

A. I. Nº - 206855.0006/10-9  
AUTUADO - LAMHEDCLEAR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.  
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
INTERNET 26.07.2011

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF Nº 0188-05/11

**EMENTA:** ICMS. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 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, conforme demonstrativo fiscal, cuja interpretação da isenção deve ser restritiva para alcançar tão-somente os itens listados na norma do benefício. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/09/2010 para exigir ICMS no valor de R\$ 331.361,39, além da multa de 60% em decorrência da imputação descrita a seguir: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Documentos instrutórios da infração juntados às fls. 17 a 971 e 149. Fatos geradores ocorridos nos exercícios 2005 e 2006”*.

O contribuinte apresentou impugnação, anexada às fls. 1018 a 1023 do PAF, firmada por advogado com procuração nos autos (fl. 1025). Após fazer uma síntese das acusações fiscais, arguiu, tratar-se de empresa que atua no ramo de produtos hospitalares, fornecendo, principalmente, para hospitais, que os utiliza nos procedimentos cirúrgicos, tratamanto de reabilitação de portadores de necessidades especiais, entre outros.

Disse que recolheu o ICMS das operações efetivamente tributadas; as demais operações tidas por não tributadas pelo impugnante não estão sujeitas à incidência do ICMS por disciplina do art. 24, RICMS BA, além de Convênio ICMS 01/99, prorrogado pelos Convênios ICMS 10/04 e 40/07.

Por aplicações de tais dispositivos, diz que é indevida a exigência do crédito de R\$ 331.361,39, além da multa de 60%. Apresenta tabela com a descrição dos produtos exigidos no levantamento fiscal e seus respectivos NCM.

Alega que a multa prevista na Lei nº 7.014/96 é confiscatória, porque contraria o art. 150, IV, da Carta Magna; cita em seu favor diversos doutrinadores, a Jurisprudência, para finalizar com o pedido de improcedência da infração ou o cancelamento da multa por seu efeito de confisco.

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. 1239 a 1252.

Diz que nas razões, o autuado limita-se a negar o cometimento da infração e que na tabela que produziu relacionou apenas 17 dos 29 produtos encontrados pelo autuante, tentando firmar que tais produtos estariam listados no anexo único do Convênio ICMS 1/99, por conseguinte, isentos de ICMS. Procede a uma nova análise desses produtos para provar que os mesmos não estão descritos no anexo do citado convênio, e assim, tributados.

– ASPIRADOR CAUTÉRIO DESCARTÁVEL – NCM 9018.90.99. Diz que é produto utilizado em cirurgias com função dupla de cortar e aspirar tecidos. Dos produtos com o NCM 9018.90.99,

apenas quatro (bolsa para drenagem, linhas arteriais, conjunto descartável de circulação assistida e conjunto descartável de balão intra-aórtico) estão listados no anexo do Convênio ICMS 1/99 (itens 52 a 55).

- BROCA – NCM 9021.19.99 / 9018.90.99 / 9018.49.10. Produto utilizado em cirurgias com função de perfurar ou desgastar tecidos e não estão relacionados no anexo único em pauta.
- CÂNULA REFORÇADA PARA ESTIMULAÇÃO RECORRENTE, de NCM 9018.39.29, utilizada em cirurgias de tireóide, a fim de monitorar o nervo recorrente e evitar que o cirurgião lesione o referido nervo com danos à voz do paciente e não está contemplado com a isenção do Convênio ICMS 01/99. Os produtos com NCMs 9018.19.90 e 3005.10.90, sequer fazem parte do anexo do Convênio. O produto de NCM 9018.39.29 relacionado no anexo único do Convênio ICMS 01/99 é a CÂNULA DE TRAQUEOSTOMIA SEM BALÃO que se trata de produto diverso, utilizado para a manutenção da respiração de pacientes que necessitam de uma abertura cirúrgica. O produto que o autuado considerou com isenção de ICMS, é efetivamente tributado conforme pode ser observado nas notas fiscais de aquisição de fls. 982/984; 987/994 e 1.104.
- CAPA PARA VÍDEO CIRURGIA – NCM 9018.39.20. Trata-se de capas de material plástico utilizados para cobrir os equipamentos de vídeo, utilizados nas salas de cirurgia, no sentido de evitar contaminação e não estão relacionadas no Convênio.
- COLA DE FIBRINA – NCM 3006.40.20 - Produto utilizado para suturas cirúrgicas e de ferimentos, deixando mais estéticas as cicatrizes, desenvolvido a partir do veneno de cobra. O produto com o NCM 3006.40.20, listado no item 9 do referido anexo é o cimento ortopédico (dose 40 g).
- CONJUNTO DE ELETRODOS – NCM 9018.90.99. O produto é um acessório do monitor de integridade dos nervos – NIM RESPONSE 2.0, que tem como função captar impulsos elétricos emitidos pelos nervos motores para que o cirurgião não lese um deles durante o ato cirúrgico. Não consta no anexo do Convênio discutido.
- FACA BANANA – NCM 9018.90.94. Instrumento cirúrgico de corte. Tais produtos não estão relacionados em nenhum dos itens do anexo único.
- FREZA – NCM 9018.90.99 / 9021.19.99. Instrumento cirúrgico de perfuração para neurocirurgias e também não está relacionado.
- INTRODUTOR GEN II – NCM 9018.90.94. Instrumento cirúrgico utilizado em vídeo cirurgias, não consta do convênio ICMS 01/99.
- KIT CIRÚRGICO PARA ARTROSCOPIA – NCM 6307.90.10 / 6201.01.00. Conjunto de instrumentos utilizados na cirurgia artroscópica e também não está relacionado no anexo do Convênio.
- LÂMINA SHAVER – NCM 9018.19.90. Instrumento de corte utilizado em cirurgias artroscópicas de ombro e joelho, componente de cauterios e bisturis elétricos. Não consta do Convênio ICMS.
- PONTEIRA – NCM 9018.19.90 / 9018.90.94 / 8471.90.90. Instrumento cirúrgico para corte, componente de cauterios e bisturis elétricos. Não estão relacionados no Convênio ICMS 01/99.
- SERRA PARA MANDÍBULA – NCM 9018.90.99. Instrumento utilizado em cirurgias de mandíbula e não consta no anexo do Convênio ICMS 01/99.
- SONDA ELETROESTIMULADORA – NCM 9018.19.90 / 3005.10.90. Acessório do monitor de integridade dos nervos – NIM RESPONSE 2.0, que tem como função estimular os nervos motores, no sentido de detectar a existência de qualquer dano a eles provocado durante a cirurgia. Não consta no anexo.
- SPLINT PARA SEPTO NASAL – NCM 9018.39.29. Estruturas plásticas colocadas durante a cirurgia nasal, para ajudar na sustentação e fixação do septo. Os produtos com o NCM 9018.39.29 estão listados no anexo único do Convênio ICMS 1/99, nos itens 18 a 48, porém nenhum deles é o produto em pauta.

- TAMPÃO NASAL MEROCEL – NCM 3005.10.90. Utilizado após a cirurgia nasal, composto de álcool polivinílico, introduzido no nariz e expandido através da aplicação de água, não está no anexo.
- GRAMPEADOR DE PELE – NCM 9018.90.95. Também denominado grampeador linear não cortante, é utilizado para realizar suturas cirúrgicas, fechar incisões de pele em cirurgias, sem exercer a função de cortar. Os produtos NCM 9018.90.95 estão listados no anexo único do Convênio ICMS 1/99, nos itens 44 a 51, porém nenhum deles é o produto em pauta.

Completa o Auditor que os demais produtos, listados pelo autuado (ADCON-L; ARISTA; ETHIBOND; FACA DE BLAIR; FIO DE SUTURA FAST-FIX RETO; FIO DE SUTURA FAST-FIX CURVO; KIT PONTEIRA + INTRODUTOR; LÂMINA DE SERRA RECIPROCANTE; MONITOR SISTEMA NIM; PINÇA TRIPOLAR; SUBGALATO DE BISMUTO E TESOURA) não se encontram entre os itens do referido anexo do Convênio ICMS 01/99.

Diz que o CONSEF não é foro competente para apreciar a multa aplicada, porque é matéria constitucional; nos termos do Convênio ICMS 01/99, nem todos os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde comercializados pelo autuado são isentos de ICMS. Explica que os vinte e nove itens nominados nos demonstrativos de débito não estão indicados no anexo único do Convênio ICMS 01/99 (texto vigente em 2005/2006), razão pela qual não são isentos de ICMS.

Assinala a interpretação literal do art. 111 do CTN, mantém a autuação em todos os termos.

## VOTO

A infração retro-mencionada contempla a exigência de ICMS em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, estando elas regularmente escrituradas.

Trata-se da comercialização de produtos hospitalares, fornecidos principalmente para hospitais, utilizados nos diversos procedimentos médicos, cujo recolhimento do ICMS, nas operações efetivamente tributáveis é firmado pelo autuado; as demais operações, contidas no presente Auto de Infração, alega o autuado, não estão sujeitas à incidência do ICMS, disciplina do Convênio ICMS 01/99 e art. 24, RICMS BA.

O Auditor Fiscal elabora demonstrativos fiscais, discriminando 29 itens que não estão listados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, razão pela qual não são isentos de ICMS. No exercício de 2005, a exigência totaliza R\$ 150.679,54, fls. 07/32; no exercício 2006, a exigência soma R\$ 180.681,83 (fls. 470/494), tomando por base os valores das notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo, cujas cópias estão anexadas aos autos.

Do exame aos demonstrativos fiscais que instruíram a acusação fiscal, tomando por base a descrição nominal dos produtos ou a sua nomenclatura (NCM), revelam que as mercadorias autuadas não se encontram listadas na norma do Convênio retrocitado.

Assim, a pretensão do contribuinte de estender o benefício aos produtos autuados encontra-se vencida tendo em vista que o autuante demonstrou a situação específica de cada um dos produtos que foram objeto da autuação fiscal, porquanto não estão sujeitos aos benefícios do Convênio ICMS 01/99, que concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde.

Tomemos alguns exemplos, entre aqueles produtos que, segundo o autuado, estão beneficiados pela isenção, em função da codificação de mercadorias do sistema harmonizado de designação Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).

O ASPIRADOR CAUTÉRIO DESCARTÁVEL é um equipamento destinado à prestação de serviços de saúde, utilizado em cirurgias para cortar e aspirar tecidos, cujo NCM é 9018.90.99, mas não se encontra listado no anexo do Convênio, entre os produtos de NCM 9018.90.99.

Para que fique bem entendido, os produtos de NCM 9018.90.99 listados no anexo do Convênio ICMS 1/99 são bolsas para drenagem, linhas arteriais, conjunto descartável de circulação assistida e conjunto descartável de balão intra-aórtico (itens 52 a 55) e não consta o aspirador cautério descartável. Aliás, o produto é efetivamente tributado conforme pode ser observado nas notas fiscais de aquisição de fls. 1.068, 1.069 e 1.173.

Assim, também, é com CÂNULA REFORÇADA PARA ESTIMULAÇÃO RECORRENTE, de NCM 9018.39.29, utilizada em cirurgias de tireóide, a fim de monitorar o nervo recorrente e evitar que o cirurgião lesione o referido nervo com danos à voz do paciente e não está contemplado com a isenção do Convênio ICMS 01/99. Os produtos com NCMs 9018.19.90 e 3005.10.90, sequer fazem parte do anexo do Convênio. O produto de NCM 9018.39.29 relacionado no anexo único do Convênio ICMS 01/99 é a CÂNULA DE TRAQUEOSTOMIA SEM BALÃO que se trata de produto diverso, utilizado para a manutenção da respiração de pacientes que necessitam de uma abertura cirúrgica. O produto que o autuado considerou com isenção de ICMS, é efetivamente tributado conforme pode ser observado nas notas fiscais de aquisição de fls. 982/984; 987/994 e 1.104.

Destaco ainda os produtos INTRODUTOR GEN II, NCM 9018.90.94; KIT CIRÚRGICO PARA ARTROSCOPIA, NCM 6307.90.10 / 6201.01.00; LÂMINA SHAVER – NCM 9018.19.90, que sequer estão relacionados no anexo único do Convênio ICMS 01/99. São produtos regularmente tributados pelo ICMS, além do IPI, conforme provam as cópias das notas fiscais de aquisição dos referidos produtos, acostados aos autos, às fls. 1.067, 1.092, 1.095, 1.105, 1.125, 1.126, 1.128 e 1.151.

Por conseguinte, os produtos que o autuado deu saída com isenção do ICMS, estando tais produtos listados no anexo único do Convênio retro-mencionado, não foram relacionados no demonstrativo fiscal de apuração do imposto. À guisa de exemplo, destacamos: KIT CANULA, NCM 9018.3929, produto com isenção de ICMS, além do IPI, conforme notas fiscais de aquisição nº 54.436 (fl. 1095), 73.816 (fl. 1151) e 24.991 (fl. 1179); ou ainda o CONJUNTO DESCARTÁVEL DE CIRCULAÇÃO ASSISTIDA, NCM 9018.9099, produto com isenção de ICMS, além do IPI, conforme notas fiscais de aquisição nº 52.858 (fl. 1092).

No que é substancial, nos parece claro que a norma isencional contida no Convênio ICMS 01/99 e suas alterações, recepcionadas na legislação do Estado da Bahia, através do art. 32, inciso XX, em vez do art. 24, como arguido pelo autuado, não contempla todos os produtos destinados à prestação de serviços de saúde. Isto porque, valeu-se o legislador da técnica de descrever em “numerus clausus” os produtos alcançados pelo benefício fiscal, no Anexo Único do Convênio e no Anexo 93 do RICMS BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, não podendo o intérprete se valer do entendimento extensivo de forma a abarcar itens que não estejam contidos nos anexos.

Nesse sentido, por se tratar de matéria de nítido cunho excepcional à regra geral de incidência do imposto, as normas de isenção não admitem interpretação extensiva, o recurso da analogia, nem integração por equidade, sendo vedado ao intérprete ampliar ou mesmo restringir o alcance da norma, devendo limitar-se à sua textualidade, em homenagem ao próprio princípio legal. É o que expressa o artigo 111, inc. II, do Código Tributário Nacional.

É o que expressa o artigo 111, inc. II, do Código Tributário Nacional.

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

*(...)*

*II - outorga de isenção;*

Consideradas as saídas dos produtos tributados e, com relação a eventuais créditos fiscais pelas aquisições dos produtos, aos quais faz jus o autuado, apesar de não existir provocação do autuado, nesse sentido, observo que tais valores já devem ter sido regularmente registrados em conta corrente do ICMS, ao tempo das entradas das mercadorias, compensados com os débitos do período. 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.

Convém ressaltar, no entanto, que parte considerável das notas fiscais de aquisições foi emitida por fornecedores inscritos como micro ou empresa de pequeno porte, sem destaque de ICMS, que não enseja o direito ao respectivo crédito por parte do autuado.

Diante de tais considerações, comungo com o entendimento fiscal e acato os demonstrativos que servem de suporte ao lançamento tributário, tendo em vista que isenção estabelecida no Convênio ICMS 01/99, alcança apenas os produtos listados no anexo único, sendo incabível a extensão para os demais produtos, na forma pretendida pelo contribuinte.

Alega que a multa prevista na Lei nº 7.014/96 é confiscatória, porque contraria o art. 150, IV, da Carta Magna; cita em seu favor diversos doutrinadores, a Jurisprudência, para finalizar com o pedido de improcedência da infração ou o cancelamento da multa por seu efeito de confisco.

Em relação à multa aplicada, alega o autuado caráter confiscatório ao montante proposto, porque contraria o art. 150, IV, da Carta Magna. Contudo, a previsão da multa, no caso concreto, deflui do CTN (artigos 136 e 137) e o percentual aplicado de 60% assentada no art. 42, II, *e*, da Lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7014/96). É indubitoso que o crédito tributário é formado do imposto e consectários, dentre os quais se destaca a penalidade aplicável quando se constata o cometimento de uma infração, inexistindo ilegalidade na sua cobrança. Apesar disso, a própria legislação baiana prevê reduções substanciais de seu valor, caso haja o pagamento da dívida.

Assim, considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0006/10-9**, lavrado contra **LAMHEDCLEAR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$331.361,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR