

A. I. Nº - 206855.0002/10-3
AUTUADO - CARDIODINÂMICA – COMÉRCIO E REPRES. DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 22.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0327-02/11

EMENTA: ICMS. 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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/03/2010, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de recolher o ICMS no valor de R\$298.064,24, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls.07 a 516.

Em complemento consta: “A autuada deixou de tributar, com base no Convênio 01/99, mercadorias que não estão contempladas no referido convênio. O demonstrativo de débito da infração, bem como as cópias das notas fiscais de saídas nele relacionadas foram juntados às fls.07 a 516.”

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em sua impugnação administrativa, fls. 668 a 674, suscita a nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores e, ainda, por cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que, não recebeu de volta toda a documentação apresentada para a fiscalização, ficando prejudicado no livre exercício do seu direito de defesa. Como exemplo, diz que não foi devolvido o Registro de Inventários, para que possa dimensionar créditos que entende ter direito, sobre os produtos inventariados em 31/12/2004.

Ainda em preliminar, invoca o § 4º do artigo 150 e o artigo 173, I, V, do CTN, combinados com o artigo 965, I, do RICMS/97, para arguir a decadência de todos os fatos geradores anteriores ocorridos até o dia 13/05/2010, data em que foi intimado da lavratura do Auto de Infração.

Assim, sustenta que a legislação citada ao estabelecer que o direito da constituição do crédito tributário se extingue no prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento “poderia” ter sido efetuado, a norma em questão está sendo direcionada para a hipótese em que o contribuinte tenha operado com um comportamento omissivo, abstendo-se de promover o auto-lançamento do ICMS. Diz 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”, e citou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça da Bahia, sobre esta questão.

No mérito, argüiu a improcedência da autuação, salientando que a exigência recaiu sobre equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, o que revela, no seu entendimento, que a questão a ser solucionada pelo CONSEF vai além dos fatores meramente tributários, envolvendo aspectos de saúde pública.

Aduz que a partir da edição do Convênio 01/99, os Estados e o Distrito Federal isentaram do ICMS uma gama de produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, cujo

convênio atrelou 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.

Por conta disso, argumenta 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 citou os produtos que mais aparecem nos aludidos demonstrativos: LEKTON 2.5X13 e CLOSUR PAD, que hoje são denominados PRO-KINETIC e NEPTUNE, e são “stents” e “acessórios para angioplastia coronariana”.

Por outro lado, esclarece que os Estados providenciaram regularizar formalmente a situação do NEPTUNE, através do Convênio ICMS 113/05, reconhecendo assim a necessidade de se isentar tal produto, no mínimo, até 31/12/2011, de acordo com o Convênio 06/07. Além disso, argumenta que a interpretação benéfica da legislação vem a ser contemplada pelo princípio constitucional da não cumulatividade, pois a empresa não se apropriou dos créditos pelas entradas, sendo muitas notas emitidas pelos fornecedores, de igual modo, com “isenção”.

Frisa que caso a isenção seja negada, o lançamento merece reparos, pois se consideradas as operações 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.

Solicitou prazo para apresentar planilhas de apuração dos créditos de direito, 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, requerendo expressamente que sejam os mesmos deduzidos da autuação, caso a “isenção” não seja acatada pelo Órgão Julgador. Justifica que essa demonstração ficou impedida pela ausência do LRI, pois os estoques existentes em 31/12/2004, vendidos em 2005, também interferem na apuração.

Para sustentar o direito dos créditos fiscais, citou o julgamento do CONSEF, Acórdão nº 0030-11/08, referente a representação da PGE/PROFIS no Auto de Infração – 2069690020994.

Ao final, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e demonstrativos, com base nos documentos, elementos e argumentos ora carreados ao PAF, revisão por fiscal estranho ao feito para conferência das quantidades e valores de cada produto e créditos correspondentes, pede pela nulidade ou improcedência da autuação, ou, no máximo, pela procedência parcial, com abatimentos dos créditos pelas aquisições das mercadorias indevidamente taxadas.

Na informação fiscal às fls. 711 a 722, o autuante rebate a preliminar de nulidade dizendo que não existe insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, visto que o defensor do autuado entendeu perfeitamente qual a infração praticada, conforme demonstra a contestação produzida, e os valores devidos foram claramente explicitados nos demonstrativos de débitos juntados aos autos.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, ela falta de devolução do Registro de Inventários, o preposto fiscal também não concordou, dizendo que a infração imputada refere-se a produtos tributados vendidos como não tributados, situação que tem a ver com notas fiscais de saídas e não com registros de estoques lançados no mencionado livro, do qual, cabe salientar, cópias foram extraídas e fornecidas ao contribuinte, por intermédio da sua gerente Sra. Ana Cristina Santos, fato omitido na defesa.

Explica que os documentos que serviram de base à elaboração dos demonstrativos de débito da infração, as notas fiscais de saídas de mercadorias — cujas cópias encontram-se juntadas aos autos e que é o material indispensável à defesa do auto de infração — foram regularmente

devolvidas ao contribuinte (e isso ele não contradiz e nem poderia fazê-lo, pois sabe que o autuante possui o recibo de devolução de tais documentos, datado de 05.04.10), o que lhe permitiu produzir de forma ampla e irrestrita a sua contestação.

Quanto a arguição de decadência, o autuante diz que o entendimento apresentado pelo defendente é 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 RICMS/97, segundo o qual o direito da Fazenda Pública para 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.

Quanto ao mérito, destaca que a forma possível de impugnar a autuação seria provar que cada um dos produtos listados no demonstrativo de débito da infração detectada estaria relacionado no Anexo Único do Convênio 1/99, 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.

Esclarece que os convênios mencionados na defesa, se referem ao Convênio 1/99 e mais os convênios (05/99; 55/99; 90/99; 84/00; 65/01; 127/01; 80/02; 149/02; 30/03; 10/04; 90/04; 75/05; 113/05; 36/06; 149/06; 30/09 e 40/07) 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.

Observa que o Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal reuniram-se, ordinária ou extraordinariamente, celebrando os citados convênios, e não concederam isenção a todos os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, nestes incluídos os destinados à cirurgias cardíacas, mas apenas ao indicados no anexo, inclusive os citados 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.”

Sobre a alegação da existência de divergências nas nomenclaturas e modificações nas classificações dos 13 (treze) produtos listados no demonstrativo de débito da infração, salienta que como exemplos de tais irregularidades o defendente cita apenas os produtos STENT LEKTON e CLOSUR PAD. Assevera que caberia ao autuado provar a existência das alegadas irregularidades com relação a todos os 13 produtos, quais sejam: CLOSUR PAD, EXTENSÃO DE BOMBA, EXTENSÃO DE PRESSÃO, INDEFLATOR, LAÇO AMPLATZ, MANIFOLD, ROTOR, SERINGA ANGIOGRÁFICA, SERINGA BOMBA INJETORA, STENT INFINNIIUM, STENT LEKTON, STENT PEIRON, e TUBO DE ALTA PRESSÃO.

Sustenta que o LEKTON 2.5X13 não mudou de nome para PRO-KINETIC, nem o CLOSUR PAD passou a ser denominado NEPTUNE, e o autuado não comprovou que são produtos idênticos.

Explica 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. Já o LEKTON 2.5X13 é um “stent” de aço inoxidável e o PRO-KINETIC é um “stent” de cromo-cobalto.

Quanto a estes produtos, salienta que os “stents” de aço inoxidável só foram listados no anexo do Convênio 1/99, passando à condição de isentos, a partir de 24/10/05, por intermédio do Convênio 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 30/09.

Observa que 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. Frisa que o Convênio 113/05, ratificado nacionalmente em 24/10/05, pelo Ato Declaratório 12/05, não trata do NEPTUNE, ou seja, não isenta o referido produto, refere-se à inclusão, e conseqüente isenção, dos “STENTS” DE AÇO INOXIDÁVEL no anexo do Convênio 1/99, como item 191.

Assim, sustenta que NEPTUNE não é “stent” e sim um oclisor de vasos. Conceitua “STENT”, como uma endoprótese implantada na luz dos vasos para abrir e manter o seu diâmetro, após a desobstrução dos mesmos, facilitando a circulação do sangue, enquanto que o NEPTUNE o fecha, controlando o sangramento.

Discordou da defesa ao referir-se ao Convênio 06/07, com base no entendimento que o seu objeto é totalmente estranho ao assunto em pauta, pois trata-se da revogação da Cláusula segunda do Convênio ICMS 52/92, e não a prorrogação dos efeitos de qualquer convênio.

Quanto ao pedido alternativo para dedução dos créditos das entradas dos produtos descritos no demonstrativo de débito, o autuante questiona quais seriam estes créditos. Salienta que o exercício fiscalizado é o de 2005 e a esse tempo, julho de 2010, os créditos regularmente apurados já deveriam ter sido compensados com os débitos do período, entendendo inexistir, qualquer crédito a ser pleiteado. Observa que caso existe alguma nota de aquisição dos produtos em pauta, com o ICMS destacado, que não tenha sido registrado nos livros fiscais pertinentes, caracterizar-se-á a hipótese de utilização extemporânea de crédito fiscal, devendo o autuado pleitear tais créditos, em processo específico, na forma prevista no artigo 101, e seus parágrafos, do RICMS/BA.

Além disso, chama a atenção de que no caso das notas fiscais de aquisição sem destaque do imposto, não tendo sido o mesmo destacado, consequentemente, anteriormente cobrado do autuado, nenhum direito teria, dada a regra do artigo 93 do RICMS/BA, nada havendo a compensar, estando preservado o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, que refere-se ao direito ao imposto anteriormente cobrado, consoante prevê o § 2º, inciso I, do artigo 155, da Constituição Federal.

No tocante ao Acórdão CJF nº 0030-11/08 trazido aos autos, o preposto fiscal aduz que nenhuma similaridade existe entre os fatos tratados neste processo e os ali contidos, pois o referido julgado cuida de auto de infração lavrado contra empresa do setor de informática, beneficiária do Decreto 4.316/95, que prevê o diferimento do ICMS do momento da importação de componentes para o momento de saída dos produtos por ela fabricados, e estabelece, no seu artigo 2º, que deve ser lançado a crédito o valor do imposto destacado nas notas fiscais de saídas.

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.

Assevera que no citado processo existiam créditos vinculados às notas fiscais de saídas, conforme prevê o artigo 2º do Decreto 4.316/95, enquanto que neste processo 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.

Expressa seu entendimento que o valor do imposto destacado nas notas fiscais de entradas não registradas tempestivamente nos livros fiscais, não pode ser abatido da presente exigência fiscal, a sim, pode ser utilizado como crédito extemporâneo, mediante processo autônomo, na forma prevista no artigo 101 do RICMS/97.

Prosseguindo, esclarece que o estabelecimento comercializa equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, porém, que o Convênio ICMS nº 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, não isenta todos os produtos, mas apenas os que estão relacionados no Anexo Único.

Com esse argumentos, sustenta que os produtos CLOSUR PAD, EXTENSÃO DE BOMBA, EXTENSÃO DE PRESSÃO, INDEFLATOR, LAÇO AMPLATZ, MANIFOLD, ROTOR, SERINGA ANGIOGRÁFICA, SERINGA BOMBA INJETORA, STENT INFINNIO, STENT LEKTON, STENT PEIRON, e TUBO DE ALTA PRESSÃO, descritos no demonstrativo de débito, não estão indicados no anexo do Convênio ICMS 01/99, razão pela qual não são isentos de ICMS.

Repete que até o dia 23/10/2005 o produto “STENT” não constava da relação do citado anexo, nele tendo sido acrescentado, como item 191, pelo Convênio ICMS 113/05, com efeitos a partir de 24/10/2005, razão pela qual só foi cobrado o ICMS dos stents comercializados até o dia 23/10/05.

Rebateu a alegação defensiva de que, todos os produtos relacionados no demonstrativo de débito da infração, mesmo não estando listados no anexo do Convênio 1/99, deveriam ser considerados isentos, por desempenharem funções idênticas aos que estão listados, por serem ambos utilizados na prestação de serviços de saúde, dizendo 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.

Reafirma que da totalidade dos equipamentos e insumos utilizados na prestação de serviços de saúde apenas aqueles indicados no anexo do citado Convênio 1/99 estão isentos do ICMS.

Diz que o presente processo encontra-se pronto para o devido julgamento, cabendo apenas verificar que:

- a) os produtos relacionados no demonstrativo de débito da infração e nas notas fiscais de saídas juntadas aos autos (CLOSUR PAD, EXTENSÃO DE BOMBA, EXTENSÃO DE PRESSÃO, INDEFLATOR, LAÇO AMPLATZ, MANIFOLD, ROTOR, SERINGA ANGIOGRÁFICA, SERINGA BOMBA INJETORA, E TUBO DE ALTA PRESSÃO), estão indicados no anexo do Convênio 1/99;
- b) no período de 01/01/2005 a 23/10/2005, os produtos denominados implantes expansíveis de aço inoxidável para dilatar artérias “stents” (STENT INFINNIIUM, STENT LEKTON e STENT PEIRON) encontravam-se listados no anexo do referido convênio.

Conclui mantendo todos os termos do auto de infração, e requerendo que 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.

Considerando a argüição do patrono do autuado de cerceamento de defesa, sob alegação de que não recebeu de volta toda a documentação apresentada para a fiscalização, em especial o livro Registro de Inventário, para que pudesse dimensionar créditos que entende ter.

Considerando a controvérsia entre a autuação e as razões defensivas, uma vez que o autuante acusa a falta de tributação das mercadorias relacionadas no levantamento fiscal, enquanto que o autuado sustenta que as mesmas estão relacionadas no Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99.

O processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, na Pauta Suplementar do dia 23/11/2010, para que fossem adotadas as seguintes providências.

1. ÓRGÃO PREPARADOR DA INFAZ : Expedisse intimação ao sujeito passivo, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para que o mesmo apresentasse a comprovação, da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) das mercadorias relacionadas no levantamento fiscal, através das respectivas notas fiscais de aquisição, relativamente a: CLOSUR PAD, EXTENSÃO DE BOMBA, EXTENSÃO DE PRESSÃO, INDEFLATOR, LAÇO AMPLATZ, MANIFOLD, ROTOR, SERINGA ANGIOGRÁFICA, SERINGA BOMBA INJETORA, STENT INFINNIIUM, STENTLEKTON, STENT PEIRON, CATETER e TUBO DE ALTA PRESSÃO.
2. AUTUANTE: Acostasse ao processo o comprovante de devolução dos livros arrecadados na ação fiscal, em especial do Registro de Inventário; excluísse 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, indicando o real valor do débito a ser exigido, se fosse o caso.

Conforme intimação à fl.728, devidamente assinada por preposto da empresa, foi solicitada a comprovação das providências acima, tendo o patrono do autuado se manifestado às fls.730 a 731, com base nos fatos e fundamentos a seguir alinhados.

Ratificou todos os termos de sua defesa, solicitando que todas as intimações relativas ao feito sejam encaminhadas diretamente aos advogados regularmente constituídos, e acrescenta que os produtos CLOSUR PAD, INFINNIUM, LEKTON e PEIRON, são todos STENTES, utilizados em cirurgias coronarianas.

Esclarece que:

- a) a partir de 24.10.05, conforme item 191, do Anexo Único ao Convênio 01/99, tais produtos, destinados exclusivamente à prestação de serviços de saúde, foram gravados com o NCM **90.21.90.81**, conforme consta nas notas fiscais de entradas dos mesmos.
- b) antes de 24.10.05, os mesmos produtos, que eram utilizados de forma idêntica, eram tratados como “próteses”, sendo enquadradas no item 165, NCM **9021.39.80**. O “cateter” conta com várias posições no NCM, conforme itens 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30 e 31, todos com o código 9018.39.29.
- c) com relação aos demais produtos mencionados pela JJF, diz que são insumos destinados à mesma prestação de serviços de saúde, e que sem os mesmos é impossível a realização cirurgias cardíacas, inclusive para a colocação do “stente”. Assim, entende que devem obter o mesmo benefício.

No que tange ao levantamento de créditos, para a hipótese de não aceitação da isenção, aplicando-se o princípio constitucional da não cumulatividade (estando o imposto por dentro, então, dos produtos), diz que irá aguardar o atendimento da parte da diligência que cabe ao autuante, pedindo, no momento oportuno, prazo para manifestação.

O autuante atende ao pedido do órgão julgador e se manifesta às fls.735 a 740, prestando as seguintes informações.

Quanto a 1ª solicitação, o autuante acosta à fl.741, cópia do termo de devolução dos livros arrecadados na ação fiscal, em especial do Registro de Inventário, contendo a assinatura da Sra. Ana Cristina dos Santos, Gerente da empresa.

Em seguida, transcreveu alguns trechos de sua informação fiscal, conforme fl.712, e quanto ao pedido alternativa para dedução dos créditos de entradas, transcreveu às fls.718 e 719.

Quanto a 2ª solicitação do órgão julgador, diz que ante a impossibilidade de cumprimento da determinação dos julgadores, a defesa tergiversa, alegando, sem provar, que os "STENTS" eram tratados, antes de 24/10/2005, como próteses.

Reafirma que o produto prótese de aço-teflon, de preço unitário ínfimo, nada tem a ver com os modernos e caros implantes expansíveis (stent), os quais só entraram na relação do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 a partir de 24/10/2005.

Sustenta que são produtos totalmente distintos, identificados por NCMs igualmente distintas: NCM 90.21.90.81 (STENT) e NCM 90.21.39.80 (PRÓTESE DE AÇO-TEFLON).

Quanto aos demais produtos objeto da autuação, frisa que nenhuma alegação nova foi produzida, nem tampouco a referida comprovação foi apresentada.

Manteve seus argumentos anteriores, tendo transcrito o conteúdo das fls. 720 a 722 da informação fiscal produzida.

Conclui que não tendo o autuado produzido a comprovação determinada pela Junta, ratifica todos os termos da informação fiscal produzida.

Considerando que o autuante ao prestar a informação fiscal, fls.735 a 740, anexou aos autos novo elemento, mais precisamente cópia do Termo de Devolução de Documentos Fiscais, sem que tivesse sido dado vista ao sujeito passivo.

Considerando o disposto no § 7º do artigo 127 do RPAF/99, *in verbis*: *Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.*

Conforme despacho de diligência, fl.746, na pauta suplementar do dia 24/05/2011, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem, para que fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, cópia dos documentos às fls.735/740, 741 e 746, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

A Infaz de origem expediu a intimação à fl.748, nos termos determinados pelo órgão julgador, a qual se encontra devidamente assinada pelo autuado.

O patrono do autuado, fls.750 a 752, se manifesta sobre a informação fiscal, ratificando todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, solicitando que todas as intimações relativas ao feito sejam encaminhadas diretamente aos advogados regularmente constituídos, observando que de acordo com o documento de fls. 741 a documentação arrecadada somente foi devolvida em 09/07/2010, quando o AI foi lavrado em 26/03/2010 e foi intimado em 13/05/2010. Argüindo que a devolução, só aconteceu quase 2 meses depois da intimação, suscita a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Além, disso, destaca a existência de vício a sanear, referente a substituição do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, por divisão de prazos não previstos na legislação tributária. Assim, pede a nulidade da autuação ou, ao menos, de todos os atos até agora praticados, sendo determinada nova e regular intimação, com reabertura do prazo de defesa.

No que tange aos demais argumentos de fls. 736 a 740, com relação a questão da “dedução dos créditos”, argumenta que o ICMS é imposto “por dentro” das mercadorias, sendo o destaque mera indicação para fins de controle. Entende que apesar da ausência de destaque, o imposto foi pago com as mercadorias, devendo ser materializado o princípio da não cumulatividade, o que diz deve ser levado a efeito com a ação fiscal, sob pena de enriquecimento sem causa do Erário.

Quanto ao enquadramento dos produtos listados no AI, salienta que a colocação feita às fls. 739, último parágrafo, não deixa dúvida de que os produtos CLOSUR PAD, INFNNIUM, LEKTON e PEIRON, são todos STENTES, utilizados em cirurgias coronarianas. Assim, frisa que: a) *a partir de 24.10.05, conforme item 191, do Anexo Único ao Convênio 01/99, tais produtos, destinados exclusivamente à prestação de serviços de saúde, foram gravados com o NCM 90.21.90.81, conforme consta nas notas fiscais de entradas dos mesmos.* b) *antes de 24.10.05, os mesmos produtos, que eram utilizados de forma idêntica, eram tratados como “próteses”, sendo enquadradas no item 165, NCM 9021.39.80.* No caso do “cateter”, diz que este produto conta com várias posições no NCM, conforme itens 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30 e 31, todos com o código 9018.39.29, o que no seu entender impõe que a exclusão de tais produtos do levantamento fiscal.

Com relação aos demais produtos mencionados pela JJF, sustenta que são insumos destinados à mesma prestação de serviços de saúde, e que sem os mesmos é impossível a realização de uma cirurgia cardíaca, inclusive para a colocação do “stent”, devendo obter o mesmo benefício.

Concluindo, protesta pela nulidade da autuação ou da intimação fiscal pela redução do prazo de defesa, determinando-se nova e regular intimação sobre a lavratura do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal de fls.760 a 761, rebate os argumentos defensivos dizendo que todos os elementos de prova da infração cometida, necessários à defesa e ao julgamento do auto de infração, a este foram juntados.

Diz que a infração encontra-se descrita à fl.01; o demonstrativo de débito da infração juntado às fls. 07 a 22 e as cópias das notas fiscais comprobatórias do não destaque de ICMS nas operações de vendas podem ser vistas às fls. 23 a 516.

Observa que a questão está relacionada se os produtos descritos nos mencionados demonstrativo de débito e cópias de notas fiscais de saídas encontram-se, ou não, relacionados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, o que sustenta não estarem indicados no mencionado anexo, o que não foi comprovado pelo sujeito passivo.

Esclarece que existem cinco autos de infração lavrados contra as empresas CARDIOMÉDICA e CARDIODINÂMICA versando sobre o tema em pauta, sendo que três abaixo especificados, já

foram julgados, tendo sido assentado o entendimento adotado pelo autuante, no sentido de que os produtos neles descritos não estão albergados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99:

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 206855.0004/10-6 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO 500511 DE 15/03/11 INFRAÇÃO Nº 01

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 269353.0006/0-80 1 a CÂMARA DO CONSEF
ACÓRDÃO 2131110 DE 01/07/10 INFRAÇÃO Nº 02

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 269353.0005/08-4 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO 3040410 DE 07/10/10 INFRAÇÃO Nº 01

Ao final, ratificou todos os termos da informação de fls.711 a 722 e 735 a 740.

Considerando que o autuante ao prestar a informação fiscal, fls.735 a 740, anexou aos autos novo elemento, mais precisamente cópia do Termo de Devolução de Documentos Fiscais, e o sujeito passivo foi cientificado, pela Infaz de origem, da citada informação fiscal, conforme Intimação à fl.748, sendo concedido o prazo de 10 (dez) dias para sua manifestação.

Considerando que ao se manifestar, fls. fls.749 a 752, o autuado argüiu a existência de vício a sanear, por entender que foi substituído o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, por divisão de prazos não previstos na legislação tributária, requerendo a reabertura do prazo de defesa.

Considerando que o autuado foi cientificado da autuação em 14/05/2010 (fl.666), e os livros fiscais arrecadados na ação fiscal foram devolvidos em 09/07/2010 (fl.741).

Na Pauta Suplementar do dia 25/08/2011, foi proposta pelo Relator e acolhida pelos demais membros desta Junta de Julgamento Fiscal, a conversão do processo em diligência à Infaz de origem, para que o órgão preparador da repartição fazendária, mediante intimação, reabrisse o prazo de defesa por (30) trinta dias, para que fosse cumprido o devido processo legal, e evitasse futura alegação de cerceamento de defesa.

Conforme intimação, fl.769, foi reaberto o prazo de defesa na forma determinada pelo órgão julgador, tendo o patrono do autuado se manifestado às fls.771 a 777, argüindo o que segue.

De início, solicita que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas diretamente aos advogados regularmente constituídos, legítimos representantes do contribuinte autuado na ação administrativa de que cuidam os autos.

Suscita a decadência do direito de constituição do crédito tributário, em relação a todo o exercício de 2005, sob o argumento de somente em 09 de setembro de 2011, o autuado foi intimado regularmente do Auto de Infração.

Aduz que com a determinação da “reabertura do prazo de defesa”, devido à devolução da documentação arrecadada para o exercício da ação fiscal quase dois meses da intimação de 13/05/2010, tornou evidente a nulidade do ato anterior, caracterizando a presente intimação, única que preenche todos os requisitos legais de formação do PAF, como a “intimação inicial para a apresentação da defesa”.

Sustenta que somente fora intimada regularmente para pagamento do pretendido crédito fiscal via auto de infração em 09 de setembro de 2011, mais de um ano e meio depois da lavratura, 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, *ex vi* do artigo 150, § 4º, do CTN.

Com esse argumento, frisa que tendo procedido o auto-lançamento e recolhido o ICMS incidente sobre as operações de circulação de mercadorias que realizou, 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.

Assevera que o artigo 965, I, do RICMS/97, ao estabelecer que o direito da constituição do crédito tributário se extingue no prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento “*poderia*” ter sido efetuado, a norma em questão está sendo direcionada para a hipótese em que o contribuinte tenha operado com um comportamento

omissivo, abstendo-se de promover o auto-lançamento do ICMS, o que diz não se verificado no caso presente.

Sobre esta questão, diz que o STF já firmou a Súmula Vinculante 8, 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”, e que também é o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ressalta que o “pagamento” referido pelo STJ é aquele apurado e realizado pelo contribuinte, mesmo que parcial, e não outro criado ou pretendido pelo fisco. Diz que o Poder Judiciário da Bahia tem firmado esse posicionamento, em consonância com o STJ, como pode ser auferido através do Acórdão anexado às fls.784 a 795, pela 5ª Câmara Cível do TJ/BA, por decisão unânime, em sessão realizada dia 04/12/07. Desta forma, entende que ocorreu a decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2005, posto que a Fazenda Estadual deixou de ultimar as medidas cabíveis visando a satisfação do seu direito de exigência do tributo dentro do prazo estabelecido em lei, não havendo como subsistir, portanto o lançamento.

No mérito, reiterou suas razões defensivas constantes na impugnação às fls.668 a 674, e lembrou que a autuação recaiu sobre produtos como CLOSUR PAD, INFINIUM, LEKTON e PEIRON, que são STENTES, utilizados em cirurgias coronarianas. Assim, a partir de 24.10.05, conforme item 191 do Anexo único ao Convênio 01/99, tais produtos foram gravados com o NCM 90.21.90.81, conforme consta das notas fiscais de entradas. Antes de 24.10.05, os mesmos produtos eram tratados como “próteses cardíacas”, sendo enquadrados no item 165, NCM 9021.39.80. A autuação recaiu também sobre “cateteres”, que contam com várias posições no NCM, conforme itens 23, 24, 25, 26, 28, 20, 30 e 31, todos com código NCM 9018.39.29.

Além disso, repete que caso a isenção seja negada, sustenta que tem direito a abater da exigência os valores correspondentes aos créditos pelas aquisições, ainda que forma presumida, sob pena de não o fazendo cobrar imposto que entende seria devido aos Estados de origem dos produtos.

Destaca que 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 cuja ementa segue abaixo transcrita:

RELATOR(A): CONS. OSWALDO IGNÁCIO AMADOR

Auto de Infração - 2069690020994

Recurso - Representação PGE/PROFIS ao CONSEF

Recorrente - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Recorrido - BIT SHOP INDUSTRIA COMERCIO EXPORTACAO E IMPORTACAO LTDA.

Autuante(s) - IRLENE ERCI LINO

ACORDÃO CJF Nº 0030-11/08

ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta com base no artigo 119, II, §1º c/c artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja reduzido o débito referente a todas as infrações do lançamento, por ter ficado comprovado que, à época dos fatos geradores, o contribuinte industrializava os Kits Multimídia, fazendo jus ao benefício do artigo 2º do Decreto nº 4.316/95. Ademais, devem ser deduzidos os créditos fiscais proporcionalmente às quantidades de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, no caso, haja vista que, por não tributar as mercadorias nas saídas, o contribuinte também não se creditava do imposto correspondente. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime

Destaca, ainda, que a decisão acima foi proferida em REPRESENTAÇÃO firmada pela PGE/PROFIS, 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, frisando que não acontece no caso em lide, quando as operações contam com documentação regular.

Ainda com relação a questão da “dedução dos créditos”, o ICMS é imposto “por dentro” das mercadorias, sendo o destaque mera indicação para fins de controle. Assim, apesar da ausência de destaque, expressa seu entendimento de que o imposto foi pago com as mercadorias, devendo ser materializado o princípio da não cumulatividade.

Concluindo, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e demonstrativos, com base nos documentos, elementos e argumentos ora carreados ao PAF, 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.

O autuante se manifesta às fls.799 a 813, tendo transcrito na íntegra o teor da informação fiscal às fls.711 a 722, salientando que todos os elementos de prova da infração imputada ao autuado, necessárias à defesa e ao julgamento do auto de infração encontram-se juntados ao PAF.

Esclarece que a infração encontra-se descrita à fl.01; o demonstrativo de débito da infração juntado às fls.07 a 22 e as cópias das notas fiscais comprobatórias do não destaque do ICMS nas operações de vendas podem ser vistas às fls.23 a 516.

Expressa seu entendimento de que os produtos descritos no mencionado demonstrativo de débito e cópias de notas fiscais não se encontram relacionados no anexo único do Convênio ICMS 01/99.

Salienta que o autuado nas múltiplas oportunidades que teve para se manifestar nos autos, nunca produziu uma defesa direta, que seria afirmar e provar que os produtos estariam contidos no citado anexo, tendo, ante a impossibilidade de fazê-lo, se limitado a arguição de nulidades inexistentes, no intuito de eternizar a instrução processual.

Diz que existem cinco autos de infração lavrados contra as empresas CARDIOMÉDICA E CARDIODINÂMICA versando sobre o fato objeto deste PAF, sendo que, os autos de infração abaixo relacionados já foram julgados, tendo sido assentado o entendimento de que os produtos neles descritos não estão albergados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99:

1. AUTO DE INFRAÇÃO Nº 206855.0004/10-6 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO 500511 DE 15/03/11 INFRAÇÃO Nº 01
2. AUTO DE INFRAÇÃO Nº 269353.0006/0-80 1ª CÂMARA DO CONSEF ACÓRDÃO 2131110 DE 01/07/10 INFRAÇÃO Nº 02
3. AUTO DE INFRAÇÃO Nº 269353.0005/08-4 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO 3040410 DE 07/10/10 INFRAÇÃO Nº 01
3. AUTO DE INFRAÇÃO Nº 206855.0003/10-0 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO 0249-02/11 DE 22/09/11 INFRAÇÃO Nº 01

Conclui ratificando todos os termos da autuação.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado que subscreve a peça defensiva, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Analisando a arguição de cerceamento do direito de defesa, com base na preliminar de insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores em razão de não recebido de volta toda a documentação apresentada para a fiscalização, a exemplo do Registro de

Inventários, para que pudesse dimensionar créditos que entende ter direito, sobre os produtos inventariados em 31/12/2004, verifico o seguinte.

De acordo com o que consta na descrição dos fatos, o fulcro da acusação fiscal diz respeito a falta de tributação nas operações de saídas de mercadorias constantes nas notas fiscais de saídas relacionadas às fls.07 a 22, as quais, não estão contempladas no Anexo Único do Convênio ICMS 1/99 para fins de isenção.

Desta forma, não existe insegurança na determinação da infração, pois os valores das operações constantes no citado demonstrativo que serviram de base para a apuração do débito lançado no auto de Infração correspondem exatamente com os valores constantes nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, não havendo, nesta apuração, necessidade de se considerar qualquer crédito fiscal. Se por ocasião das aquisições existem créditos fiscais não utilizados, entendo que os mesmos devem ser postulados através de processo específico, na forma prevista no artigo 101 do RICMS/97.

No que diz respeito a alegada falta de devolução do Registro de Inventários requisitado na ação fiscal, apesar de o autuante não ter negado o fato, este fato também não causou qualquer prejuízo à defesa, uma vez que, repito, a apuração dos créditos fiscais independe do citado livro, pois poderia muito bem ter sido feito através dos respectivos documentos fiscais, e o pleito do patrono do autuado, neste processo, não encontra amparo no cita dispositivo regulamentar.

No que tange a preliminar de existência de vício a sanear, referente a substituição do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, por divisão de prazos não previstos na legislação tributária, também verifico não assistir razão ao defendente, uma vez que o mesmo foi intimado obedecendo a disposição contida na norma do § 7º do artigo 127 do RPAF/99, in verbis: *Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.*

Apesar disso, em atenção ao devido processo legal, considerando que o autuante ao prestar a informação fiscal, fls.735 a 740, anexou aos autos cópia do Termo de Devolução de Documentos Fiscais, a pedido do órgão julgador foi reaberto o prazo de defesa por trinta dias, conforme intimação à fl. 748.

Quanto a preliminar, com base no § 4º do artigo 150 e o artigo 173, I, V, do CTN, combinados com o artigo 965, I, do RICMS/97, de decadência de todos os fatos geradores anteriores ocorridos até o dia 13/05/2010, data em que foi intimado da lavratura do Auto de Infração, observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 26/03/2010, com ciência ao sujeito passivo em 15/05/2010, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/05, findando-se em 31/12/10.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Por estas razões, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, haja vista que os demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal, não havendo qualquer irregularidade na constituição do lançamento fiscal que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

No que concerne ao pedido do autuado de diligência para revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

No mérito, a infração imputada ao contribuinte versa sobre exigência de imposto sobre operações de vendas de mercadorias consideradas pelo contribuinte como não tributadas, no período de janeiro a dezembro de 2005, através das notas fiscais constantes às fls.23 a 516.

Verifico que infração está devidamente demonstrada e apoiada nos respectivos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, todos relacionados nas planilhas às fls. 07 a 22, tendo a fiscalização considerado todas as operações realizadas pelo estabelecimento autuado e constantes nas citadas notas fiscais como se fossem tributadas. Apesar da negativa do autuado de receber tais documentos (fl.662), pelos argumentos defensivos demonstrou ter ciência da origem do lançamento, dele se defendeu com detalhes.

Por outro lado, vale registrar que na fase de instrução do processo para o julgamento, o órgão julgador entendendo que se fazia necessário, converteu o processo em diligência nos dias 23/11/2010; 24/05/2011; e 25/08/2011, dando a oportunidade do autuado exercer com plenitude o seu direito de defesa.

A tese defensiva é que os produtos objeto da autuação se enquadram como isentos no Anexo Único do Convênio ICMS 1/99.

O exame do presente lançamento passa pela análise do aspecto material da incidência do ICMS, verificação sobre a questão da classificação das operações praticadas pelo contribuinte autuado frente ao disposto na legislação tributária, bem como das implicações decorrentes do descumprimento das obrigações principal e acessória.

Observo que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JF nº500511; CJF nº 2131110; JF nº 3040410; e JF nº 0249-02/11, que tratam da mesma matéria, sujeito passivo, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão JF Nº 0249-02/11, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, in verbis:

(....)

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 prokinetic, 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:

| | | |
|-------------|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| <i>"191</i> | <i>90.21.90.81</i> | <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 inexistente 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/defibrilador 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 4ª e 5ª Juntas de Julgamento Fiscal e pela 1ª Câmara do CONSEF, conforme segue: Acórdão CJF Nº 0213-11/10 da 1ª. Câmara de Julgamento Fiscal, infração 05; Acórdão Nº 0050-05/11 da 5ª. Junta de Julgamento Fiscal, Infração 01; Acórdão JJF Nº 0304-04/10, prolatado no PAF referente ao A.I. Nº 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 mentida parcialmente.

Por fim, quanto à jurisprudência citada na defesa (Acórdão CJF 0030-11.08), verifico que a mesma não se aplica ao presente caso, por se tratar de situação diversa. Ressaltando-se que o pleito do contribuinte para utilização dos créditos fiscais, já foi atacado na decisão acima transcrita que fundamentou este voto.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0002/10-3**, lavrado contra **CARDIODINÂMICA - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$298.064,24**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR