

A. I. N° - 281332.0018/10-9
AUTUADO - CORAMED COMÉRCIO DE ARTIGOS MÉDICOS LTDA.
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 29.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0041-04/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Exigências do imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, relativa ao exercício de 2007, com base na presunção legal de que a falta de registro de entradas destas mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações de vendas anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Exigência reconhecida pelo sujeito passivo. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Da análise da legislação, se verifica que no período fiscalizado, exercício de 2007, os “stents” de cromo cobalto não estavam albergados com a isenção do ICMS, só passando a usufruir do referido benefício fiscal a partir da nova redação dada ao item 191 pelo Convênio ICMS 30/09, com efeitos a partir de 27.04.09. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência ou perícia. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/06/2010, exige do autuado o ICMS no valor de R\$ 358.179,92, conforme mídia e documentos às fls. 17 a 203, em razão das seguintes irregularidades:

01 – Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 4.799,04, constatado pela apuração da diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, apurada através de levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2007, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

02 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 353.380,88, no exercício de 2007, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ao dar saída isenta a dois tipos de stent fornecidos pela Medtronic, o Sistema de Stent Coronário Driver e Sistema de Stent Coronário Endeavor, ambos feitos de uma liga de cobalto e não de aço inoxidável, como prevê a legislação.

O autuado, à fl. 210, atravessa petição requerendo a emissão do Documento de Arrecadação Estadual (DAE), em relação à primeira infração, no valor principal de R\$ 4.799,04 e seus acréscimos, com redução da multa legalmente prevista.

Em seguida, às fls. 213 a 236 dos autos, tempestivamente, ingressa com sua defesa administrativa, relativa à segunda infração, onde aduz ser irrelevante a composição química do material

chamado “stent”, mesmo porque, segundo o autuado, o aço inoxidável possui cromo em sua composição e, ademais, a isenção prevista em convênio pretendeu abranger o gênero do produto e não um determinado tipo específico com determinada composição química. Assim, sustenta o apelante que os materiais considerados como tributáveis em sua venda, são tão isentos quanto os materiais previstos na legislação e no Convênio ICMS 01/99, simplesmente porque é o mesmo material, ou seja, todos são “stents” e tem a mesma função e finalidade.

Transcreve a cláusula primeira do citado Convênio ICMS 01/99, que estabelece: “Ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio classificados pela NBM/SH”. Diz que no item 191, do referido anexo, constam os chamados “implantes expansíveis de aço inoxidável para dilatar artérias stents”. Aduz que, posteriormente, por meio do Convênio ICMS 30/2009, este item 191 foi alterado, passando a constar em sua nomenclatura “implantes expansíveis de aço inoxidável e de cromo cobalto, para dilatar artérias stents”. Defende que, o caso em apreço é um exemplo da evolução legislativa motivada pela evolução da ciência, uma vez que em 1999 ainda não existiam os stents feitos da liga de cromo e cobalto, sendo certo que por essa única razão a legislação que previa a isenção não os contemplou.

Reitera que, quando o Convênio ICMS 01/99 previu a isenção, ele apenas classificou o produto que à época era comercializado no mercado de produtos hospitalares. Assim entende o autuado que a inovação do mesmo item com nova composição, como é o caso do stent de cromo cobalto, não merece ser excluída da isenção prevista, e tanto é que, posteriormente, a legislação de convênios foi alterada, fazendo constar essa nova composição no rol das isentas. Aduz não ser razoável que o contribuinte seja penalizado com a tributação das vendas de tal item em 2007, porque a fiscalização entendeu que naquela época não havia determinação expressa de isenção para o stent de cromo e cobalto. Invoca o princípio da isonomia, pois entende que o stent de aço inoxidável não pode possuir tratamento tributário diferenciado dos demais stents, sejam quais forem suas composições. Cita doutrina a respeito e passa a discorrer sobre composição química dos aços, do que defende que a intenção do legislador foi isentar do tributo o produto “stent”, que na época só era produzido com liga de aço inoxidável, que possui cromo em sua composição.

Também, aduz ser abusiva a aplicação da multa no percentual de 60%, evidenciando-se um confisco do que cita jurisprudência e doutrina, pois o contribuinte não incorreu em qualquer irregularidade que ensejasse em atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa, até porque não há infração cometida.

Por fim, pugna pela decretação da nulidade da segunda infração, bem como pelo afastamento da multa aplicada no percentual de 60%, mesmo porque sendo acessória segue a sorte do principal, considerando ainda que se apresenta como sendo confiscatória e abusiva, assim como roga pela realização de diligência e perícias, nos termos do art. 123, § 3º, do RPAF/99, caso os julgadores entendam que não há elementos suficientes para julgamento. Anexa documentos, às fls. 251 a 277 dos autos, como prova de suas alegações.

Na informação fiscal, apresentada às fls. 281 e 282, a autuante, discorda da tese defensiva sob o argumento de que, se a intenção do legislador fosse abranger todo e qualquer stent, ele simplesmente não teria mencionado o material de fabricação, pois, ao especificar o tipo de material, ele restringe a isenção. Registra que toda isenção deve, via de regra, ser considerada de forma restrita e nunca abrangente.

Salienta que a intenção restritiva do legislador é ratificada quando da alteração sofrida nesse item por meio do Convênio ICMS 30/2009, ao incluir o stent de cromo cobalto na isenção e deixar de fora, por exemplo, o stent de nitinol (liga de níquel e titânio), que é outra liga com a qual se fabrica stents disponíveis no mercado, conforme documentos às fls. 283 a 287 dos autos.

Quanto à composição do aço inoxidável, na qual aduz o autuado conter cromo na sua composição, sustenta a autuante que não significa que se possa confundir uma liga de aço inox com a de cromo cobalto, o fato de o aço inoxidável possuir o cromo na sua composição, pois a

porcentagem de cada produto presente define o tipo de liga, suas propriedades e seu preço, sendo produtos diferentes e com propriedades específicas.

Por fim, sobre a abusiva apresentação da multa no percentual de 60%, entende a autuante que essa matéria foge do escopo da sua informação fiscal. Assim, mantém na íntegra o Auto de Infração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresenta manifestação, às fls. 292 e 293, onde aduz que a autuante fez um pré-julgamento das questões ventiladas em sede de defesa administrativa. Salienta que não se fala em “todo e qualquer stent” nesta celeuma. Fala-se de stent coronariano de única e específica utilização. Aduz existir stent para várias funções e aplicabilidades, porém, o produto que cuja discussão se instaurou é o stent coronariano. Sustenta que, se são fabricados de plástico, cobalto, aço, cromo, borracha, ferro, ou qualquer outro material, pouco importa, mas, sim, que o legislador quis atribuir isenção ao símbolo, ao produto como instrumento de aplicação cirúrgica e beneficiamento da saúde humana. Assim, reitera todos os termos de sua defesa.

Em novo pronunciamento, à fl. 297 dos autos, a autuante acrescenta apenas que: “*Onde se lê “se a intenção do legislador fosse abranger todo e qualquer stent” leia-se “se a intenção do legislador fosse abranger todo e qualquer stent coronariano”* (pg. 281)”.

Às fls. 300 e 301, constam extratos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT), consignando o recolhimento do valor principal reconhecido de R\$ 4.799,04, mais acréscimos legais, relativo à primeira infração, no montante de R\$ 7.080,98.

VOTO

Quanto à primeira infração, a qual exige imposto decorrente da constatação de omissão de saídas por presunção legal, apurada através de levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2007, cuja exigência foi reconhecida e recolhida a importância correspondente com os devidos acréscimos legais, por não fazer parte da lide, só nos resta considerá-la procedente, devendo ser homologado o valor recolhido.

Inerente à segunda infração, a qual exige o ICMS de R\$ 353.380,88, sob a acusação de que o contribuinte praticou operações tributáveis como não tributáveis, no exercício de 2007, relativo às operações de “Stent Coronário Driver e Sistema de Stent Coronário Endeavor”, ambos feitos de uma liga de cobalto e não de aço inoxidável, como previa, à época dos fatos geradores, o Convênio ICMS 01/99 para a isenção do ICMS, alega o defendant ser irrelevante a composição química do material chamado “stent”, visto que a isenção prevista em convênio pretendeu abranger o gênero do produto e não um determinado tipo específico com determinada composição química.

Inicialmente, indefiro o pedido de perícia e/ou de diligência do autuado, pois considero suficientes para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, nos termos do art. 147, I, “a”, e II, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Sobre a argüição de ser abusiva a aplicação da multa no percentual de 60%, evidenciando-se um confisco, saliento que a referida penalidade é a legalmente prevista ao ilícito fiscal apontado.

Inerente ao pedido de nulidade da segunda Infração, arguido pelo autuado, verifico que no Processo Administrativo Fiscal foram cumpridas todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte. Sendo assim, rejeito o pedido de nulidade da citada infração.

Quanto ao mérito, há de se ressaltar que o art. 111 do Código Tributário Nacional (CTN) determina que “*Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção e III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.*”

No caso presente, trata-se de exigência do ICMS relativo à operações de venda de implantes expansíveis para dilatar artérias, feitos de liga de cobalto, no exercício de 2007, e, conforme bem salientou o próprio defensor, o Convênio ICMS 01/99 definiu, em sua cláusula primeira, que “Ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio classificados pela NBM/SH”, tendo no item 191, do aludido anexo, consignado o seguinte:

Nova redação dada ao item 191 pelo Conv. ICMS 30/09, efeitos a partir de 27.04.09.		
191	9021.90.81	Implantes expansíveis, de aço inoxidável e de cromo cobalto, para dilatar artérias "Stents"
Acrescido o item 191 pelo Conv. ICMS 113/05, efeitos de 24.10.05 a 26.04.09.		
191	90.21.90.81	Implantes expandíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias "Stents"

De pronto, da análise da legislação, se verifica que no período fiscalizado, exercício de 2007, os “stents” de cromo cobalto não estavam albergados com a isenção do ICMS, só passando a usufruir do referido benefício fiscal a partir da nova redação dada ao item 191 pelo Convênio ICMS 30/09, com efeitos a partir de 27.04.09.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281332.0018/10-9**, lavrado contra **CORAMED COMÉRCIO DE ARTIGOS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 358.179,92**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 4.799,04 e 60% sobre R\$ 353.380,88, previstas no artigo 42, incisos III e II “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR