

PROCESSO - N. F. Nº 299167.0007/18-0
NOTIFICADO - ALLIAGE S/A INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICA
EMITENTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFAZ – VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/01/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0245-02/20NF-VD

EMENTA: ICMS FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Demonstrado que as mercadorias não gozam da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99. A notificada não elidiu a infração. Afastada a arguição da nulidade. Multa e acréscimos legalmente previstos. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Fiscalização de Estabelecimento, foi lavrada em 27/12/2018, e exige crédito tributário no valor de R\$8.961,50, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **02.01.03** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente aos períodos de março, junho e dezembro de 2015 e janeiro de 2016, tendo a Auditora Fiscal informado: “*Conforme demonstrativo Alíquotas Saídas, parte integrante da Notificação Fiscal, Cópia entregue ao Notificado.*”.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A notificada apresenta impugnação ao lançamento, fls. 09 a 17, onde inicialmente afirma ser tempestiva a defesa, reproduz a infração, o seu enquadramento legal e passa a relatar os fatos.

Afirma ser uma empresa constituída há vários anos com destaque nacional e internacional na industrialização e comercialização de produtos e equipamentos médicos e odontológicos e sempre procurou, apesar das dificuldades, cumprir suas obrigações fiscais, tendo a Notificação, ora impugnada, incorrido em erro, que a torna nula nos efeitos fiscais e legais.

Ressalta que em vários anos de revisões fiscais ocorridas, em nenhum momento foi alvo de autuação, pois sempre primou pela observância das exigências legais no seu ramo de atividades.

Entende que as notificações não têm esteio tributário e as multas exponenciais representam um enriquecimento ilícito do Estado.

Transcreve o art. 152 do CTN para destacar que a defesa apresentada implica da suspensão da exigibilidade do crédito reclamado, assim como as multas, sendo vedada a inscrição do débito na dívida ativa.

Frisa que a Notificação resta eivada de nulidades, pois no tocante aos valores apurados, a Fiscal não observou que as notas fiscais eletrônicas nº 2575, 3033, 3066, 306, 3162, 3259, 3260 e 3357, o produto MICROMOTOR ELÉTRICO PROSS – NCM 9021.21.00 encontra-se regulamentado no Convênio ICMS 01/99, incluído no seu anexo único. Portanto, trata-se de isenção de ICMS nas operações.

Indica também que o produto MALETA DE TRANSPORTE DE MICROMOTOR PROSS, é a embalagem do produto MICROMOTOR ELÉTRICO PROSS PARA IMPLANTE que também goza de isenção prevista no citado convênio.

Explica que o levantamento foi ocasionado em razão do erro na codificação da classificação fiscal NCM dos produtos, gerando assim causa de nulidade, corroborando com as alegações de iliquidez e incerteza do lançamento.

Acrescenta que a discriminação das notas fiscais e respectivos valores que ampararam o

levantamento, redundaram em erro da Fiscal, o que constitui-se em causa de nulidade, pois desobedece o que dispõe o art. 142 do CTN, que reproduz.

Ensina que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nula a presente Notificação que deixou de informar as notas fiscais, os emitentes e os valores corretos, cerceando o direito de defesa.

Assim, diz ser primordial a decretação da nulidade e a consequente inexigibilidade das multas e se assim não for entendido, requer a realização de diligência para constatação dos reais valores.

Declara que apesar de confiante no acolhimento da preliminar de nulidade, adentra ao mérito, afirmando que já são várias agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária imposta, adicionado ao fato das leis tributárias serem confusas e obscuras ou apenas mais um entrave burocrático que destrói o país, fato que se observa no tumulto legislativo que estão submetidas as empresas.

Acrescenta que as multas exponenciais, acrescidas ao valor principal, sofrem incidência de juros moratórios, criando uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita. As multas somente poderiam ser de 2% sobre o valor corrigido e não o valor exigido na Notificação Fiscal.

Transcreve o art. 630 do Decreto nº 33.118/1991 e afirma que existindo cobrança a maior, os autos de infração perdem os requisitos de liquidez e certeza necessários à obrigação tributária, restando impossível a manutenção dos gravames, devendo serem arquivados.

Defende que, caso assim não se entenda, se faça nova planilha contábil expurgando a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o principal, aplicando os índices previstos em lei.

Requer que seja conhecida a defesa e processada pelo órgão competente e que seja declarada a nulidade, arquivando-a para posteriormente imputar ao emitente da Notificação os custos havidos pela notificada na produção de defesa.

Pugna, se não for decretada a nulidade, pela conversão do processo em diligência, a fim de apurar as informações prestadas, comprovando as alegações de erro na apuração e que sejam também procedido o recálculo do real do valor devido, face a incidência de juros e multas superiores aos legalmente previstos.

A Auditora Fiscal, presta a informação fiscal, fls. 23 e 24, onde relata os fatos, passando a abordar os argumentos da defesa.

Quanto a preliminar de nulidade, diz que o argumento da defesa não encontra respaldo no art. 18 do RPAF/99.

Aponta que a notificada apresenta dois argumentos.

No primeiro, afirma que incorreu em erro ao classificar a NCM das mercadorias nas notas fiscais que emitiu, objeto da exigência.

Contudo, frisa que as mercadorias relacionadas no demonstrativo, fl. 04 ingressaram no estabelecimento com as seguintes NCMs: 3926.90.90 – MALETA DE TRANSPORTE DE MICROMOTOR PROSS, e 9018.41.00 –MICROMOTOR ELÉTRICO PROSS PARA IMPLANTE ODONTOLÓGICO, cujas operações foram regularmente tributadas na origem, tendo o correspondente crédito fiscal sido utilizado pela notificada, conforme sua escrita fiscal examinada.

Ressalta que nas operações de devoluções nas saídas internas, com a emissão de nota fiscal de entrada pela notificada, foram realizadas como operações tributadas, com destaque e utilização de crédito fiscal, fato que põe por terra o argumento defensivo, já que sua própria escrita fiscal demonstra exatamente o contrário do que declara.

O segundo refere-se ao entendimento de que as mercadorias estão acobertadas pela isenção. Entretanto, diz que estas operações são tributadas, sendo que as demais, a maioria, foram regularmente tributadas.

Quanto ao Convênio ICMS 01/99, transcreve o texto referente a NCM 9021.29.00 que trata de

implante ósseo, assim demonstra que a descrição do código não se trata da nomenclatura das mercadorias notificadas.

Não discute a aplicação da multa e dos juros e requer a procedência da Notificação Fiscal.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente Notificação Fiscal sobre uma infração tempestivamente impugnada pelo sujeito passivo, contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição NORMAL que exerce a atividade de comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos.

Preliminarmente a notificada argui nulidade do lançamento por entender que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas no levantamento, fl. 04, estariam beneficiadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99. Por tratar-se de matéria de mérito, quando este for abordado, a tratarei.

Verifico que a notificação contém o nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo; o valor do tributo e das penalidades, com indicação dos acréscimos tributários incidentes, demonstrados segundo as datas de ocorrência e em função da natureza dos fatos; a indicação dos dispositivos da legislação infringidos; a intimação e o prazo para apresentação de impugnação pelo contribuinte, de forma que atende ao que prevê o art. 51 do RPAF/99.

Constam no processo o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, fl. 03, cientificando o contribuinte do início da ação fiscal em 12/11/2018, assim como o demonstrativo, fl. 04, elaborado de forma clara e precisa, contendo todos os elementos necessários ao perfeito conhecimento da infração, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, quando da cientificação da lavratura da Notificação, ocorrida em 03/01/2019, fato que o permitiu a notificada exercer a ampla defesa e o contraditório.

Não procede o argumento da defesa que a decretação de nulidade se faz necessária, em razão do levantamento *“deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa.”*, haja vista que o demonstrativo analítico, fl. 04, recebido pela notificada em cópia, constam todos os elementos necessários para identificar os dados das notas fiscais arroladas, inclusive o código de acesso, permitindo a notificada conhecer plenamente os dados dos referidos documentos, fato que põe por terra o argumento de cerceamento de defesa.

Portanto, o lançamento encontra-se apto a surtir os efeitos jurídicos, não havendo mácula que justifique possíveis nulidades, de forma que rejeito a arguição de nulidade.

Indefiro o pedido de diligência, nos termos do art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, por considerar que os dados constantes no processo são suficientes para a formação de minha convicção.

No mérito a acusação trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter o contribuinte promovido saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis.

A notificada ao arguir nulidade do lançamento, admitiu que nas operações acobertadas pelas notas fiscais eletrônicas, arroladas no levantamento, deu saída dos materiais: MICROMOTOR ELÉTRICO PROSS e MALETA DE TRANSPORTE DE MICROMOTOR PROSS, dentre outros, utilizando a NCM 9021.21.00, que segundo seu entendimento, estariam alcançadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

Da análise do demonstrativo à fl. 04, identifico que as mercadorias relacionadas referem-se a itens codificados com duas NCMs: 3926.90.90 e 9018.41.00.

Consultando os códigos acima no sítio <https://portalunico.siscomex.gov.br/portal>, constato que as NCMs correspondem a seguinte descrição:

- a) NCM 3926 – Outras obras de plástico e obras de outras matérias das posições 39.01 a 39.14, sendo classificada no código 3926.90.90 – Outras.
- b) NCM 9018 – Instrumentos e aparelhos para medicina, cirurgia, odontologia e veterinária, incluindo os aparelhos para cintilografia e outros aparelhos eletromédicos, bem como os aparelhos para testes visuais. O código 9018.90 corresponde a Outros instrumentos e Aparelhos.

Os seja, os códigos da NCM utilizados no levantamento se apresentam coerentes com as descrições das mercadorias ali relacionadas, desconstruindo a tese da defesa de que o código NCM a ser considerado seria 9021.2 que corresponde a seguinte descrição: ARTIGOS E APARELHOS DE PRÓTESE DENTÁRIA, o que não se mostra coerente com as mercadorias arroladas.

O Convênio ICMS 01/99 concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde. No seu Anexo Único, relaciona as mercadorias beneficiadas pela isenção, onde verifica-se que os produtos codificados com as NCMs 9018.41.00 e 3926.90.90 não se encontram relacionados.

Contudo, está contemplada com a isenção as mercadorias com a NCM 9021.29, inserida na posição 194, cuja descrição corresponde aos códigos 9021.29.00, 9021.10.10 e 9021.10.20, é: *“Implantes ósseo integráveis, na forma de parafuso, e seus componentes manufaturados, tais como tampas de proteção, montadores, conjuntos, pilares (cicatrizador, conector, de transferência ou temporário), cilindros, seus acessórios, destinados a sustentar, amparar, acoplar ou fixar próteses dentárias”*.

Portanto, resta claro que o código NCM 9021.29 não pode ser utilizado para as mercadorias arroladas na Notificação, como pretende a notificada, de forma que conclui-se que as mercadorias não estão contempladas com a isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

A defesa quando se propõe adentrar no mérito da infração, aborda duas questões: a primeira atribui a suposta confusão que gerou a exigência, o fato de existirem *“leis confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira burocrática que destrói nosso país”*, fazendo ainda referência ao *“tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais”* e a segunda refere-se as *“multas exponenciadas pelas notificações, acrescidas dos supostos valores principais da obrigação, sofrem a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita.”*

Não obstante reconhecer que o nosso sistema tributário não é simples, a alegação do contribuinte neste caso, se mostra inoportuna, haja vista que a matéria tratada na presente exação, é um caso muito simples de interpretar. Ou seja, identificar, com base no Convênio ICMS 01/99, e no Regulamento do ICMS da Bahia, se uma determinada mercadoria está beneficiada ou não pela isenção.

No caso em discussão, como bem pontuado pela Auditora Fiscal, a princípio, não há dúvidas quanto à possibilidade ou não da isenção das mercadorias, posto que as entradas destas mesmas mercadorias, ocorreram com tributação, inclusive com a utilização do crédito fiscal destacado no documento.

Quanto as multas, juros e acréscimos, registro que a defesa trouxe como suporte ao pretendido, ou seja, a redução da multa, o art. 630 do Decreto nº 33.118/1991, que aprova o Regulamento do ICMS – RICMS do Estado de São Paulo, que evidentemente se aplicado aqui no Estado da Bahia, se estaria violando o princípio da territorialidade da vigência da legislação tributária.

A territorialidade se caracteriza como princípio da vigência da legislação tributária no espaço. Ou seja, a legislação se aplica nos limites do território da pessoa jurídica que edita a norma, sendo admitida como exceção à regra, a extraterritorialidade, expressa no art. 102 do CTN, quanto a vigência dos convênios de que participem dos Estados e o Distrito Federal, ou leis de normas gerais expedidas pela União, o que não é o caso do citado decreto.

Ademais, o citado artigo do RICMS/SP, prevê a incidência de juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração, não capitalizáveis quando o imposto não for pago até o dia indicado na legislação, regra idêntica prevista no Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956/81 no seu art. 102, inc. II, aplicado integralmente no caso em discussão.

Quanto a multa, lembro que sua aplicação está legalmente respaldada, porquanto prevista na Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alínea “a”.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **299167.0007/18-0**, lavrada contra **ALLIAGE S/A INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICA**, devendo ser intimado a notificada, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.961,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR