

A. I. Nº - 206855.0002/14-6
AUTUADO - OPERA MATERIAIS CIRÚRGICOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 17.09.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-04/15

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, lavrado em 18/06/14, exige ICMS no valor de R\$903.157,04, em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 06 a 366.

O autuado apresenta defesa (fls. 375 a 392) e, após efetuar uma síntese dos fatos, diz que demonstrará que as operações relacionadas na autuação com produtos destinados à prestação de serviços de saúde são consideradas isentas pelo Convênio ICMS 01/99.

Pontua que de acordo com o Conv. ICMS 01/99, ficam isentas do ICMS as operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no Anexo Único ao referido convênio. Acrescenta que a fruição desse benefício está condicionada ao estabelecimento de isenção ou alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) ou do Imposto de Importação (II) para os equipamentos indicados no mesmo Anexo Único.

Sustenta que todas as operações isentas de ICMS que realiza se referem a equipamentos e insumos previstos no Anexo Único ao Conv. ICMS 01/99, bem como que para esses referidos equipamentos e insumos há norma que estabelece a isenção ou a alíquota zero do IPI ou do II, estando, portanto, preenchidos todos os requisitos impostos pelo citado Convênio.

Assinala que o autuante deixou de considerar isentas do ICMS as operações de compra e venda relacionadas na autuação pelo fato de a descrição nas notas fiscais dos equipamentos e insumos, destinados à prestação de serviços de saúde, não se subsumir literalmente à descrição contida no Anexo Único ao Conv. ICMS 01/99, muito embora os códigos de NCM lançados nas notas fiscais sejam os mesmos que constam do referido Anexo Único.

Salienta que a descrição dos equipamentos e insumos médicos, contida nas notas fiscais, é feita para atender a uma exigência de mercado, que impõe a detalhada descrição de cada importante característica e finalidade de cada equipamento e/ou insumo comercializado, e não apenas a descrição “jurídica/genérica”, não específica e nem detalhada do mesmo, como ocorre no Anexo Único. Diz que em decorrência dessas diferentes formas de descrição dos produtos de saúde, com a constante no Anexo Único ao Convênio, não se pode e nem exige a norma isentiva que se guarde exata literalidade de redação.

Afirma que, para a norma, o que interessa é que o produto, a exemplo, um “implante cervical”, objeto da operação comercial, qualquer que sejam as suas detalhadas características, tenha destinação e finalidade específica de uso no tratamento de saúde, conforme indicado no Anexo

Único ao Conv. ICMS 01/99. Diz que caso a norma fosse descrever, detalhada e pormenorizadamente, as características de cada tipo de “implante cervical”, por certo o seu volume seria infundável, não fosse a só constante e permanente evolução e aperfeiçoamento dos produtos destinados ao tratamento de saúde.

Aduz que exigir o contrário seria um absurdo, pois a finalidade da norma é justamente isentar de tributos tais produtos, de modo a reduzir o custo com esses tratamentos. Não faria sentido o Estado abrir mão de receita, como no caso, não fosse esse o seu objetivo maior.

Diz que apenas a descrição que consta da Nota Fiscal é diferente, por ser mais específica e com maiores detalhes, da que consta do Anexo Único, mas com os mesmos códigos NCM.

Menciona que, objetivando uma melhor visualização da situação narrada, elaborou uma planilha (“Doc. 04” – fls. 415 a 418), onde correlaciona cada código NCM e a correspondente descrição pormenorizada que constou das notas fiscais que emitiu, demonstrando que não cometeu nenhuma irregularidade nas operações em tela. Também apresenta tabela, na qual agrupa os produtos envolvidos na autuação, indicando a NCM e a descrição de cada um deles.

Sustenta que, conforme se pode observar da tabela acima e da planilha de fls. 415 a 418, os equipamentos e insumos médicos lançados notas fiscais relacionadas na autuação são de idêntica natureza, gênero e se destinam a idêntica utilização daqueles previstos no Anexo Único ao Conv. ICMS 01/99, embora a descrição em um e noutro não seja a mesma para melhor atender as exigências de mercado.

Requer a realização de perícia, por profissional da área médica devidamente habilitado, para atestar que os produtos descritos no citado Convênio são de idêntica natureza e finalidade dos descritos nas notas fiscais em questão. Apresenta quesitos a serem respondidos.

Assinala que não pretende enquadrar no Convênio equipamentos ou insumos médicos análogos ou semelhantes aos ali previstos. Pontua que a norma é clara e não deixa lacunas para serem integradas por analogia, ficando impedida também a utilização da interpretação extensiva, por expressa vedação legal do art. 111 do CTN, conforme diz que será abordado oportunamente. Pontua que pretende demonstrar que os equipamentos e insumos médicos que comercializa têm idêntica natureza, gênero e se destinam a idêntica utilização daqueles previstos no Convênio antes mencionado.

Destaca que a simples descrição do equipamento ou insumo médico na nota fiscal de forma diferente da constante do Anexo Único do Conv. ICMS 01/99 não é suficiente para descaracterizar e modificar a natureza dos equipamentos e insumos que comercializa, muito menos para afastar a incidência da norma isentiva.

Menciona que o procedimento do autuante, ao não reconhecer como isentas as operações em tela, pelo simples fato de a descrição das notas fiscais não corresponder literalmente ao descritivo legal, fulmina de morte o princípio da verdade real, se apegando em meras presunções e não à verdadeira natureza do equipamento ou insumo de fato comercializado.

Reitera que a autuação poderia ter sido evitada se o autuante tivesse observado que: (i) os códigos NCM dos equipamentos e insumos médicos lançados nas notas fiscais são os mesmos que constam do Anexo Único ao Conv. ICMS 01/99 e, portanto, referentes a operações com equipamentos e insumos médicos isentos de ICMS; (ii) os equipamentos e insumos médicos lançados nas notas fiscais e descritos no Anexo Único ao Conv. ICMS 01/99 são de idêntica natureza, utilização e finalidade, embora a descrição na nota fiscal não seja a mesma do referido convênio para melhor atender a exigências de mercado.

Assinalar que o artigo 111 do CTN é o fundamento específico constantemente utilizado nos julgamentos da esfera administrativa para considerar como tributáveis as operações sobre equipamentos e insumos descritos pelo contribuinte de forma diferente daquela utilizada na

legislação tributária isentiva. Transcreve trechos do voto proferido nos Acórdãos JJF nº 0275-02/11 e CJF nº 0134-13/13, ambos deste Conselho de Contribuintes.

Diz que, conforme os julgamentos acima citados e outros proferidos na esfera administrativa, determinando que a interpretação da legislação tributária que outorga isenção seja literal, a administração tributária termina por afastar outras formas de interpretação, ainda que inadmissível a interpretação ampliativa, por equidade ou equiparação.

Destaca que a outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, no entanto, o próprio dispositivo 111 do CTN não pode ser interpretado literalmente, pois o que esse dispositivo quer dizer é que nos assuntos nele referidos deve sempre haver norma expressa, não afastando, no entanto, diante da absoluta insuficiência da interpretação segundo o significado gramatical, a necessária interpretação lógico-sistemática, finalística ou teleológica. Cita doutrina.

Discorre sobre a isenção tributária, faz alusão à cláusula primeira do Conv. ICMS 01/99 e diz que no caso específico atendeu os dois requisitos citados nessa cláusula. Explica que a isenção de ICMS para equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde tem o intuito de baratear e assegurar o acesso aos tratamentos de saúde, sem o acréscimo tributário incidente sobre os equipamentos e insumos utilizados nesses tratamentos. Frisa que a isenção do ICMS no caso em tela tem caráter finalístico, que é assegurar o acesso aos tratamentos de saúde com a mesma eficácia e a menor custo. Diz que essa norma isentiva é teleologicamente justificada, pois preserva e promove valores eleitos pelo legislador constituinte em nossa Constituição Federal.

Após tecer considerações acerca do princípio da busca pela verdade material e de reproduzir doutrina e dispositivo regulamentar, afirma que esse referido princípio foi fulminado pelo autuante no processo de fiscalização.

Pontua que, caso o autuante tivesse observado a verdadeira natureza dos equipamentos ou insumos comercializados pelo defendente, por óbvio teria a autoridade fiscal reconhecido que se tratava de operações isentas do ICMS.

Diz que, ao não buscar a verdade material, o autuante feriu ainda o princípio da legalidade, do qual aquele é decorrente, pois o efetivo conhecimento dos fatos é indispensável a que haja a correta observância das leis que lhe são aplicáveis. Aduz que apresentou todos os documentos e se colocou à disposição do autuante para demonstrar que os equipamentos e insumos médicos comercializados eram os mesmos constantes do Anexo Único ao Conv. ICMS 01/99, tendo sido utilizados em todas as notas fiscais os correspondentes NCM previstos no referido convênio, permitindo, assim, a sua correta identificação. Frisa que a Administração praticou uma ilegalidade por desconhecer a verdade, o que diz carecer de reparo por esta Junta de Julgamento.

Ao tratar da “Correta Aplicação do art. 111 do CTN”, afirma que, por se tratar de direito excepcional, já que a regra é o pagamento do tributo nos prazos legalmente fixados, a outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, estando afastadas as interpretações ampliativas, por equidade e por equiparação. Todavia, ressalta que o próprio dispositivo 111 do CTN não pode ser interpretado literalmente, pois, conforme doutrina de Hugo de Brito, “o que esse dispositivo quer dizer é que nos assuntos nele referidos deve sempre haver norma expressa”.

Após citar situações hipotéticas em que a interpretação literal pode levar a equívocos, diz que o legislador, ao prever a interpretação literal das normas que outorgam isenções, afastou a interpretação ampliativa, por equidade ou equiparação, mas manteve aplicáveis, diante da absoluta insuficiência da interpretação segundo o significado gramatical, as necessárias interpretações lógico-sistemática, finalística ou teleológica. Reproduz jurisprudência do STJ.

Insiste que a interpretação literal das normas que outorgam isenções não afasta, por si só, até mesmo porque é insuficiente para a correta aplicação da norma, o dever de o intérprete se utilizar, na sua tarefa interpretativa que precede a aplicação do direito, de uma equilibrada

ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico que integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas.

Assegura que é absurdo e carente de razoabilidade o não reconhecimento da isenção do ICMS a que o autuado faz jus pelo fato do descritivo dos equipamentos e insumos médicos nas notas fiscais não corresponder, literalmente, ao descritivo do Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, ainda mais quando em todas as notas fiscais foi lançado o NCM correspondente a cada equipamento ou insumo médico comercializado, o que por si só permitia ao fiscal identificar que se tratavam de operações isentas de ICMS.

Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito. Reitera o pedido de perícia e apresenta os quesitos a serem respondidos. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 422 a 468.

Afirma que a pretensão defensiva, segundo a qual todos os equipamentos e insumos descritos nas notas de saídas juntadas aos autos sejam considerados isentos, afronta a regra prevista no artigo 111 do CTN, que determina a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção.

Diz que o próprio autuado, ao demonstrar a posição do CONSEF com relação ao tema em pauta, relacionando trechos de decisões prolatadas em autos de infração, nas quais o órgão julgador mantém, como os demais conselhos estaduais de julgamento, o entendimento que determina a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção.

Afirma que o intuito da norma isentiva é baratear e assegurar o acesso aos tratamentos de saúde, contudo os Estados exigem que a descrição desses equipamentos e insumos nas notas fiscais corresponda àquela expressa na relação que integra os convênios que tratam da outorga de isenção de ICMS, no intuito de conter abusos previsíveis.

Menciona que o Conv. ICMS 01/99 foi criado há 15 anos e, no entanto, nunca os dirigentes tributários concederam isenção a todos os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, como pretende o autuado. Diz que sempre mantiveram intocada a redação da sua cláusula primeira, isentando do ICMS apenas as operações com os equipamentos e insumos indicados no seu anexo. Aduz que, no transcurso desses 15 anos, alguns itens do anexo foram modificados ou acrescentados, contudo nunca foi concedida a isenção de ICMS à totalidade dos equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde.

Menciona que lhe cabe comprovar que os produtos relacionados nos demonstrativos de fls. 6 a 9 e 142 a 147 não se encontram indicados no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99. Dessa forma, diz que utilizando o agrupamento efetuado pelo autuado dos produtos em tela, apresentará inicialmente um estudo acerca dos produtos “CAGE CERV. FIDJI, SIST. IMPLANTE INTERVERTEBRAL – WALLIS E PROSPACE TITÂNIO”. Às fls. 427 a 429 traz aos autos fotografias, NCMs, descrições e indicações, tudo colhido na Internet. Às fls. 430 a 438, colaciona aos autos um estudo comparativo entre os equipamentos e insumos relacionados nos itens relacionados no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99 e os listados na autuação. Em seguida, afirma que conforme o “estudo comparativo entre os três produtos objeto do auto de infração (CAGE CERVICAL FIDJI, SIST. IMPLANTE INTERVERTEBRAL – WALLIS E PROSPACE TITÂNIO IMPLANTE) e os equipamentos e insumos indicados nos itens 72 a 95 (NCM 9021.31.90) do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, confirma-se que aqueles três produtos não são isentos de ICMS, por não estarem listados no referido anexo”.

Prosseguindo, às fls. 439 a 462, faz idêntico estudo quanto aos produtos PROT LIG DISCO CEDISC, T-SPACE PEEK IMPLANTE E IMPLANTE VERTEBRAL PARA FUSÃO LOMBAR. Ao final, conclui que conforme “o estudo comparativo entre os três produtos objeto do auto de infração (PROT LIG DISCO CERV DISC, T-SPACE PEEK IMPLANTE E IMPLANTE VERTEBRAL PARA FUSÃO LOMBAR) e

os equipamentos e insumos indicados nos itens 96 a 154 (NCM 9021.10.20) do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, confirma-se que aqueles três produtos não são isentos de ICMS, por não estarem listados no referido anexo”.

Em seguida, às fls. 462 a 465, apresenta idêntico estudo quanto ao produto CESPAC IMPLANTE CERVICAL. Conclui que conforme “o estudo comparativo entre o produto objeto do auto de infração (CESPAC IMPLANTE CERVICAL) e os equipamentos e insumos indicados nos itens 163 A 167 (NCM 9021.39.80) do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, confirma-se que aquele produto não é isento de ICMS, por não estar listado no referido anexo”.

Após esses estudos comparativos, o autuante afirma que está provado que os produtos objeto da autuação, relacionados nos demonstrativos de débito de fls. 6 a 9 e 142 a 147, não estão indicados no anexo único do Conv. ICMS 01/99, razão pela qual não estão beneficiados pela isenção.

Reitera que nem todos os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde comercializados pelo deficiente são isentos do ICMS. Diz que os produtos objeto da presente autuação não estão indicados no citado Anexo Único, razão pela qual não são isentos de ICMS.

Assinala que se os Estados signatários do Conv. ICMS 01/99 pretendessem isentar todos os equipamentos e insumos utilizados na prestação de serviços de saúde já teriam descartado o seu anexo e modificado o texto da sua cláusula primeira.

Diz que não o tendo feito, ao longo de 15 anos, fica claro que a intenção das autoridades estaduais, criadoras do Conv. ICMS 01/99, é manter o controle do benefício, reafirmando que da totalidade dos equipamentos e insumos utilizados na prestação de serviços de saúde apenas aqueles indicados no anexo do citado convênio ficam isentos do ICMS.

Ao finalizar, mantém a autuação em sua totalidade.

O processo foi convertido em diligência, fl. 472, à INFAZ ATACADO, para que o autuado fosse notificado acerca da informação fiscal, mediante entrega dos documentos de fls. 422 a 468.

Após o cumprimento da diligência, o autuado apresentou o pronunciamento acostado às fls. 479 a 486. Nesse pronunciamento, após uma síntese dos fatos, o autuado afirma que é imprescindível o deferimento do pedido de perícia médica com o objetivo de conformar a identidade de natureza, gênero, finalidade e destinação de uso entre os produtos autuados e aqueles previstos o Anexo Único do Conv. ICMS 01/99.

Ressalta que pretende apenas demonstrar que o autuante equivocadamente considerou como tributáveis operações isentas de ICMS, pois “todos os produtos objeto da autuação” se referem a equipamentos e insumos previstos no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, embora sem “identidade gramatical” de descrição dos mesmos.

Afirma que efetivamente, por se tratar de direito excepcional, a outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, estando afastada a interpretação ampliativa, por equidade ou equiparação. Ressalta que, no entanto, conforme destacado nas razões de defesa, a interpretação literal é insuficiente, de forma que nem o próprio art. 111 do CTN pode ser interpretado literalmente, visto que a norma extraída do mesmo é no sentido de que nos assuntos neles referidos deve sempre haver norma expressa, e não de que se deve fazer simples aferição do significado gramatical.

Reitera argumentos atinentes à aplicação da interpretação literal das normas que outorgam isenção, já constantes neste relatório. Diz que, ao contrário do afirmado pelo autuante, as decisões citadas na defesa têm como objetivo precípua demonstrar o correto entendimento e aplicação do art. 111 do CTN não só pela doutrina, como também pelos tribunais superiores.

Afirma que a descrição dos equipamentos ou insumos médicos na nota fiscal de forma diferente da constante no citado Anexo Único não é suficiente para modificar a natureza dos equipamentos e insumos de fato comercializados pelo deficiente, muito menos para afastar a

incidência da norma isentiva, uma vez que no processo administrativo fiscal vigora o princípio da busca da verdade material.

Repisa que o procedimento adotado pelo autuante fulminou o princípio da verdade material, ao não reconhecer como isentas do ICMS as operações efetuadas pelo defendente com os equipamentos e insumos previstos no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, de forma que o Auto de Infração foi lavrado com base em meras presunções. Menciona que, desse modo, também foi afrontado o princípio da legalidade.

Referindo-se às informações coletadas em páginas da Internet e citadas pelo autuante na informação fiscal, diz que mais uma vez justifica-se a realização de perícia. Afirma que o Auto de Infração não pode se sustentar em páginas extraídas da Internet, pois: a) tal procedimento não garante o mínimo lastro de veracidade; b) tais páginas da Internet foram “pinçadas” e “selecionadas” por pessoa sem formação técnica e/ou atuação na área médica; c) a pessoa que “selecionou” essas páginas é parcial, pois foi quem lavrou o próprio Auto de Infração.

Registra que busca o reconhecimento da isenção dos produtos relacionados na autuação, por estarem os mesmos previstos no Conv. ICMS 01/99, de forma a atender o caráter finalístico da norma isentiva, seja no plano socioeconômico ou sociopolítico da realidade social, que é baratear e assegurar o acesso aos tratamentos de saúde.

Reitera a realização da perícia já requerida e, ao final, pugna pela improcedência do Auto de Infração em tela.

O autuante se pronuncia às fls. 491 e 492.

Afirma que efetuou um estudo comparativo (fls. 430/438 e 442/464) no qual restou provado que os produtos objeto da autuação não se encontram relacionados no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, razão pela qual não gozam de isenção de ICMS.

Diz que esse estudo comparativo, de 84 páginas, não foi objeto da apreciação do defendente na manifestação de fls. 479 a 486. Afirma que esse silêncio do autuado conduz a uma confissão tácita da veracidade do conteúdo do estudo comparativo.

Ao finalizar, mantém os termos da ação fiscal, reitera o teor da informação fiscal e sugere o indeferimento do pedido de perícia.

VOTO

Inicialmente, apreciando o pedido de realização de perícia técnica, a ser efetuada por profissional da área médica, ressalto que a prova pericial se destina à formação do convencimento dos julgadores, esclarecendo fato complexo que requer conhecimento específico não afeto a estes. O indeferimento de solicitação de perícia ou também de diligência não acarreta cerceamento de defesa, desde que os elementos existentes nos autos sejam suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Dessa forma, com fulcro no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido de perícia, pois considero que a prova do fato que embasa a autuação não depende de conhecimento especial de técnicos e, além disso, entendo que os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

Adentrando ao mérito, conforme já relatado, a infração imputada ao autuado trata de falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 903.157,04, incidente sobre operações de vendas de mercadorias que foram consideradas pelo contribuinte como não tributadas, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, tudo conforme demonstrativos às fls. 6/9 e 142/147 e notas fiscais às fls. 10/141 e 148/366.

Inicialmente, observo que o autuado não questiona aspectos numéricos da apuração do imposto lançado. Em toda a sua defesa, não é indicado qualquer erro de cálculo, duplicidade de lançamento ou outro eventual equívoco na quantificação do imposto. Propugna, porém, pela improcedência da autuação, sob o argumento de que as operações relacionadas na autuação não

são tributáveis, pois gozam da isenção prevista no Conv. ICMS 01/99.

A cláusula primeira do Convênio ICMS 01/99 prevê que ficam isentas da incidência do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no seu Anexo Único. Por sua vez, o art. 111, II, do CTN determina que será interpretada literalmente a legislação tributária que disponha sobre a outorga de isenção.

Em sua defesa, em apertada síntese, o autuado afirma que todas as operações em comento se referem a equipamentos e insumos previstos no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99. Diz que as NCMs desses equipamentos e insumos estão relacionadas no citado Anexo Único, porém o mesmo não ocorre com a descrição deles. Sustenta que a isenção em comento deve ser interpretada considerando a finalidade da norma, que é reduzir o custo com os tratamentos que envolvam esses produtos. Ressalta que os equipamentos e insumos em tela são de idêntica natureza, gênero e têm a mesma destinação daqueles previstos no multicitado Anexo Único.

No caso da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, que trata das operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, o posicionamento assente neste Conselho de Fazenda é que a aplicação desse benefício exige a perfeita adequação desses equipamentos e insumos à NCM e à descrição constante da norma que outorga a isenção. Portanto, a interpretação da norma será literal, de forma que haja coincidência de NCM e de descrição do produto.

Efetivamente, a interpretação literal da legislação que outorga isenção, em algumas situações específicas, poderá utilizar outros elementos interpretativos que venham a possibilitar a aplicação mais equilibrada da norma. Contudo, no caso concreto em análise, os produtos beneficiados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99 são apenas aqueles discriminados no Anexo Único do citado Convênio, sendo que para a fruição dessa isenção é necessário que a NCM e a descrição desses produtos coincidam com os relacionados no Anexo Único.

A Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no Parecer nº 28751/2013, de 13 de novembro de 2013, ao responder consulta formulada por outro contribuinte, assim se pronunciou sobre a matéria:

[...]

O Convênio ICMS 01/99, que dispõe sobre a isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, especifica, em seu anexo único, os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde que se encontram amparados pelo benefício da isenção do imposto, apresentando a NCM e a descrição correspondentes. Esse entendimento também é aplicado à isenção de que trata o RICMS-BA/12, art. 264, Inciso XXIV. Registre-se que a aplicação do benefício ora sob exame a determinada mercadoria pressupõe, necessariamente, a sua adequação à NCM e à descrição constantes da norma respectiva. Na ausência desta adequação, prevalece a tributação normal incidente sobre a operação. Realizado o cotejo das mercadorias relacionadas na petição, acima referidas, classificadas nas posições da NCM 9018.39.29 e 9018.90.99, com o rol dos produtos albergados pelo benefício em tela, constante no anexo único do Convênio ICMS 01/99, constata-se que, conquanto estejam classificadas nas mesmas posições da NCM, as descrições apresentadas pela Consulente não correspondem àquelas contidas no referido anexo único, o que afasta a aplicabilidade da isenção em tela. Dessa forma, conclui-se que as operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, acima descritos, não estão alcançados isenção disciplina no Convênio ICMS 01/99, devendo sofrer tributação normal.

[...]

Dessa forma, não basta que haja coincidência de NCM, pois também é necessário que exista coincidência na descrição dos produtos.

Tomando por base o agrupamento feito pelo próprio autuado em sua defesa, os produtos relacionados na autuação podem ser resumidos da seguinte forma:

RESUMO DO AUTO DE INFRAÇÃO POR GRUPO DE PRODUTOS

SEQ.	NCM	DESCRIÇÃO
1	9021.31.90	CAGE CERV.FIDJI
2	9021.31.90	SIST.IMPLANTE INTERVERTEBRAL-WALLIS
3	9021.31.90	PROSPACE TITÂNIO IMPLANTE

SEQ.	NCM	DESCRIÇÃO
4	9021.10.20	PROT LIG DISCO CERV DISC
5	9021.10.20	T-SPACE PEEK IMPLANTE
6	9021.10.20	IMPLANTE VERTEBRAL P/ FUSAO LOMBAR

SEQ.	NCM	DESCRIÇÃO
7	9021.39.80	CESPACE IMPLANTE CERVIC

Os códigos NCMs dos produtos relacionados na autuação e sintetizados na tabela acima (9021.31.90, 9021.10.20 e 9021.39.80) estão elencados no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, porém as descrições constantes nas notas fiscais divergem das listadas no multicitado Anexo Único. Essas divergências na descrição e até mesmo na função dos equipamentos e insumos estão sobejamente demonstradas pelo autuante na informação fiscal, no seu “estudo comparativo”. Nesse ponto, saliento que o defendente admite que os produtos relacionados na autuação apresentam descrições divergentes das constantes no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99.

Argumenta o impugnante que esse estudo comparativo efetuado pelo autuante, com base em documentos coletados na Internet, não se presta para embasar a autuação. Respeitosamente, considero que essa tese defensiva não merece acolhimento, uma vez que a autuação não está baseada nesses documentos coletados na Internet, mas, sim, em demonstrativos e em documentos fiscais que se encontram acostados ao processo. Os documentos obtidos na Internet apenas visam a auxiliar a formação do convencimento dos julgadores.

Não há como se dizer que o procedimento do autuante tenha sido pautado em presunção ou que tenha afrontado os princípios da busca da verdade material e da legalidade, haja vista que a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em comento está respaldada na legislação tributária aplicável ao caso concreto, interpretada conforme determina o art. 111, II, do CTN.

A jurisprudência citada na defesa trata de situações que não se ajustam com perfeição ao caso concreto em análise. Ademais, as decisões a que fez alusão o defendente não vinculam o presente julgamento.

Por fim, ressalto que a matéria em análise já foi objeto de reiteradas decisões deste Conselho de Fazenda e, como exemplo, cito o Acórdão CJF nº 0134-13/13, que por unanimidade manteve inalterada a decisão de primeira instância que julgou procedente Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em razão de idêntica infração. Peço licença para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre relator Fernando Antônio Brito de Araújo nesse citado Acórdão:

No mérito, o recorrente sustenta que os produtos fiscalizados são isentos, nos termos previstos no Convênio ICMS 01/99, o qual estabelece uma lista de NCM e Equipamentos e Insumos sujeitos ao benefício fiscal, fazendo referência expressa aos produtos com NCM nº 9018.39.29, tendo o legislador discriminado os gêneros dos produtos dos quais decorrem

inúmeras espécies, motivo pelo qual sua interpretação há de ser feita de forma ampliativa.

Contudo, engana-se o nobre defendente em sua tese, pois, o art. 111 do Código Tributário Nacional (CTN) determina que “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção e III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”.

O Convênio ICMS 01/99 e alterações posteriores, em sua cláusula primeira, concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, classificados pelas NBM indicadas no seu Anexo Único. Já na cláusula terceira, diz que a fruição desse benefício fica condicionada ao estabelecimento de isenção ou alíquota zero do IPI ou do II, para os equipamentos e acessórios indicados no anexo. Portanto, para o deslinde da questão discutida nos autos, resta identificar, com base nos respectivos NBM e descrições, se os produtos objeto da autuação estão indicados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e se são isentos ou vem com alíquota zero do IPI ou do II.

Do exame das descrições dos produtos, relacionados às fls. 10 a 327 dos autos, cuja lista foi reproduzida pelo defendente às fls. 656 a 659, verifico que todos os produtos estão classificados na NBM 90183929. Porém, não há como se fazer uma vinculação com a descrição dos produtos relacionados no citado anexo, sob o código da NCM 9018.39.29, visto que os produtos relacionados no levantamento fiscal não coincidem com as especificações contidas no Anexo Único, relativas ao mesmo NCM, conforme se pode comprovar do cotejo entre a listagem anexada à defesa, às fls. 656 a 659, com o citado anexo, às fls. 662 e 663 dos autos, relativo ao mesmo NCM. O entendimento do Conselho de Fazenda é de que para que os produtos sejam considerados isentos e enquadrados no Convênio ICMS 01/99, é necessário que exista uma perfeita correlação entre a NBM e a descrição do produto constante no seu Anexo Único, o que não ocorreu no presente caso.

Em face ao acima exposto, restou demonstrado que os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviço de saúde, apesar de possuírem NCMs idênticas às constantes no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, apresentavam descrições que divergiam das constantes na norma que concedia a isenção. Dessa forma, os produtos relacionados na autuação são tributáveis normalmente e, portanto, a infração imputada ao autuado subsiste em sua totalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0002/14-6**, lavrado contra **OPERA MATERIAIS CIRÚRGICOS LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$903.157,04**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR