

A. I. N° - 298945.0014/21-5
AUTUADO - MD MATERIAL HOSPITALAR EIRELI
AUTUANTES - SÉRGIO MARCOS ARAÚJO DE CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUSA
ORIGEM - DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/09/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0151-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração subsistente. **b).** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Infrações reconhecidas. Preliminares de nulidade não acolhidas. Auto de Infração. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2021, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 793.714,46, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 007.001.001. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de junho e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 34.024,48, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 007.001.002. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 636.817,70, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 07.015.001. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de junho e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 6.023,23, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.015.005. Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 116.849,05, em decorrência da multa de 60%, sobre o valor das mercadorias.

O Impugnante apresenta defesa às fls. 64 a 70, alinhando as razões de defesa a seguir resumidas.

Inicialmente, depois registrar a tempestividade de sua Defesa, revela que a presente defesa se refere às Infrações 01 e 02.

Em relação às Infrações 03 e 04, registra que as reconhece e que será objeto de pagamento.

Infrações 01 e 02 - Assinala que essas infrações versam sobre o mesmo tema, “ICMS não recolhido por antecipação tributária de mercadorias inclusas no Convenio ICMS 76/94”, oriundas de Estados signatários e não signatários. Menciona que na primeira hipótese a obrigação pela retenção e recolhimento é do remetente naquelas unidades federadas e não do recebedor da mercadoria neste Estado.

Destaca a ocorrência de causa de nulidade do presente auto de infração nos termos das alíneas “a” e “b”, do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Revela que por intermédio do Convênio ICMS 76/94, acordaram os estados signatários do mesmo, em estabelecer, nas respectivas legislações, em relação à operação que destine mercadorias a empresas localizadas em outra unidade da Federação, a obrigação pela retenção e recolhimento é do remetente naquelas unidades federadas e não do recebedor da mercadoria neste Estado.

Frisa que ao adquirir as mercadorias nas operações que compõe o Auto de Infração ora impugnado a Autuada não era sujeito passivo nem responsável pelo recolhimento do ICMS das mercadorias originadas em outro estado da Federação. Demonstrando flagrante vício quanto a identificação do infrator.

Depois de reproduzir o teor do inciso II, Parágrafo único, do art. 121, do CTN, frisa que se trata de manifesta ilegitimidade, pois no polo passivo da cobrança do ICMS devido podem figurar os diversos Remetentes das mercadorias que, conforme as notas fiscais de aquisição analisadas pela fiscalização e listadas nos demonstrativos que instruem o presente Auto de Infração ora contestado, mas não o Autuado. Ademais, afirma restarem afastadas quaisquer hipóteses de responsabilidade solidária já que não constam do lançamento aqui atacado.

Prossegue aduz que, caso venha a ser superada a nulidade acima arguida, o que se admite apenas por respeito ao princípio da eventualidade, é de se destacar a ocorrência de nova causa de nulidade do presente Auto de Infração, qual seja: a ilegitimidade do Estado da Bahia para a exação, nos termos do inciso I, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Nas razões de mérito, importante analisar os produtos sobre os quais o fisco desejou tributar, para constatar que dos listados vários não estão inclusos no regime de substituição tributária, conforme:

Produtos para higienização, que não se confundem com medicamentos, a exemplo de:

- a) Água oxigenada é produto livremente comercializado, destinado a higienização ou até para descolorir pelos. Pelo fato de estar na discriminação que se destina a uso hospitalar, não pode ser confundido com medicamento;
- b) Álcool 70% antisséptico, fartamente utilizado na higienização para prevenir vírus e realizar outros tipos de desinfecção de áreas, inclusive de pele. Da mesma forma, em algumas notas fiscais, tal produto está descrito como “medicamento” registro esse que somente desvirtua sua destinação. Uma mera indicação comercial não é suficiente para determinar sua condição de medicamento. Nesses tempos de pandemia que vivemos, transformado em produto conhecido e utilizado por todos, para vários fins, menos medicamentoso;
- c) Vaselina líquida é um produto utilizado nos hospitais para remoção de crostas, limpeza da pele, age como lubrificante e pode ser usado como base para preparações;
- d) Lubrificante P/Instrumentos é produto para lubrificação de equipamentos e instrumentos, não podendo se caracterizar como medicamentos;
- e) Espelho odontológico é instrumento para uso em odontologia, não se caracterizando também como medicamento.

Em comum para os produtos listados está classificação na NCM - Nomenclatura Comum do Mercosul, nos códigos que identificam medicamentos, por ocorrência de falha na identificação dos produtos pelos fornecedores/emitentes das notas fiscais.

Assinala que não se pode identificar, somente com base na NCM, o enquadramento de produtos no regime de substituição tributária. É necessário que haja a coincidência da NCM, com a descrição identificadora do produto e a destinação a ser dada ao mesmo.

Portanto, de pronto, devem ser excluídos da autuação, os itens discriminados à fl. 52.

Afirma que, indevidamente cobrado também é o ICMS sobre aquisições que já tinham o imposto pago através GNRE, conforme consta do quadro abaixo, cujos documentos são anexados em cópia, juntamente com a Guia de Recolhimento Nacional e o seu comprovante bancário de pagamento.

Diz que da mesma forma também é indevida a cobrança sobre nº 180370, cujo fornecedor é inscrito no Estado da Bahia na categoria de “Contribuinte Substituto”, responsável portanto pelo recolhimento do ICMS-ST retido na Nota Fiscal de sua emissão. Cabe então ao fisco estadual buscar, junto ao seu contribuinte responsável, a comprovação do recolhimento, se pairar alguma dúvida sobre as GNREs que apresenta às fls. 53 e 54.

Registra que anexa as cópias das notas fiscais que tiveram o imposto pago, juntamente com seus comprovantes de pagamento, de nºs: 172498, 173009, 173957, 173964, 180370, 188548, 189819, 191963 e 192256.

Conclui reafirmando seu entendimento pela nulidade do lançamento e, caso não acatada, pelo julgamento por sua parcialidade, com exclusão dos valores indevidos corretamente identificados.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 94 a 104, nos termos resumidos a seguir.

Observa que o Autuado inicia descrevendo as quatro infrações apuradas na presente fiscalização, e em seguida diz ser tempestiva a sua defesa.

Informa que o Autuado acata as exigências postas nas Infrações 03 e 04. Quanto às infrações 01 e 02 o Autuado diz que as contestará.

A Infração 01 exige o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, relativo a mercadorias cujas notas fiscais de aquisição não foram escrituradas no Livro de Registro de Entradas da autuada, no exercício de 2018.

A Infração 02 exige o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, relativo a mercadorias cujas notas fiscais de aquisição foram regularmente escrituradas no Livro de Registro de Entradas da autuada, no exercício de 2018.

Assinala que a defesa inicia a contestação das supracitadas infrações dizendo que, por determinação do Convênio ICMS 76/94, os estados signatários do mesmo é que tem a obrigação de reter o ICMS devido por antecipação tributária. Em seguida pede a nulidade das infrações em tela arguindo que, “...ao adquirir as mercadorias nas operações que compõe o Auto de Infração ora impugnado a Autuada não era sujeito passivo nem responsável pelo recolhimento do ICMS das mercadorias originadas em outro estado da Federação, ...”. Acrescentando que “Trata-se de manifesta ilegitimidade, pois no polo passivo da cobrança do ICMS devido podem figurar os diversos Remetentes das mercadorias ..., mas não a Autuada.”. Cabe aqui esclarecer que no exercício de 2018 a substituição tributária nas operações com medicamentos de uso humano passou a ser disciplinada pelo Convênio ICMS 234/17, eis que o Convênio ICMS 76/94, citado pela defesa, foi revogado pelo Convênio ICMS 228/17.

Quanto a arguição de nulidade posta pela defesa, destaca que enfrentará separadamente cada uma das infrações.

Afirma que a Infração 01 foi apurada conforme a planilha denominada “Ant_Trib_BaseNfe-Ausentes-LRE-2018-iii”, fls. 16 e 17. A leitura desta planilha mostra que todas as notas fiscais nela consignadas, tem como unidades da federação remetentes os Estados do Goiás e Minas Gerais, e nenhum deles é signatário do Convênio ICMS 234/17. Sendo assim, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária é do destinatário das mercadorias e não do remetente, como nos quer fazer crer a defesa.

A Infração 02 foi apurada conforme a planilha denominada “Ant_Trib_BaseNfe-lançadas LRE-2018-iii” gravada no CD constante do Anexo VI. Vemos nessa planilha que as notas fiscais nela listadas tem emitentes localizados nos Estados do Amazonas, Ceará, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo. Destes, os estados do Amazonas, Ceará, Goiás, Minas Gerais e São Paulo não são signatários do Convênio ICMS 234/17, de modo que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS antecipação tributária nas operações feitas com os mesmos é do destinatário das mercadorias, e não do remetente, como erroneamente assevera a defesa. Já os estados de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul são signatários do Convênio em apreço, sendo, então, os responsáveis pelo recolhimento do ICMS antecipação tributária. Contudo, caso o remetente não faça o devido recolhimento do ICMS antecipação tributária devido, e não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário na Bahia, o destinatário das mercadorias será responsável pelo recolhimento do tributo, conforme determina o art. 6º-XV da Lei 7.014/96. Os fornecedores do Autuado situados nos Estados signatários do Convênio ICMS 234/17, cujas operações de venda constam da presente apuração, são os que constam no quadro que colaciona à fl. 95.

Diz que considerando o exposto anteriormente quanto à responsabilidade pelo recolhimento do ICMS antecipação tributária, informa que foi, inicialmente, verificar no endereço eletrônico <https://intranet.sefaz.ba.gov.br>, pertencente à SEFAZ/BA, se os fornecedores do Autuado acima referidos tem inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia. Tal verificação mostrou que, no exercício de 2018, nenhum dos fornecedores em apreço tinha tal inscrição no Estado da Bahia.

Esclarece que, em seguida buscou ver se os multicitados fornecedores recolheram o ICMS antecipação tributária relativo às operações de venda que fizeram para a Autuado. Frisa que no quadro, fls. 105 a 108, estão os fornecedores para os quais não foi encontrado qualquer recolhimento para o estado da Bahia no exercício de 2018, conforme relatórios obtidos no endereço eletrônico <https://intranet.sefaz.ba.gov.br>, pertencente à SEFAZ/BA.

Sendo assim, considerando que os fornecedores acima referidos, não tem inscrição como substituto tributário na Bahia, bem como não realizaram qualquer recolhimento de tributo no período em apreço, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS ora exigido é do destinatário das mercadorias, ou seja, o Autuado.

Observa que o fornecedor “Mais Conforto Produtos Descartáveis LTDA”, CNPJ 02.293.899/0001-03, realizou com a autuada as operações de venda listadas às fls. 96.

Pesquisando os pagamentos do ICMS efetuados pelo fornecedor em tela, no endereço eletrônico <https://intranet.sefaz.ba.gov.br>, pertencente à SEFAZ/Ba, constatamos, conforme relatório às fls.109, que o mesmo tem dois recolhimentos, ambos relativos a Auto de Infração, sendo um de 25/07/2018 que, obviamente, não pode referir-se às notas fiscais listadas no quadro acima, eis que foram todas emitidas a partir do mês de setembro. O outro recolhimento, também relativo a Auto de Infração, é de 03/10/2018, sendo que a nota fiscal emitida no mês de outubro, a de número 9634, o foi em 08/10/2018, de modo que tal recolhimento não pode estar relacionado à citada nota fiscal. Além de tudo, o remetente utilizou nas operações de venda constantes do quadro acima o CFOP 6.101, e não fez o destaque do ICMS antecipação tributária em qualquer dos documentos fiscais em tela, conforme mostrado no quadro colacionado à fl. 97.

Deste modo, resta provado a responsabilidade da autuada quanto ao recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária para as operações aqui analisadas.

O fornecedor Dental Med Sul Artigos Odontológicos LTDA, CNPJ 02.477.571/0001-47, realizou com a autuada as operações de venda listadas à fl. 97.

Afirma que ao consultar no endereço eletrônico <https://intranet.sefaz.ba.gov.br>, pertencente à SEFAZ/BA, relatório às fls.110 a 115, os pagamentos do ICMS efetuados pelo fornecedor em tela, constatamos que não existe um relativo às notas fiscais de números 137499 e 139019 acima listadas. Por outro lado, vemos que o remetente utilizou nas operações de venda relativas

às notas fiscais aludidas o CFOP 6.102, e não fez o destaque do ICMS antecipação tributária nos multicitados documentos fiscais, conforme se verifica no quadro que acosta à fl. 98.

Afirma que do exposto, vemos que cabe ao destinatário o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária para as operações em consideração.

Observa que o fornecedor Cirúrgica Montebello LTDA, CNPJ 08.674.752/0001-40, realizou, conforme quadro à fl. 98, operação de venda para a autuada identificada à fl. 98.

Diz que no endereço eletrônico <https://intranet.sefaz.ba.gov.br>, pertencente à SEFAZ/BA, obteve o relatório, fls. 116 a 118, contendo os pagamentos do ICMS efetuados pelo fornecedor em tela. Dentre tais pagamentos, especialmente no período compreendido entre 25/05/2018 e 25/06/2018, não encontrou qualquer que se refira à Nota Fiscal nº 51417, emitida em 25/05/2018, constante do quadro acima. ainda, que o remetente utilizou na operação de venda em tela o CFOP 6.101 e não fez qualquer destaque do ICMS devido por antecipação tributária, como bem nos mostra o quadro à fl. 99.

Assevera que mais uma vez, fica demonstrado ser o destinatário o responsável pelo recolhimento do tributo.

Frisa que o fornecedor Instituto Bioquímico Industria Farmacêutica, CNPJ 33.258.401/0011-77, fez apenas uma operação de venda para a autuada, conforme mostrado no quadro à fl. 99.

Observa que o endereço eletrônico <https://intranet.sefaz.ba.gov.br>, pertencente à SEFAZ/BA, indica em seus registros, conforme relatório, fls.119, que os recolhimentos do fornecedor não fazem referência à Nota Fiscal número 42725 constante do quadro acima. Interessante verificar, também, que todos os pagamentos feitos pelo remetente o foram a partir de 01/08/2018, de modo que fica difícil vincular os mesmos à Nota Fiscal nº 42725, emitida em 18/05/2018 e escriturada no livro de Registro de Entradas da autuada em 18/05/2018. Ainda, o quadro à fl. 99, mostra que o remetente utilizou CFOP 6.101, e não fez o destaque do ICMS devido por antecipação tributária ao emitir a nota fiscal em apreço.

Sendo assim, afirma restar demonstrado ser o destinatário o responsável pelo recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária.

Do acima exposto, assevera serem absurdas as alegações de nulidade suscitadas pela defesa.

Em seguida a autuada alega que constam do presente Auto de Infração diversos produtos que “...não estão inclusos no regime de substituição tributária, ...”. Cita nominalmente os produtos água oxigenada, Álcool 70% Antisséptico, vaselina líquida, Lubrificante P/Instrumentos e Espelho Odontológico.

Em relação à Infração 01, que exige o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, relativo a mercadorias cujas notas fiscais de aquisição não foram escrituradas no livro de Registro de Entradas da autuada, constatamos que dos produtos citados pela defesa apenas o Álcool 70% Antisséptico faz parte do lançamento, conforme podemos ver na planilha denominada “Ant_Trib_BaseNfe-AUSENTES-LRE-2018-iii”, fls.16 a 17. A autuada adquiriu o citado produto através da Nota Fiscal nº 347927. Nessa nota fiscal podemos ver que o fornecedor descreve o produto em tela como Álcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1 L, com NCM 3004.90.99, constando no campo “Informações Complementares” que o multicitado produto tem “...BASE DE CALCULO COM DEDUCAO DO PIS E COFINS ... CONF. LEI 10147/2000#TRIBUTACAO MONOFASICA DO PIS PARA PRODUTOS FARMACEUTICOS CLASSIFICADOS#NA POSICAO 3004 ...”, sendo assim, medicamento da lista negativa. Como visto, o tratamento tributário dado pelo fornecedor ao produto Álcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1L condiz com aquele adotado por esta fiscalização. Frisa ainda, consultando as notas fiscais de venda do produto ora analisado, verificamos, conforme planilha às fls.120 a 124, que a autuada o tratou como sujeito à antecipação tributária em cerca de 85% do valor total das operações de saída. Do exposto, diz restar provado o acerto do tratamento tributário que esta fiscalização aplicou no presente caso.

No que diz respeito à Infração 02, que exige o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, relativo a mercadorias cujas notas fiscais de aquisição foram escrituradas no livro de Registro de Entradas da autuada, observa que a defesa alega que não cabe a cobrança da antecipação tributária para os produtos constantes da tabela às fls. 100 e 101.

Enfrenta as alegações da Defesa para cada um dos produtos elencados pela defesa.

-Alcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1L – Este produto já foi analisado anteriormente, quando provou ser o mesmo sujeito à antecipação tributária.

-Espelho Odontológico – O produto em tela consta da planilha “Ant_Trib_BaseNfe-lançadas LRE-2018-iii”, que apura a Infração 02 ora discutida, com a NCM 7009.91.00. No Anexo 1 do RICMS-BA/12, que traz as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, consta no item 8.80 os produtos descritos como “Espelhos de vidro, mesmo emoldurados, exceto os de uso automotivo”, com NCM iniciada por 7009. Como visto, as operações com espelhos cuja NCM inicie por 7009, desde que não sejam de uso automotivo, estão obrigadas à antecipação do ICMS. Sendo assim, não podemos acatar o que pede a defesa.

-Lubrificante P/INSTR MAQSPRAY AR E FG C/BICO 100ML MAQUIRA - O óleo lubrificante aqui discutido está na planilha “Ant_Trib_BaseNfe-lançadas LRE-2018-iii”, que apura a Infração 02 ora discutida, com a NCM 2710.19.91. O Anexo 1 do RICMS-BA/12, traz as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária. Nesse Anexo temos no item 6.8 os produtos descritos como “Outros óleos de petróleo ou de minerais betuminosos (exceto óleos brutos) e preparações não especificadas nem compreendidas noutras posições, que contenham, como constituintes básicos, 70% ou mais, em peso, de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, exceto os que contenham biodiesel e exceto os resíduos de óleos”, com NCM iniciada por 2710.19.9. Como visto, as operações com óleos de petróleo ou de minerais cuja NCM inicie por 2710.19.9, excetuando aqueles que contenham biodiesel e os resíduos de óleos, estão obrigadas à antecipação do ICMS. Portanto, impossível concordar com o que a defesa nos apresenta.

Por fim, destaca que os produtos Água Oxigenada 10 Volumes Hospitalar Septmax 1L e Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L constam da planilha “Ant_Trib_BaseNfe-lançadas LRE-2018-iii”, que apura a Infração 02 ora discutida, conforme mostrado no quadro às fls. 101 e 102.

Afirma que todas as mercadorias em apreço têm Nomenclatura Comum do Mercosul-NCM 3004.90.99. Consultando a tabela da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e Tarifa Externa Comum (TEC), atualizada até a Resolução do Comitê Executivo de Gestão - GECEX Nº 32 de 30/12/2019 (DOU, 10/01/2020), verificamos que todos os produtos com NCM iniciada pelo número 30 são classificados como “Produtos farmacêuticos”, e que os produtos iniciados com a NCM 3004 são descritos como a seguir mostrado no quadro à fl. 102.

Prossegue esclarecendo que os produtos ora discutidos são, sim, medicamentos, estando suas operações sujeitas à antecipação do ICMS conforme determina o art. 8º, da Lei 7.014/96, de modo que não há como concordar com o que o Autuado sustenta. Indo mais adiante, esclarecer como o Autuado adquiriu e tratou as operações de venda dos produtos em tela.

Frisa que o primeiro o produto Água Oxigenada, o Autuado adquiriu esse produto através das operações constantes do quadro colacionado à fl. 102.

Observa que, como visto no quadro acima, todos os fornecedores da autuada atribuem a NCM 3004.90.99 ao produto em tela, sendo que em duas das notas fiscais constantes da planilha “Ant_Trib_BaseNfe-lançadas LRE-2018-iii”, que apura a Infração 02 ora discutida, as de nºs 332.741 e 341.371, o fornecedor acrescenta que se trata de produto de uso hospitalar. Afirma que ao pesquisar como o Defendente tratou as vendas do produto Água Oxigenada ora discutido, encontramos os valores constantes do quadro à fl. 103, que são um resumo da planilha às fls. 125 a 127 que traz de modo detalhado todas as ditas operações de venda.

Afirma ser fácil verificar que o Autuado tratou, em praticamente a totalidade de suas vendas, o produto Água Oxigenada como sendo tributado antecipadamente. Além disso, nas operações de

venda que fez com tributação normal, o produto Água Oxigenada foi identificado com o código de barras 7896902211537, código este que não consta das notas fiscais de aquisição do multicitado produto, conforme pode ser visto no quadro mostrado anteriormente que contém as ditas entradas. Ressalta ainda, que nas aludidas operações de venda, planilha às fls. 125 a 127, pode-se verificar que o Autuado também classificou o produto em análise com a NCM 3004.90.99. Sendo assim, por tudo quanto anteriormente explanado, conclui-se pelo acerto do presente lançamento.

Quanto ao produto Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L, destaca que as Notas Fiscais de entrada do produto em tela, as de nºs 318232, 334954 e 340811 que estão na planilha “Ant_Trib_BaseNfe-lançadas LRE-2018-iii”, onde é apurada a Infração 02 ora discutida, o fornecedor usa a NCM 3004.90.99, além de rotulá-lo como produto Hospitalar/Medicamento, conforme cópia das ditas notas fiscais às fls.128 a 131. Observa que ao verificar como o Defendente tratou as vendas do produto Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L ora discutido. percebeu que além do produto aqui descrito, o Autuado vende o produto Vaselina com outras descrições, conforme podemos ver nas notas fiscais de venda constantes da planilha às fls. 132 a 134. Informa que ao considerar o total das operações de venda de produtos descritos como Vaselina na citada planilha, obteve as constatações postas no quadro à fl. 103.

Assevera que, como se verifica, o Autuado tratou, em praticamente a totalidade de suas vendas, os produtos Vaselina como sendo tributados antecipadamente. Além disso, as operações tributadas normalmente, com CFOP 5.102, trazem o produto descrito como “vaselina solida 90g Rioquimica (Div. descr.), e não o produto Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L que consta da presente infração. Sendo assim, por tudo quanto demonstrado até aqui, não resta dúvida de que o produto ora analisado está sujeito à antecipação do ICMS.

Frisa que a defesa alega que foi cobrada a antecipação tributária do “...ICMS sobre aquisições que já tinham o imposto pago através GNRE, conforme consta do quadro abaixo, ...”. Consultando os documentos fiscais constantes do quadro informado pela defesa, afirma ter verificado que o fornecedor é inscrito no Estado da Bahia, de sorte que acata o que pede a defesa. Deste modo, afirma ter elaborado nova planilha, excluindo as aludidas notas fiscais, que denominamos “Ant_Trib_BaseNfe-lançadas LRE-2018-iii-INF FISCAL-i”, gravada no CD às fls. 137, cujas primeira e última página estão nas fls. 135 a 136.

Conclui pugnando que, com as exclusões das alegações acatadas por esta fiscalização, o Auto de Infração seja julgado pela procedência dos valores remanescente, consoante planilhas que acosta às fls. 110 a 136 e CD à fl. 137.

O Defendente foi intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal, fls. 139 a 140, apresenta manifestação às fls. 143 e 144, assinalando que em nada a informação fiscal colabora para a elucidação dos temas levantados na Defesa pois sempre está demonstrando querer sustentar a acusação ao invés de tentar sanear as falhas ocorridas na apuração.

Diz que os produtos álcool, vaselina, água oxigenada, lubrificantes para equipamentos e espelho ortodônticos, não podem ser considerados como medicamentos de uso humano e, portanto, não estão enquadrados no regime de substituição tributária, até porque, não constam no Anexo 1, do RICMS-BA/12, mesmo que eventualmente algum fabricante os tenham enquadrados em NCM imprópria.

Afirma também não entender proveitoso discutir a tributação pelas saídas uma vez que a acusação é de não recolhimento de antecipação parcial quando das entradas. Ora, se um produto é sujeito a tributação pelo imposto nas operações subsequentes e as mesmas ocorreram sem tributação, não justifica manter a cobrança da antecipação tributária quando a legislação determina efetuar a cobrança de imposto não lançado nas operações subsequentes. Diz ser imprópria a discussão e os demonstrativos apresentados na informação fiscal em nada colaboraram para elucidação da lide.

Destaca que as alterações feitas na planilha “LRE-2018-iii-INF fiscal-i” não pode se manifestar porque não a recebeu. Assinala que embora citada na informação fiscal ora contestada a

existência da primeira e última folha do demonstrativo anexa às fls. 135 a 136 e que a fl. 137 está um CD contendo a planilha gravada, somente foi enviada a cópia da fl. 135 e não foi entregue o CD. Ficando, assim, prejudicada a sua manifestação, caracterizando cerceamento do seu direito e defesa.

O Autuante presta informação, fls. 159 e 160, acerca da manifestação do Defendente, destacando inicialmente que os argumentos apresentados são similares aos alinhados na Defesa.

Observa que o Autuado afirma que não recebeu a planilha constantes da informação prestada às fls. 94 a 137, sendo assim registra que encaminhou através do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e às fls. 161 a 164, intimação contendo a dita planilha em 01/12/2022 e que o Autuado tomou ciência em 07/12/2022 e não se manifestou nos autos.

Assinala que consta às fls. 151 a 153 o Autuado protocolou a cópia de um Recurso Voluntário, sendo que tal recurso diz respeito ao Auto de Infração de nº 298945.0008/21-5, que não é tratado nos presentes autos.

Conclui destacando que mantém tudo o que consta na Informação Fiscal prestada, fls. 94 a 137.

VOTO

O Defendente assinalou a ocorrência de causa de nulidade do presente Auto de Infração nos termos das alíneas “a” e “b”, do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Sustentou a nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva aduzindo que, por intermédio do Convênio ICMS 76/94, acordaram os Estados signatários do mesmo, em estabelecer, nas respectivas legislações, em relação à operação que destine mercadorias a empresas localizadas em outra unidade da Federação, que a obrigação pela retenção e recolhimento é do remetente naquelas unidades federadas e não do recebedor da mercadoria neste Estado. Asseverou a existência flagrante vício quanto a identificação do infrator, uma vez que ao adquirir as mercadorias nas operações que compõe o Auto de Infração não era sujeito passivo nem responsável pelo recolhimento do ICMS das mercadorias originadas de outro Estado da Federação.

Depois de reproduzir o teor do inciso II, Parágrafo único, do art. 121, do CTN, reafirmou que se trata de manifesta ilegitimidade, pois no polo passivo da cobrança do ICMS devido podem figurar os diversos Remetentes das mercadorias que, conforme as notas fiscais de aquisição analisadas pela fiscalização e listadas nos demonstrativos que instruem o presente Auto de Infração ora contestado.

O Defendente apontou também o vício de nulidade do Auto de Infração, argumentando que no presente caso se encontra configurada a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, para exigir o ICMS devido em operações interestaduais a contribuinte que não seja consumidor final do imposto.

O Autuante, por sua vez, defende a cobrança do imposto lançado no Auto de Infração, analisando todas as operações de remessa, por produto e a condição cadastral dos remetentes.

No que se refere às nulidades suscitadas na peça de defesa, as arguições do contribuinte não se configuram consentânea com a legislação de regência.

As operações autuadas envolvem diversos produtos inseridos no Convênio ICMS 142/18, não se podendo afastar a cobrança do imposto de responsabilidade do estabelecimento adquirente, ora autuado, sem se fazer uma análise de cada uma das operações e dos produtos envolvidos nas mesmas.

Os vícios de legitimidade passiva e ativa apontados na peça defensiva, em verdade se confundem com o mérito da exigência fiscal, e serão analisadas de forma conjunta com a fundamentação que serviu de lastro normativo para as correspondentes cobranças.

Da análise por produto ou por remetente das mercadorias, inexistem razões que justifiquem a nulidade das cobranças lançadas no presente Auto de Infração.

A legislação de regência preconizada pela lei 7.014/99, assim disciplina a matéria, *in verbis*:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

(...)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarço aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;”

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Pelo exposto, é de se concluir que as alegações defensivas no sentido de invalidar o lançamento fiscal por ausência de legitimidade passiva ou ativa não se sustentam, visto que o contribuinte adquirente das mercadorias se encontrava obrigado ao pagamento do tributo, em decorrência de regra de solidariedade ou em razão das operações interestaduais não se encontrarem submetidas às disposições de acordos interestaduais de substituição tributária. Excluída a responsabilidade dos estabelecimentos remetentes, é transferida a responsabilidade tributária para o contribuinte adquirente, por força de disposição expressa da legislação interna do Estado da Bahia.

Depois de examinar as peças compõem os autos constato que, como bem esclareceu o Autuante em sede de Informação Fiscal, não assiste razão ao Impugnante, haja vista que o citado Convênio ICMS 76/94, foi revogado pelo Convênio ICMS 228/17 de 12 de dezembro de 2017, portanto antes da presente autuação. Os fatos geradores objeto da autuação ocorreram sob a égide do Convênio ICMS 234 /17, de 22 de dezembro de 2017.

Logo, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, constato que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39, do RPAF-BA/99 e o art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e não ocorrendo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e o processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, além de não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades previstos na legislação de regência, precipuamente os elencados no art. 18, do RPAF-BA/99, inexiste no presente PAF, qualquer elemento que pudesse inquiná-lo de nulidade.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de 04 infrações à legislação baiana do ICMS, conforme devidamente circunstanciadas no preâmbulo do relatório.

De plano o Autuado reconhece o cometimento dos itens 03 e 04. Logo, ante a inexistência de lide as Infrações 03 e 04 afiguram-se subsistentes.

Infração 01 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de junho e dezembro de 2018.

Em sede de Defesa, o Impugnante pugnou pela exclusão do produto “Álcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1l”, apresentando o entendimento de que o fato de constar na discriminação “medicamento” é utilizado na higienização e que uma mera indicação comercial não é suficiente para determinar sua condição de medicamento.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, manteve a autuação explicando que, conforme consta na planilha de apuração, fl. 16 e 17, todas as notas fiscais nela arroladas, têm como unidades federadas remetentes os Estados de Goiás e Minas Gerais, que não são signatários do Convênio ICMS 234/17, e que assim, a responsabilidade pelo recolhimento da antecipação tributária é do destinatário das mercadorias, ou seja, o Autuado.

Afirmou que, o produto, “Álcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1l”, foi adquirido através da Nota Fiscal nº 347927 a qual é descrita pelo fornecedor como Álcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1L, com NCM 3004.90.99, constando no campo “Informações Complementares” que o multicitado produto tem “...*BASE DE CALCULO COM DEDUCAO DO PIS E COFINS ... CONF. LEI 10147/2000#TRIBUTACAO MONOFASICA DO PIS PARA PRODUTOS FARMACEUTICOS CLASSIFICADOS#NA POSICAO 3004 ...*”, indicando assim, se tratar de medicamento da lista negativa, e que o tratamento tributário dado pelo fornecedor ao produto “Álcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1L condiz com aquele adotado pela fiscalização. Enfatizou ainda que esse foi o tratamento adotado pelo Impugnante na quase totalidade de suas saídas do referido produto em sua EFD.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação, constato que de fato o Convênio ICMS 76/94, foi revogado pelo Convênio ICMS 228/17, e que por ocasião da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação eram regidos pelo Convênio ICMS 234/17. Portanto, como escorreitamente enfatizou o Autuante, não há que se falar em retenção e recolhimento do imposto pelo remetente, uma vez que todas as mercadorias arroladas no levantamento fiscal têm como origem os Estados de Minas Gerais e Goiás, unidades federadas não signatárias do aludido convênio.

No que concerne à alegação defensiva de que o produto, “Álcool 70% Antisséptico Medicamento Farmax 1l”, consigno que, ao contrário do que alega o Autuado referido produto ostenta a NCM 3004.90.99 que na tabela da NCM e TARIFA COMUM (TEC) atualizada até a Resolução do Comitê Executivo de Gestão - GECEX nº 32, de 30/12/2019, são classificados como “Produtos farmacêuticos”, nela constando com a seguinte descrição:

3004 - Medicamentos (exceto os produtos das posições 30.02, 30.05 ou 30.06) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses (incluindo os destinados a serem administrados por via percutânea) ou acondicionadas para venda a retalho.

Resta patente que o produto em discussão é considerado medicamento para efeito tributário, estando, portanto, suas operações comerciais sujeitas à antecipação do ICMS na forma determinada pelo art. 8º, da Lei 7014/96, é também de se observar o tratamento tributário dado pelo próprio contribuinte autuado a tais mercadorias, segundo os registros que efetuou na EFD.

Ademais a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC de nº 107, de 05 de Setembro de 2016, alterou a RCD de nº. 199, de 26 de outubro de 2006, do Ministério da Saúde, trazendo nova disposição sobre os medicamentos de notificação simplificada, aprovando em seu art. 1º, a “Lista de medicamentos de baixo risco sujeitos a notificação simplificada” devendo as especificações analíticas adotadas pelos fabricantes para os medicamentos de baixo risco seguirem monografia inscrita na Farmacopeia Brasileira ou em compêndio oficialmente reconhecido pela Anvisa de acordo com norma específica. Consta à fl. 07 desta resolução a indicação do produto álcool etílico como medicamento conforme disposto a seguir.

PRODUTO	CONCENTRAÇÃO DO PRINCÍPIO ATIVO	SINÔNIMOS	FORMA FARMACÊUTICA
Álcool etílico	Álcool etílico 70% (p/p). Álcool etílico 77° GL	Álcool 70	Solução

Convém ainda salientar que, em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao Regime de Substituição Tributária estes são os identificados nos Anexos II ao XXVI, do Convênio de nº. 142/18, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e o Código Especificador da Substituição Tributária - CEST.

Assim, nos termos expendidos e, considerando ainda que sobre o produto “Álcool 70%”, decisões reiteradas deste CONSEF, a exemplo do Acordão JF Nº 0088-02/22NF-VD, convergem com o entendimento articulado no presente voto, resta devidamente lastreada na legislação de regência a exigência fiscal objeto desse item da autuação.

Logo, não tendo o Autuado carreado aos autos elemento algum capaz de elidir a acusação fiscal, remanesce subsistente a exação.

Concluo pela subsistência da Infração 01.

Infração 02 cuida do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

O Autuado pugnou em sua Defesa pela procedência parcial desse item aduzindo que deveriam ser excluídos da autuação vários produtos arrolados no levantamento fiscal não estão inclusos no regime de substituição tributária assinalou que produtos para higienização, que não se confundem com medicamentos: Água oxigenada; Álcool 70% antisséptico; Vaseline líquida que é um produto utilizado nos hospitais para remoção de crostas, limpeza da pele, age como lubrificante e pode ser usado como base para preparações e; Lubrificante P/Instrumentos e Espelho odontológico que não são medicamentos.

Sustentou também o Defendente que foram arrolados no levantamento fiscal aquisições, cujos imposto já tinham sido pagos através de GNRE, cujas cópias dia anexar aos autos, bem como de fornecedor inscrito no CAD-ICMS/BA, na categoria de “Contribuinte Substituto” responsável, portanto, pelo imposto retido na nota fiscal, anexando cópias das referidas notas fiscais que tiveram o imposto pago juntamente com seus comprovantes de pagamento.

O Autuante em sede de informação fiscal manteve parcialmente a autuação enfrentando de forma minudente todas as alegações articuladas na peça defensiva.

Explicou que as aquisições oriundas de Estados não signatários do Convênio ICMS 234/17, como é o caso dos Estados de Amazonas, Ceará, Goiás, Minas Gerais e São Paulo, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do destinatário. Contudo se as mercadorias oriundas de Estados signatários do convênio não façam o recolhimento da antecipação tributária e não possuam inscrição ativa como substituto tributário no CAD-ICMS/BA, o destinatário é o responsável pelo recolhimento.

Esclareceu demonstrando para cada um dos remetentes elencados pelo Defendente em sua Impugnação que não localizou recolhimento algum relativo às operações arroladas no levantamento fiscal. Assinalou, entretanto, que identificou único fornecedor inscrito no CAD-ICMS/BA para o qual acatou o pedido da Defesa e excluiu do levantamento fiscal as correspondentes notas fiscais e elaborou novo demonstrativo de débito, fls. 135 e 136, e CD, fl. 137.

Além do Álcool 70% antisséptico, já enfrentado à Infração 01, esclareceu em relação Água Oxigenada Hospitalar Septmax 11, e a Vaseline Líquida Hospitalar que possuem a NCM 3004.90.99, articulou os mesmos argumentos explanados para o Álcool na Infração. Inclusive observando o tratamento tributário dado pelo próprio contribuinte autuado a tais mercadorias, segundo os registros que efetuou na EFD, da quase totalidade das saídas com essas mercadorias

Lubrificante P/Instrumentos - NCM 7009 - esclareceu que esse produto consta no Item 6.8, do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Espelho odontológico - NCM 2710.19.9 - esclareceu que esse produto consta no Item 8.80, do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Depois de compulsar os elementos que emergiram do contraditório instalado nos presentes autos constato que, efetivamente, as alegações da Defesa foram enfrentadas devidamente pelo Autuante que, analiticamente demonstrou a correção do levantamento fiscal, acolhendo a alegação comprovada de operações de aquisições oriunda de contribuinte com inscrição ativa como substituto tributário no CAD-ICMS/BA, promovendo a corresponde exclusão dessas operações no levantamento fiscal.

Do mesmo modo que o Álcool 70% antisséptico, os produtos, Água Oxigenada Hospitalar Septmax 1l, e a Vaselina Líquida Hospitalar objeto de contestação de mérito possuem a NCM 3004.90.99 que na tabela da NCM e TARIFA COMUM (TEC) atualizada até a Resolução do Comitê Executivo de Gestão – GECEX nº 32, de 30/12/2019, são classificados como “Produtos farmacêuticos”, nela constando com a seguinte descrição:

3004.90.99 - Medicamentos (exceto os produtos das posições 30.02, 30.05 ou 30.06) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses (incluindo os destinados a serem administrados por via percutânea) ou acondicionadas para venda a retalho.

Esses produtos, a despeito de serem considerados medicamentos para efeito tributário, estando, portanto, suas operações comerciais sujeitas à antecipação do ICMS na forma determinada pelo art. 8º, da Lei 7.014/96, é de se observar o tratamento tributário dado pelo próprio contribuinte autuado a tais mercadorias, segundo os registros que efetuou na EFD, a quase totalidade das saídas como sendo sujeitos a antecipação tributária.

Tendo alegado o Impugnante ter sido intimado, fls. 161 a 164, para tomar ciência do novo demonstrativo elaborado pelo Autuante, por ter alegado que não recebera junto com a intimação para ciência do teor da informação fiscal prestada às fls. 94 a 104, não se manifestou nos autos no prazo regulamentar.

Com relação à cópia do Recurso Voluntário, às fls. 151 a 153, protocolizado pelo Autuado, assinalo que tal recurso diz respeito ao Auto de Infração de nº 298945.0008/21-5, portanto, não tem repercussão nos presentes autos.

Assim, Uma vez que os argumentos defensivos devidamente comprovados foram corretamente acolhidos pelo Autuante, o qual, efetuou as retificações pertinentes desse item da autuação, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante no valor total de R\$ 595.266,99, de acordo com o demonstrativo constante do CD colacionado à fls. 137, na forma do demonstrativo a seguir.

Infração 02 - Comparativo Lançado x Julgado

Data de Ocorr.	Auto de Infração	Informação Fiscal	Julgamento	Multa
31/01/2018	25.173,88	17.159,94	17.159,94	60%
28/02/2018	28.570,46	19.835,81	19.835,81	60%
31/03/2018	16.595,21	16.595,21	16.595,21	60%
30/04/2018	61.684,10	61.684,10	61.684,10	60%
31/05/2018	73.700,86	69.225,98	69.225,98	60%
30/06/2018	64.817,89	64.817,89	64.817,89	60%
31/07/2018	88.254,77	88.254,77	88.254,77	60%
31/08/2018	42.314,06	42.314,06	42.314,06	60%
30/09/2018	112.032,16	98.219,75	98.219,75	60%
31/10/2018	62.253,44	57.514,54	57.514,54	60%
30/11/2018	44.938,89	43.162,46	43.162,46	60%
31/12/2018	16.481,98	16.481,98	16.481,98	60%
TOTAIS	636.817,70	595.266,49	595.266,49	

Assim, concluo pela caracterização parcial da autuação atinente à Infração 02.

Por tudo o quanto expendido, concluo pela subsistência parcial do presente Auto de Infração, conforme discriminado no demonstrativo a seguir:

Infrações	Auto de Infração	Informação Fiscal	Julgamento	Decisão	Multa
1	34.024,48	34.024,48	34.024,48	Procedente	60%
2	636.817,70	595.266,49	595.266,49	Procedente em Parte	60%
3	6.023,23	6.023,23	6.023,23	Procedente	60%
4	116.849,05	116.849,05	116.849,05	Procedente	60%
TOTAL	793.714,46	752.163,75	752.163,25		

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298945.0014/21-5**, lavrado contra **MD MATERIAL HOSPITALAR EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 635.314,20**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da Multa Percentual no valor de **R\$ 116.849,05**, prevista art. 42, inciso II “d” do mesmo dispositivo legal e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA