

A. I. N° - 206855.0004/10-6
AUTUADO - CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET 04.04.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0050-05/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTADAS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigência do imposto sobre operações de saídas de mercadorias não beneficiadas com a isenção do Conv. ICMS 01/99 e suas alterações posteriores. Itens não inseridos no anexo único da norma convenial. Intepretação restritiva da isenção, para alcançar tão-somente os itens listados na norma do benefício. Não acolhidas as preliminares de nulidade da infração. Indeferido o pedido de diligência. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. LIVRO RAICMS. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo. Objeto de pagamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 28/06/2010 para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$48.241,37, em decorrência das imputações abaixo descritas:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Documentos instrutórios da infração juntados às fls. 11 a 101 e 149 a 360. Fatos geradores ocorridos nos meses de abr, jun, ago, set, nov e dez de 2006; jan, fev, mar, jun, ago e dez de 2007 e jan, fev, mar, abr, jun, jul, set, nov e dez de 2008. Valor exigido: R\$ 44.904,41.
2. Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Fatos geradores verificados nos meses de jan, fev, mar, abr, jun, jul, ago, out e dez de 2006. Valor exigido: R\$ 2.813,36.
3. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livo Registro de Apuração do ICMS. Fato gerador verificado no mês de abril de 2007. Valor lançado: R\$ 523,60.

O contribuinte apresentou impugnação, anexada às fls. 368/373 do PAF, firmada por advogado com procuração nos autos (fl. 374). Após fazer uma síntese das acusações fiscais, arguiu, em razões preliminares, a nulidade da autuação no, que se refere à infração 1, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, acarretando o cerceamento ao direito de defesa. Disse que a autuação foi feita tão somente com base nas notas de saídas, sem qualquer investigação das entradas, incorrendo o lançamento em prejuízo na classificação das mercadorias supostamente não tributadas, conforme Anexo único do Convênio ICMS 01/99 e suas alterações.

Registrhou ainda, que os demonstrativos ofertados em meio magnético não contemplam os códigos NCM dos produtos, restando a exigência insegura, pois a acusação não fez o cotejamento das mercadorias com as regras da norma conveniada. Declarou que o citado vício impediu a verificação dos créditos fiscais de ICMS porventura existentes, havendo afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

No mérito, sustenta a improcedência da infração 1, ao argumento de que a exigência fiscal recaiu sobre equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, afirmando que a questão a ser resolvida pelo CONSEF vai além de fatores meramente tributários, envolvendo aspectos de saúde pública. Ponderou que os Estados, desde 1999, editaram nada menos que 11 (onze) convênios sobre a matéria, revelando a intenção de afastar do campo de incidência do ICMS produtos utilizados exclusivamente em benefício da saúde humana, em especial, aqueles empregados em cirurgias cardíacas.

Frisou que a partir da edição do Convênio ICMS 01/99, os Estados e o DF isentaram uma gama de produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, sendo idêntico benefício concedido pela União, no que se refere ao IPI, inclusive com o direito à manutenção de créditos fiscais.

Declarou que os produtos listados nos demonstrativos que instruem a autuação dizem respeito a itens e insumos que cumprem a função pretendida pela norma conveniada, embora possam existir divergências nas nomenclaturas dos produtos e modificações nas classificações. A título de exemplo mencionou os produtos LEKTON 2.5X13 e CLOSUR PAD, hoje denominados PROKINETIC e NEPTUNE, afirmando que os mesmos são “stents” e acessórios para angioplastia coronariana e que sem tais produtos, em conjunto com os demais listados no Convênio, o desiderado pretendido nas cirurgias cardíacas não pode ser alcançado, esvaziando o sentido da norma.

Destacou que o NEPTUNE foi formalmente inserido no benefício pelo Convênio ICMS 113/05, prevalecendo a isenção, no mínimo, até 31/12/2011, de acordo com o Convênio ICMS 06/07.

Informou que a interpretação benéfica da legislação contemplada no princípio constitucional da não-cumulatividade assegura o direito de apropriação dos créditos fiscais nas entradas dos produtos, sendo muitas notas emitidas pelos fornecedores com “isenção”.

Argumentou que se a isenção não for reconhecida o lançamento merece reparos, pois, ainda que as operações sejam consideradas como “tributadas”, o Estado da Bahia teria que abater da exigência os valores correspondentes aos créditos pelas aquisições, ainda que de forma presumida, sob pena de cobrar imposto devido aos Estados de origem das mercadorias. Visando esta finalidade requereu prazo para a juntada de planilhas de apuração dos créditos de direito, caso a isenção não seja acatada pelo órgão julgador. Nessa linha de entendimento citou o Acórdão nº 0030-11/08, da 1ª CJF do CONSEF, que em sede de controle da legalidade, via Representação da PGE/PROFIS, assegurou direito ao crédito sobre operações “desacompanhadas de documentação fiscal”.

Ao finalizar, pediu a revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito para a quantificação dos créditos fiscais; requereu a juntada de novos documentos, demonstrativos e demais provas em direito admitidas. Postulou pela nulidade ou improcedência da infração 1, ou, no máximo, a procedência parcial, com os abatimentos dos créditos fiscais pelas aquisições de mercadorias devidamente taxadas.

No que tange às infrações 2 e 3, a autuada declarou que irá efetuar o pagamento dos valores exigidos vez que não encontrou provas que elidissem as cobranças.

Encaminhado o processo para que o autuante prestasse a informação fiscal na forma do art. 127 do RPAF/99, o mesmo apresentou suas contrarrazões às fls. 381 a 393.

No que se refere à preliminar de nulidade, rebate os argumentos defensivos dizendo que na ação fiscal foram analisadas todas as notas fiscais de entradas e de saídas, tendo sido constatado que

os fornecedores incidiram no mesmo erro da autuada, ao considerar isentos do ICMS produtos não listados no Anexo Único do Convênio 01/99 e suas posteriores alterações. Em decorrência serão penalizados pelas Secretarias de Fazenda dos Estados de origem dos produtos, frisando, ainda, que o fato do fornecedor não destacar o imposto na nota fiscal não significa que o produto seja isento. Em relação aos valores apurados afirma que os mesmos foram devidamente explicitados nos demonstrativos de débito juntados ao PAF.

No mérito, destaca que a empresa autuada comercializa equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde e que o Convênio ICMS 01/99, publicado no DOU de 08.03.99, ratificação Nacional DOU de 26.03.99, pelo Ato COTEPE-ICMS 03/99, e suas alterações e prorrogações, estabelece quais os produtos são isentos de ICMS, na forma da sua cláusula primeira, cujo conteúdo transcreveu na peça informativa.

Frisou que nem todos os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde comercializados pela autuada são isentos do ICMS, mas, apenas os produtos relacionados no anexo do citado convênio estão isentos do referido imposto.

Destacou que os produtos CLAMP BULLDOG, COLA BIOLÓGICA BIOGLUE 5ML, ENDOPRÓTESE AÓRTICA AUTO EXPANSIVA CIRÚRGICA, ENDOPRÓTESE TORÁCICA RETA, ESTABILIZADOR CORONÁRIO CHASE, PROTESE AÓRTICA AUTO EXP. 26X150, KIT P/ CARD SANG BAIXO SOL INDUÇÃO, KIT COLA BIOGLUE A BASE DE SORO ALB.BOVINA e SOLUÇÃO GLUTAMATO+ASPARTATO, descritos no demonstrativo de débito da infração 01, não estão listados no anexo do Convênio ICMS 01/99, razão pela qual não são isentos de ICMS.

Disse que a única defesa de mérito possível seria o contribuinte provar que cada um dos citados produtos, tidos como isentos, estariam relacionados no referido anexo. No entanto alega que o autuado tenta ampliar a norma isencional, para alcançar todos os produtos relacionados no demonstrativo de débito da infração, mesmo não estando listados no anexo do Convênio ICMS 01/99, ao argumento de que desempenhariam funções idênticas aos que estão listados, por serem ambos utilizados na prestação de serviços de saúde. Em outras palavras: o autuante afirma que a pretensão do defensor é estender o benefício outorgado a todos os equipamentos e insumos utilizados na prestação de serviços de saúde.

Disse que tal pretensão afronta a regra prevista no artigo 111 do Código Tributário Nacional que determina a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, transcrevendo em seguida, na informação fiscal, o dispositivo citado. Afirma que por se tratar de uma exceção à regra geral de incidência do imposto, as normas de isenção não admitem interpretação extensiva nem integração por equidade, sendo vedado ao intérprete estender ou mesmo restringir o alcance da norma, devendo limitar-se à sua textualidade.

Em seguida argumentou que se os Estados signatários do Convênio ICMS 01/99 pretendessem isentar todos os equipamentos e insumos utilizados na prestação de serviços de saúde já teriam descartado o seu anexo e modificado o texto da sua cláusula primeira. Não o tendo feito, ao longo de 11 anos, fica claro que a intenção das autoridades estaduais, criadoras do Convênio ICMS 01/99, é manter o controle do benefício, reafirmando que da totalidade dos equipamentos e insumos utilizados na prestação de serviços de saúde, apenas aqueles indicados no anexo do citado convênio ficam isentos do ICMS.

Quanto às alegações da defesa de existência de divergências nas nomenclaturas e modificações nas classificações de 09 (nove) produtos listados no demonstrativo de débito, declarou o autuante que os exemplos citados, em relação aos produtos STENT LEKTON e CLOSUR PAD nem foram objeto da autuação. Ainda em relação aos citados produtos, disse que o autuado não fez prova das suas alegações, vez que os mesmos são dispositivos distintos, com funções diversas.

No que tange ao pedido alternativo de dedução dos créditos pelas entradas, disse que o período fiscalizado é anterior a 2010 e que a esse tempo os créditos regularmente apurados já deveriam ter sido compensados com os débitos do período, inexistindo, pois, qualquer crédito a ser pleiteado. Ponderou que, se acaso, ainda exista alguma nota de aquisição, com destaque de crédito, que não

tenha lançada na escrita fiscal, a hipótese seria de utilização extemporânea de crédito, através de procedimento administrativo fiscal autônomo, conforme previsto no art. 101, e seus parágrafos, do RICMS/Ba. Já as notas sem destaque do imposto não ensejariam o direito pleiteado pela defesa.

Quanto ao Acórdão nº 0030-11/08, disse que a questão ali enfrentada não guarda nenhuma similaridade com os fatos tratados nos presentes autos, pois o referido julgado cuida de auto de infração lavrado contra empresa do setor de informática, beneficiária do Dec. nº 4.316/95, que prevê diferimento do ICMS na importação de componentes de computação, para o momento da saída dos produtos fabricados, sendo que o art. 2º da citada norma, determina que o crédito deve ser lançado pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais de saída.

Manteve o autuante todos os termos do auto de infração, ao tempo em que requereu sejam indeferidas as preliminares arguidas; o pedido alternativo de dedução de créditos nos presentes autos; a revisão por fiscal estranho ao feito; a juntada posterior de documentos, já que transcorrido o momento legal de apresentá-los; e que seja julgado procedente o auto de infração.

Às fls. 400 a 402 do PAF foram juntados relatórios extraídos dos sistemas informatizados da SEFAZ, demonstrando o pagamento das infrações 2 e 3, conforme reconhecimento da dívida apresentada na petição constante da fl. 396 dos autos, firmada pela sócia administradora da empresa autuada.

VOTO

A infração 1 contempla a exigência de ICMS em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em razões preliminares o contribuinte arguiu a nulidade deste item por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, acarretando o cerceamento ao direito de defesa. Disse que a autuação foi feita tão-somente com base nas notas de saídas, sem qualquer investigação das entradas, incorrendo o lançamento em prejuízo na classificação das mercadorias supostamente não tributadas, conforme Anexo único do Convênio ICMS 01/99 e suas alterações, com reflexos também na apuração dos créditos fiscais de direito destacados nas notas de aquisição.

Afasto a nulidade levantada pela defesa, visto que o lançamento apontado não padece dos vícios destacados na inicial. Os demonstrativos de apuração do imposto são claros ao descrever os produtos objeto da autuação contemplando as seguintes nomenclaturas: CLAMP BULLDOG, COLA BIOLÓGICA BIOGLUE 5ML, ENDOPRÓTESE AÓRTICA AUTO EXPANSIVA CIRÚRGICA, ENDOPRÓTESE TORÁCICA RETA, ESTABILIZADOR CORONÁRIO CHASE, PROTESE AÓRTICA AUTO EXP. 26X150, KIT P/ CARD SANG BAIXO SOL INDUÇÃO, KIT COLA BIOGLUE A BASE DE SORO ALB.BOVINA e SOLUÇÃO GLUTAMATO+ASPARTATO. Expressou o autuante na peça acusatória o entendimento de que os citados itens não estão listados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, razão pela qual não são isentos de ICMS. Logo, sob o ponto de vista formal a imputação fiscal não se encontra maculada das nulidades apontadas pela defesa.

Da mesma forma a quantificação do imposto, visto que o autuante tomou por base os valores das notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo. A discussão, portanto, deverá ser travada no âmbito da análise de mérito, uma vez que, como já dissemos, o lançamento se encontra revestido das formalidades legais para que se tome uma decisão acerca da sua procedência ou não.

No que se refere ao pedido de remessa dos autos visando à realização de diligência, também não vislumbro razões para o atendimento do pleito. Isto porque, já se encontram presentes nos autos todos os elementos suficientes à elucidação da questão, compreendendo demonstrativos de apuração do débito e notas fiscais com a descrição das mercadorias objeto do lançamento. Indefiro, portanto, o pedido de revisão do feito.

Na questão de fundo, nos parece estar claro que a norma isencial contida no Convênio ICMS 01/99 e suas alterações, não contempla todos os produtos destinados à prestação de serviços de

saúde, em especial, aqueles direcionadas para as cirúrgias cardíacas. Não fosse assim o legislador não teria se valido da técnica de descrever “*numerus clasus*” os produtos alcançados pelo benefício fiscal, não podendo o intérprete se valer da interpretação extensiva. Uma simples leitura da acusação fiscal, tomando por base a descrição nominal dos produtos ou a sua nomenclatura, revela que as mercadorias autuadas não se encontram listadas na norma do Convênio retrocitado.

A pretensão do contribuinte de estender o benefício aos produtos autuados afronta a regra prevista no artigo 111, inc. II, do Código Tributário Nacional que determina a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção.

Assim dispõe o comando normativo citado:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

Conforme foi muito bem fundamentado na informação fiscal, por se tratar de uma exceção à regra geral de incidência do imposto, as normas de isenção não admitem interpretação extensiva nem integração por equidade, sendo vedado ao intérprete ampliar ou mesmo restringir o alcance da norma, devendo limitar-se à sua textualidade.

Por outro, lado os produtos citados pela defesa, a saber, STENT LEKTON e CLOSUR PAD, com exemplos de divergências nas nomenclaturas, sequer compuseram os demonstrativos de apuração do imposto, não podendo os argumentos levantados na peça defensiva ser acatados para elidir a infração, no todo ou em parte.

Na assentada de julgamento, por sua vez, o advogado da empresa, ao fazer uso da palavra, tentou estabelecer a relação entre os produtos descritos nas notas fiscais de saídas emitidas pela autuada, de nº 2545 (fl. 17) e nº 3394 (fl. 22), e as notas de aquisição, nº 250772 e nº 255145, originárias de fornecedores, afirmando tratar-se de um mesmo produto - “STENDS”, beneficiados pela norma isencial do Convênio. Da análise dos citados documentos, não vislumbrei a relação de identidade levantada pela defesa, já que o descritivo dos itens é distinto. Ademais, a questão foi levantada na sessão de julgamento, sem prequestionamento na peça defensiva, além de não se encontrar respaldada em nenhuma prova técnica que pudesse nos convencer do acerto das razões expostas pelo defensor ou mesmo levantar a dúvida que desencadeasse um possível pedido de revisão ou a elaboração de uma perícia técnica. Nos parece que esta prova específica teria que ser trazida pela defesa e não simplesmente suscitada.

No que tange ao pedido alternativo de dedução dos créditos pelas entradas, razão também assiste ao autuante, visto que os créditos regularmente apurados, ao tempo das entradas das mercadorias, já deveriam ter sido compensados com os débitos do período, inexistindo, pois, a princípio, qualquer crédito fiscal a ser pleiteado. Caso, ainda exista alguma nota de aquisição, com destaque de ICMS, que não tenha sido lançada na escrita fiscal, a hipótese seria de utilização extemporânea de crédito, através de procedimento administrativo fiscal autônomo, conforme previsto no art. 101, e seus parágrafos, do RICMS/Ba. Já as notas sem destaque do imposto não ensejam o direito pleiteado pela defesa. Assim, o Auto de Infração em lide não incorreu em afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Convém ressaltar que, por ocasião do julgamento o patrono do contribuinte destacou em sua fala que a maior das notas fiscais emitidas pelos fornecedores da empresa não constava o destaque do imposto visto que os remetentes deram o tratamento de operação alcançada pela isenção do ICMS.

Quanto ao Acórdão nº 0030-11/08, a questão ali enfrentada não guarda nenhuma similaridade com os fatos tratados nos presentes autos, pois o referido julgado cuida de auto de infração lavrado contra empresa do setor de informática, beneficiária do Decreto nº 4.316/95, que prevê diferimento do ICMS na importação de componentes para computadores para o momento da saída

dos produtos fabricados, sendo que o art. 2º da citada norma, determina que o crédito deve ser lançado pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais de saída. As questões são, portanto, completamente distintas.

A Infração 1, diante do quanto exposto, é totalmente procedente.

No tocante às infrações 2 e 3, com as imputações, respectivamente, de falta de recolhimento nos prazos regulamentares, de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios e de recolhimento a menor do imposto em decorrência de desencontro entre os valores do tributo recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, o contribuinte, através de sua sócia administradora reconheceu expressamente a procedência das mesmas, em petição acostada à fl. 396 dos autos. Juntados posteriormente ao processo relatórios extraídos dos sistemas informatizados da SEFAZ, demonstrando o pagamento das citadas infrações. Os itens em questão são, também, totalmente PROCEDENTES.

Assim, considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0004/10-6**, lavrado contra **CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$48.241,37**, acréscido das multas de 70% sobre R\$2.813,36 e de 60% sobre R\$45.428,01, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III e II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA