

PROCESSO	- A. I. N° 298945.0010/20-1
RECORRENTE	- UTICOR COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0132-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.06.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0129-11/24-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Na análise da alegação, assiste razão a recorrente, pois em consulta aos autos foi lavrado com as datas distintas em relação aquelas que estão na planilha supracitada, bem como aquelas que se encontram no Acordão proferido em sede de Primeira Instância. Infração Nula; **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. A Nota Fiscal nº 299, deve ser retirada da autuação, devido se tratar de Retorno de Conserto, com CFOP 2.916, assim não incidiria Antecipação Parcial, tendo em vista que conforme dispõe o art. 280, I do RICMS/BA, não há incidência do ICMS nessas operações, pois a referida nota foi emitida pela empresa BIOLITEC BIOTECNOLOGIA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO LTDA no ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, constata-se a veracidade da informação, assim, exclui-se o valor cobrada referente a mesma, na competência 07/2016. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 23/09/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 147.093,39, em razão do cometimento de oito infrações, sendo objeto tão somente as seguintes:

Infração 05 – 07.01.02 - *Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro, junho, agosto e setembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.427,73, acrescido da multa de 60%.*

Consta o registro de que o autuado recolheu a menor o ICMS devido por antecipação tributária, referente a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, cujas aquisições foram regularmente escrituradas. Os valores devidos foram apurados com base nas notas fiscais destinadas ao contribuinte, e são conforme planilha denominada “ANT_Trib_EntrBaseNfe-i” constante do Anexo V.

Tudo conforme os arquivos da escrituração fiscal digital EFD-transmitida pelo contribuinte, documentos fiscais eletrônicos emitidos pelo contribuinte e a ele destinados, bem como as planilhas citadas que estão gravadas no CD constante do Anexo X;

Infração 06 - 07.15.01 - *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março, maio, agosto e setembro de 2016, janeiro a março, julho e outubro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 20.818,27, acrescido da multa de 60%.*

Consta adicionalmente o registro de que o autuado deixou de recolher a antecipação parcial referente a aquisições interestaduais de mercadorias, tributadas normalmente pelo ICMS, cujos documentos fiscais não foram lançados na Escrituração Fiscal Digital - EFD, nos exercícios de 2016 a 2017. Os valores devidos foram apurados com base nas notas fiscais destinadas ao contribuinte, e são conforme planilha denominada "ANT_PARCIAL_EntrBaseNfe-ausentes LRE ii" constante do Anexo VI.

Tudo conforme os arquivos da escrituração fiscal digital EFD- transmitida pelo contribuinte, documentos fiscais eletrônicos emitidos pelo contribuinte e a ele destinados, bem como as planilhas citadas que estão gravadas no CD constante do Anexo X;

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou **Defesa** (fls. 153 a 186). Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls. 270 a 283). Assinalam que o autuado apresenta o seu inconformismo quanto à autuação, no tocante a uma parte do que é exigido nas infrações 01, 02, 05, 06, 07 e 08.

No que tange à **infração 01**, não há como acatar o pedido do autuado em relação ao enquadramento dos cateteres códigos '64' e '363' na isenção posta no Convênio ICMS 01/99. Quanto à **infração 02**, reconheceu parcial as razões. Relativamente à **infração 05**, registram que os novos valores apurados para o ICMS devido por antecipação tributária, que foi recolhido a menor, estão na planilha de fl. 285. No respeitante à **infração 06**, acatam a alegação defensiva atinente à cobrança conforme à elaboração da planilha de fl. 286 contendo os novos valores devidos. Quanto à **infração 07**, procederam à exclusão dos valores das operações em que acataram as alegações defensivas, conforme planilhas acostadas às fls. 287 a 309. No que tange à **infração 08**, registram que os novos valores desta infração estão nas planilhas de fls. 310 a 312.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício em exame foi efetuado em conformidade com a legislação tributária de regência, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e das multas impostas, relativamente às infrações imputadas ao autuado, bem como respeitado o devido processo legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório, exercido plenamente pelo autuado. Ou seja, o lançamento encontra-se revestido das formalidades legais, inexistindo vício ou falha que o inquine de nulidade, portanto, inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, capaz de invalidar o lançamento de ofício em questão.

No tocante ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante, resta indeferido com fundamento no art. 147, inciso I, "a" do RPAF-BA/99, haja vista que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes à análise e decisão da lide.

No mérito, relativamente à infração 01, o autuado alega que os produtos **Cód. 64 - KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL 3FX6CM** e **Cód. 363 - KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL FEMURAL 4FX11CM**", todos com NCM:90183929, estão amparados pela isenção prevista pelo Convênio ICMS 01/99 em seu Anexo Único, recepcionada pelo RICMS/MG e RICMS/BA.

Sustenta o autuado que os produtos "cateter atrial, introdutor para cateter sem válvula, guia introdutor cateter e o kit canula", que compõem os KITS "Cód. 64 - KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL 3FX6CM e Cód. 363 - KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL FEMURAL 4FX11CM" estão enquadrados no anexo I, parte 13 do RICMS/MG e Convênio ICMS 01/99, que preveem a isenção do ICMS, conforme demonstrado abaixo:

CONVÊNIO 01/99

Item 30 9018.39.29 Cateter atrial/peritoneal

Item 20 9018.39.29 Guia metálico para introdução de cateter duplo lumen

Item 35 9018.39.29 Introdutor para cateter com e sem válvula

Item 38 9018.39.29 Kit cânula

ANEXO I, PARTE 13 DO RICMS / MG 2002

Item 10 9018.39.29 Cateter atrial/peritoneal

Item 107 9018.39.29 Guia metálico para introdução de cateter duplo lumen

Item 120 9018.39.29 Introdutor para cateter com e sem válvula

Item 121 9018.39.29 Kit Cânula

Os autuantes contestam a alegação defensiva afirmando que nenhum dos produtos acima pode ser, minimamente, confundido com "Cateter para punção arterial em PEBAK Microseld", seja quanto à descrição, seja quanto ao uso. Afirmando que considerando que devem interpretar literalmente a legislação que trate de

outorga de isenção, conforme preceitua o art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, não há como acatar o pedido do autuado em relação ao enquadramento dos cateteres códigos '64' e '363' na isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

Antes de tudo cabe fazer um registro sobre a decisão desta Junta de Julgamento Fiscal que, conforme aduzido pelo impugnante, foi objeto de reforma pela Segunda Instância deste CONSEF.

De fato, nos termos do Acórdão JJF N° 0197-01/16, esta JJF decidiu pela procedência da autuação, conforme excertos do voto proferido pelo ilustre e saudoso Julgador/Relator José Raimundo Conceição abaixo reproduzido:

[...]

Asseverou que o autuante deixou de considerar isentas do ICMS as operações de compra e venda realizadas pelo simples fato de a descrição nas Notas Fiscais dos equipamentos e insumos, destinados à prestação de serviços de saúde, não se subsumir, ipsis litteris, à descrição contida no Anexo Único ao Convênio ICMS 01/99, muito embora os códigos de NCM lançados nas Notas Fiscais sejam exatamente os mesmos que constam do referido Anexo Único.

Observou que a descrição dos equipamentos e insumos médicos contidos nas Notas Fiscais é feita justamente para atender a uma exigência de mercado, que impõe a detalhada descrição de cada importante característica e finalidade de cada equipamento e/ou insumo comercializado, e não apenas a descrição genérica, não específica e nem detalhada do mesmo, como ocorre no Anexo Único. Aduziu que em decorrência dessas diferentes formas de descrição dos produtos de saúde envolvidos nas operações próprias de compra e venda realizadas pelos diversos operadores no mercado, inclusive no seu caso específico, com a constante no Anexo Único ao Convênio, é que não pode, nem exige a norma isentiva, que se guarde exata literalidade ou, melhor, gramaticalidade de redação.

Insistiu que para a norma, interessante é a destinação e finalidade específica de uso no tratamento de saúde, uma vez que a norma não conseguiria descrever detalhada e de forma pormenorizada a característica de cada tipo. Questiona a aplicação do art. 111 do Código Tributário Nacional (interpretação literal) deduzido pelo Auditores, considerando que a modernidade exige o estabelecimento de uma interpretação interligada das regras e dos princípios.

Os Auditores Fiscais ao prestar Informação Fiscal, nos termos do § 6º, art. 127, RPAF BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99) refutaram largamente todos os argumentos aduzidos pelo impugnante, em sua defesa, e mantiveram a autuação sob o fundamento de que, comprovadamente, os equipamentos e insumos arrolados no levantamento fiscal que alicerçam a exigência fiscal, de fato, não correspondem aos elencados expressamente no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e, portanto, não estão amparados pela isenção prevista no Acordo interestadual. Sustentaram que a imposição de interpretação literal expressamente determinada no art. 111 do CTN de dispositivo legal que outorga isenção, como ocorre no presente caso, descarta a possibilidade do benefício alcançar operações com produtos que não estejam expressamente indicados na norma instituidora.

Da análise dos termos presentes no presente Auto de Infração, constato que o fulcro da autuação repousa na exigência do ICMS sobre as operações com os produtos arrolados no demonstrativo de apuração, que o autuado entendeu amparadas pela isenção preconizada pelo Convênio ICMS 01/99 em seu Anexo Único, recepcionada que se encontra pela legislação tributária baiana no inciso XX do art. 32 do RICMS-BA/97 e seu Anexo 93, e inciso XXIV do art. 264, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores.

Compete ressalvar, antes, que a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de isenção tributária, pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição constantes da norma respectiva; na ausência desta adequação, prevalece a tributação normal incidente sobre a operação. No caso em concreto, o Convênio ICMS 01/99 especifica, em seu Anexo Único, os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde que se encontram amparados pelo benefício da isenção do imposto, apresentando a NCM e a descrição correspondentes.

Nesse contexto, ainda que esteja correto o contribuinte autuado ao destacar que a isenção do ICMS das operações com equipamentos e insumos médicos destinados à prestação de serviços de saúde, estatuídas no aludido Convênio ICMS 01/99, seja de grande relevância jurídica e social, pois tem como caráter finalístico assegurar o acesso aos tratamentos de saúde, promovendo valores sociais constitucionalmente assegurados (direito à saúde), na busca da realização do interesse público, o benefício da isenção deverá ser aplicado de forma restritiva, em face da exclusão do crédito tributário (art. 156, I, CTN), para que não alargue o alcance da matéria desabonando a expressão dos produtos e atingindo operações que não estejam expressamente indicados na norma instituidora da própria exclusão (princípio da legalidade). E isso, porque, a isenção decorre, sempre, de lei que regule exclusivamente a matéria conforme exigência expressa do art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

E isso, porque, a isenção decorre, sempre, de lei que regule exclusivamente a matéria conforme exigência

expressa do art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

[...]

Há também que ser ressaltado o teor expresso na Cláusula primeira do Convênio: “Ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH.” Ou seja, a primazia do alcance da norma se concentra nas operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo, cabendo à classificação pela NBM/SH(NCM) uma mera função de vinculação sistemática, justamente para evitar desvio de aplicação do benefício. Noutras palavras, é necessário que o produto para ser alcançado pelo benefício da isenção, além estar elencado no Anexo deve constar a correspondente NCM expressa no documento fiscal. Sendo, portanto, inconcebível que, a partir de uma NCM constante no anexo, seja inseridos no benefício equipamentos e insumos nele não expressamente indicados, sob pena de gerar insegurança jurídica para ambos os pólos da relação tributária, desestabilizando, tanto a sujeição ativa, quanto a passiva.

É cediço que se o legislador pretendesse dotar o alcance do benefício de amplitude, além dos equipamentos e insumos expressamente elencados, teria estatuído no dispositivo legal parâmetros minimamente norteadores de sua abrangência, a exemplo da indicação de similitude ou correlata aplicação finalística.

Assim, não pode surtir efeito o objetivo pretendido pelo autuado haja vista a clara divergência entre a descrição das mercadorias consignadas nas notas fiscais e os itens indicados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, não obstante o esforço do contribuinte na afirmação de que relevante não é o nome técnico que é atribuído ao produto, mas a sua finalidade de assegurar o acesso de todos aos tratamentos disponíveis de saúde. A norma isentiva deve, em obediência ao próprio princípio da legalidade, ser interpretado de acordo com a legislação que rege a espécie e não deve abarcar matéria que não esteja devidamente prevista no dispositivo legal.

[...]

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

Nos termos do Acórdão CJF N° 0124-11/20-VD, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, reformou a decisão desta JJF, conforme a ementa abaixo reproduzida:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0124-11/20-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OUTORGА DE ISENÇÃO. a) MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS PELA NÃO INCIDÊNCIA QUALIFICADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS, NOTAS FISCAIS COM DESTAQUE DO IMPOSTO. Os produtos autuados são enquadrados na norma isencional atendendo à similitude do que descrito no dispositivo legal, sendo imprescindível que se adote o princípio da razoabilidade, ainda mais em se tratando de produtos voltados à saúde. A manifestação e os documentos trazidos ao processo por ocasião deste julgamento pela Recorrente, clareiam o entendimento tido por este relator e traduz o entendimento já manifestado pela PGE/PROFIS em seu parecer, objeto de análise. A legalidade no procedimento por parte da Recorrente e reconhecendo a evolução da indústria médicohospitalar, força-se a adoção de novos materiais, novos formatos e novas apresentações dos produtos, sem contudo desfigurar o seu objetivo e destinação. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

No voto proferido pelo ilustre Conselheiro/Relator foi consignado que:

[...]

Os produtos para que sejam enquadrados na norma isencional devem atender à similitude do que descrito no dispositivo legal, sendo imprescindível que se adote o princípio da razoabilidade, ainda mais em se tratando de produtos voltados à saúde.

A manifestação e os documentos trazidos ao processo por ocasião deste julgamento pela Recorrente, clareiam o entendimento tido por este relator e traduz o entendimento já manifestado pela PGE/PROFIS em seu parecer, objeto de análise.

Convicto da legalidade no procedimento por parte da Recorrente e reconhecendo que a evolução da indústria médico-hospitalar, forçosamente leva a adoção de novos materiais, novos formatos e novas apresentações dos produtos, sem contudo desfigurar o seu objetivo e destinação, que é o caso presente, **DOU PROVIMENTO** ao presente Recurso Voluntário e julgo **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração em lide.

Verifica-se da leitura dos excertos do voto proferido no Acórdão desta JJF que a tese de interpretação restritiva, no tocante a fruição do benefício isencional, em matéria semelhante a tratada no presente Auto de Infração, não foi acolhida pelo Segunda Instância deste CONSEF, que modificou a decisão pela procedência e julgou improcedente o Auto de Infração.

Assim sendo, acompanhando o entendimento da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, esposado no Acórdão CJF N°.

0124-11/20-VD, que reformou a decisão desta 1ª JJF, cabe a exclusão da autuação dos valores atinentes aos produtos aduzidos pelo impugnante, constante na planilha elaborada pelo autuante no total de R\$ 78,36, referentes a Nota Fiscal nº 33059 de maio de 2016, no valor exigido de R\$ 11,76; Nota Fiscal nº. 33965 de julho de 2016, no valor exigido de R\$ 21,60, e Nota Fiscal nº 411762 de julho de 2017, no valor exigido de R\$ 45,00, passando esta infração do valor originalmente exigido de R\$ 337,66 para R\$ 259,30, conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/01/2016	24,31
31/05/2016	12,24
28/02/2017	8,37
31/05/2017	6,30
31/08/2017	132,84
30/09/2017	75,24
TOTAL	259,30

Diante disso, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$ 259,30.

No tocante à infração 02, o autuado alega cobrança indevida por parte dos autuantes de ICMS, devido ao Estado da Bahia, em função da EC n.87/15.

Observa que os autuantes estão cobrando ICMS, supostamente devido ao Estado da Bahia, em função da EC n.87/15, conforme notas fiscais, arroladas no relatório “Venda nao contrib outra UF-Reparticao receita ICMS-Lista N.F.pdf”.

Consigna o seu inconformismo quanto a acusação fiscal, pois entende que o levantamento da referida infração está em desconformidade com a legislação tributária vigente.

Reporta-se sobre as Notas fiscais de devolução, não contabilizadas pelos autuantes. Diz que efetivamente a maioria das vendas, foram realizadas para consumidor final, não contribuinte do ICMS, contudo não há que se falar em pagamento a menor do ICMS partilhado em função da EC n.87/15, devido ao Estado da Bahia, haja vista que a apuração desse imposto referente ao Estado da Bahia é feita ao final do mês por apuração.

Alega que assim sendo, realiza vendas e no próprio mês de apuração, ocorrem devoluções dessas vendas, daí a contabilidade ao realizar a apuração do referido imposto, procede ao abatimento das notas fiscais de devoluções correspondentes aquelas vendas, sendo que uma operação anula a outra. Acrescenta que no intuito de demonstrar a verdade dos fatos, colacionou as notas fiscais de vendas que constam no relatório “Venda nao contrib outra UF-Reparticao receita ICMS-Lista N.F”, disponibilizado pelos autuantes, bem como as notas fiscais de devoluções correspondentes.

Os autuantes observam que o artigo 4º, I, da Lei 7.014/96, estatui que o fato gerador ocorre no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, sendo o momento da ocorrência do fato gerador aquele em que o imposto é devido. Dizem que assim sendo, caso haja devolução da venda, cabe ao contribuinte vendedor se creditar do imposto destacado no documento fiscal de devolução e estornar os lançamentos a débito porventura indevidos.

Assinalam que tratando das operações de venda que foram objeto de posterior devolução dos produtos, o autuado indica que esta situação ocorreu com as Notas Fiscais de venda nos. 33847, 33848, 33849, 34227, 34371, 34372, 35121, 38088, 38554, 39509 e 41397. Salientam que destas 11 Notas Fiscais, as de números 33847, 33848, 33849, 34227, 35121, 38088 e 39509, tiveram as notas fiscais de devolução emitidas no mês seguinte ao da operação de venda, sendo estas notas fiscais de devolução as de números 34402, 34388, 34403, 35008, 35252, 38829 e 39923, respectivamente, conforme quadro que apresentam.

Afirmam que desse modo, não podem acatar o pedido do autuado.

Quanto à alegação defensiva de que, na apuração do imposto devido, nas operações destinadas ao Estado de Alagoas, foi usada a alíquota interna de 18% quando deveria ter sido usada a alíquota de 17%, asseveram os autuantes que o autuado incorre em equívoco, haja vista que a alíquota de 17,0% prevista no artigo 17 da Lei 5.900/96, do estado de Alagoas, deve ser acrescentado 1,0% conforme determina o art.2-A da Lei 6558 de 30 de dezembro de 2004, também do Estado de Alagoas.

No tocante à alegação defensiva referente a operações de venda destinadas ao Estado de Roraima, dizem os autuantes que ao verificarem a planilha “Venda não contrib outra UF-Repartição receita ICMS-Lista N.F”, gravada no CD constante do Anexo X, que detalha as operações de venda sob discussão, constataram não haver qualquer uma destinada ao referido estado.

No que se refere às alegações defensivas de que, o destinatário das operações constantes das Notas Fiscais de venda nos. 31589 e 31927, é pessoa jurídica contribuinte do ICMS, dizem que verificaram ser correta esta última contestação, de modo que a acatam. Esclarecem que as referidas notas fiscais estão lançadas no mês de março

de 2016, e o valor cobrado referente a elas é R\$ 2.375,10, conforme pode ser visto na planilha “Venda não contrib outra UF-Repartição receita ICMS-Lista N.F”, gravada no CD constante do Anexo X. Salientam que considerando que o valor total do débito originalmente cobrado para março de 2016 é R\$ 2.692,05, conforme pode ser visto (fl.19), o novo valor devido para o citado mês será R\$ 316,95.

De fato, não há como acolher a alegação defensiva de que as notas fiscais de devolução, não foram consideradas pelos autuantes, pois não poderiam ser consideradas, haja vista que a operação de venda ocorreu e o seu desfazimento deveria observar as disposições do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12.

Constatou que a alegação defensiva de que, na apuração do imposto devido, nas operações destinadas ao Estado de Alagoas, os autuantes utilizaram a alíquota interna de 18% quando deveria ter sido usada a alíquota de 17%, foi corretamente rechaçada pelos autuantes, haja vista que a alíquota de 17% prevista no artigo 17 da Lei 5.900/96, do Estado de Alagoas, deve ser acrescentado 1,0% conforme determina o art.2-A da Lei 6558 de 30 de dezembro de 2004, também do referido Estado de Alagoas.

Quanto à alegação defensiva atinente a operação de venda destinada ao Estado de Roraima, assiste razão ao impugnante, haja vista que, efetivamente, na planilha “Venda não contrib outra UF-Repartição receita ICMS-Lista N.F”, gravada no CD constante do Anexo X, que detalha as operações de vendas realizadas pelo autuado consta a Nota Fiscal nº. 31513, destinada ao Estado de Roraima, tendo sido aplicada a alíquota de 17,5% sobre o valor de R\$ 6.000,00, quando a alíquota correta é de 17%.

Diante disso, cabe a retificação do valor exigido no mês de março de 2016, referente a esta Nota Fiscal que fica reduzido de R\$ 486,00 para R\$ 468,00 ($R\$ 6.000,00 \times 17\% = R\$ 1.020,00 - R\$ 240,00 = 780,00 \times 60\% = 468,00$).

No tocante à alegação defensiva de que o destinatário das operações constantes das Notas Fiscais de venda nºs. 31589 e 31927, é pessoa jurídica contribuinte do ICMS, verifico que os autuantes acataram esta alegação dizendo que referidas notas fiscais estão lançadas no mês de março de 2016, e o valor exigido referente a elas é R\$ 2.375,10, conforme planilha “Venda não contrib outra UF-Repartição receita ICMS-Lista N.F”, gravada no CD constante do Anexo X, sendo que, considerando que o valor total do débito originalmente cobrado para março de 2016 é R\$ 2.692,05, o novo valor devido para o citado mês passa para R\$ 316,95.

Na realidade, a análise da referida planilha permite constatar que o valor total do ICMS exigido referente às Notas Fiscais nº. 31927 e 31589 é de R\$ 2.039,70, sendo que deduzido o mencionado valor do total exigido no mês de março de 2016 de R\$ 2.692,05 o citado mês passa para R\$ 652,35. Contudo, considerando que cabe ainda a exclusão do valor de R\$ 18,00, em face à aplicação da alíquota de 17,5% na Nota Fiscal nº. 31513, destinada ao Estado de Roraima, o mês de março de 2016 desta infração passa para R\$ 634,35, ficando da seguinte forma:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/03/2016	634,35

Os demais meses apontados nesta infração permanecem com os valores originalmente apontados no Auto de Infração.

Diante disso, a infração 02 é parcialmente subsistente no valor devido de R\$ 5.445,21.

Quanto às infrações 03 e 04, observo que foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, sendo constatado pelos autuantes a realização de operações de saídas de mercadorias omitidas no valor de ICMS devido em cada uma das infrações de R\$ 10,00.

Referidas infrações não foram objeto de impugnação, sendo certo que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, consoante estabelece o art. 140 do RPAF/BA/99.

Diante disso, as infrações 03 e 04 são procedentes.

No respeitante à infração 05, o autuado alega cobrança indevida de ICMS por Antecipação Tributária, Substituição Tributária.

Reporta-se sobre os comprovantes de pagamento das Notas fiscais que constam no relatório “ANT_Trib_EntrBaseNfe-i” que fazem parte desta infração.

Alega que os autuantes estão cobrando, indevidamente, ICMS por antecipação tributária nas Notas Fiscais nºs. 10982 e 45767, contudo o imposto foi pago pela empresa, conforme demonstram comprovantes e indicação do código de ajuste fiscal nº.1145.

Ressalta que os autuantes, cometem um equívoco grave ao calcular o valor da substituição tributária da Nota Fiscal nº. 10982 “52160411164073000216550010000109821000109828”, pois utilizaram de forma errada o valor de R\$ 20.160,00, na sua base de cálculo para encontrar o valor da Substituição tributária, conforme demonstra planilha “ANT_Trib_EntrBaseNfe-i”, disponibilizada pelos autuantes. Alega que o valor total desta Nota Fiscal é de R\$ 2.800,00, daí a impossibilidade de a base de cálculo da substituição tributária ser

R\$ 20.160,00.

Afirma que diante disso, a cobrança do ICMS por Antecipação Tributária nas Notas Fiscais nºs 10982 e 45767, deve ser revista pelos autuantes, a fim de que se verifique a diminuição ou inexistência do débito tributário.

Assevera que os autuantes estão exigindo indevidamente ICMS por antecipação tributária do produto “**SERINGA FECHADA CO-SET, NCM 90183190, ANVISA 80219050011**”, que faz parte das seguintes notas fiscais:

Nota fiscal. 56165 “35160105944604000371550010000561651000999590”,
Nota fiscal. 56961 “35160205944604000371550010000569611001009894”,
Nota fiscal. 60059 “35160505944604000371550010000600591001048741”
Nota fiscal. 61152 “35160605944604000371550010000611521001063131”.

Sustenta o autuado que referido produto não faz parte da antecipação tributária. Alega que o simples fato da descrição nominativa do produto conter a palavra “SERINGA” é em decorrência da necessidade do comércio atender as solicitações feitas por clientes, que lhe obrigam e distribuidores a procederem dessa forma, sob pena de não executar as vendas. Afirma que na realidade, o produto “**SERINGA FECHADA CO-SET, NCM 90183190, ANVISA 80219050011**”, constante na planilha “ANT_Trib_EntrBaseNfe.xlsx”, está registrado na ANVISA, sob o nome “**CO-SET+SISTEMA FECHADO PARA INFUSÃO DE INJETADO FRIOS**”. Diz que se trata de um Sistema Fechado para Infusão, Co-Set+ de Solução Fria (Modelo 93-600), que proporciona a distribuição adequada da solução fria para medição de débito cardíaco por termo diluição. Esclarece que esse produto é projetado para ser usado com um computador de débito cardíaco e com o cateter de termo diluição Swan-Ganz. Assinala que apresenta o referido produto com os seus descritivos e imagens, detalhando suas funções e objetivos, que comprova não fazer parte da substituição tributária prevista no anexo I do RICMS/BA.

Assevera que diante disso, a cobrança do ICMS por Antecipação Tributária nas Notas Fiscais nºs. 56165, 56961, 60059 e 61152, deve ser revista pelos autuantes, a fim de que se verifique a inexistência do débito tributário.

Os autuantes consignam que verificando a alegação defensiva de recolhimento do imposto referente às Notas Fiscais nºs 10982 e 45767, concluíram que assiste razão ao autuado, de modo que incluirão os mesmos na apuração ora discutida.

Quanto à alegação defensiva de que, “... os fiscais autuantes ...” erraram ao “... calcular o valor da substituição tributária da nota fiscal n. 10982 ...”, eis que tomaram como base de cálculo o valor de R\$ 20.160,00, esclarecem que a base de cálculo foi apurada considerando a existência do preço único ou máximo de venda, fixado ou sugerido pelo fabricante, nos termos do artigo 289 do RICMS/BA, Decreto 13.780/12. Dizem que tal metodologia de apuração da base de cálculo foi aplicada em razão de o autuado não ser signatário do Termo de Acordo do Decreto 11.872/09, nem tampouco ter a autorização prevista no artigo 289, § 12 do RICMS/BA.

A análise das alegações defensivas e contestações dos autuantes permite constatar que, no tocante à alegação defensiva de que os autuantes não consideraram os recolhimentos atinentes às Notas Fiscais ns. 10982 e 45767, os autuantes na Informação Fiscal acataram esta alegação e incluiram os valores recolhidos quando refizeram o levantamento fiscal.

Quanto à alegação defensiva de que o valor total da Nota Fiscal nº. 10982 é de R\$ 2.800,00, daí a impossibilidade de a base de cálculo da substituição tributária ser R\$ 20.160,00, constato que na planilha elaborada pelos autuantes consta o PMC, conforme Lista, sendo que os autuantes esclareceram que a base de cálculo foi apurada considerando a existência do preço único ou máximo de venda, fixado ou sugerido pelo fabricante, nos termos do artigo 289 do RICMS/BA, Decreto 13.780/12, sendo a metodologia de apuração da base de cálculo aplicada em face ao autuado não ser signatário do Termo de Acordo do Decreto 11.872/09, bem como não ter a autorização prevista no artigo 289, § 12 do RICMS/BA.

O referido art.289, § 12, do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, dispõe:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

[...]

§ 12. Nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuam, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo I para apuração da base de cálculo da antecipação tributária sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante ou importador.

A leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido permite constatar que os autuantes agiram em conformidade com o que determina a norma, portanto, corretamente.

No tocante à alegação defensiva de que, o produto **SERINGA FECHADA CO-SET** não está enquadrado na

substituição tributária, mas que é na "... realidade o produto "**CO-SET+SISTEMA FECHADO PARA INFUSÃO DE INJETADO FRIOS**"", indicando em seguida o número do seu registro na ANVISA, dizem os autuantes que consultando as Notas Fiscais n°s 56165, 56961, 60059 e 61152, citadas pelo autuado, e que constam da planilha de fls.22, verificaram que as mesmas não trazem o número de registro do produto SERINGA FECHADA CO-SET na Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, de modo que não há como confirmar o que é alegado pelo autuado.

Afirmam que considerando o que foi acima explanado, e considerando ainda que o Anexo 1 do multicitado RICMS/BA traz como sujeitos à antecipação tributária produtos descritos como "Seringas, mesmo com agulhas -", desde que tenham NCM 9018.31, não há como concordar com a alegação defensiva.

Esclarecem que concluída a análise dos argumentos defensivos, lançaram na planilha de apuração do ICMS antecipação tributária os valores dos recolhimentos que acataram e corrigiram as datas de entrada das mercadorias. Registraram que os novos valores apurados para o ICMS devido por antecipação tributária, que foi recolhido a menor, estão na planilha de fls.285.

Conforme sustentado pelo impugnante na peça impugnatória, bem como demonstrado na sessão de julgamento quando o ilustre patrono do autuado exerceu o direito de sustentação oral de suas razões, efetivamente, restou constatado que o referido produto SERINGA FECHADA CO-SET não está enquadrado na substituição tributária, sendo, na realidade, o produto "**CO-SET+SISTEMA FECHADO PARA INFUSÃO DE INJETADO FRIOS**"".

É indubidoso que o produto Seringas, mesmo com agulhas, NCM 9018.31 está sim no regime de substituição tributária, porém este não é caso do produto **CO-SET+SISTEMA FECHADO PARA INFUSÃO DE INJETADO FRIOS**"", haja vista que não se trata de seringa.

Diante disso, cabe a exclusão dos valores exigidos referentes a esse produto, constante na planilha acostada à fl. 285, elaborada pelos autuantes na Informação Fiscal, o que resulta na procedência parcial desta infração exclusivamente quanto à Nota Fiscal n°. 10982, no valor de ICMS devido de R\$ 3.030,41, no mês de maio de 2016.

Quanto à infração 06, o autuado alega exigência indevida de ICMS por Antecipação Parcial pela não escrituração de notas fiscais de entrada.

Afirma que os autuantes estão exigindo, indevidamente, ICMS por antecipação parcial pela não escrituração de Notas Fiscais ns. 413, 6058, 13390 e 462846, que foram canceladas pelos emitentes, conforme chaves de acesso: 3517060914460800016455000000004131081610547, 3316083607879800013155002000060581935049667, 35161257313165000130550010000133901456360850 e 35160549351786001071550050004628461007454637, constantes no relatório "ANT_PARCIALEntrBaseNfeausentes.xlsx".

Requer a improcedência do valor exigido, haja vista que não houve ocorrência do fato gerador, bem como não houve seu conhecimento sobre a emissão das referidas notas fiscais.

Alega o autuado inobservância pelos autuantes da nota fiscal de Retorno de Conserto, CFOP 2.916.

Afirma que os autuantes estão exigindo, indevidamente, ICMS por antecipação parcial referente à Nota Fiscal n. 299, de retorno de conserto.

Frisa que em conformidade com o RICMS/BA, não há incidência do ICMS, nessas operações. Neste sentido, reproduz o art. 280 do referido Regulamento.

Explica que o que aconteceu é que o prestador do serviço, emitiu nota fiscal de retorno de conserto, sem conhecimento da empresa, informando na sua natureza da operação CFOP 6.916 - Retorno de mercadoria ou bem, recebido para conserto.

Observa pelo site da Receita Federal que não houve ocorrência do fato gerador, fato este que pode ser comprovado por duas situações: a) O prestador de Serviço é de São Paulo e não existe, nenhum evento de manifestação de conhecimento de transporte que indique que a mercadoria circulou de São Paulo para a Bahia; b) Não existe nenhum evento que indique que tomou ciência da operação.

Afirma que desse modo, a cobrança do ICMS por Antecipação Parcial é indevida, devendo ser revista, a fim de que se verifique a inexistência de débito tributário na sanção pecuniária da Nota Fiscal n. 299 "351607091446080001645500000002991030000089", emitida pela empresa BIOLITEC BIOTECNOLOGIA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO LTDA, pelos motivos de fato e de direito já aduzidos.

Alega, ainda, que os autuantes estão exigindo ICMS por Antecipação referente à Nota Fiscal n° 247, contudo a referida nota fiscal não foi escriturada pela empresa, por falta de conhecimento da mesma, uma vez que o fornecedor BIOLITEC BIOTECNOLOGIA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO LTDA, ao perceber a emissão indevida da nota fiscal, em vez de proceder ao cancelamento da mesma, emitiu outra Nota Fiscal de entrada n° 248, com CFOP de devolução de entrada 2.202, a fim de regularizar a operação.

Diante disso, pede a improcedência do valor exigido pelos autuantes na Nota Fiscal nº 247, haja vista que incorereu o fato gerador, bem como não houve o seu conhecimento sobre a emissão da referida nota fiscal.

No respeitante à infração 06, observo que os autuantes acertadamente acataram a alegação defensiva atinente à cobrança indevida referente às Notas Fiscais nºs. 413, 6058, 13390 e 462846, dizendo que apuraram que procede a alegação do autuado, de modo que excluirão as referidas notas fiscais da presente apuração.

Quanto à alegação defensiva referente à Nota Fiscal n. 299, verifico que os autuantes corretamente dizem que analisando o DANFE da citada nota fiscal, verificaram que no quadro DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS consta o CFOP 6102, indicando venda de produto. Observam que o autuado não indica a nota fiscal de remessa dos produtos para conserto, por isso não podem acatar a alegação defensiva.

No tocante à alegação defensiva referente à Nota Fiscal n. 247, observo que os autuantes acertadamente acataram a alegação defensiva.

Diante disso, a infração 06 é parcialmente subsistente, com a manutenção da exigência exclusivamente no tocante às Notas Fiscais nºs 299 e 4922, no valor total de ICMS devido de R\$ 13.340,85, conforme planilha elaborada pelos autuantes quando da Informação Fiscal, acostada à fl. 286.

Quanto à infração 07, observo que os autuantes dizem que o autuado alega que os produtos KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL 3FX6CM, código '64', e KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL FEMURAL 4FX11CM, código '363', são isentos do ICMS, e traz os mesmos argumentos que apresentou quando defendeu parte dos lançamentos da Infração 01.

No caso deste item da autuação pode ser dito o mesmo que foi consignado no exame da infração 01, ou seja, conforme decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que reformou a decisão desta JJF, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0124-11/20-VD, descabe a interpretação literal do benefício isençional, sendo imprescindível que se adote o princípio da razoabilidade, ainda mais em se tratando de produtos voltados à saúde. Conforme a referida decisão, a evolução da indústria médico hospitalar, força a adoção de novos materiais, novos formatos e novas apresentações dos produtos, sem, contudo, desfigurar o seu objetivo e destinação.

Diante disso, cabe a exclusão dos valores exigidos referentes aos mencionados produtos constantes das planilhas elaboradas pelos autuantes quando da Informação Fiscal, acostadas às fls. 287 a 309.

Quanto à alegação defensiva de que foram incluídas no levantamento do débito operações com CFOP 2556 e 2551, relativos às Notas Fiscais nºs 19276, 20073, 21412, 21669, 24165, 24208, 19657, 113706 e 113764, sobre as quais não cabe a cobrança de antecipação parcial, os autuantes dizem que constataram que as Notas Fiscais nºs. 19276, 20073, 21412, 21669, 24165, 24208, 19657, 113706 e 113764 foram lançadas no Registro de Entradas da Escrituração Fiscal Digital – EFD com o CFOP 2556, e a Nota Fiscal 8475 foi lançada no referido livro com o CFOP 2551, sendo que, acertadamente, acataram as alegações defensivas e excluíram os respectivos valores relativos a tais entradas da infração em tela.

No que tange às Notas Fiscais nºs. 19657, 113706 e 113764, que o autuado alega se tratar de entradas destinadas ao uso/consumo, dizem que verificaram que estas foram lançadas no Registro de Entradas do autuado com o CFOP 2949, que deve ser usado para "Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado classificam-se neste código as outras entradas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores". Ou seja, caso as operações ora discutidas fossem, efetivamente, destinadas ao uso/consumo o autuado as teria lançado no Registro de Entradas com o CFOP 2256.

Afirmam que desse modo, não podem acatar o que é posto para as entradas constantes das Notas Fiscais de números 19657, 113706 e 113764.

Quanto à alegação defensiva atinente à Nota Fiscal nº. 279, que diz respeito à operação de retorno de mercadoria ou bem remetido para conserto, CFOP 2.916, observo que os autuantes acataram a alegação defensiva e excluíram do levantamento fiscal os valores relativos à Nota Fiscal 279.

Diante exposto, com a exclusão dos valores referentes aos produtos KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL 3FX6CM, KIT CAT. PARA PUNÇÃO ARTERIAL FEMURAL 4FX11CM, KT CAT TL 11,5FX15CM, KT CAT TL 11,5FX20CM e KT CAT TL 15,5FX20CM T3, das planilhas elaboradas pelos autuantes quando da Informação Fiscal, acostadas às fls.287 a 309, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$ 64.895,11, conforme demonstrativos constantes no CD acostado à fl. 322 dos autos.

Data Ocorrência	Data Venct.	Base de Cálculo	Multa %	Valor devido (R\$)
30/01/2016	09/02/2016	182,91	60,00	109,75
31/03/2016	09/04/2016	326,89	60,00	196,13
30/04/2016	09/05/2016	2.092,45	60,00	1.255,47
31/05/2016	09/06/2016	390,75	60,00	234,45
31/12/2016	09/01/2017	3.486,53	60,00	2.091,92

28/02/2017	09/03/2017	2.676,25	60,00	1.605,75
31/03/2017	09/04/2017	2.690,34	60,00	1.614,20
31/07/2017	09/08/2017	70.529,21	60,00	42.317,53
31/08/2017	09/09/2017	2.828,14	60,00	1.696,88
30/09/2017	09/10/2017	969,37	60,00	581,62
30/11/2017	09/12/2017	21.985,69	60,00	13.191,41
TOTAL		108.158,53		64.895,11

No que concerne à infração 08, o autuado alega cobrança indevida de multa por não escrituração de notas fiscais de entrada.

Observo que os autuantes acataram acertadamente a alegação defensiva atinente às Notas Fiscais n°s 247 e 249547 no sentido de que não foram escrituradas porque foram emitidas por engano pelos seus fornecedores, e estes, ao verificarem o erro cometido em vez de as cancelarem emitiram outra desfazendo a operação e excluíram do levantamento fiscal referidos documentos fiscais.

No tocante à alegação defensiva de que houve erro na determinação da base de cálculo da Nota Fiscal n. 393583, observo que assiste razão aos autuantes quando afirmam que o valor questionado está correto, haja vista que foi utilizado o valor comercial do bem, de modo que não acatam o pedido do autuado em relação à Nota Fiscal n. 393583.

Diante disso, a infração 08 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 814,62, conforme demonstrativo/planilha elaboradas pelos autuantes, acostadas às fls. 310 a 312 dos autos.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente procedente, ficando as infrações conforme demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	337,66	259,30	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	7.502,91	5.445,21	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	10,00	10,00	100%	PROCEDENTE
04	10,00	10,00	100%	PROCEDENTE
05	3.427,73	3.030,41	60%	PROCEDENTE EM PARTE
06	20.818,27	13.340,85	60%	PROCEDENTE EM PARTE
07	113.070,71	64.895,11	-----	PROCEDENTE EM PARTE
08	1.916,11	814,62	-----	PROCEDENTE EM PARTE
Total	147.093,39	87.805,50		

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O patrono da recorrente apresenta peça recursal às fls. 364/373, onde apresenta inconformismo em relação às infrações 05 e 06:

INFRAÇÃO 05 – 07.01.02 – alega a inobservância dos fiscais autuantes e da 1ª JJF que as datas de ocorrência 18/01/16, 15/02/16, 02/05/16, 23/05/16 e 27/06/16 presentes na planilha denominada “ANT_Trib EntrBaseNfe-i”, não correspondem aos fatos geradores presentes no PAF, infração 5, visto que os mesmos possuem datas de ocorrências 31/01/2017, 30/06/2017, 31/08/2017 e 30/09/2017, conforme se demonstra na planilha elaborada pelo fiscal autuante:

PLANILHA DE APURAÇÃO DO ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA RECOLHIDA A MENOR																	
Empresa: UTICOR COMERCIO E REPRESENTACOES DE MATER MEDICOS LTDA CNPJ: 01.230.254/0001 - Inscr. Estadual: 044.309.488 BA Período: 2016 a 2017																	
Dta	NumDoc	ChvNf	NCM	Descriitem	Qnt	Unid	GFO	VlLiquite	Alg	VlIcms	VIPmc	Lista	MVA	BC-ST	ICMS-ST	ICMS-ST- Recolhid	ICMS-ST- Recolhid
18/01/16	56165	351601	9018	SERINGA FECHADA C	1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78	48,78	48,78
				JANEIRO													
15/02/16	56961	351602	9018	SERINGA FECHADA C	1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78	48,78	48,78
				FEVEREIRO													
02/05/16	10982	521604	9002	FLUQUADRI MONO	8	CX	6102	2.800,00	12	336,00	272,74	P	0,00	20.160,00	3.292,80	3.292,80	3.292,80
23/05/16	60059	351605	9018	SERINGA FECHADA C	1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78	48,78	48,78
				MAIO													
27/06/16	61152	351606	9018	SERINGA FECHADA C	1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78	48,78	48,78
				JUNHO													

Chama atenção para a data de ocorrência lançada no PAF:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	17.943,00	18,00	60,00	3.229,74
30/06/2017	09/07/2017	0,72	18,00	60,00	0,13
31/08/2017	09/09/2017	1.083,94	18,00	60,00	195,11
30/09/2017	09/10/2017	15,28	18,00	60,00	2,75

Diante dos fatos, a infração 5, foi lavrada de forma errada e por tanto, deverá ser declarada improcedente.

Se assim não entendido, disse que verifiquem a impossibilidade da Nota Fiscal nº 10982, possui uma base de cálculo de ICMS no valor de R\$ 20.160,00, isso porque o valor total dessa nota fiscal é de R\$ 2.800,00, daí a impossibilidade da base de cálculo da substituição tributária ser R\$ 20.160,00, conforme se demonstra na nota de fl. 368.

Reporta que as datas de ocorrência das notas fiscais, presentes na planilha de nome “ANT_Trib EntrBaseNfe-i”, sendo que o fiscal autuante considerou para lavrar a infração 5, não equivalem as datas de ocorrências, lançadas no Auto de Infração. Daí a necessidade que seja revista a presente infração, com nova avaliação através das documentações apresentadas (DOC 2), a fim de que se verique a inexistência de débito tributário ou a real diminuição da sanção pecuniária apresentada;

INFRAÇÃO 06 – 07.15.01 – sustenta a inobservância dos fiscais autuantes na Nota Fiscal nº 299, cujo CFOP 2.916 é de Retorno de Conserto, sendo equivocado os fiscais autuantes, relacionaram o equipamento da nota fiscal, chave de acesso: 35160709144608000164550000000002991030000089, como se fosse destinado à revenda, ocorre que trata-se de de retorno de conserto e conforme dispõe o RICMS/BA, não há incidência do ICMS, de acordo com o art. 280, I que se apresenta de fundamental importância a análise dos fatos e os elementos de prova trazidos nesse recurso, a fim demonstrar de que efetivamente, a operação realizada, é caracterizada como remessa e retorno de conserto, com suspensão de ICMS.

Explica que houve uma falha sistêmica. Observem Senhores Julgadores que na Nota Fiscal nº 299, o campo do DANFE “Natureza da Operação”, está descrito “6916 - RETORNO DE MERCADORIA OU BEM RECEBIDO PARA CONSENTO”, contudo o sistema de automação comercial falhou e ao invés de obedecer o CFOP 6.916, informado no campo “natureza da operação”, lançou de maneira errada no campo da grade do item o CFOP 6.102, o que ocasionou a interpretação equivocada dos fiscais autuantes em considerar a referida operação como se fosse compra para revenda de mercadorias.

Listou e anexou a nota fiscal de remessa de conserto e retorno de conserto (DOC 3), que representa o serial nº 10293 do equipamento da Nota Fiscal nº 33194 (de origem) chave de acesso: 29160501230254000169550020000331941951998586, emitida pela autuada em remessa para conserto CFOP 6.915. É o mesmo número do serial (10293), emitido pela empresa Biolitec, na Nota Fiscal nº 299, chave de acesso: 35160709144608000164550000000002991030000089, CFOP 6.916, de retorno de conserto.

NF REMESSA	CHAVE	Serial equipamento	CFOP	VALOR	NF RETORNO	CHAVE	Serial equipamento	CFOP	VALOR
33194	29160501230254000169550020000331941951998586	10293	6.915	73.780,83	2994	35160709144608000164550000000002991030000089	10293	6.916	73.780,83

Diante dos fatos, sustenta que a cobrança do ICMS por Antecipação Parcial na Nota Fiscal nº 299 é indevida, devendo ser revista a Decisão da 1ª JJF, a fim de que se verique a inexistência de débito tributário na sanção pecuniária da Nota Fiscal nº 299 “ 35160709144608000164550000000002991030000089”, emitida pela empresa **BIOLITEC BIOTECNOLOGIA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO LTDA**, e por consequência reduzir em mais R\$ 13.280,55 do valor restante de R\$ 13.340,85 que foi decidido pela 1ª JJF, restando assim o valor de R\$ 60,30 a ser pago pela autuada, conforme detalhamento a seguir:

INFRAÇÃO NÚMERO	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO PELA 1ª JUNTA	VALOR RECONHECIDO PELA AUTUADA E SOLICITADO EM RECURSO
--------------------	------------------	--------------------------------	---

6	20.818,27	13.280,55	60,30
---	-----------	-----------	-------

Finaliza requer que seja:

- a) conhecido o presente RECURSO, sendo processado pelo órgão competente;
- b) revisto o presente Auto de Infração, com nova avaliação através das documentações apresentadas, a fim de que se verifique a inexistência de débito tributário ou a real diminuição da sanção pecuniária apresentada;
- c) intimanda aqui de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, com oito infrações, sendo motivo do recurso apenas as infrações 05 e 06, sendo a primeira para cobrar o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades e a segunda para efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Em sede de recurso a recorrente alegou nulidade da infração 05, tendo em vista que as datas de ocorrências da infração lançadas na planilha denominada “ANT_Trib EntrBaseNfe-i” acostada pelo autuante à fl. 313 CD Mídia, foram 18/01/16, 15/02/16, 02/05/16, 23/05/16 e 27/06/16, enquanto as que constam no PAF, fl. 03 não correspondem aos fatos geradores, já que os mesmos possuem as seguintes datas 31/01/2017, 30/06/2017, 31/08/2017 e 30/09/2017.

Analizando a alegação, vejo que assiste razão a recorrente, pois dos prints abaixo temos que o PAF foi lavrado com as datas distintas em relação aquelas que estão na planilha supracitada, bem como aquelas que se encontram no Acordão proferido em sede de Primeira Instância:

PAF:

Infração 05 - R\$ 3.427,73						
Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior.						
O contribuinte recolheu a menor o ICMS devido por antecipação tributária, referente a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, cujas aquisições foram regularmente encerradas, nos exercícios de 2016 e 2017. Os valores devidos foram separados com base nas notas fiscais destinadas ao contribuinte, e não conforme planilha denominada “ANT_Trib EntrBaseNfe-i” constante do Anexo V.						
Tudo conforme os arquivos da escrituração fiscal digital EFD- transmittida pelo contribuinte, documentos fiscais eletrônicos emitidos pelo contribuinte e a ele destinados, bem como as planilhas citadas que estão gravadas no CDI constante do Anexo X.						
Data Descrição	Data Vencida	Base de Cálculo (R\$)	Alíq %	Multa (%)	Valor Multíplico (R\$)	
31/01/2017	09/02/2017	17.943,00	18,00	60,00	3.23%74	
30/06/2017	09/07/2017	0,72	18,00	60,00	0,13	
31/08/2017	09/09/2017	1.063,94	18,00	60,00	195,11	
30/09/2017	09/10/2017	15,28	18,00	60,00	2,75	
Enquadramento Legal: Artigo 8º, inciso II e §3º; art. 23 da Lei 7.014/96 C/C art. 28º do RICMS publicado pelo Decreto 15.780/2012.						
Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96.						
Total da Infração:						R\$ 3.427,73

Planilha:

Dta	NumDoc	ChvNf	CNPJ	UF	NCM	Descrição	Qnt	Unid	CFO	Vlq	Item	Alq	Vlcm	VlPmc	Lista	MVA	BC-ST	ICMS-ST	ICMS-ST- Recolhido	ICMS-ST- Recolhido a Menor	
18/01/16	56165	3516005.944.60	SP	90183190	SERINGA FECHADA CO-SET LOTE: 6	JANEIRO	1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78	48,78	0,00	48,78	
15/02/16	56961	3516005.944.60	SP	90183190	SERINGA FECHADA CO-SET LOTE: 6	FEVEREIRO	1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78	48,78	0,00	48,78	
02/05/16	10982	5216011.164.07	GO	3002202	FLUQUADRI MONO AD CX 5S	MAIO	8	CX	6102	2.800,00	12	336,00	272,74	P	0,00	20.160,00	3.292,80				
23/05/16	60059	3516005.944.60	SP	90183190	SERINGA FECHADA CO-SET LOTE: 6	JUNHO	1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78	3.341,58	311,17	3.030,41	
27/06/16	61152	3516005.944.60	SP	90183190	SERINGA FECHADA CO-SET LOTE: 6		1	CX	6102	214,50	4	8,74	0,00	NEUTRA	65,52	319,54	48,78		48,78	0,00	48,78

Acordão:

P	31/05/2016	09/06/2016	14.901,41	60	981,82
P	30/06/2016	09/07/2016	1.229,74	60	13.191,41
P	31/08/2016	09/09/2016	0,13	60	0,00
P	30/09/2016	09/10/2016	195,11	60	0,00

Assim, voto pela nulidade da infração.

Já em relação a infração 06, alegou que a Nota Fiscal nº 299, precisa ser retirada da autuação, pois se trata de Retorno de Conserto, com CFOP 2.916, e assim não incidiria Antecipação Parcial, tendo em vista que conforme dispõe o art. 280, I do RICMS/BA, não há incidência do ICMS nessas operações, vejamos:

“Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado (Conv. AE 15/74);”

Consultando a Nota Fiscal nº 299 “35160709144608000164550000000002991030000089”, emitida pela empresa BIOLITEC BIOTECNOLOGIA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO LTDA no ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, pude constatar a veracidade da informação, assim, voto pela exclusão do valor R\$ 13.280,55 cobrado referente a mesma, na competência 08/2016. Abaixo acostei a consulta efetuada.

Consultar NF-e

Nova Consulta **Consulta Completa*** **Download do documento*** *Requer certificado digital.

Dados da NFe

Natureza da operação	Tipo da operação	Chave de acesso
6016 - RETORNO DE MERCADORIA OU BEM RECEBIDO PARA CONSERTO O	f - Saída	351607-09144608000164-55-000-000000299103000008-9

Emitente

CNPJ	IE	Nome/Razão Social
09.144.608/0001-64	149859682112	BIOLITEC BIOTECNOLOGIA COMERCIO, IMPORTACAO, EXPORTACAO LTDA

Município **UF**

Sao Paulo	SP
-----------	----

Destinatário

CNPJ	IE	Nome/Razão Social
-254/0001-69	*9488	UTIC***

Município **UF** **País**

Salvador	BA	BRASIL
----------	----	--------

Produtos

Descrição	Quantidade	Unid. Com.	Valor Unit.	Valor Prod.
1 L...	1.0000	2	73.780,83	73.780,83
			Valor total	73.780,83

Eventos e Serviços

Evento	Protocolo	Data autorização	Data inclusão AN
Autorização de Uso	135160422407649	11/07/2016 as 17:01:55-03:00	11/07/2016 as 17:02:05

Digest Value
15RFM2pSX0NH8sRHUqMs1lhvB5E=

De todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, ficando assim liquidado:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	CÂMARA	MULTA	RESULTADO
1	337,66	259,30	259,30	60%	PROCEDENTE EM PARTE
2	7.502,91	5.445,21	5.445,21	60%	PROCEDENTE EM PARTE
3	10,00	10,00	10,00	100%	PROCEDENTE
4	10,00	10,00	10,00	100%	PROCEDENTE
5	3.427,73	3.030,41	0,00	-----	NULO
6	20.818,27	13.340,85	60,30	60%	PROCEDENTE EM PARTE
7	113.070,71	64.895,11	64.895,11	-----	PROCEDENTE EM PARTE
8	1.916,11	814,62	814,62	-----	PROCEDENTE EM PARTE
Total	147.093,39	87.805,50	71.494,54		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298945.0010/20-1, lavrado contra **UTICOR COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 5.784,81**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 5.764,81 e de 100% sobre R\$ 20,00, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, III, “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentual no valor de **R\$ 64.895,11** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 814,62**, previstas nos incisos II, “d”, § 1º e IX do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 5.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS