LUVA PROCEDIMENTO”, cujas operações estão sujeitas à antecipação do imposto em razão do Protocolo ICMS 105/09 celebrado entre os Estados da Bahia e São Paulo. Logo, considerando a atividade do destinatário e o produto citado concluiu-se que não cabe a cobrança da antecipação tributária para a operação referida na nota fiscal.

A conclusão apresentada é no sentido de que devem ser excluídos os valores correspondentes às notas fiscais números 42.926 e 44.033. Feitas as exclusões citadas o novo valor devido para os meses de fevereiro e abril de 2013 serão, respectivamente, R\$ 169,12 e R\$ 12,62.

Acato as conclusões apresentadas na diligência fiscal, considerando que as cópias dos documentos fiscais que o defendente acostou aos autos não são insuficientes para comprovar as alegações defensivas, exceto quanto as notas fiscais excluídas do levantamento fiscal. Por isso, concluo pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, conforme quadro abaixo, considerando a previsão legal de quanto à responsabilidade do remetente 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.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO
31/01/2013	09/02/2013	301,51
28/02/2013	09/03/2013	169,12
30/04/2013	09/05/2013	12,62
31/08/2013	09/09/2013	27,47
T O T A L		510,72

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013), levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

O autuado alegou que parte das diferenças apontadas pela Fiscalização decorre da alteração do código de três itens que comercializa. Informou que deu entrada em três de seus itens com os códigos n°s 265675 (luva procedimento p), 265682 (luva procedimento m) e 292862 (luva procedimento pp). Contudo, realocou tais itens para novos códigos e passou a registrar as saídas dos respectivos itens com os códigos n°s 388770 (luva procedimento p), 388787 (luva procedimento m) e 388763 (luva procedimento pp). Ou seja, quando a Fiscalização fez o confronto das entradas com as saídas dos itens em questão, não localizou a saída das mercadorias com os códigos 265675, 265682 e 292862, pois tais mercadorias tiveram suas saídas registradas com os novos códigos.

Ainda quanto às diferenças apuradas a partir do levantamento quantitativo de estoques, também alegou que a Fiscalização não levou em consideração todas as operações de saída realizadas no período. Ao realizar o cálculo, a fiscalização considerou o estoque existente do período anterior, somou as entradas, mas ao diminuir as saídas, deixou de considerar todas as notas fiscais de amostra emitidas pela empresa no período exigido. Por tal razão, afirma que a Fiscalização, ao não considerar as saídas de Amostras, que foram tributadas, conforme as Notas Fiscais anexas, concluiu erroneamente que a empresa teria omitido saídas de seu estabelecimento.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que no levantamento quantitativo de estoque efetuado, considerou apenas as mercadorias tributadas. Neste caso, foram excluídas do levantamento as operações com mercadorias isentas, previstas no Convênio ICMS 01/99, e as saídas a título de Amostras Grátis, conforme previsto no art. 265, inciso XXI, letra “e”, do RICMS/BA, Decreto n° 13.780/12.

Considerando que amostras grátis é um produto de diminuto ou nenhum valor comercial, constituindo fragmentos ou partes de qualquer mercadoria, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade, entendo que o defendente deveria comprovar que as alegadas amostra grátis eram nas mesmas especificações, embalagens e tamanhos daqueles produtos que foram objeto do levantamento quantitativo de estoques.

Também foi informado que o levantamento fiscal foi efetuado com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD, e neste caso, ocorrendo alteração somente na descrição do item, sem que haja descaracterização deste, ou seja, sem a criação de um novo item, a alteração deveria constar no registro 0205, conforme Guia Prático EFD-ICMS/IPI, mantendo, contudo, a mesma codificação. Em outras palavras, ocorrendo somente alteração na descrição do item, conforme exemplo apresentado pelo autuado relativamente às “luvas de procedimentos”, bastaria que o contribuinte informasse a nova descrição das tais luvas de procedimentos no Registro 0205, mantendo o mesmo código de identificação, fato que não ocorreu.

Na diligência fiscal foi apurada a alegação defensiva de que produtos tiveram seus códigos alterados e que houve a transferência total dos saldos das mesmas. Foi consultado o relatório Anexo 6 – Resumo Geral das Omissões 2013, que está gravado no CD à fl. 26, ficando confirmada a informação do autuado de que houve, em 01/01/2013, a substituição de códigos e, neste caso, o relatório citado não deverá conter qualquer

movimentação relativa aos códigos 265675, 265682 e 292862, eis que toda a movimentação dos produtos a que se referiam passará a ser feita em todo o exercício de 2013 através dos códigos 388770, 388787 e 388763.

A conclusão apresentada é no sentido de que o relatório constante do Anexo 6 mostra a ocorrência de operações de entrada e de saída para todos os códigos citados, ou seja, não ocorreu a alegada substituição de códigos. Sendo assim, os diligentes mantiveram o levantamento fiscal sem qualquer alteração.

Observe que a Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações (art. 251 do RICMS-BA/2012).

O arquivo digital EFD conterá informações relativas à quantidade, descrição e valores de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação, em posse ou pertencentes ao estabelecimento do contribuinte declarante, ou fora do estabelecimento e em poder de terceiros.

No caso em exame, não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD, e não há como acatar as alegações defensivas. Mantida a exigência fiscal.

Infração 06: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013).

O defendente, na condição de substituto tributário, alegou que, da mesma forma do item anterior, trata-se de equívocos no lançamento fiscal. Com a baixa dos valores pertinentes ao ICMS normal, pela inexistência de divergências, o mesmo destino deve ter o ICMS ST relativo a tais produtos, considerando que o lançamento do ICMS ST era decorrente das diferenças apuradas no estoque. Não havendo mais tais divergências, também não há ICMS ST devido. Afirma que a exigência fiscal deste item também não pode subsistir, porque a empresa registrou as saídas dos referidos itens, realizando o pagamento de todo o imposto devido para o Estado da Bahia.

O autuante reafirma que as diferenças de estoque apuradas no levantamento quantitativo que ocasionaram as omissões de entradas e de saídas foram todas comprovadas pelos demonstrativos elaborados e anexados ao presente processo, com a aplicação do SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal, tendo como insumos a Escrituração Fiscal Digital - EFD e os Documentos Fiscais recebidos e emitidos pelo contribuinte. Diz que o autuado não apresentou prova material para justificar suas alegações.

Considerando que a exigência do imposto é decorrente de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013) efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio de EFD, a correção de erros, se existirem, é de responsabilidade do contribuinte e os registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias e inventário efetuado com base na contagem física do estoque. Portanto, no caso de existência de erros, compete ao contribuinte informar e corrigir o erro antes de qualquer ação fiscal.

A responsabilidade do contribuinte imposta pela legislação quanto à Escrituração Fiscal Digital tem exatamente o objetivo de facilitar o envio de informações às unidades federadas e à Secretaria da Receita Federal, de forma que o foco de atuação do fisco e a escrituração realizada pelo contribuinte sejam facilitados por meio de um modelo único de lançamento, proporcionando fiscalizações e controles mais efetivos.

O arquivo digital EFD conterá a totalidade das informações econômico-fiscais e contábeis correspondentes ao período compreendido entre o primeiro e o último dia do mês, devendo conter a totalidade das informações relativas às entradas e saídas de mercadorias bem como aos serviços prestados e tomados, incluindo a descrição dos itens de mercadorias, produtos e serviços.

No caso em exame, não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD, ficando caracterizado que o levantamento fiscal foi efetuado corretamente, com base na referida escrituração. Não acato a alegação defensiva e concluo pela subsistência desta infração.

Em relação às multas a sua exigência é decorrente da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os percentuais constantes no Auto de Infração.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal tem competência para apreciar somente pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158 do RPAF/99.

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

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	88.795,80
02	PROCEDENTE	478,28
03	PROCEDENTE	1.413,08
04	PROCEDENTE EM PARTE	510,72
05	PROCEDENTE	54.267,21
06	PROCEDENTE	12.785,50
TOTAL	-	158.250,59

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

Nas Infrações 01 e 02 da autuação, exige-se ICMS em razão da suposta aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas escrituradas (CFOP 5.102 e 6.152) e nas saídas classificadas como doações e brindes (CFOP 5.910).

As operações relacionadas nas referidas Infrações se tratavam de vendas, doações e brindes de insumos destinados à saúde, os quais são beneficiados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, razão pela qual a ora Recorrente aplicou corretamente a alíquota zero, nas saídas de tais itens, de seu estabelecimento.

Em relação a este ponto, o v. Acórdão recorrido entendeu que “*concordo com o entendimento do autuante de que a mercadoria extensor não faz parte do referido item 32 do mencionado Anexo. Também concordo com a informação prestada pelo autuante em relação a coletores e cateteres de que não fazem parte do Anexo Único do Convênio 01/99*”.

No entanto, a Recorrente não pode concordar com o referido entendimento.

Conforme exposto no curso do presente feito, o Convênio ICMS 01/99, em seu item 32 fez constar o CONJUNTO de Cateter de Drenagem Externa, como mercadoria beneficiada pela isenção de ICMS.

Considerando que o Extensor, item autuado relacionado nos Anexos 01 e 02 do Auto de Infração, COMPÕE o CONJUNTO de Cateter de Drenagem Externa, beneficiado pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, infere-se que tal benefício lhe alcança, ante a sua finalidade congênere.

Inclusive, para que não restassem dúvidas, na Manifestação à Informação Fiscal, apresentada em 11/08/2015, a ora Recorrente exibiu ilustrações onde é possível aferir que o extensor nada mais é que parte integrante do CONJUNTO de Cateter de Drenagem Externa, sendo que tais itens são indissociáveis um do outro e, portanto, ambos são beneficiados com a isenção de ICMS em suas saídas.

A mesma situação ocorre em relação aos itens autuados Colig Asp e Coletor, relacionado nos Anexos 01, 02 e 03 do Auto de Infração. Estes itens, apesar de apresentarem outras denominações, na verdade se tratam e têm a mesma utilidade que o item 175 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, qual seja, o Coletor para unidade de Drenagem Externa, que também é beneficiado pela isenção concedida pela referida norma.

Desta forma, ainda que o nome dos itens autuados sejam diferentes daquele indicado na norma, é inegável que estes também tratam de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, conforme dispõe o Convênio ICMS 01/99, e também são utilizados para os mesmos fins dos itens beneficiados indicados pela Recorrente, visto que o Extensor compõe o CONJUNTO de Cateter de Drenagem Externa (item 32 do Convênio) e o colig asp e o coletor tratam do mesmo coletor para unidade de drenagem externa (item 175 do Convênio).

Para que se possa aferir a igualdade entre os itens beneficiados e os itens autuados, a Recorrente apresenta as ilustrações anexas (doc. 01), onde se demonstra o que são os itens beneficiados: (a) o conjunto de cateter de drenagem externa e o coletor para unidade de drenagem externa e os itens autuados: (b) Extensor, Colig Asp e Coletor.

Sendo indiscutível a igualdade dos itens autuados e aqueles beneficiados pela isenção, em atenção ao princípio da verdade material, que prima pela busca da realidade fática das relações

tributárias, a autuação para tais itens não pode subsistir.

Ainda, em relação às **Infrações 1 e 2**, outro ponto que origina a exigência decorre da aplicação incorreta da alíquota de 12% sobre os itens autuados pela Fiscalização.

Conforme a Cláusula Segunda do Ajuste SINIEF nº 19/2012, o percentual aplicável a tais itens era de 4%, tendo em vista que os mesmos tratavam de mercadorias importadas ou com conteúdo de importação superior a 40%.

Neste ponto, o v. Acórdão recorrido consignou que *“não ficou comprovado que o estabelecimento autuado efetuou no período qualquer importação de medicamentos ou insumos destinados à fabricação dos mesmos, por isso, não poderia utilizar o benefício fiscal reclamado nas razões de defesa”*.

Para demonstrar que os itens autuados se tratavam de mercadorias importadas ou com conteúdo de importação superior a 40%, a ora Recorrente anexou ao DOC. nº 03 da sua Impugnação, cópia das Notas Fiscais de Saída no Estado da Bahia, onde constavam os CSTs (Código de Situação Tributária) dos itens autuados e relacionados nos Anexos 1, 2 e 3 do Auto de Infração.

Através do CST, constante da descrição de cada item das referidas Notas Fiscais, demonstra-se que as mercadorias eram totalmente importadas (CST 100 e 200) ou eram nacionais com conteúdo de importação superior a 40% (CST 300 e 800).

Embora os CSTs atestem a composição/origem das mercadorias transferidas, ante ao proferido no v. Acórdão recorrido, a Recorrente apresenta no presente recurso os seguintes documentos:

- a) PLANILHA dos itens autuados com conteúdo de importação superior a 40% (doc. 02), onde estão indicados o número da Nota Fiscal de saída no Estado da Bahia, o conteúdo de importação, o número de Protocolo da FCI – Ficha de conteúdo de importação, o código de controle da FCI e o número da Nota Fiscal de aquisição de tais itens;
- b) Protocolos das FCIs nºs 0098599, 0209509, 0334192 e 0336128 (doc. 03), onde estão indicadas as mercadorias, os seus códigos, seus NCMs e os códigos de controle das FCIs; e
- c) Notas Fiscais de aquisição dos itens com conteúdo de importação superior a 40%, demonstrando a incidência do imposto de apenas 4% para os itens importados (doc. 04); e
- d) Notas Fiscais de saída do Estado da Bahia (doc. 05).

Cumprе ressaltar que as Notas Fiscais de aquisição, acima mencionadas, também contêm os itens importados, bem como nas Notas Fiscais de transferência (de SC para BA), que também demonstram em cada item, em sua descrição, que se tratam de mercadorias importadas, para as quais foi aplicada a alíquota de 4% (e, conseqüentemente, o crédito tomado foi no mesmo percentual). As mercadorias em questão foram importadas por outras unidades da empresa, ou adquiridas no mercado interno, mas de importadores, ambos localizados em outras Unidades da Federação. A questão é que, pela sua natureza, não haveria como cobrar o imposto em operações interestaduais pelo percentual de 12%, conforme efetuado pelo Fisco.

Desta forma, conforme os documentos ora apresentados, resta incontroverso que os itens indicados nos Anexos 1, 2 e 3 do Auto de Infração são mercadorias importadas ou com conteúdo de importação superior a 40%, os quais devem sofrer, NO MÁXIMO, a incidência da alíquota de 4%, nos termos da Cláusula Segunda do Ajuste SINIEF nº 19/2012.

Afinal, sendo as mercadorias importadas ou com conteúdo de importação superior a 40%, deve-se aplicar a alíquota de 4% sobre as operações de saída com tais itens, INDEPENDENTEMENTE DE QUEM AS IMPORTOU OU AS INDUSTRIALIZOU.

Note-se que o Ajuste SINIEF nº 19/2012 excetua à regra apenas as hipóteses previstas em sua Cláusula Terceira, que não se aplica ao presente caso. E, ainda que a importação ou industrialização tenha sido realizada pela matriz da Recorrente, a natureza das mercadorias a ela transferidas não foi alterada.

Assim, *data vênia*, a Recorrente entende que não cabe ao julgador administrativo criar exceção à legislação pertinente, o que, neste feito, claramente prejudica o contribuinte.

Portanto, o v. Acórdão recorrido deve ser reformado para que as operações interestaduais autuadas, indicadas nos Anexos 1, 2 e 3 do Auto de Infração, sofram, NO MÁXIMO, a incidência da alíquota de 4% de ICMS.

Ante o exposto, considerando que os itens indicados nas Infrações 1 e 2 tratam dos itens 32 e 175, previstos no Convênio ICMS 01/99, nos termos do art. 264, XIV do Regimento de ICMS/12 do Estado da Bahia, estes também devem ser beneficiados com a ISENÇÃO DE ICMS, razão pela qual o v. Acórdão recorrido deve ser reformado para cancelar integralmente a exigência fiscal. Quando menos, considerando a natureza de item importado ou com conteúdo de importação superior a 40%, deve ser, no mínimo, aplicada a alíquota de 4% nas operações autuadas, conforme o Ajuste SINIEF nº 19/2012.

Na Infração 03 da autuação, exige-se diferencial de alíquota em razão da aquisição de mercadorias, oriundas de outro Estado, destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo da própria Recorrente.

Conforme exposto no curso do processo, em relação às transferências de ativo imobilizado, quando o bem tiver mais de um ano de uso pelo estabelecimento remetente, estas operações serão beneficiadas com isenção de ICMS, nos termos do art. 3º, §1º, IV da Lei nº 7.014/96, do Estado de Santa Catarina, remetente das mercadorias.

Já em relação às entradas de materiais de uso e consumo, a Recorrente realizou o pagamento do diferencial de alíquota devido, o que restou comprovado pelos documentos anexados à Impugnação.

No tocante às transferências de ativo imobilizado, o v. Acórdão recorrido entendeu que *“o defendente não comprovou mediante apresentação das notas fiscais comprobatórias das aquisições que os bens em questão se referiam a itens do imobilizado com mais de um ano de uso, impossibilitando apreciação neste aspecto”*.

Deste modo, a Recorrente vem apresentar as Notas Fiscais de aquisição dos itens pelo remetente (doc. 06), acompanhada do seu cadastro de patrimônio e das respectivas Notas Fiscais de transferência, que não deixam dúvidas de que os referidos bens foram transferidos após mais de um ano de uso no estabelecimento remetente.

Assim sendo, ante a afirmação no v. Acórdão recorrido no sentido de que, uma vez reconhecida a isenção na operação de remessa, o diferencial era indevido (*“tais transferências eram de itens do imobilizado com mais de um ano de uso no estabelecimento remetente (conforme notas de transferência – doc. 5), com isenção do imposto, de forma a atender os requisitos previstos na legislação do Estado de origem (...) as operações de transferência estavam isentas do imposto”*) e a apresentação dos documentos acima indicados, resta comprovado que a Recorrente não deixou de recolher qualquer valor relativo ao diferencial de alíquota, em virtude das transferências de ativo imobilizado, razão pela qual o v. Acórdão recorrido deve ser reformado para excluir esta parte da exigência.

No tocante às transferências de material de uso e consumo, o v. Acórdão recorrido entendeu que *“os mencionados documentos fiscais não compõem os valores exigidos no presente lançamento, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante”* e *“não ficou comprovado nos autos o recolhimento do imposto apurado no levantamento fiscal”*.

Contudo, a Recorrente não pode concordar com tal entendimento, visto que apresentou TODAS as Notas Fiscais e TODOS os comprovantes de pagamento pertinentes à suposta Infração.

Ao contrário do que erroneamente afirma o v. Acórdão recorrido, as Notas Fiscais apresentadas no (DOC. 06) da Impugnação e na Manifestação à diligência de 12/07/2016 compõem os valores exigidos e indicados no Anexo 4 do Auto de Infração.

Apesar de já exposto nos autos, mas a fim de demonstrar os valores e não deixar nenhuma

dúvida, em relação às transferências de materiais de uso e consumo, no referido Anexo 4, estão sendo exigidos os seguintes valores:

(a) Mês 3, valor de base de cálculo do ICMS R\$ 56,00, valor de diferencial de alíquota R\$ 5,60.

O valor de base de cálculo nesta competência é exatamente igual ao total indicado na Nota Fiscal nº 442.507 (R\$56,00). O valor de diferencial de alíquota (=10%), de R\$ 5,60, incidente sobre referido documento consta do Resumo de apuração de 03/2013, no campo “Débito do imposto – 002 – Outros débitos (discriminar abaixo) – Diferencial de alíquota – R\$ 5,60”. Os itens indicados na Nota Fiscal 442.507 são exatamente os mesmos indicados no Anexo 4 do AI.

(b) Mês 5, valor de base de cálculo do ICMS R\$ 200,00, valor de diferencial de alíquota R\$ 20,00.

O valor de base de cálculo para esta competência corresponde exatamente ao total indicado na Nota Fiscal nº 471.178. O valor de diferencial de alíquota (10%) neste mês foi pago a maior, constando do Resumo de apuração de 05/2012, no campo “Débito do imposto – 002 – Outros débitos (discriminar abaixo) – Diferencial de alíquota – R\$ 21,50”. Os itens indicados na Nota Fiscal 471.178 são exatamente os mesmos indicados no Anexo 4.

(c) Mês 8, valor de base de cálculo do ICMS R\$ 1.502,28, valor de diferencial de alíquota R\$ 150,24.

O valor de base de cálculo resulta da soma dos totais das Notas Fiscais nºs 495.938 (R\$ 590,35), 501.941 (R\$ 611,93) e 505.179 (R\$ 300,00). O valor de diferencial de alíquota (10%), de R\$ 150,24, consta do Resumo de apuração de 08/2013, no campo “Débito do imposto – 002 – Outros débitos (discriminar abaixo) – Diferencial de alíquota – R\$ 150,22”. Os itens indicados nas Notas Fiscais nº 495.938, 501.941 e 505.179 são exatamente os mesmos indicados no Anexo 4.

(d) Mês 10, valor de base de cálculo do ICMS R\$ 100,00, valor de diferencial de alíquota R\$ 10,00.

O valor de base de cálculo é exatamente igual ao total indicado na Nota Fiscal nº 523.252. O valor de diferencial (10%) de R\$ 10,00 consta do Resumo de apuração de 10/2013, no campo “Débito do imposto – 002 – Outros débitos (discriminar abaixo) – Diferencial de alíquota – R\$ 10,00”. O item indicado na Nota Fiscal 523.252 é exatamente o mesmo indicado no Anexo 4.

Além disso, juntamente a cada Resumo de apuração foram apresentados os respectivos comprovantes de pagamento do ICMS Normal devido em cada período autuado, quais sejam eles 03, 05, 08 e 10 de 2013. O valor de diferencial de alíquota não foi pago de forma individual, em guia específica, mas sim, compondo o total devido do ICMS do mês, de acordo com a apuração de cada período.

INSTA FRISAR QUE TODOS OS DOCUMENTOS ACIMA INDICADOS, QUE COMPROVAM INEQUIVOCAMENTE O PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA EXIGIDO, FORAM ANEXADOS AOS AUTOS NO DOC. 06 DA IMPUGNAÇÃO E NA MANIFESTAÇÃO À DILIGÊNCIA DE 12/07/2016.

Logo, o v. Acórdão recorrido não pode se manter, haja vista a Recorrente ter realizado a correta escrituração do diferencial de alíquota devido nas competências 03, 05, 08 e 10/2013, indicadas no Anexo 4 do Auto de Infração, bem como ter efetuado TODO o recolhimento do ICMS devido nas mesmas competências, conforme atestam, de forma inequívoca, todos os documentos apresentados, acima indicados.

Destarte, resta claro que nenhum valor a título de diferencial de alíquota é devido, seja em relação às transferências do ativo imobilizado, seja em relação às transferências de material de uso e consumo, motivo pelo qual o v. Acórdão recorrido deve ser reformado a fim de que a exigência da Infração nº 3 seja integralmente cancelada.

Na Infração 04 da autuação, exige-se ICMS ST decorrente de operações internas e subsequentes na venda de mercadorias destinadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ocorre que tais operações tratam de vendas para consumidores finais localizados no Estado da Bahia, conforme os documentos apresentados no Doc. 07 da Impugnação e nas Manifestações à diligência, apresentadas em 12/07/2016 e 05/05/2016, sobre as quais não há a incidência de ICMS ST,

considerando que não há operação subsequente.

Nesse ponto, embora o v. Acórdão recorrido tenha determinado a exclusão das Notas Fiscais n^{os} 42.926 e 44.033 da exigência, com o que se concorda integralmente, a Recorrente apresentou outras Notas Fiscais que também demonstram que as operações autuadas foram destinadas a outros consumidores finais, em relação ao que restou decidido que *“as notas fiscais 44.605, 43.398, 42.645 e 42.921 (fls. 949 a 958) foram destinadas a contribuintes do ICMS, sendo correta a exigência do ICMS devido por antecipação tributária”*.

Outrossim, a Recorrente também não pode concordar com a subsistência da exigência nesse ponto.

Isto porque, ao contrário do que equivocadamente entendeu o v. Acórdão recorrido, as Notas Fiscais n^{os} 44.605, 43.398, 42.645, 42.921, 46.069 e 43.370 destinavam mercadorias para o uso e consumo de seus adquirentes, o significa que não houve saída subsequente e, por essa razão, não caberia a exigência de ICMS ST.

Ressalte-se que, ainda que os adquirentes sejam contribuintes de ICMS, conforme assinalado no v. Acórdão recorrido, no presente caso NÃO OCORREU O RECOLHIMENTO DE ICMS PARA OS ITENS COMERCIALIZADOS, visto que estes não foram objeto de revenda e tributação pelos seus adquirentes. NÃO HOUVE SAÍDA SUBSEQUENTE, ÚNICA FORMA DE JUSTIFICAR A COBRANÇA DO ICMS ST.

Convém lembrar que o ICMS ST se presta apenas para antecipar a cobrança do imposto sobre as operações subsequentes. Ou seja, não existindo operação subsequente, não há exigência de ICMS ST. O simples fato do destinatário ser contribuinte do imposto não altera a referida sistemática.

Inclusive, na Manifestação à diligência apresentada em 05/05/2016, a Recorrente bem esclareceu que os itens comercializados não guardavam qualquer relação com a atividade-fim de seus adquirentes.

Desta forma, considerando que as Notas Fiscais n^{os} 44.605, 43.398, 42.645, 42.921, 46.069 e 43.370 foram destinadas a consumidores finais dos itens comercializados, conforme demonstram os documentos apresentados no curso do presente feito, o v. Acórdão recorrido deve ser reformado para determinar a exclusão das referidas operações da exigência.

Na Infração 05 da atuação exige-se ICMS em razão da suposta omissão de saídas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques.

Porém, nesse ponto, a Fiscalização não considerou as saídas por meio das Notas Fiscais de Amostra no período autuado, qual seja 2013 e 2014, bem como não considerou a alteração que ocorreu dos códigos n^{os} 265675 (luva procedimento p), 265682 (luva procedimento m) e 292862 (luva procedimento pp) para os códigos n^o 388770 (luva procedimento p), 388787 (luva procedimento m) e 388763 (luva procedimento pp).

Em relação às Notas Fiscais de Amostra não computadas pelo levantamento de estoques, o v. Acórdão recorrido entendeu *“que o defendente deveria comprovar que as alegadas amostras grátis eram nas mesmas especificações, embalagens e tamanhos daqueles produtos que foram objeto do levantamento quantitativo de estoques”*.

Isto posto, ainda que a Recorrente tenha apresentado todas as Notas Fiscais de Amostra de 2013, ora se apresenta as Notas Fiscais de Amostra que tiveram saída em 2014 (doc. 07) e Planilha (doc. 08), onde foram relacionadas todas as Notas Fiscais de Amostra de 2013 e 2014, que indica o código do produto dado em amostra, com a respectiva conversão da unidade de medida, de acordo os parâmetros utilizados na autuação.

Desse modo, ante a relação das Notas Fiscais de saídas de amostra, com a demonstração de quais itens tiveram saída com os referidos documentos (o que pode ser realizado através do código interno do produto da empresa), quais quantidades saíram e os seus respectivos valores de ICMS, é possível verificar quais itens e as quantidades autuadas devem ser excluídas da exigência, de modo que o v. Acórdão recorrido deve ser reformado para determinar a exclusão das referidas

saídas de Amostra da exigência, sob pena de se exigir imposto em duplicidade.

Já em relação à alteração dos códigos de luvas, o v. Acórdão recorrido consignou que *“não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD”*.

Inicialmente, cumpre lembrar que a Recorrente até tentou efetivar a alteração do EFD, decorrente da alteração dos códigos de luvas, após a ciência da autuação em discussão. Contudo, não obteve êxito junto ao Auditor Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração em epígrafe, conforme já informado na Manifestação à diligência apresentada em 12/07/2016.

Sendo assim, de fato, a Recorrente não enviou qualquer alteração da sua EFD acerca dos códigos de luvas em comento à Fiscalização.

Por outro lado, nas Manifestações apresentadas em 11/08/2015 e 12/07/2016, a Recorrente juntou aos autos Relatórios de seu sistema interno de controle de estoques (ERP LX), onde se constata as seguintes movimentações:

(a) Em 01/01/2013, apuram-se baixas das seguintes quantidades, nos seguintes códigos:

- (a.1) código 265675 – 12.322.000-
- (a.2) código 265682 – 2.581.000-
- (a.3) código 292862 – 648.000-

(b) Em 01/01/2013, apuram-se ingressos das mesmas quantidades, nos seguintes códigos:

- (b.1) código 388770 – 12.322.000+
- (b.2) código 388787 – 2.581.000+
- (b.3) código 388763 – 648.000+

Ademais, embora a Recorrente não possa demonstrar de outra forma, além da já demonstrada pelos Relatórios, as saídas de itens que efetivamente NÃO saíram do seu estoque, no caso dos itens 265675, 265682 e 292862, ora se apresenta Planilha (doc. 09), onde se relacionou os códigos 388770, 388787 e 388763, os quais substituíram os anteriormente indicados, respectivamente, relacionando as Notas Fiscais que deram saída a tais itens, com data, destino, CFOP, quantidades e o valor de ICMS destacado para todas as operações.

E, para corroborar a Planilha acima indicada, a Recorrente também junta ao presente Recurso, TODAS as Notas Fiscais (**doc. 10**), indicadas na Planilha, que comprovam as saídas dos itens com os códigos 388770, 388787 e 388763.

Assim sendo, em atenção ao princípio da verdade material, ainda que a EFD não tenha sido alterada para substituir os códigos de luvas, visto que tal procedimento não foi oportunizado à Recorrente, ante as provas acima indicadas, não é possível ignorar a realidade fática das operações realizadas quanto às saídas dos itens com códigos 388770, 388787 e 388763, os quais substituíram os códigos 265675, 265682 e 292862.

Portanto, a exclusão das quantidades indicadas na Planilha do documento nº 10, referentes à Infração nº 05, é necessária para que a Recorrente não seja obrigada a pagar duas vezes por operações que não foram omitidas à Fiscalização do Estado da Bahia.

Ante o exposto, o v. Acórdão recorrido deve ser reformado, para que seja determinada a exclusão da exigência dos itens que tiveram saída por meio das Notas Fiscais de Amostra e dos itens que sofreram a alteração dos códigos de 265675, 265682 e 292862 para 388770, 388787 e 388763.

DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO DECLARADAS ICMS ST – INFRAÇÃO – 06

Na Infração nº 06 da autuação, exige-se ICMS ST decorrente da suposta omissão de saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoques realizado pela Fiscalização.

Considerando que a Fiscalização deixou de considerar as saídas referentes às Notas Fiscais de Amostra e à alteração dos códigos de luvas, o que resultou na presente exigência, esclarecidas as referidas omissões pela Recorrente, não há como subsistir a exigência de ICMS normal, tampouco

a exigência de ICMS ST decorrente.

Acerca deste ponto, o v. Acórdão recorrido entendeu que *“não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD, ficando caracterizado que o levantamento fiscal foi efetuado corretamente, com base na referida escrituração”*.

Todavia, conforme exposto no ponto anterior, a Recorrente realmente não enviou a alteração da sua EFD à Fiscalização, pois tal possibilidade não lhe foi oportunizada.

Ainda assim, em atenção ao princípio da verdade material, todos os documentos e Notas Fiscais apresentados no ponto anterior do presente Recurso devem ser considerados, porque comprovam a realidade fática das operações realizadas pela Recorrente, que efetivamente realizou a saída dos itens autuados, indicados na Infração nº 05. Ou seja, até 31/12/2012, as operações com luvas eram realizadas pelos códigos 265675, 265682 e 292862. A partir de 01/01/2013, tais códigos/itens deixaram de existir, e toda a movimentação pertinente passou a ser realizada através dos códigos 388770, 388787 e 388763, inexistentes anteriormente a esta data. Esta situação pode ser conferida através dos relatórios juntados pela empresa, em suas manifestações de 11/08/2015 e 12/07/2016.

Isto posto, o v. Acórdão recorrido deve ser reformado para que, ante a comprovação das saídas dos itens indicados na Infração nº 05, a exigência da Infração nº 06, por conseguinte, também seja integralmente cancelada.

Em relação às multas aplicadas na autuação (60% e 100%), o v. Acórdão recorrido entendeu que estas foram corretamente aplicadas.

No entanto, como exposto na Impugnação, o inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

Desta forma, o quantum relativo à multa deve ser proporcional ao valor do tributo, de modo que não permita à Fiscalização, no exercício do poder de tributar, destruir o patrimônio do contribuinte.

Igualmente, no caso em tela, as multas aplicadas de 60% e 100%, não mantêm qualquer proporcionalidade com as supostas faltas cometidas, o que implica em retirada de patrimônio sem causa justificada, descumprindo regra contida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Junta em seu favor diversas decisões Judiciais, inclusive, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS, em 28/04/2015, o E. STF estabeleceu em 20% o limite das multas tributárias.

Em decorrência do exposto, torna-se indubitável que, em vista do ordenamento jurídico pátrio, as penalidades aplicadas devem ser afastadas, ou quando menos fixadas até 20%, acarretando a reforma do v. Acórdão recorrido.

Outrossim, em relação aos juros SELIC, o v. Acórdão recorrido também entendeu que estes foram corretamente aplicados.

Entretanto, a Recorrente entende que não pode prevalecer a aplicação dos referidos juros sobre o montante supostamente devido, ou de qualquer outra taxa de juros remuneratórios. Isto porque os juros remuneratórios são inaplicáveis, de acordo com a legislação tributária.

Conforme já exposto na Impugnação, a taxa SELIC consiste numa forma de juros *remuneratórios*. E, no caso dos tributos, são devidos apenas juros de mora, ou seja, em decorrência do pagamento tardio de obrigação tributária.

De acordo com o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, apenas com expressa disposição de lei ordinária, acerca do cálculo dos juros *moratórios* incidentes nas obrigações tributárias, essa taxa poderá ser diferente de 1% ao mês.

Desta forma, o v. Acórdão recorrido deve ser reformado para que sejam aplicados, no máximo, juros de até 1% ao mês, conforme expressa previsão legal.

Diante do exposto, requer seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário para, reformando o v. Acórdão recorrido, seja determinado o cancelamento integral do Auto de Infração em epígrafe.

Não sendo este o entendimento, requer sejam excluídos os seguintes valores:

- (a) relativos aos produtos isentos ou aos quais poderia ser aplicado, no máximo, a alíquota de 4%;
- (b) relativos aos supostos diferenciais de alíquota inexistentes ou já pagos;
- (c) relativos ao remanescente das vendas a consumidores finais;
- (d) relativos às saídas de Amostra;
- (e) relativos aos itens que sofreram alteração dos seus códigos;
- (f) relativos às multas, ou quando menos, reduzidos ao percentual de 20%; e
- (g) relativos aos juros, ou quando menos, reduzidos ao percentual de 1% ao mês.

Por fim, considerando que a justificativa da decisão de primeira instância para não acatamento dos argumentos apresentados pela Recorrente foi no sentido de que não teriam restado comprovadas as alegações da empresa, e considerando o princípio da verdade material, requer-se a juntada, com a devida apreciação, de novos documentos, que apenas reforçam tudo o que já foi dito pela Recorrente anteriormente.

É o Relatório.

VOTO (Vencido quanto às infrações 3 e 4)

Trata-se de Recurso de Recurso Voluntário interposto pela recorrente, em razão do Acórdão da 3ª JF N° 0245-03/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 19/12/2014, referente à exigência de R\$158.277,59 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

A infração 01 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas de Janeiro/13 a Abril/14.

O Autuante informa que o produto Extensor NCM 9018.39.29, extensor, não encontram correspondência ao Anexo Único do ICMS 01/99 no item 32 - Conjunto de cateter de drenagem externa - NCM 9018.39.29.

O Contribuinte rebate, e informa que este item apesar de apresentar outras denominações, na verdade se tratam da mesma utilidade que o item nº 32 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, a qual seja, - Conjunto de cateter de drenagem externa - NCM 9018.39.29.

Esclarece ainda que, extensão de linha de infusão, conecta o equipo ao dispositivo de acesso venoso, propicia conforto e liberdade de movimentação e controle de volume residual. - Tubo extensor em PVC Cristal; - Conexão Luer para dispositivo de acesso venoso; - Conector Luer Lock fêmea distal, tampa rosqueável. Registro Anvisa: 10252420050.

ANEXO ÚNICO - CONVÊNIO 01/99

ITEM	NCM	EQUIPAMENTOS E INSUMOS
32	9018.39.29	Conjunto de cateter de drenagem externa
Item autuado nos anexos 01 ; 02 e 03		
	9018.39.29	Extensor
JUSTIFICATIVA: O Extensor nada mais é que parte integrante do Conjunto de cateter de drenagem externa, sendo que tais itens são indissociáveis um do outro e, portanto ambos são beneficiados com a isenção do ICMS em suas saídas.		

Diante do acima exposto, concluo que todos os Extensores contidos no Demonstrativos da Infração, devem ser considerados como Conjunto de cateter de drenagem externa, item 32 NCM 9018.39.29.

O Autuante informa que com referência os produtos, Coletor e Colig Asp (NCM 9018.90.89), não encontrou correspondência no Anexo Único do ICMS 01/99 no item 175 - Coletor para unidade de drenagem externa - NCM 9018.90.89.

O Contribuinte, inconformado com a autuação, esclarece que o Coletor e Coligação, apesar de

apresentar outras denominações, na verdade se tratam da mesma utilidade que o item nº 175 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, a qual seja, Coletor para unidade de drenagem externa - NCM 9018.90.89.

Esclarece ainda que:

O Coletor de secreção em sistema refil, desenvolvimento Cremer para linha de aspiração cirúrgica, elaborado para facilitar a aspiração de secreções em vias aéreas, cavidades e cirurgias gerais. Venda somente do refil, e acessórios e suportes em sistema comodato Base externa fixa não descartável; Frasco refil PVC descartável; Válvula antirrefluxo; Tampa com cola auto vedante; Acessórios de fixação; e Uso único Registro Anvisa: 80154420027.

Extensões para oxigenoterapia e aspiração cirúrgica, paredes grossas e flexíveis. Material PVC; Diversos diâmetros; Diversos comprimentos; Comprimentos variados; Conexão graduada ou elastômero; Estéril; PVC cristal; Verde; Cristal fosco; lipoaspiração 0,35mt, 1,00mt, 1,50mt, 2,00mt, 2,50mt, 3,00mt, 4,00mt, 5,00mt.

ANEXO ÚNICO - CONVÊNIO 01/99

ITEM	NCM	EQUIPAMENTOS E INSUMOS
175	9018.90.89	Coletor para unidade de drenagem externa
Item autuado nos anexos 01 ; 02 e 03		
	9018.90.89	Coletor Asp Un Vc e Colig Asp
JUSTIFICATIVA: Este item apesar de apresentar outras denominações, na verdade se tratam e têm a mesma utilidade que tem o item 175 do Anexo Único do Convênio 01/99.		

Diante do acima exposto, concluo que todos os Coletores e Colig Asp contidos no Demonstrativos da Infração, devem ser considerados como Coletor para unidade de drenagem externa – item 175 - NCM 9018.90.89.

Em vista dos produtos Extensores; Coligação Asp. e Coletores, estarem enquadrados nos itens 32 e 175 do Convênio 01/99, julgo a infração 01 – Improcedente.

Infração 02 – Trata-se de saída de Brindes sem Tributação no valor de R\$ 478,28, dos seguintes produtos:

- Coletor Secr MS VC Lipo 2000ml;
- Colig Asp um vc Verde;
- Colig Asp Um Vc Cristal 2,0m
- Coletor Uri Sist Fec 2000ml.

Ainda em relação às infrações 01 e 02, outro ponto que origina a exigência decorre da aplicação incorreta da alíquota de 12% sobre os itens autuados pela Fiscalização.

A Recorrente justifica que conforme a Cláusula Segunda do Ajuste SINIEF nº 19/2012, o percentual aplicável a tais itens era de 4%, tendo em vista que os mesmos tratavam de mercadorias importadas ou com conteúdo de importação superior a 40%.

O Acórdão recorrido consignou que “*não ficou comprovado que o estabelecimento autuado efetuou no período qualquer importação de medicamentos ou insumos destinados a fabricação dos mesmos, por este motivo não poderia utilizar o benefício fiscal*”.

O Contribuinte anexou ao (Doc -03) da sua impugnação, cópias das NFs de saída no Estado da Bahia, onde constam os CSTs (Código de Situação Tributária).

Ficou demonstrado na descrição de cada item que as mercadorias eram totalmente importadas (CST 100 e 200), ou eram nacionais com conteúdo de importação superior a 40% (CST 300 e 800). E para reforçar a sua argumentação junta os seguintes documentos:

- a) Planilha dos itens autuados com o conteúdo de importação superior a 40% (Doc 02), onde estão indicados o número da Nota Fiscal de saída no Estado da Bahia; o conteúdo de importação, o número do Protocolo da FCI (ficha de conteúdo de importação; o código de controle da FCI e o número da NF de aquisição de cada item.

- b) Protocolos das FCIs nºs 0098599; 0334192; e 0336128 (Doc 03), onde estão indicadas as mercadorias, os seus códigos, seus NCMs e os códigos de Controle das FCIs;
- c) Notas Fiscais de aquisição dos itens com conteúdo de importação superior a 40%, demonstrando a incidência do imposto de apenas 4% para os itens importados (Doc 04); e
- d) Notas Fiscais de saída do Estado da Bahia (Doc 05).

Desta forma, por se tratar de mercadorias com conteúdo de importação superior a 40%, concorda que no máximo deve-se aplicar a alíquota de 4%, nos termos da Cláusula Segunda do Ajuste SINIEF nº 19/2012.

Por se tratarem dos mesmos produtos das infrações 01 e 02, e considerando-se que os itens indicados nas Infrações 01 e 02 tratam dos itens 32 e 175, previstos no Convênio de ICMS 01/99, nos termos do art. 264, XIV do RICMS/12 da Bahia, que a infração 02 é improcedente.

Infração 03 - (Uso e ou Consumo e Ativo Imobilizado) R\$ 1.413,08.

No Anexo 04, as infrações foram separadas por competência/mês.

No “**Mês 1**”, foi relacionado o item “Estrutura de aço porta pallets – código XEST004250” transferido, em 02/01/2013, por meio da Nota Fiscal nº 245.861, com CFOP 6552.

No “**Mês 2**”, foram relacionados os itens “Batedeira (uso doméstico) – código XBAT000300” e “Coletor de material perfuro – código XCOL002400” transferidos, em 04/02/2013, por meio da Nota Fiscal nº 432.024, com CFOP 6552.

No “**Mês 4**”, foi relacionado o item “NOTUS XAROPE – código XNOT025000” transferido, em 08/04/2013, por meio da Nota Fiscal nº 451.973, com CFOP 2552.

Justifica o Contribuinte que as Notas Fiscais acima indicadas foram apresentadas pela empresa no Anexo 5 da sua Impugnação, e tinham como natureza da operação “transferência do ativo imobilizado (com mais de um ano de uso)” e apresentavam no campo “Dados Adicionais – Informações Complementares” a informação “ICMS ISENTO – art. 35, II, a, do Anexo 2 do RICMS/SC.

Conforme já exposto anteriormente, as operações de transferência, acima referidas, ocorreram entre unidades da empresa (CFOP 2552), de itens do seu ativo imobilizado com mais de um ano de uso pelo remetente (localizado em SC), transferidas conforme a legislação do Estado de origem (SC), que reproduziu no art. 35, II, a, do Anexo 2 do RICMS/SC a previsão dos Convênios ICMS 70/90 e 151/94, que prevê a isenção das operações em questão.

Ou seja, as transferências de ativo imobilizado com mais de 12 (doze) meses de uso são ISENTAS.

Para comprovar que os Ativos Imobilizados tinham mais de doze meses, o Contribuinte, junta provas no (Doc 06) do seu recurso, referente as Notas Fiscais de aquisição dos itens pelo remetente, acompanhada do seu cadastro de patrimônio e das Notas Fiscais de transferências, que não deixam dúvidas de que os referidos bens foram transferidos com mais de um ano de uso no estabelecimento remetente, conforme baixo:

1. Nota Fiscal nº 39358 emitida em 18/05/2001, no valor de R\$ 20.130,00 referente a aquisição de Montantes; Longarinas; Distanciadores e Fixadores para estrutura Porta Palets;
2. Nota Fiscal nº 3362 emitida em 12/01/2002, no valor de R\$ 39.700,00, referente a aquisição de Bluetooth Audio Completo e Leitor Imager, Display Colorido; e
3. Nota Fiscal nº 603613 emitida em 19/03.2007, no valor de R\$ 6.891,04, referente a aquisição de Infoway ST 4342 – WXPP e seus periféricos.

Assim sendo, o art. 3º, §1º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, expressamente dispensa o pagamento de diferencial de alíquota nas operações em que não houver a incidência do ICMS (isenção).

Deste modo, nenhum valor é devido a título de diferencial de alíquota pelas operações indicadas nos meses 1, 2 e 4 do Anexo 4 referentes à Infração 3 do Auto de Infração, pois tais operações

foram beneficiadas com isenção em sua origem.

Insta ressaltar que, ainda que inexistisse isenção ou dispensa de pagamento na legislação do Estado da Bahia nas transferências de ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme aduz o fiscal, a empresa realizou suas operações de acordo com a legislação do Estado de origem e não de acordo com a legislação do destinatário, conforme erroneamente se pretende.

Diante de todo o exposto pelo Contribuinte, a de se ressaltar que a Súmula nº 166 que diz: *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Por este motivo, concluo, que os Ativos Imobilizados recebidos em transferências da sua Matriz, com mais de um ano de uso e com o reforço da Súmula nº 166, não devem ser tributados.

Ainda, no Anexo 4 do Auto de Infração foram indicados:

(a) o **“Mês 3”**, onde foram relacionados os itens “Aviso concessão férias 2 vias – código B826050471”, “Envelope kraft c/impr.19x25cm – código B826145931”, “Envelope kraft c/impr.23x30 – código B826145933” e “Envelope kraft c/impr. 26X36 – código 826145935” transferidos, em 26/03/2013, por meio da Nota Fiscal nº 442.507, no valor de R\$ 56,00 com CFOP 6557, e o DIFAL calculado de R\$ 5,60 conta do Resumo de apuração de 03/2013 no campo “Débito do imposto -002 – Outros Débitos. Os itens indicados na Nota Fiscal nº 442507, são iguais aos indicados no Anexo 4 do Auto de Infração.

(b) o **“Mês 5”**, onde foi relacionado o item “Termo-Higrômetro TH50 9690002000 Digital Icoterm – código B754585699” transferido, em 31/05/2013, por meio da Nota Fiscal nº 471.178, com CFOP 6557, valor de R\$ 200,00, e o DIFAL calculado de R\$ 20,00 conta do Resumo de apuração de 05/2013 no campo “Débito do imposto -002 – Outros Débitos. Os itens indicados na Nota Fiscal nº 442507, são iguais aos indicados no Anexo 4 do Auto de Infração.

(c) o **“Mês 8”**, onde foram relacionados os itens “Sapato masc.preto s/metal nº 44 – código B824371244”, “Calça masc. cinza claro nº 38 – código B881034338”, “Calça masc. cinza claro nº 42 – código B881034342”, “Calça masc. cinza claro nº 44 – código B881034344”, “Jaleco tergal azul/5302 nº 40 – código B881050040”, “Jaleco tergal azul/5302 nº 42 – código B881050042” e “Jaleco tergal azul/5302 nº 44 – código B881050044” transferidos, em 20/08/2013, por meio da Nota Fiscal nº 495.938, com CFOP 6557, e novos itens, com os mesmos códigos indicados anteriormente, transferidos, em 27/08/2013, por meio da Nota Fiscal nº 501.941, com CFOP 6557, e o item “Termo-Higrômetro TH50 9690002000 Digital Icoterm – código B754585699” transferido, em 29/08/2013, por meio da Nota Fiscal nº 505.179, com CFOP 6557, que ora se junta aos autos (doc nº 01); e o DIFAL calculado de R\$ 150,24 conta do Resumo de apuração de 08/2013 no campo “Débito do imposto - 002 – Outros Débitos. Os itens indicados na NFs supra são iguais aos indicados no Anexo 4 do Auto de Infração.

(d) o **“Mês 10”**, onde foi relacionado o item “Termo-Higrômetro TH50 9690002000 Digital Icoterm – código B754585699” transferido, em 29/10/2013, por meio da Nota Fiscal nº 523.252, com CFOP 6557, que ora também se junta aos autos (doc. nº 02), e o DIFAL calculado de R\$ 10,00 conta do Resumo de apuração de 10/2013 no campo “Débito do imposto -002 – Outros Débitos. Os itens indicados na Nota Fiscal nº 523252, são iguais aos indicados no Anexo 4 do Auto de Infração.

O Contribuinte registra que a apuração do diferencial de alíquota se dá pela entrada da Nota Fiscal, e não pela sua data de emissão. Assim sendo, pode haver diferença entre o mês da emissão das Notas Fiscais indicadas e o seu registro no Livro de Entrada, o que se consigna em razão da Nota Fiscal nº 495.938, emitida em 31/07/2013, **que teve sua entrada em 20/08/2013**.

As Notas Fiscais supracitadas, em grande parte foram apresentadas pela empresa no Anexo 6 da sua Impugnação, tinham como natureza da operação “transferência de material de uso e consumo” e tiveram o diferencial de alíquota recolhido, de acordo com o mês de ingresso no estabelecimento baiano, conforme se verifica dos registros contábeis e dos comprovantes de

pagamento apresentados referentes aos meses 03, 05 e 08/2013 (Resumos de apuração do imposto – Débito; Registros de apuração – Entradas; Registros de apuração – saídas e DAES pagos), também apresentados no Anexo 6 da Impugnação.

Em relação ao “Mês 10”, a empresa ora apresenta os registros contábeis e o DAE de 10/2013 (doc. nº 03), que comprovam o lançamento e o recolhimento do diferencial de alíquota do item “Termo-Higrômetro TH50 9690002000 Digital Icoterm – código B754585699” transferido, em 29/10/2013, por meio da Nota Fiscal nº 523.252, com CFOP 6557.

Destarte, **ante todas as provas apresentadas que confirmam os argumentos da empresa**, resta claro que nenhum valor é devido a título de diferencial de alíquota nas operações indicadas no Anexo 4 da Infração 3, do Auto de Infração. Quando devido, o imposto foi recolhido. Não foi recolhido apenas no caso das operações isentas.

Cumprе ressaltar que, ainda que a empresa não tivesse informado em sua EFD os valores referentes ao débito de diferencial de alíquota, o que não ocorreu (doc. 04), em atenção ao princípio da verdade material devem ser acolhidos os documentos apresentados durante o curso do presente feito.

Estes demonstram que a empresa, de fato, não deixou de recolher qualquer valor. O que pode ter ocorrido, no máximo, foi um erro na declaração desta informação, que não altera o fato da empresa ter realizado todos os recolhimentos corretamente à fiscalização do Estado da Bahia.

Compulsando os autos, verifico que procede as alegações do Recurso do Contribuinte, e por este motivo, não vejo razão para existir a de Infração 03, que pretendia cobrar Diferencial de Alíquotas sobre transferências de Ativo Imobilizado e de Material de uso e consumo que restou comprovado o seu integral pagamento via Resumo de Apuração de (Março/13; Maio/13; Agosto/13 e Outubro/13), diante do exposto, julgo improcedente a Infração 03.

Infração 04: Alega que as 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 foi adotado o mencionado CFOP 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.

Salienta que nas operações realizadas para consumidores finais, não existiram operações subsequentes e por isso não seria devido o pagamento de ICMS substituição tributária, que corresponde ao pagamento do imposto referente a todas as operações subsequentes (doc. 07).

Não havendo operação subsequente, não é o caso de aplicação de ST. Por isso, afirma que a exigência constante na infração 04 não pode prosperar, porque exige ICMS substituição tributária de operação para consumidores finais.

Embora o v. Acórdão recorrido tenha determinado a exclusão das Notas Fiscais nºs 42.926 e 44.033 da exigência, com o que se concorda integralmente, a Recorrente apresentou outras Notas Fiscais nºs 44.605; 43.398; 42.645; e 42.921 (fls.949 a 958), que foram destinadas a contribuintes do ICMS e para fins de uso e consumo, o que não significa que não houve saída subsequente e, por esta razão, não caberia a exigência de ICMS ST.

Para o caso supra, concordo com as alegações recursais, e julgo a infração 4 improcedente.

Infração 05 – Omissão de saída apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques no valor de R\$ 54.785,50.

Ressalta o Recorrente que a fiscalização não considerou as saídas por meio de Notas Fiscais de Amostra no período autuado (2013/2014), bem como não considerou a alteração que ocorreu dos códigos nºs:

1. 265675 – Luva de procedimento P;
2. 265682 – Luva de procedimento M;

3. 292862 – Luva de procedimento PP

Para os códigos n^{os}:

1. 388770 - Luva de procedimento P;
2. 388787 - Luva de procedimento M;
4. 388763 - Luva de procedimento PP

Em relação às Notas Fiscais de Amostra não computadas pelo levantamento de estoques, o Acórdão entendeu *“que o defendente deveria comprovar que as alegadas amostras grátis eram nas mesmas especificações, embalagens e tamanhos daqueles produtos que foram objeto do levantamento quantitativo de estoques”*.

Mesmo o contribuinte tendo apresentado todas as Notas Fiscais de Amostra que tiveram saída em 2014 (Doc. 07) e Planilha (Doc. 08), onde foram relacionadas todas as Notas Fiscais de Amostras de 2013 e 2014, que indica o código do produto dado em amostra, com a respectiva conversão da unidade, de acordo com os parâmetros utilizados na autuação.

Com relação à alteração dos códigos de luvas, o Acórdão recorrido consignou que *“não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD”*.

O Recorrente informa que até tentou efetivar a alteração da EFD, contudo, não obteve êxito junto ao Auditor Fiscal responsável.

Para demonstrar as suas alegações, juntou aos autos Relatório de sistema interno de controle de estoques (ERP LX), onde se constata as seguintes movimentações:

(a) Em 01/01/2013, apuram-se baixas da seguintes quantidades, nos seguintes códigos:

- (a.1) código 265675 – 12.322.000(-) no valor de R\$24.437,67 (D.D. – Omissão de Saídas Maior que os das entradas – Infração 5) e de R\$6.648,51 (D.D. – Omissão de Saídas - Falta de Retenção do ICMS – Infração 6);
- (a.2) código 265682 – 2.581.000(-) no valor de R\$8.292,48 (D.D. – Omissão de Saídas Maior que os das entradas) e de R\$2.256,05 (D.D. – Omissão de Saídas - Falta de Retenção do ICMS – Infração 6);
- (a.3) código 292862 – 648.000(-) no valor de R\$1.164,39 (D.D. – Omissão de Saídas Maior que os das entradas) e de R\$316,78 (D.D. – Omissão de Saídas - Falta de Retenção do ICMS – Infração 6).

(b) Em 01/01/2013, apuram-se ingressos da seguintes quantidades, nos seguintes códigos:

- (b.1) código 388770 - 12.322.000(+);
- (b.2) código 388787 - 2.581.000(+);
- (b.3) código 388763 - 648.000(+).

Para corroborar com a verdade material, a Recorrente junta ao PAF todas as Notas Fiscais (Doc. 10), que comprovam as saídas dos itens com os códigos 388770; 388787 e 388763.

Mesmo que a EFD não tenha sido alterada para substituir os códigos de luvas, visto que tal procedimento não foi oportunizado à Recorrente, não é possível ignorar a realidade fática das operações realizadas quanto às entradas dos itens com códigos acima mencionados.

Diante de todo o exposto, considero que as luvas acima mencionadas, devem ser excluídas da infração 05, motivo pela qual julgo a infração parcialmente procedente, no qual exclui-se do lançamento de R\$54.267,21 os valores de: R\$24.437,67; R\$8.292,48 e R\$1.164,39, que totaliza o valor de R\$20.372,67.

Infração 06 – Exige-se ICMS-ST decorrente da suposta omissão de saídas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques no valor de R\$ 12.125,97.

Conforme já demonstrado na Infração 05, tratam-se de luvas que tiveram os seus códigos

alterados e não registrados estas alterações nas EFDs. O Autuado não obteve autorização para proceder a alteração nas EFDs, visto, não é possível ignorar a realidade fática das operações realizadas quanto às saídas dos itens com códigos acima mencionados.

Diante de todo o exposto, considero que as luvas acima mencionadas, devem ser excluídas da infração 06, motivo pela qual julgo a infração parcialmente procedente, no qual exclui-se do lançamento de R\$12.785,50 os valores de: R\$6.648,51; R\$2.256,05 e R\$316,78, que totaliza o valor de R\$3.564,16.

Segue abaixo um novo demonstrativo após o julgamento desta Câmara:

Autos	JULGAMENTO DA JUNTA			JULGAMENTO DA CÂMARA			
	2013	2014	Total	2013	2014	Total	Resultado
Infr-01	65.669,83	23.125,97	88.795,80	0,00	0,00	0,00	Improcedente/Provido
Infr-02	478,28	0,00	478,28	0,00	0,00	0,00	Improcedente/Provido
Infr-03	1.413,08	0,00	1.413,08	0,00	0,00	0,00	Improcedente/Provido
Infr-04	510,72	0,00	510,72	0,00	0,00	0,00	Improcedente/Provido
Infr-05	54.785,50	0,00	54.785,50	20.372,67	0,00	20.372,67	Parcial Procedente/P. Provido
Infr-06	12.785,50	0,00	12.785,50	3.564,16	0,00	3.564,16	Parcial Procedente/P. Provido
TOTAL	135.642,91	23.125,97	158.768,88	23.936,83	0,00	23.936,83	

Quanto ao pedido de afastamento ou redução do percentual das multas aplicadas, observo que o art. 158 do RPAF/BA e §7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96 preveem que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser canceladas ou reduzidas desde que não impliquem em falta de pagamento do imposto. De pronto, fica afastado o pedido quanto às infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6 por tratarem de descumprimento de obrigação principal, logo, inexistente previsão legal para este órgão julgador cancelar ou reduzir as multas destas infrações.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado no valor de R\$23.936,83 e PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, remanescendo parcialmente as infrações 5 e 6 da autuação.

VOTO VENCEDOR (Infrações 3 e 4)

Peço vênica para discordar da posição do nobre Relator em relação às Infrações 03 e 04.

Inicialmente ressalto que, apesar do demonstrativo analítico da Infração 03 conter valores para os meses de janeiro a maio, agosto e outubro de 2013, tanto no demonstrativo sintético quanto no Auto de Infração só foram registrados valores exigidos para os meses de janeiro, fevereiro, abril e agosto de 2013, motivo pelo qual deixo de me manifestar em relação aos demais meses.

No mês de janeiro de 2013, a autuação se refere ao item “estrutura de aço porta pallets – código XEST004250” transferido em 02/01/2013, por meio da Nota Fiscal nº 245.861, no valor total de R\$5.300,10, com CFOP 6.552.

No mês de fevereiro de 2013, a autuação se refere aos itens “coletor de material – código XCOL002400” e “bateria para coletor – código XBAT000300”, transferidos em 04/02/2013, por meio da Nota Fiscal nº 432.024, no valor total de R\$7.500,00, com CFOP 6.552.

No mês de abril de 2013, a autuação se refere ao item “itautech infoway – código XNOT025000” transferido em 08/04/2013, por meio da Nota Fiscal nº 451.973, no valor total de R\$1.330,52, com CFOP 6.552.

Justifica o Autuado que o imposto não é devido porque as operações seriam isentas, nos termos do Art. 3º, §1º, IV da Lei nº 7.014/96, tendo as Notas Fiscais acima indicadas sido apresentadas pela empresa no Anexo 5 da sua Impugnação, indicando como natureza da operação “TRANSF ATIVO IMOBILIZADO (COM MAIS DE UM ANO DE USO)” e apresentando no campo “Dados Adicionais – Informações Complementares” a informação “ICMS ISENTO – ART. 35, II, A, DO ANEXO 2 DO RICMS/SC”.

Vejamos a redação do dispositivo invocado, hoje revogado, vigente à época dos fatos:

“§1º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

*...
IV - nas aquisições de bens ou mercadorias com não-incidência do imposto ou isenção decorrente de convênio.”*

Ora, não há qualquer convênio que estabeleça a isenção nas transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado, sendo inaplicável à espécie o benefício pretendido. O citado Convênio ICMS 70/90 só trata de operações internas e o Convênio ICMS 151/94 apenas prorrogou as suas disposições.

No tocante ao mês de agosto de 2013, a autuação se refere ao cálculo a menor relativo a diversos itens transferidos em 20, 27 e 29/08/2013, por meio das Notas Fiscais nº 495.938, 501.941 e 505.179, no valor total de R\$1.502,28, todas com CFOP 6.557.

Verifico que o Autuante calculou a diferença de alíquota no valor de R\$150,24 e o Autuado o valor de R\$150,22, lançando este valor no Resumo de Apuração de 08/2013 no campo “Débito do Imposto - 002 – Outros Débitos”.

Ora, há um equívoco no valor calculado pelo Autuante: 10% de R\$1.502,28 é R\$150,228, que truncando na segunda casa resulta em R\$150,22, que é exatamente o que calculou e lançou o Autuado. Não encontrei na legislação a regra para arredondamento, mas o truncamento é autorizado pela Receita Federal do Brasil na Nota Orientativa nº 01/2018 - Arredondamentos de retenções na EFD-Reinf.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário em relação à Infração 03, de forma a excluir o lançamento relativo ao mês de agosto de 2013 (R\$0,02), mantendo a autuação em relação aos demais meses.

A Infração 04 exige o ICMS relativo à substituição tributária que não foi recolhido em razão da falta de retenção nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e agosto de 2013.

Constato que se tratam de produtos farmacêuticos, especificamente luvas, algodão, fralda, seringa e curativo, todos sujeitos à substituição tributária.

O Autuado alegou que as referidas mercadorias foram destinadas a consumidores finais, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, que não adquiriram os referidos itens para comercialização, mas para seu uso próprio, hipótese em que não é devido o pagamento de ICMS substituição tributária por não existir operações subsequentes.

A Decisão recorrida julgou esta infração parcialmente procedente em função da exclusão das Notas Fiscais nºs 42.926 e 44.033, tendo o nobre Relator se inclinado pela improcedência por entender que as Notas Fiscais nºs 44.605, 43.398, 42.645 e 42.921 haviam sido destinadas a contribuintes do ICMS e para fins de uso e consumo.

Não há como concordar com tal opinativo, primeiro porque a infração não relaciona apenas estas 6 notas fiscais, mas um total de cerca de 25 notas fiscais para contribuintes diversos, das quais apenas 20 notas fiscais foram apresentadas pelo Autuado, e segundo porque todos os destinatários constantes das notas fiscais apresentadas são pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, entre supermercados, farmácias, distribuidoras e outros estabelecimentos comerciais, inclusive os das Notas Fiscais nºs 44.605, 42.645 e 42.921.

Já em relação à Nota Fiscal nº 43.398, cuja atividade econômica do destinatário é a fabricação de outras peças e acessórios para veículos automotores, entendo que assiste razão ao Autuado, afinal não há qualquer motivo para supor que uma indústria de autopeças adquira uma “caixa com 16 pacotes de 500 gramas de algodão” para comercialização, e sim para seu uso e consumo.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para exclusão da autuação da Nota Fiscal nº 43.398, emitida em 27/02/2013, reduzindo o valor exigido neste mês em R\$9,89, além da exclusão efetuada pela 3ª JJF da Nota Fiscal nº 42.926, para R\$159,23, ficando os valores exigidos da Infração 04 conforme demonstrativo abaixo:

Ocorrência	ICMS Auto de Infração	ICMS 3ª JF	ICMS 2ª JF
31/01/2013	301,51	301,51	301,51
28/02/2013	171,68	169,12	159,23
30/04/2013	37,06	12,62	12,62
31/08/2013	27,47	27,47	27,47
Total	537,72	510,72	500,83

Segue abaixo um novo demonstrativo após o julgamento desta Câmara, após incluído o voto vencedor quanto às Infrações 03 e 04:

Autos	JULGAMENTO DA JUNTA			JULGAMENTO DA CÂMARA			
	2013	2014	Total	2013	2014	Total	Resultado
Infr-01	65.669,83	23.125,97	88.795,80	0,00	0,00	0,00	Improcedente/Provido
Infr-02	478,28	0,00	478,28	0,00	0,00	0,00	Improcedente/Provido
Infr-03	1.413,08	0,00	1.413,08	1.413,06	0,00	1.413,06	Parcial Procedente/P. Provido
Infr-04	510,72	0,00	510,72	500,83	0,00	500,83	Parcial Procedente/P. Provido
Infr-05	54.785,50	0,00	54.785,50	20.372,67	0,00	20.372,67	Parcial Procedente/P. Provido
Infr-06	12.785,50	0,00	12.785,50	3.564,16	0,00	3.564,16	Parcial Procedente/P. Provido
TOTAL	135.642,91	23.125,97	158.768,88	25.850,72	0,00	25.850,72	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unânime em relação às Infrações 01, 02, 05 e 06 e, por maioria quanto às Infrações 03 e 04, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0005/14-2**, lavrado contra **CREMER S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.850,72**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.478,05 e 100% sobre R\$20.372,67, previstas no Art. 42, incisos II, alíneas “e” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infrações 3 e 4) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Ildemar José Landin e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Infrações 3 e 4) – Conselheiros: Paulo Shinyashiki Filho, José Raimundo Oliveira Pinho e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO - RELATOR/VENCIDO
(Infrações 3 e 4)

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR
(Infrações 3 e 4)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS