

A. I. N° - 2068550003/10-0
AUTUADO - CARDIODINÂMICA - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 22.09.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0249-02/11

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. PRODUTOS MÉDICOS. Os produtos descritos nos demonstrativos de débito da infração, não estão indicados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, texto vigente à época dos exercícios fiscalizados. Não comprovada à isenção. Excluída nota fiscal em duplicidade. Reduzido o valor da exigência. Infração parcialmente mantida. 2. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Excluídas notas fiscais não destinadas ao autuado. Infração parcialmente caracterizada. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Excluídas as notas fiscais que não cabia a multa aplicada e notas não destinadas ao autuado. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as argüições de nulidades e a preliminar de mérito (decadência), bem como novo pedido de diligência. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2010, traz a exigência de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico de R\$1.184.108,40, tendo em vista a constatação das irregularidades a seguir relacionadas:

Infração 01 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Os documentos instrutórios da infração foram juntados às fls. 10 a 1260. ICMS no valor de R\$1.067.439,72, multa de 60%;

Infração 02 – deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Os documentos instrutórios da infração foram juntados às fls. 1261 a 1655. Multa no valor de R\$69.096,02;

Infração 03 – deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Os documentos instrutórios da infração foram juntados às fls. 1261 a 1670. Multa no valor de R\$47.572,66.

O sujeito passivo ingressa com impugnação, às fls. 1681 a 1690, através de advogado regularmente constituído, conforme instrumento de mandato de fl. 1691, alegando, inicialmente, nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores e, ainda, por cerceamento do direito de defesa. Aduzindo que a autuação foi feita, tão somente, com

base nas notas de saídas, sem qualquer investigação das entradas, restando em prejuízo na classificação das mercadorias supostamente não tributadas, pelo NCM, conforme Anexo Único, do Convênio 01/99 (e suas alterações).

Entende que os demonstrativos ofertados em meio magnético, não contemplam os códigos NCM dos produtos, restando à exigência insegura, vez que a acusação não faz o cotejamento das mercadorias com a norma conveniada, objetivando saber se realmente são as mesmas tributadas ou não. Ademais, esse vício impede a verificação de créditos de ICMS por ventura existentes.

Destaca o produto “preponderante”, qual seja, o “stent coronariano expansível de cromo cobalto”, conforme notas, por amostragem anexas, trata-se de aquisições sem o destaque do imposto na origem. Assim, na hipótese de “conversão” da natureza das operações, de “não tributadas” para “tributadas”, a análise das entradas e respectivos códigos de classificação fiscal é imprescindível, até mesmo, para a mensuração do crédito fiscal a ser deduzido, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade.

Pede a nulidade do item 01.

Ainda em preliminar, pede a nulidade dos itens 02 e 03, dentro da mesma fundamentação, na medida em que não obteve cópia dos documentos que não teriam sido escriturados, restando impossibilitada a sua defesa. Por cautela, impugna as importâncias cobradas a título de “multas”, de “10%” e “1%”, posto que, sem a documentação, não pode exercer livremente o seu direito de defesa. Com relação ao item 01, também por cautela, pensando tratar-se de aquisições de “stents”, como são produtos isentos, caso a infração seja comprovada, pede a redução da multa para 1%.

Também como questão prejudicial, suscita a decadência dos fatos ocorridos até o dia 22/07/2005, que serviram de base para as cobranças das multas dos itens 02 e 03, considerando que a Autuada somente foi intimada em 22/07/2010, quando já transcorridos 5 anos da ocorrência dos supostos fatos geradores, que originaram a cobrança.

Argumenta que fora intimada para pagamento do pretendido crédito fiscal via auto de infração em 22 de julho de 2010, razão pela qual, entre a referida intimação e a ocorrência dos fatos geradores anteriores a esta data consumou-se o interstício superior a 5 (cinco) anos, o que configura, plenamente, ter ocorrido a decadência do crédito tributário relativo ao mencionado período, artigo 150, § 4º, do CTN.

Entende que não há dúvida de que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do imposto, e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte, como, forçosamente, vem entendendo o Fisco Estadual. Alinha que, nesse sentido, o STF já firmou a Súmula Vinculante 8, definido que: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.*” Este também é o entendimento pacificado já pelo Superior Tribunal de Justiça, trazendo decisões relativas à questão.

Considera que, no mérito, a autuação é improcedente, pois a exigência recaiu sobre equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, o que revela que a questão a ser solucionada pelo CONSEF vai além dos fatores meramente tributários, envolvendo aspectos de saúde pública. Lembra que desde 1999 foram editados nada menos do que 11 convênios ICMS sobre a matéria, o que revela a intenção dos Estados em afastar do campo de incidência do ICMS produtos utilizados exclusivamente em benefício da saúde humana. Afirma que no caso específico esta se reportando a produtos e insumos empregados em cirurgias cardíacas.

Nesse diapasão, afirma que a partir da edição do Convênio 01/99, em anexo, os Estados e o Distrito Federal isentaram do ICMS uma gama de produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde. Tamanha a importância da desoneração, que os convênios atrelaram o assunto

a benefício “idêntico” da União referente ao IPI, assim como autorizaram a manutenção do crédito fiscal, através de autorização legal para a não exigência do estorno.

Aponta que os produtos listados nos demonstrativos que instruem a autuação dizem respeito a produtos e insumos que cumprem a função pretendida pela norma conveniada, muito embora possam existir divergências nas nomenclaturas dos produtos e modificações nas classificações. A título de exemplos cita os produtos fartamente comercializados pela Autuada, lekton 2.5X13 e closur pad, que hoje são denominados pro-kinetic e neptune, e são “stents” e “acessórios para angioplastia coronariana”. Sem tais produtos, em conjunto com os demais itens listados nos Convênios, o desiderato pretendido através das cirurgias cardíacas não pode ser alcançado, esvaziando o sentido da norma.

Alude que, ao vislumbrar o problema por esse ângulo, os Estados providenciaram regularizar formalmente a situação do neptune, através do Convênio ICMS 113/05, reconhecendo assim a necessidade de se isentar tal produto, situação que deve prevalecer, no mínimo, até 31/12/2011, de acordo com o Convênio 06/07. No caso em tela, continua o impugnante, a esmagadora maioria dos itens dos demonstrativos dos “débitos”, são relativos ao “stent coronariano expandível de cromo cobalto”, NCM 9021.90.81, constante do item 191 do Anexo Único ao Convênio 01/99. Dito convênio acrescentou o item 191 em outubro de 2005, através do Convênio 113/05. Diante do material utilizado, na época, pelos fabricantes, afirma o autuado, a denominação do produto era “Implantes expendíveis, de aço inoxidável, para dilatar aterias “Stents”. Devido à evolução tecnológica, os “stentes” passaram a ser fabricados, hoje de forma exclusiva, com outro tipo de material, o “cromo cobalto”. Daí nasceu a necessidade da edição do Convênio 30/09, apenas para a adequação da norma à evolução tecnológica, passando o texto legal a ser “Implantes expendíveis, de aço inoxidável e de cromo cobalto, para dilatar aterias “Stents”.

Complementa que o equipamento é o mesmo; “stent” e a utilização possui o mesmo desiderato: dilatação de artérias. Alinha que o código NCM permaneceu inalterado: 90.21.90.81, não sendo sequer sensato imaginar que a isenção somente se aplicaria ao equipamento, idêntico, fabricado com um tipo de material, vetando a própria evolução tecnológica. Entende que a classificação NCM, para fins da isenção, decorrente da importância do produto, utilizado em cirurgias cardíacas, é o fator definitivo para o alcance da norma e a Cláusula primeira do Convênio 01/99 é taxativa: “ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH.” O Convênio 30/09 somente veio a imprimir simples e nova redação ao aludido item 191, sem alterar, para “menos”, o seu alcance, objeto ou conteúdo. Os demais produtos listados nos demonstrativos que instruem a ação fiscal seguem o mesmo destino, sendo igualmente isentos.

Afirma que a interpretação benéfica da legislação vem a ser contemplada pelo princípio constitucional da não cumulatividade, pois a Autuada não se apropriou dos créditos pelas entradas, sendo muitas notas emitidas pelos fornecedores, de igual modo, com “isenção”.

Alega que, caso a isenção seja negada, o lançamento merece reparos. Como dito anteriormente, ainda que as operações sejam consideradas como “tributadas”, o Estado da Bahia teria que abater da exigência os valores correspondentes aos créditos pelas aquisições, sob pena de não o fazendo cobrar imposto que, em verdade, seria devido aos Estados de origem dos produtos. Ainda que de forma “presumida”, a exemplo do que ocorre em diversas situações, até mesmo quando são detectadas infrações de natureza grave, deve ser deduzido o crédito decorrente das entradas.

Visando essa finalidade, pede prazo para apresentar planilhas de apuração dos créditos de direito, requerendo expressamente que sejam os mesmos deduzidos da autuação, caso a “isenção” não seja acatada pelo Órgão Julgador. Afirma que os demonstrativos serão apresentados seguindo a mesma ordem do Auto de Infração, apontando, nota a nota e mês a mês, qual a importância que seria devida, com base nas aquisições.

Complementa que não se diga que os créditos não podem ser abatidos. O CONSEF já firmou posição segura sobre a matéria, inclusive quando instado pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia – PGE, através da Procuradoria Fiscal – PROFIS, como revela o acórdão ACORDÃO CJFNº 0030-11/08.

Aduz que a decisão proferida em representação firmada pela PGE/PROFIS, que em sede de controle de legalidade, assegurando o direito ao crédito fiscal sobre operações “desacompanhadas de documentação fiscal”, ou seja, em situação em que não existia a documentação fiscal correspondente, o que, é bom frisar, não acontece no caso em lide, quando as operações contam com documentação regular.

Quanto às infrações 02 e 03, afirma que sem as notas a defesa fica impossibilitada. Não obstante, entende necessário se observar, caso as infrações sejam comprovadas, se a pena está recaindo sobre os mesmos produtos listados no item 01, hipótese em que, se mantido o item 01, as sanções devem ser absorvidas. Especificamente no que se refere ao item 02, entende que deve ser observado ainda se a multa recaiu sobre mercadorias isentas, especialmente “stentes”, hipótese em que haveria que se cobrar, no máximo, 1%. O item 03 pode, inclusive, ser prova em favor de Autuada, pertinente ao item 01, se as notas elencadas se reportarem aos mesmos produtos, reconhecidos como isentas na infração 03.

Pede pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e demonstrativos, revisão por fiscal estranho ao feito para conferência das quantidades e valores de cada produto e créditos correspondentes, a Autuada pede pela nulidade ou improcedência da autuação, ou, no máximo, pela procedência parcial, com abatimentos dos créditos pelas aquisições das mercadorias indevidamente taxadas, e absorção das multas formais, ou adequação da multa do item 02 para 1%.

O autuante, às fls. 1717 a 1735 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando preliminarmente, não haver insegurança quanto à autuação, conforme demonstra a própria contestação produzida e os valores devidos foram claramente explicitados nos demonstrativos de débitos juntados aos autos.

Assegura que, ao contrário do que alega a defesa, no sentido de que a autuação teria sido feita apenas com base nas notas fiscais de saídas, cada nota fiscal de aquisição foi cuidadosamente analisada, tendo-se constatado que os fornecedores incidiram no mesmo erro da autuada: considerar isentos de ICMS produtos não listados no anexo único do Convênio ICMS 01/99 e suas alterações e prorrogações. Afirma que o fornecedor errou ao não destacar o imposto devido, e será regularmente penalizado, como já está sendo, uma vez que fiscalizações idênticas, com os mesmos resultados, estão sendo realizadas pelas secretarias de fazenda dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Goiás.

Aduz que a condição de isento do produto é concedida através anexo único do Convênio ICMS 01/99 e não com a falta do destaque na nota.

Alude, por exemplo, que a nota fiscal nº 391124, cuja cópia trazida pela autuada foi juntada às fls. 1.697, observando que o produto vendido é o stent coronário implante expandível de cromo cobalto.

Afirma ter verificado, em seguida, que o fornecedor considerou tal produto como isento, citando, no corpo da nota, a legislação que concederia tal isenção, o Convênio ICMS 01/99 e suas alterações e prorrogações.

Assegura que passou a consultar o anexo único do citado convênio que indica os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, no intuito de localizar, ou não o “stent” em pauta.

Cita que o item 191 relaciona o produto sob análise, contudo, no texto legal, existe uma ressalva de que se trata de uma nova redação dada ao item 191 pelo Convênio ICMS 30/09, com efeitos a

partir de 27/04/09 (publicação do ato da ratificação nacional). Ou seja: O stent de cromo cobalto só passou a ser isento a partir do dia 27/04/2009, significando que, nos exercícios fiscalizados (2006 e 2007), tal produto não era isento.

Consigna que o texto original do item 191, acrescido ao anexo único pelo Convênio ICMS 113/05, com efeitos de 24/10/2005 a 26/04/2009, transscrito, relaciona como isentos apenas os stents de aço inoxidável, passando a reproduzir a Cláusula primeira do Conv. 113/05.

Entende que o texto referido concedeu o benefício de isenção de ICMS apenas aos implantes expandíveis para dilatar artérias “Stents” de aço inoxidável.

Considera que, no texto sob análise inexiste referência ao implante expandível para dilatar artérias “Stent” de cromo cobalto, o qual, salienta, desde 2003, dois anos antes da edição deste convênio, já vinha sendo utilizado no país.

Alude que a isenção do “stent de cromo cobalto” foi efetivada por intermédio do Convênio ICMS 30/09, a partir de 27/04/09, data da publicação da ratificação nacional desta norma.

Conclui que só a partir de 27/04/2009 os stents de aço inoxidável e os de cromo cobalto são isentos de ICMS.

Com relação à nota fiscal nº 384644 (ver cópia às fls. 1698), não foi, acertadamente, destacado ICMS do produto ali citado, implante expandível de aço inoxidável stent, e não stent de cromo cobalto, posto que, nos exercícios fiscalizados (2006 e 2007) tal produto já se encontrava ao abrigo da isenção (de 24/10/205 a 26/04/2009).

Em relação aos créditos a serem apropriados, posto que, não tendo os mesmos sido destacados pelo fornecedor nem, tampouco, pagos pela autuada, nada existe a pleitear e mesmo existindo, porventura, créditos destacados em documento fiscal, cujo aproveitamento não foi realizado em tempo hábil, nos exercícios de 2006 e 2007, será também incabível qualquer dedução, devendo a autuada requerê-los na forma prevista no regulamento do ICMS.

Quanto às infrações 02 e 03, lembra que a defesa alega, em preliminar, não ter podido exercer livremente o direito de defesa, por não ter tido cópias da notas fiscais não escrituradas. Assegura que os documentos em pauta estão relacionados nos demonstrativos de débito de fls. 1.261 a 1.272, cujas cópias foram entregues à autuada (ver fls. 1.678 a 1.679), sendo desnecessária a entrega de cópias dos referidos documentos, já que a empresa possui os seus originais.

Em relação à argüição de decadência afirma que esse é um entendimento jurisprudencial, distinto da posição adotada pelo CONSEF, que, mediante inúmeros julgados, entende aplicável à espécie a regra do artigo 173, I, do CTN, que é reproduzida pelo art. 965 do Regulamento do ICMS/BA, segundo o qual o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, os valores devidos referentes ao exercício de 2005 poderão ser cobrados até o dia 31/12/2010.

Entende que a única defesa de mérito possível seria afirmar e provar que cada um dos produtos listados no demonstrativo de débito da infração detectada estaria relacionado, nos anos de 2006 e 2007, no anexo único do 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, o qual estabelece, na sua cláusula primeira a seguir transcrita: “Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH.” Não o fez o nobre defensor, por reconhecer a absoluta impossibilidade de fazê-lo, já que, efetivamente, os produtos em pauta não estavam indicados no mencionado anexo, nos exercícios fiscalizados (2006 e 2007).

Quanto aos 11 convênios mencionados na defesa são, em verdade, o Convênio ICMS 01/99 e mais 10 convênios (05/99; 55/99; 65/01; 80/02; 149/02; 90/04; 75/05; 113/05; 36/06 e 30/09) que o alteraram, dando nova redação às suas cláusulas e aos itens do seu anexo, bem como acrescentando a este

anexo novos itens beneficiados com a isenção. Aos mencionados 11 convênios acrescenta o autuante mais 07 convênios prorrogatórios dos efeitos do Convênio ICMS 01/99 (90/99; 84/00; 127/01; 30/03; 10/04; 149/06 e 40/07), totalizando 18 convênios.

Alinha ter corretamente afirmado o defensor: "... a partir da edição do Convênio 01/99, em anexo, os Estados e o Distrito Federal isentaram do ICMS uma gama de produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde...", e complementa o autuante "*uma gama, uma quantidade, um tanto, alguns, NUNCA todos os produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, APENAS aqueles descritos no anexo do Convênio ICMS 01/99.*"

Quanto ao benefício idêntico do IPI e manutenção do crédito fiscal afirma que é uma praxe observada nos convênios que outorgam isenções.

Afirma ter alegado a defesa a existência de divergências nas nomenclaturas e modificações nas classificações dos 17 (dezessete) produtos listados no demonstrativo de débito da infração e como exemplos de tais irregularidades cita apenas dois: stent lekton e closur pad, os quais, saliente-se, nem foram objeto da autuação, quando o correto seria provar a existência das alegadas irregularidades com relação a todos os 17 produtos relacionados nos demonstrativos de débito da infração (cardiodesfibrilador lexos, cardiodesfibrilador lumos, cardioversor/desfibrilador kronos, extensão de bomba, extensão de pressão, extensão do gage de pressão indeflator, insuflador, laço amplatz, laço snare para captura, manifold, rotor, seringa angiográfica, seringa para bomba injetora, stent de cromo cobalto, stent de nitinol (níquel titânio) e tubo de alta pressão para bomba injetora).

Destaca que, mesmo que os dois citados produtos (lekton e closur pad) tivessem sido objeto da autuação, a prova pretendida pelo defensor não teria sido efetivada, pois o lekton 2.5x13 não mudou de nome para pro-kinetic, nem o closur pad passou a ser denominado neptune, como afirma a defesa. São eles produtos totalmente diversos.

Acrescenta que o closur pad e o neptune pad são dispositivos de oclusão de vasos e artérias, com a função de estancar sangramentos, produzidos por indústrias distintas: Medtronic e Biotronik, respectivamente.

Assinala que o lekton 2.5x13 é um "stent" de aço inoxidável e o pro-kinetic é um "stent" de cromo-cobalto.

Salienta que os "stents" de aço inoxidável só foram listados no anexo do Convênio ICMS 01/99, passando à condição de isentos, a partir de 24/10/05, por intermédio do Convênio ICMS 113/05; enquanto que os "stents" de cromo cobalto foram indicados no mencionado anexo, adquirindo a condição de isentos, a partir de 27/04/2009, por intermédio do Convênio ICMS 30/09. O Convênio ICMS 113/05, retro citado pela autuada, ratificado nacionalmente em 24/10/05, pelo Ato Declaratório 12/05, não isenta o produto neptune, ou melhor: nem trata de tal produto, como pretende o esperto defensor; refere-se, em verdade, à inclusão, e consequente isenção, dos "stents" de aço inoxidável no anexo único do Convênio 1/99, como item 191.

Aduz que neptune não é "stent" e sim um oclusor de vasos. "stent", é uma endoprótese implantada na luz dos vasos para abrir e manter o seu diâmetro, após a desobstrução dos mesmos, facilitando a circulação do sangue. Vê-se que são dispositivos distintos, com funções diversas: o stent abre o vaso, facilitando a circulação sanguínea, enquanto que o neptune o fecha, controlando o sangramento.

Consigna que outro equívoco cometido pelo digno defensor refere-se ao citado Convênio 06/07, cujo objeto é totalmente estranho ao assunto em pauta, qual seja: revogação da cláusula segunda do Convênio ICMS 52/92, e não a prorrogação dos efeitos de qualquer convênio, conforme afirma a autuada.

Reafirma ser evidente que stent de aço inoxidável e stent de cromo cobalto são produtos totalmente distintos, ao contrário do que alega a defesa às fls. 1.687, itens 19 e 20. O Convênio

ICMS 113/05, com efeitos a partir de 24/10/2005, acrescentou ao anexo único do Convênio ICMS 01/99, o stent de aço inoxidável, enquanto que o stent de cromo cobalto só foi relacionado como isento a partir de 27/04/2009, conforme Convênio ICMS 30/09.

Conclui que a análise da Cláusula primeira do aludido acordo, constata-se claramente a existência de dois tipos de stents: o de aço inoxidável e o de cromo cobalto e o referido benefício de isenção, para esse último, foi concedido a partir da data de entrada em vigor do citado convênio, qual seja: a data da publicação da sua ratificação nacional: 27 de abril de 2009.

Afirma que a interpretação da norma é literal. Vale o que está escrito. Esta é a regra prevista no artigo 111 do Código Tributário Nacional, que determina a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção.

Quanto ao mérito das infrações 02 e 03, assegura que os documentos fiscais que a defesa alega não lhe ter sido entregues estão relacionados nos demonstrativos de débito de fls. 1.261 a 1.272, cujas cópias foram entregues à autuada (ver fls. 1.678 a 1.679), sendo desnecessária a entrega de cópias dos referidos documentos, já que a empresa possui os seus originais.

Lembra que tais infrações cuidam de apurar a falta de registro de documento fiscal de entradas no estabelecimento de mercadorias tributáveis e não tributáveis e que a análise a ser procedida pelos dignos julgadores será observar as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 1261 a 1272, cujas cópias foram juntadas, às fls. 1273 a 1617, no intuito de comprovar que as mesmas não foram registradas no livro de entradas de mercadorias cujas cópias foram juntadas às fls. 1655 a 1670.

Quanto aos itens que contavam como isentos e arguição de direito ao crédito afirma que os exercícios fiscalizados são os de 2005 a 2007 e ao tempo da lavratura do presente auto de infração, junho de 2010, os créditos regularmente apurados já deveriam ter sido compensados com os débitos do período, inexistindo, pois, qualquer crédito a ser pleiteado. Por outro lado, caso exista alguma nota de aquisição dos produtos em pauta, com o ICMS destacado, que não tenha sido registrada nos livros fiscais pertinentes, caracterizar-se-á a hipótese de utilização extemporânea de crédito fiscal, devendo a autuada pleitear tais créditos na forma prevista no artigo 101, e seus parágrafos, do RICMS/BA.

Entende que o pleito deve ser formulado em procedimento administrativo fiscal autônomo, ao qual serão juntadas as mencionadas notas fiscais e não no bojo dos presentes autos, como pretende o diligente defensor.

Assinala que caso existam, também, notas fiscais de aquisição sem destaque do imposto, não tendo sido o mesmo, consequentemente, anteriormente cobrado da autuada, nenhum direito essa tem ao crédito, dada a regra do artigo 93 do RICMS/BA, nada havendo a compensar, estando preservado o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, que se refere ao direito ao imposto anteriormente cobrado, consoante prevê o § 2º, inciso I, do artigo 155, da Constituição Federal.

Assegura que se ela não pagou o imposto na operação anterior, não tem direito ao crédito pleiteado e nem pode alegar que não efetivou tal pagamento por erro do fornecedor, que não teria destacado o tributo, já que deveria, na oportunidade, ter solicitado uma nota fiscal complementar no sentido de regularizar a operação, conforme prevê o § 4º do artigo 101 do RICMS/BA.

Concluindo que qualquer crédito porventura existente deve ser requerido em procedimento autônomo e não nos presentes autos, na forma pretendida pela defesa.

Em relação ao Acórdão CJFNº 0030-11/08 trazido aos autos, nenhuma similaridade existe entre os fatos aqui tratados e os ali contidos. Cuida o referido julgado de auto de infração lavrado contra empresa do setor de informática, beneficiária do Decreto 4.316/95, que prevê o deferimento do ICMS do momento da importação de componentes para o momento de saída dos produtos por ela fabricados. Tal decreto estabelece, no seu artigo 2º, que deve ser lançado a crédito o valor do

imposto destacado nas notas fiscais de saídas. Não o fez a empresa, talvez por comodidade, já que percebeu que o crédito anularia o débito, resultando em imposto zero.

Assegura que o auditor fiscal, responsável pela fiscalização, constatou, após verificar algumas notas de saídas, que o imposto não tinha sido destacado, tendo procedido a um levantamento de estoque para cobrar os valores que entendia devidos, desconhecendo a possibilidade que tinha a empresa de lançar a crédito os valores destacados nas notas fiscais de saídas. A representação proposta pela PGE PROFIS foi acolhida para restabelecer o direito ao crédito do qual era beneficiária a empresa e por essa razão foi decidido que se fizesse o abatimento do crédito oriundo dos débitos apurados. Conclui que tais fatos não têm nenhuma relação com o caso em estudo, pois ali existem créditos vinculados às notas fiscais de saídas, conforme prevê o artigo 2º do Decreto 4.316/95 (o imposto deve ser destacado nas notas fiscais de saídas e o seu valor deve ser lançado a crédito) e que por isso mesmo foi permitido o abatimento e que existem créditos extemporâneos, sem nenhuma vinculação com o débito apurado no auto de infração, a serem captados mediante processo autônomo, na forma do artigo 101 do RICMS/BA.

Argumenta que o valor do imposto destacado nas notas fiscais de entradas não registradas, a tempo, nos livros pertinentes, pode ser utilizado como crédito extemporâneo, mediante processo autônomo, na forma do artigo 101 do regulamento do ICMS do estado da Bahia, jamais abatido do débito apurado no presente auto de infração, como pretende a autuada.

Alinha, por derradeiro, que os produtos (cardiodesfibrilador lexos, cardiodesfibrilador lumos, cardioversor/desfibrilador kronos, extensão de bomba, extensão de pressão, extensão do gage de pressão indeflator, insuflador, laço amplatz, laço snare para captura, manifold, rotor, seringa angiográfica, seringa para bomba injetora, stent de cromo cobalto, stent de níquel titânio (nitinol) e tubo de alta pressão para bomba injetora) descritos nos demonstrativos de débito da infração 01, não estão indicados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, texto vigente à época dos exercícios fiscalizados: 2005 a 2007, razão pela qual não são isentos de ICMS.

Pede a manutenção do Auto de Infração.

Consta à fl. 1740, que foi proposta pelo Relator e acolhida pelos demais membros desta Junta de Julgamento Fiscal, no decorrer da Sessão de Julgamento, a conversão do processo em diligência à Infaz de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências.

“1. ÓRGÃO PREPARADOR DA INFAZ

1.1 Reabrir o prazo de defesa de 30 (trinta) dias após o autuado:

a) receber, mediante documento específico, as notas fiscais constantes, às fls. 1261 a 1670, bem como a informação fiscal prestada, às fls. 1717 a 1735 dos autos; e, no mesmo ato.

b) ser intimado a comprovar, em relação à infração 01, a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) em relação às mercadorias constantes dos demonstrativos às fls. 10 a 52 dos autos.

1.2 Recomenda-se que seja encaminhado juntamente com a intimação cópia do presente despacho da diligência.

2. PELO AUTUANTE

2.1 apresentar nova manifestação fiscal sobre as considerações trazidas pelo autuado e excluir do levantamento fiscal as notas fiscais cujos NCMs restarem comprovados pelo autuado, e estiverem de acordo como Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99, observando, conforme o caso, o período de vigência da isenção de cada item, especialmente o “stent de cromo cobalto”, indicando, por fim, o real valor do débito a ser exigido, se for o caso.

2.2 – Elaborar novos demonstrativos de débitos do Auto de Infração, se necessário.”

Consta, às fls. 1743, que a Infaz de Origem atende parcialmente à solicitação de diligência, às fl. 1740, no que diz respeito ao órgão preparador.

O autuado, às fls. 1746 a 1750, volta a se manifestar inicialmente pedindo que todas as intimações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente habilitados na ação, que são os legítimos representantes legais da Autuada, ratifica todos os termos de sua defesa, acrescentando os documentos de fls. 1273 a 1617, concernentes aos itens 02 e 03, de logo deve ser determinada a exclusão dos valores referentes às notas fiscais de fls. 1273 a 1277 e 1282 a 1293, considerando tartar-se de quartas vias, destinadas ao Fisco de Origem (Remetentes), que não possuem qualquer indício da efetividade das operações e, assim, não são documentos que se prestam aos fins pretendidos. Os docs. de fls. 1357, 1369 e 2602, foram destinados a outros Contribuintes.

Alinha que os documentos de fls. 1278 a 1617, apesar de primeiras vias (alguns não são notas fiscais), igualmente não servem aos fins pretendidos, posto que não apresentam qualquer indício da efetiva circulação das mercadorias. Na maior parte consta como “transportador” a ECT (Correios), não existindo, contudo, a comprovação da efetiva postagem e, muito menos, da entrega das mercadorias à Autuada. Assim, não suportam a acusação de “ausência de registro fiscal”.

Destaca que das notas de fls. 1278 a 1617 (cerca de 100%), se reporta a aquisições sem incidência do imposto na origem, sendo, no máximo, suscetíveis à multa de 1%, e não 10%, como aplicado no item 02. Deve ser observado que a autuação trata produtos idênticos de forma diversa, considerando-os “tributados” e “não tributados”, conforme, v.g., docs. De fls. 1297 e 1298, sobre os quais foi cobrada multa diversa (1% e 10%, respectivamente). Tais notas se referem a “stents”, que realmente não são tributados e cujo ICMS foi, inclusive, cobrado no item 01 (mesmo com o reconhecimento de que a NF 11801, de fls. 1297, conforme cobrança da multa formal de 1%, se refere a produto isento).

Afirma que, em relação ao segundo ponto da diligência, quando a JJF pede que a Autuada comprove, no que tange ao item 01, a NCM dos produtos listados às fls. 10 a 52, apesar de tais folhas não ter acompanhado a diligência, tornando-a incompleta, cumpre dizer que a maior parte da autuação se reporta a “stents”, de “cromocobalto” e de “aço inoxidável”.

Alinha que o autuante reconhece que os “stentes” são isentos, alegando, sem base legal e motivado por interpretação restritiva e equivocada da norma, que a isenção foi criada em 24/10/2005 (para o produto de aço inoxidável) e em 27/04/2009 (para o produto de cromocobalto). Ocorre que essa distinção, em primeiro lugar, não encontra lastro no Anexo Único, do Convênio 01/99, que trata ambos os produtos de forma análoga, ou seja, com o mesmo NCM – 9021.90.81.

Repete as arguições quanto à infração 01, aduzindo que o Convênio 30/09, apenas deu “nova redação” ao item 191 do Anexo, não alterando sua essência. Considera que dizer que os produtos são “totalmente diversos”, chega a ser absurdo. Se fossem diversos não cumpririam a mesma função e não contariam com o mesmo NCM. A interpretação feita pelo Digno Fiscal, assim, não merece respaldo. A sigla NCM significa “Nomenclatura COMUM do Mercosul”. Se os “stents”, de “cromocobalto” e de “aço inoxidável”, constam no mesmo código, é porque são COMUNS, ou seja, IGUAIS, o que é indicado também pela sua denominação técnica (implantes expansíveis para dilatar artérias).

Entende que deve o Autuante apresentar demonstrativo de débito com exclusão dos Stents, deixando a decisão sobre a redução ou não da infração 01 a cargo do Julgador.

Aduz que em razão de a Autuada apresentar o NCM 9021.90.81, para os “stents”, independente de período ou material de fabricação, não pode essa parte da diligência ser abandonada, sob pena de pré-julgamento da ação, por autoridade incompetente. Como somente a JJF poderá definir se cabe razão ao Digno Autuante ou a Autuada, deve ser apresentado novo demonstrativo com a exclusão dos “stents”, possibilitando ao Julgador formar sua convicção de forma livre e isenta. Contrário senso, ou seja, sem a planilha com exclusão dos “stents”, o Ilustre Autuante estará agindo como “Julgador” e interferindo de forma indesejada na instrução do PAF. Portanto,

visando evitar transtornos e futura alegação de cerceamento do direito de defesa, pede ao Autuante que exclua dos levantamentos os itens “stents”, deixando a JJF livre e desembaraçada para decidir.

Quanto à questão da dedução de créditos, acrescenta que não existe qualquer indício de prova de que o imposto não compõe os preços das mercadorias, considerando que se encontra “por dentro”, sendo o seu destaque mera indicação, que não sendo feita não impõe a sua dedução do valor da operação. Nesse sentido, a decisão indicada na defesa (Acórdão CJF 0030-11/08), editado por provocação da PGE/PROFIS, mesmo em se tratando de mercadorias sem documentação fiscal.

Reitera mais uma vez os termos da defesa e deixando a cargo do Julgador a solução das demais questões que envolvem a lide, especialmente a “decadência”, renova integralmente os pleitos formulados no item 27 da peça apresentada dia 20/08/2010.

A 2ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, para que o autuante, ou outro Auditor Fiscal designado, atenda ao constante da diligência à fl. 1740 dos autos.

O autuante, às fls. 1757 a 1759, apresenta nova informação fiscal aduzindo que a manifestação de fls. 1746 a 1750 repete, quanto à infração 01, os mesmos argumentos já, exaustivamente, contestados pelo autuante nas 19 (DEZENOVE) páginas da informação fiscal de fls. 1717 a 1735, a qual é ratificada em todos os seus termos.

Afirma que, segundo a diligência proposta pelos julgadores, deveria a autuada indicar e comprovar que os NCMs dos 17 produtos listados nos demonstrativos de débito juntados às fls. 10 a 53 dos autos estariam relacionados dentre os 192 itens do Convênio ICMS nº 01/99.

Entende que o autuado não o fez, porque seria impossível fazê-lo, já que os referidos produtos não estão descritos no referido convênio, nos exercícios atinentes à infração 01 (2006 e 2007), pois o “stent” de cromo cobalto só foi inserido no Convênio ICMS nº 01/99, adquirindo a condição de isento, no ano de 2009 e os 16 demais produtos, descritos nos demonstrativos de débito da infração, nunca foram relacionados no convênio em pauta.

Conclui que, não tendo a autuada logrado comprovar os NCMs dos produtos objeto da infração, nenhuma nota fiscal será excluída do levantamento efetivado pelo autuante, permanecendo íntegro o valor do débito apurado.

Quanto às infrações 02 e 03 (documentos fiscais não registrados) assegura que o autuado limita-se a alegar, sem provas, que aquela avalanche de notas fiscais juntadas aos autos não conteria indícios de circulação, mantendo a postura de defesa indireta, adotada quanto à infração 01.

Afirma tratar-se de 444 notas fiscais, cujas cópias, juntadas às fls. 1273 a 1617 dos autos, produzidas a partir dos originais fornecidos pela empresa, juntamente com as demais notas de aquisição do período fiscalizado, em atendimento à intimação do autuante.

Argui que tais notas fiscais, perfeitas e regulares, expedidas pelos principais fornecedores da autuada, SCITECH, BIOTRONIK, POLIMEDIX, BIOMEDICA e outros não foram lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, razão pela qual foram apuradas as infrações 02 e 03.

Pede que os julgadores repilam tal postura, procedendo ao julgamento do PAF, consoante já o fizeram as Juntas de Julgamento Fiscal (4ª e 5ª) e a 1ª Câmara do CONSEF, por intermédio dos acórdãos, a seguir relacionados, cujas cópias acompanham e integram o presente, tendo sido assentado o entendimento defendido pelo autuante: acórdão CJF nº 0213-11/10 da 1ª. Câmara de Julgamento Fiscal, prolatado no PAF referente ao A.I. nº 269353.0006/08-0, Infração nº 05; acórdão nº 0050-05/11 da 5ª. Junta de Julgamento Fiscal, prolatado no PAF referente ao A.I. nº 206855.0004/10-6, Infração nº 01; Acórdão da 4ª. Junta de Julgamento Fiscal, prolatado no PAF referente ao A.I. nº 269353.0005/08-4, nº da sessão – 065/2010, data do julgamento 07/10/2010, 14 horas, item 01 da ementa (operações tributadas como não tributadas).

Ante o exposto, e ratificando a informação fiscal de fls. 1717 a 1735, mantém o autuante todos os termos do auto de infração, ao tempo em que requer sejam indeferidas as preliminares argüidas; a questão incidental-decadência; 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.

O autuado, às fls. 1775 a 1781 dos autos, afirma que a solicitação do Julgador, quanto a diligencia, não foi atendida, o que levou, em 26/04/11, à sua renovação.

Considera que, mais uma vez a instrução do processo foi atropelada, com a negativa, desta vez expressa por parte do Autuante, em acatar a orientação do Julgador, provocando, inclusive, nulidade processual, por cerceamento do direito de defesa.

Aduz que a diligência não foi “proposta” pela JJF, como entendeu o Autuante às fls. 1757. Foi determinada, pois a Autuada indicou o NCM dos produtos que entende contar com isenção, em consonância com o Convênio ICMS nº 01/99. Afirma que não pode o Autuante emitir “juízo de valor” sobre o enquadramento dos tais produtos, até porque, ao lavrar o auto, já o fez.

Afirma que a decisão sobre a aceitação ou não da isenção sobre os mesmos produtos é exclusivamente da Autoridade Julgadora.

Afirma que fez a indicação do NCM que acoberta sua tese de defesa e todas as mercadorias gravadas com esse NCM devem ser objeto de uma nova demonstração, a fim de possibilitar certeza e liquidez ao julgamento.

Entende que o Autuante, ao invés de contribuir, inclusive, com a celeridade do processo, prefere “fazer o papel do Julgador”, como novamente se percebe em passagem de fls. 1758, a saber:

“Isso posto, não tendo a autuada logrado comprovar os NCMs dos produtos objeto da infração, nenhuma nota fiscal será excluída do levantamento efetivado pelo autuante, permanecendo íntegro o valor do débito apurado.”.

Argui que não cabe ao Autuante analisar o mérito da diligência.

Argumenta, mais uma vez, que a maior parte da autuação se reporta a “stents”, de “cromo cobalto” e de “aço inoxidável”. Afirma que o Autuante reconhece que os “stentes” são isentos, alegando, sem base legal e motivado por interpretação restritiva e equivocada da norma, que a isenção foi criada em 24/10/2005 (para o produto de aço inoxidável) e em 27/04/2009 (para o produto de cromocobalto). Ocorre que essa distinção, em primeiro lugar, não encontra lastro no Anexo Único, do Convênio 01/99, que trata ambos os produtos de forma análoga, ou seja, com o mesmo NCM – 9021.90.81.

Volta a alinhar argumentos já apresentados nas manifestações anteriores, complementando que atendeu ao pedido da JJF, informando que todos os stents que constam dos demonstrativos do item 01 estão no NCM 9021.90.81, item 191 do Anexo Único ao Convênio 01/99, pois são todos “implantes expansíveis para dilatar artérias” e esse conceito, ao contrário do que entendeu o Sr. Autuante, não ofende o art. 111, I e II, do CTN, pois, como amplamente comprovado, não estamos diante de produtos distintos.

Entende que, sendo irregular a negativa do Autuante, havendo claro prejuízo à instrução do PAF e ao direito de defesa, pede que a JJF determine que o ato seja praticado pela ASTEC/CONSEF, sendo apresentado, com base nos elementos e documentos constantes dos autos, demonstrativo de débito com a indicação dos valores pertinentes aos stents (de cromo cobalto e de aço inoxidável), deixando a decisão sobre a redução ou não da infração 01 a cargo da Autoridade Competente, ou seja, do Julgador.

Aduz que a Autuada apresentou o NCM 9021.90.81, para os “stents”, independente de período ou material de fabricação, não pode essa parte da diligência ser abandonada, sob pena de pré-julgamento da ação, por autoridade incompetente. Como somente a JJF poderá definir se cabe

razão ao Digno Autuante ou a Autuada, deve ser apresentado novo demonstrativo com a exclusão dos “stents”, possibilitando ao Julgador formar sua convicção de forma livre e isenta. Contrário senso, ou seja, sem a planilha com exclusão dos “stents”, o Ilustre Autuante estará agindo como “Julgador” e interferindo de forma indesejada na instrução do PAF. Portanto, visando evitar transtornos e futura alegação de cerceamento do direito de defesa, pede, novamente, diante da expressa recusa do Autuante, que a Junta de Julgamentos Fiscais mande o processo para a ASTEC, para cumprir a diligência reiteradamente pedida.

Com relação aos itens 02 e 03, não tendo sido apresentado qualquer argumento novo ou que possa fazer frente à defesa, ratifica os fundamentos e pedidos já espostos.

Reitera mais uma vez os termos da defesa e demais pronunciamentos, deixando a cargo do Julgador a solução das demais questões que envolvem a lide, especialmente a “decadência” e a “dedução dos créditos de direito”, renova integralmente os pleitos formulados, de nulidade, improcedência ou procedência parcial, tudo como expressamente consta no item 27 da peça apresentada dia 20/08/2010.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de obrigação principal e acessória, relativas ao ICMS, devidamente relatadas.

Quanto à preliminar de nulidade argüida pelo autuado, verifico que não há insegurança quanto à infração imputada ou mesmo na apuração dos valores, na medida em que o autuante descreve os fatos e sua capitulação legal condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, bem como apresentou os demonstrativos relacionando os valores e notas fiscais correspondentes, de tal forma que a defesa trouxe aos autos os detalhados argumentos que entendeu necessários para atingir o núcleo da questão em lide, tanto em relação à infração 01, ao argüir a existência das isenções, como das infrações 02 e 03, quanto ao registro das notas fiscais e as multas aplicadas de 1% e 10%. Concernente ao item da autuação, relativa à infração 01, que o autuado considerou inseguro o lançamento, foi trazido a debate, com as devidas considerações, inclusive com a indicação da NCM, que foi o caso do “stent de cromo cobalto” ou de “stents de aço inoxidável” constante nos acordos interestaduais que será melhor analisado na questão de mérito. Não considero, conforme alinhado na análise do pedido de diligência, que houve nulidade processual, na medida em que ficou evidente o completo atendimento da diligencia, ao afirmar que o “stent” de cromo cobalto só foi inserido no Convênio ICMS nº 01/99, adquirindo a condição de isento, no ano de 2009 e os 16 demais produtos, descritos nos demonstrativos de débito da infração, nunca foram relacionados no convênio em pauta e que o autuado não demonstra o solicitado.

A alegação de que o autuante analisou apenas as notas fiscais de saídas, a informação fiscal comprova o contrário, na medida em que o autuante demonstra que verificou as notas fiscais de entradas e identificou que os fornecedores incidiram no mesmo erro do autuado, ou seja, considerar isentos de ICMS os produtos não listados no anexo único do Convênio ICMS 01/99 e suas alterações e prorrogações, posto que é através de tal convênio que foi concedida a isenção sob análise.

Verifico também que, em relação às infrações 02 e 03, o autuado recebeu todos os necessários demonstrativos relacionados todas as notas fiscais e anexos, garantido o seu o direito de ampla defesa, conforme consta dos recibos às fls. 1675, 1678 e 1679, observando que em relação às notas fiscais, conforme afirma o autuante, foram fornecidas pelo autuado, colhidas através da intimação, à fl. 1671 dos autos, bem como verifico que, apesar de o autuado alinhar que as mercadorias constantes das notas fiscais da infração 01 podem ser as mesmas da infração 2 e 03, além de não indicar quais as notas, as infrações exigem obrigações distintas, conforme será melhor analisada adiante.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência além das já efetuadas ao autuante ou mesmo à ASTEC/CONSEF, pois os elementos

existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, tendo em vista, inclusive as manifestações do autuante, sanando dúvidas relativas às mercadorias indicadas e a imputação respectiva, as quantidades e valores de cada produto, conforme demonstrativos apresentados. Considero diferente do arugido pelo autuado, que foram atendidas integralmente as solicitações contidas no pedido de diligência, na medida em que não ficou demonstrado pelo autuado que os produtos alvo da presente exigência no período das ocorrências apontadas estavam previstos no *Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99*.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em 22 de julho de 2010, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes ao exercício de 2005, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do auto de infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritária a decisão sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2005 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2011 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2010, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2005.

As alegadas divergências nas nomenclaturas e modificações nas classificações dos 17 produtos listados no demonstrativo de débito da infração, o autuado cita, como exemplos de tais irregularidades, apenas dois itens, o stent lekton e closur pad, os quais, nem foram objeto da autuação, sem considerar o fato, conforme consta da pesquisa do autuante, que os dois citados produtos (lekton e closur pad) caso fossem objeto da autuação, a prova pretendida pelo defensor não teria sido efetivada, pois o lekton 2.5x13, segundo consta, não mudou de nome para pro-kinetic, nem o closur pad passou a ser denominado neptune, como afirma a defesa. São eles produtos totalmente diversos. O closur pad e o neptune pad são dispositivos de oclusão de vasos e artérias, com a função de estancar sangramentos, produzidos por indústrias distintas: Medtronic e Biotronik, respectivamente.

Verifico, quanto à nota fiscal nº 391124, cuja cópia trazida pela autuada foi juntada às fls. 1.697, que o produto vendido é o “stent coronário” implante expandível de cromo cobalto. O fornecedor do autuado considerou tal produto como isento, citando, no corpo da nota, a legislação que concederia tal isenção, o Convênio ICMS 01/99 e suas alterações e prorrogações. O item 191, do aludido Convênio, relaciona o produto sob análise, contudo, no texto legal, existe uma ressalva de que se trata de uma nova redação dada ao item 191 pelo Convênio ICMS 30/09, com efeitos a partir de 27/04/09 (publicação do ato da ratificação nacional). Assim, em consonância com o autuante, o “stent de cromo cobalto” só passou a ser isento a partir do dia 27/04/2009, significando

que, nos exercícios fiscalizados (2006 e 2007), tal produto não era isento, contudo foi considerado como tal pelos fornecedores e pelo autuado.

Realmente, como afirma o autuante, o texto original do item 191, acrescido ao anexo único pelo Convênio ICMS 113/05, com efeitos de 24/10/2005 a 26/04/2009, relaciona como isentos apenas os “stents de aço inoxidável”, conforme Cláusula primeira do Conv. 113/05.

“*Cláusula primeira O Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, de 2 de março de 1999, fica acrescido do seguinte item:*

“191	90.21.90.81	<i>Implantes expandíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias “Stents””.</i>
------	-------------	---

Cláusula segunda Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.”

Assim, conforme o texto acima, foi concedido o benefício de isenção de ICMS apenas aos implantes expandíveis para dilatar artérias “Stents” de aço inoxidável. No texto sob análise inexiste referência ao implante expandível para dilatar artérias “Stent” de cromo cobalto, o qual, saliente-se, existe desde 2003.

A isenção do “stent de cromo cobalto” foi efetivado por intermédio do Convênio ICMS 30/09, a partir de 27/04/09, data da publicação da ratificação nacional desta norma. Só a partir de 27/04/2009 os “stents de aço inoxidável” e os de “cromo cobalto” são isentos de ICMS.

Conforme cópia à fl. 1698 dos autos, à nota fiscal nº 384644, não foi destacado o ICMS do produto ali citado corretamente, implante expandível de aço inoxidável stent, e não stent de cromo cobalto, posto que, nos exercícios fiscalizados (2006 e 2007) tal produto, o stent de aço, já se encontrava ao abrigo da isenção (de 24/10/2005 a 26/04/2009).

Quanto aos créditos pleiteados, verifico que o imposto não foi destacado nas notas de aquisição, caso haja créditos destacados em documento fiscal, cujo aproveitamento não foi realizado em tempo hábil, nos exercícios de 2006 e 2007, seria também incabível qualquer dedução, devendo a autuada requerê-los na forma prevista no regulamento do ICMS e do RPAF/BA.

Em consonância com o autuante, a partir da edição do Convênio 01/99, em anexo, os Estados e o Distrito Federal isentaram do ICMS uma gama de produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, nunca todos os produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, apenas aqueles descritos no anexo do Convênio ICMS 01/99.

A defesa afirma a existência de divergências nas nomenclaturas e modificações nas classificações dos 17 (dezessete) produtos listados no demonstrativo de débito da infração e como exemplos de tais irregularidades cita apenas dois: stent lekton e closur pad, os quais, não foram objeto da autuação. O autuado não prova a existência das alegadas irregularidades com relação aos 17 produtos relacionados nos demonstrativos de débito da infração.

O Convênio 06/07, citado pela defesa, tem objeto totalmente estranho ao assunto em pauta, qual seja: revogação da cláusula segunda do Convênio ICMS 52/92, e não a prorrogação dos efeitos de qualquer convênio, conforme afirma a autuada.

Assim, verifico que os produtos (cardiodesfibrilador lexos, cardiodesfibrilador lumos, cardioversor/desfibrilador kronos, extensão de bomba, extensão de pressão, extensão do gage de pressão indeflator, insuflador, laço amplatz, laço snare para captura, manifold, rotor, seringa angiográfica, seringa para bomba injetora, stent de cromo cobalto, stent de níquel titânio (nitinol) e tubo de alta pressão para bomba injetora) descritos nos demonstrativos de débito da infração 01, não estão indicados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, texto vigente à época dos exercícios fiscalizados: 2005 a 2007, razão pela qual não são isentos de ICMS.

Cabe, ainda, alinhar que não é sem razão que o art. 111 do Código Tributário Nacional, determina que seja feita a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de

isenção, para evitar o alargamento do campo do benefício concedido, consoante a outros sistemas interpretativos, conforme se pretendeu no presente caso.

Compete registrar sobre a matéria, decisões já proferidas pelas 4^a e 5^a Juntas de Julgamento Fiscal e pela 1^a Câmara do CONSEF, conforme segue: Acórdão CJF N° 0213-11/10 da 1^a. Câmara de Julgamento Fiscal, infração 05; Acórdão N° 0050-05/11 da 5^a. Junta de Julgamento Fiscal, Infração 01; Acórdão JJF N° **0304-04/10**, prolatado no PAF referente ao A.I. N° 269353.0005/08-4, que considerou procedente, as exigências concernentes aos stands em questão, procedentes relativo aos exercícios de 2003 e 2004 para o mesmo sujeito passivo.

Verifico, contudo, que em relação à infração 01, consta do demonstrativo às fls. 36 dos autos, o lançamento em duplicidade da nota fiscal número 10.494, de 28/07/2006, concernente ao produto “stente cromo cobalto”, com valor exigido de R\$7.085,60. Cabe a exclusão da exigência do valor da aludida nota fiscal, retificando a incorreção do cálculo duplo.

Assim, a infração que anteriormente exigia o valor de R\$71.427,25, ocorrência de 31 de julho de 2006, com a redução de R\$7.085,60, possa a exigir o valor de R\$64.341,60.

A infração 01 que totalizava originalmente R\$1.067.439,72, passa a ter o novo valor a ser exigido de R\$1.060.354,12, portanto, é mantida parcialmente.

Quanto ao mérito, das infrações 02 e 03, tais infrações cuidam de apurar a falta de registro de documento fiscal de entradas no estabelecimento, de mercadorias tributáveis e não tributáveis, cabendo a constatação que as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 1261 a 1272, cujas cópias foram juntadas, às fls. 1273 a 1617, não foram registradas no livro de entradas de mercadorias cujas cópias foram juntadas às fls. 1655 a 1670.

Para os itens que constavam como isentos e argüição de direito ao crédito, os exercícios fiscalizados são os de 2005 a 2007 e ao tempo da lavratura do presente auto de infração, junho de 2010, os créditos regularmente apurados já deveriam ter sido compensados com os débitos do período. Por outro lado, caso exista alguma nota de aquisição dos produtos em pauta, com o ICMS destacado, que não tenha sido registrada nos livros fiscais pertinentes, caracterizar-se-á a hipótese de utilização extemporânea de crédito fiscal, devendo a autuada pleitear tais créditos na forma prevista no artigo 101, e seus parágrafos, do RICMS/BA.

O pedido quanto a eventuais créditos extemporâneos deve ser formulado em procedimento administrativo fiscal distinto, ao qual serão juntadas as mencionadas notas fiscais e não no bojo dos presentes autos.

Em relação ao Acórdão CJFN° 0030-11/08, em consonância com a informação fiscal prestada pelo autuante, não há similaridade quanto às questões em lide no presente PAF. Cuida o referido julgado, de auto de infração lavrado contra empresa do setor de informática, beneficiária do Decreto 4.316/95, que prevê o deferimento do ICMS do momento da importação de componentes para o momento de saída dos produtos por ela fabricados. Tal decreto estabelece, no seu artigo 2º, que deve ser lançado a crédito o valor do imposto destacado nas notas fiscais de saídas.

Assim, tais fatos não têm nenhuma relação com o presente, pois ali existem créditos vinculados às notas fiscais de saídas, conforme prevê o artigo 2º do Decreto 4.316/95 (o imposto deve ser destacado nas notas fiscais de saídas e o seu valor deve ser lançado a crédito) e que por isso mesmo foi permitido o abatimento e que existem créditos extemporâneos, sem nenhuma vinculação com o débito apurado no auto de infração, a serem captados mediante processo autônomo, na forma do artigo 101 do RICMS/BA.

Quanto ao pedido de redução da multa para 1%, não é cabível, visto a própria conclusão do mérito de que são tributáveis os “stents” alvo do questionamento do autuado. Cabe consignar que, caso o autuado demonstre que na infração 01, ora mantida, foram identificadas as mesmas mercadorias constantes das infrações 02 e 03, ainda assim, não caberia a absorção pretendida da multa por descumprimento da obrigação acessória, pois a primeira infração trata de

descumprimento da obrigação principal por ter deixado de tributar saídas de mercadorias tributáveis e as infrações 02 e 03 por ter descumprido a obrigação acessória de registrar os documentos fiscais concernentes as respectivas entradas das mercadorias, o que torna as infrações independentes e simultaneamente exigíveis, não havendo a possibilidade legal de a presente multa por descumprimento da obrigação principal absorver as multas por descumprimento de obrigação acessória, pois, como ficou demonstrado, a primeira não é consequências direta das 02 e 03, conforme exige o art. 42, § 5º da Lei 7014/96.

Cabe consignar, em relação às notas fiscais ás fls. 1273 a 1277 e 1282 a 1293, que apesar de serem 4ª vias foram apresentadas pelo autuado e a ele foram endereçadas, não cabendo a desqualificação pretendida. Em relação às notas fiscais de fls. 1278 a 1617, não cabe a afirma que não são notas fiscais, não indicando o autuado quais as notas que entende não servirem para os fins pretendidos e as específicas razões para cada uma.

Observo que em relação à infração 02 foi incluída a nota fiscal, abaixo indicada, contudo sua destinação foi outra empresa do grupo, que é a CARDIOMÉDICA, conforme indica endereço, CNPJ e inscrição estadual distintos do sujeito passivo. Assim, deve ser excluída da exigência o valor reclamado abaixo indicado.

Infração	Data	N.Fiscal	Fls. autos	Valor. Nota	% Multa	Multa devida
2	15/04/2005	216103	1369	10.312,50	10	1.031,25

A infração 02 é parcialmente mantida, ficando modificada com a exclusão da aludida nota, em sua ocorrência de 30/04/2005, de R\$6.533,25, para R\$5.502,00. O total da infração 02 passa de R\$69.096,02 para R\$68.065,17.

Verifico que as notas fiscais números 96796 e 1602, também não foram destinadas ao sujeito passivo, sendo a primeira ao Monte Tabor e segunda a CARDIOMÉDICA.

Observo, também, que as mercadorias que o autuado alega terem sido imputadas multas de 10% quando deveria ser 1%, são relativas às mercadorias equivocadamente adquiridas com isenção, conforme já alinhado, não constantes do anexo 01 do já mencionado acordo ou não constantes tempestivamente. No caso da nota fiscal NF 11801, de fls. 1297, contudo, o autuante efetivamente considerou a multa de 1% quando deveria ser 10%, pois o produto sendo tributável teve o imposto destacado pelo fornecedor, cabendo a sua exclusão da infração 03, ou seja, deve ser excluído da infração relativa à ocorrência de 28/02/2005, o valor de R\$446,00.

Segue demonstrativo das notas fiscais excluídas da exigência fiscal, conforme acima alinhado.

Infração	Data	N.Fiscal	Fls. autos	Valor. Nota	Multa %	Multa devida
3	02/02/2005	11801	1297	44.600,00	1	446,00
3	12/04/2005	96796	1357	7.426,43	1	74,26
3	15/12/2005	113091	1602	39.758,05	1	397,58
Total a ser deduzido						R\$ 917,84

A infração 03 é parcialmente mantida, ficando modificada com a exclusão das aludidas notas, em suas ocorrências constantes do demonstrativo de débito do Auto de Infração, conforme segue:

Infração	Ocorrência	Vlr. Original	Vlr. Excluído	Novo Vlr. Exigido para as Ocorrências
3	28/02/2005	1.515,34	446,00	R\$ 1.069,34
3	30/04/2005	1.937,96	74,26	R\$ 1.863,70
3	31/12/2005	3.800,06	397,58	R\$ 3.402,48
Total a ser deduzido da Infração 03				R\$ 6.335,52

Diante do exposto a infração 03 que originalmente totalizava a exigência no valor de R\$47.572,66, passa, com a dedução de R\$917,84, a exigir a multa no valor total de R\$46.654,82.

Assim, ultrapassadas as preliminares de nulidades e de mérito, acolhidas parcialmente as arguições, a infração 01 foi considerada parcialmente mantida passando o novo valor a ser exigido de R\$1.060.354,12, foi mantida parcial da infração 02 passando a exigir o total de R\$68.064,77 e parcialmente subsistente a infração 03, que passa a reclamar o valor de R\$41.237,24.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2068550003/10-0, lavrado contra **CARDIODINÂMICA - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.060.354,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$114.719,59**, prevista no art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR