

A. I. Nº - 206845.0002/13-6
AUTUADO - MEDICICOR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - TERESA CRISTINA MARQUES DE MELLO
ORIGEM - DAT/METRO INFAZ/ATACADO
INTERNET - 10.02.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº. 0009-04/14

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. PRODUTOS DE USO MÉDICO. Os produtos descritos nos demonstrativos de débito da infração, estão indicados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, texto vigente à época dos exercícios fiscalizados, exceto o produto "marcapasso cardíaco multiprogramável com telemetria", que foi objeto de exclusão pela autuante, que reconheceu em relação a isenção. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida a solicitação de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28.06.2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$337.964,51, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração, verificada no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009:

Falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante à fl. 226 a 231, onde argüi em sua defesa, inicialmente, que parte da Infração 01 foi reconhecida, e que os valores foram recolhidos (em parcelamento) dentro do prazo legal, após a ciência do lançamento, apensando cópia do DAE de pagamento da parcela inicial (fls. 233 e 234).

Todavia, não concorda com parte do levantamento realizado pelas seguintes razões: nas ocorrências alegadas no Auto pelo Autuante nos meses de Junho a Dezembro de 2008 e Janeiro a Junho de 2009, a autuante não observou os seguintes detalhes com relação a alguns itens:

Implantes expandíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias (Stents) – NCM 90.21.90.81, em relação ao qual esclarece que o entendimento da Autuante está impregnado de insanável vício de interpretação, já que, para efeito de caracterização da infração que impõe, inova na estrutura legal do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, ao arguir como pressuposto basilar para a constituição do crédito fiscal a tese de que o produto “STENT CORON. DRIVER” não se equipara aos “Implantes expandíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias”.

Imputa tal equívoco, ao fato de que Autuante deixou de observar que conforme anexo único no item “191” do Convênio ICMS 01/99 trata-se de um produto com isenção do ICMS quando destinado à prestação de serviços na área de saúde, fato esse, exercido pelo autuado nas saídas para revenda, tendo sido o mesmo relacionado tal produto como sendo tributável não respeitando o direito de usufruir desse benefício ministrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária conforme artigo 1º da Lei Complementar nº 24 de 07 de dezembro de 1975.

Neste caso, requer que seja determinada diligência, no sentido de se verificar a sua alegação, já que a pura e distante análise dos arquivos magnéticos abre possibilidades para a interpretação errônea dos fatos.

Para o produto "Marcapasso cardíaco multiprogramável com telemetria" – NCM 90.21.50.00, informa que esse produto também faz parte do Convênio ICMS 01/99, conforme anexo único no item "168"e, dá-se total fruição do benefício ao Autuado para que faça jus a isenção ou alíquota zero.

Anexa os itens que foram relacionados no Auto de Infração pela Autoridade como tributáveis, quando na verdade estão isentos, nos termos do regulamento.

Portanto, diante do exposto, não cabe à cobrança do ICMS, por não ter ocorrido o fato gerador da exação, autorizadora da constituição do crédito tributário, e que seja acolhida a alegação defensiva.

Informação fiscal prestada à fl. 257 a 259 pela autuante, após avaliar a tese defensiva apresentada, posiciona-se no sentido de que no tocante ao item "STENT CORON. DRIVER", o Contribuinte deu saída com isenção ao "Sistema de Stent Coronário Driver" e "Sistema de Stent Coronario Endeavor", ambos feitos de uma liga de cobalto, e que o Convênio ICMS 01/99 em seu item 191 previa até 27.04.2009 o benefício da isenção apenas para os Implantes expansíveis de aço inoxidável e a partir dessa data (27.04.2009) alcançando também os de cromo.

Indica que a intenção restritiva do legislador é ratificada quando da alteração sofrida nesse item por meio do convênio ICMS 30/2009. Quando ele inclui o "stent de cromo cobalto" na isenção, e deixa de fora, por exemplo, o "stent de Nitinol" (liga de níquel e titânio), que é outra liga com a qual se fabricam stents disponíveis no mercado. Se fosse intenção do legislador ser abrangente, então porque a sua insistência em especificar o material de fabricação do produto? Esse fato mostra que não se pode inferir que quando da celebração do Convênio 01 em 1999, ainda não existiam os stents feitos de liga de cromo e cobalto, sendo certo que por essa única razão a legislação que previa a isenção não os contemplou. Questiona porque o stent de Nitinol teria ficado fora da isenção quando da alteração do item em 2009, quando já era um produto disponível no mercado.

Explica que o fato de o aço inoxidável possuir o cromo em sua composição, não significa que possamos confundir um liga de aço inox com a de cromo cobalto. A porcentagem de cada produto presente define o tipo de liga, suas propriedades e seu preço. São produtos diferentes, tanto é que o próprio fabricante do "Stent Coronário Driver" faz uma comparação entre os dois materiais, aço inox e cromo cobalto, mostrando que são diferentes com propriedades específicas, conforme documentação que anexa.

No tocante ao "MARCAPASSO CARDIACO MULTIPROGRAMAVEL COM TELEMETRIA", informa que, por equívoco, foi registrada na planilha que levantou o referido débito fiscal, uma saída em 02/06/2009, através da Nota Fiscal 9867, CFOP 5102, no valor de R\$12.400,00 e ICMS R\$2.108,00. Considerando que o produto realmente faz jus à isenção prevista no item 168 do Convênio 01/99, entende como procedente a alegação do Contribuinte.

Dessa forma, mantém a autuação no valor R\$168.029,37 (cento e sessenta e oito mil, vinte e nove reais e trinta e sete centavos), após abater do total impugnado o valor de R\$2.108,00 (dois mil cento e oito reais) referente ao ICMS pela saída do produto "Marcapasso cardíaco multiprogramável com telemetria", tendo em vista que o mesmo está alcançado pelo benefício da isenção, previsto no item 168 do Convênio 01/99, alterando apenas uma ocorrência, conforme demonstrativo que elabora:

DATA OCORR	DATA VENCTO	BASE DE CALC	ALIQ%	MULTA%	VALOR HISTORICO
02/06/2009	09/07/2009	12.400,00	17,00	60,00	2.180,00

Encaminhada intimação para ciência do teor da informação fiscal, consoante documentos de fls. 266 e 267, o sujeito passivo se manteve silente.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, qual seja a realização de operações tributadas como não tributadas, estando as mesmas devidamente escrituradas, tendo o autuado se insurgido apenas contra os produtos "STENT CORON. DRIVER", e "MARCAPASSO CARDIACO MULTIPROGRAMAVEL COM TELEMETRIA", sendo que a autuante apenas acatou este último, excluindo-o do lançamento.

Inicialmente, analisarei o pleito defensivo para a realização de diligência, a qual, de plano, indefiro, diante do fato de entender desnecessária, diante da regra estabelecida no artigo 147, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento da mesma não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de descon sideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ademais, a realização da mesma restou prejudicada, pelo fato de que na informação fiscal prestada, a própria autuante analisou as razões defensivas, inclusive acatando item indicado pelo autuado.

Quanto ao mérito, constato que a autuante acostou demonstrativo de fls. 12 a 34, no qual indica por período mensal os produtos que não foram submetidos à tributação, quando o deveriam sê-lo.

Analisando as peças processuais, verifico a respeito, que o Convênio ICMS 01/99, pelo qual os Estados e o Distrito Federal isentaram do ICMS uma série de produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, e não todos os produtos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, apenas aqueles descritos no anexo do mesmo, sendo a interpretação dos produtos isentos limitada àqueles que se encontram ali descritos, com suas respectivas NCMs.

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 objeto de isenção os "stents de aço inoxidável", conforme alteração promovida através da Cláusula primeira do Convênio ICMS 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 Implantes expandíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias "Stents"".

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

Assim, observo que foi concedido 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, a que se refere a defesa, o qual, conforme destacou a autuante na sua informação fiscal, existe desde 2003,

colacionando aos autos, inclusive documentação a respeito (fls. 260 a 262), não estando, pois, tais produtos, abrigados pelo instituto da isenção.

A isenção de outros tipos de tal produto, como o “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. Somente a partir de 27/04/2009 os “stents de aço inoxidável” e os de “cromo cobalto” são isentos de ICMS, motivo pelo qual entendo que os mesmos devem ser mantidos na exigência fiscal.

Quanto ao produto "MARCAPASSO CARDIACO MULTIPROGRAMAVEL COM TELEMETRIA" (NCM 9021.50.00), diante da informação fiscal, descabe qualquer maior consideração, diante de que o mesmo, efetivamente se encontrava isento na época dos fatos geradores, conforme item 168 do Convênio ICMS 01/99, elemento motivador, inclusive, para a sua exclusão do lançamento no mês de junho de 2009.

Dessa forma, ao encontro de diversas decisões no mesmo sentido adotadas por este Conselho em casos semelhantes, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$335.856,51, diante da alteração ocorrida apenas no mês de junho de 2009, a qual fica ajustada para o valor de R\$2.108,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206845.0002/13-6** lavrado contra **MEDICICOR COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$331.659,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42 da Lei 7.014/96, inciso II, alínea "a", devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de janeiro de 2014.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR/PRESIDENTE-EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR