

A. I. Nº - 206855.0001/15-8
AUTUADO - ORTHEK COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PROD. HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/10/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-03/16

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS nos documentos fiscais, e em relação aos materiais objeto da autuação não se aplica regra da isenção. Infração comprovada. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2015, refere-se à exigência de R\$112.399,37 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2010.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 294 a 305. Comenta sobre a tempestividade da defesa, faz uma síntese dos fatos e reproduz o teor da acusação fiscal, o enquadramento legal da irregularidade apontada e da multa aplicada.

Diz que o nosso ordenamento jurídico tributário é regido pelas normas contidas em toda a legislação pertinente, devendo para a análise dos casos concretos ser realizada uma interpretação ampla e completa, pretendendo uma melhor aplicação que não possa prejudicar nem o Fisco nem o Contribuinte.

Cita o art. 100 do Código Tributário Nacional – CTN e diz que, os fundamentos apresentados nas razões de defesa, objetiva que a decisão a ser tomada preserve a aplicação da lei de forma que garanta a mais lúdima justiça.

Afirma que o Convênio 01/99, no seu bojo, isenta de ICMS as operações com equipamentos e insumos indicados no seu anexo, estes classificados pela NBM/SH, contudo, diante das peculiaridades existentes quando tratamos de saúde, a sua aplicação deverá seguir os novos rumos do direito e sua interpretação ser feita de forma extensiva.

Alega que os produtos listados pelo autuante no demonstrativo de saída de mercadorias, parafuso cortical com diversas milimetragens possuem as descrições comerciais similares, ao parafuso cortical. Diz que no Convênio 01/99 o mesmo se encontra descrito da seguinte forma: Parafuso Cortical, diâmetro 4,5 mm ou Parafuso Cortical diâmetro \geq a 4,5 mm, todos com o NCM 9021.10.20, só variando o tamanho, e se pode constatar que a nomenclatura (NCM) é igual.

Para melhor entendimento, diz que se pode observar os motivos que fundamentam esta isenção, por meio do que estabelece o art. 264, inciso XXIV do RICMS-BA/2012, deixando claro que a isenção se dá pelo fato de o produto ser destinado à prestação de serviços de saúde.

Ressalta que a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) tem como alíquota 0% para o NCM 9021.10.20 (Parafuso Cortical, diâmetro de 4,5 mm e \geq a 4,5 mm), sendo assim, o produto é isento de ICMS, conforme demonstra o mencionado art. 264 do RICMS-BA/2012.

Entende que o fato de a empresa adotar, por razões mercadológicas, a descrição que foi registrada na ANVISA pelo fabricante, não autoriza a lavratura do Auto de Infração, uma vez que se trata do mesmo parafuso com tamanhos diferentes. O parafuso cortical de 3x08 mm, o de 3x10 mm, dentre outros constantes no demonstrativo de saídas de mercadorias elaborado pelo

autuante, tem a mesma finalidade do parafuso cortical de 4,5 mm o \geq a 4,5 mm, conforme demonstra o encarte, documento anexo.

Diz que os produtos discriminados no presente Auto de Infração se enquadram na isenção do ICMS para equipamentos e insumos médicos contemplados no Convênio 01/99, de acordo com a identificação do código NCM ou a descrição similar do produto.

Afirma que, superadas as alegações anteriores, torna-se necessário apresentar o que leciona o Convênio 47/97, em relação aos produtos de saúde, utilizados por portadores de deficiência física ou auditiva e sua aplicabilidade às mercadorias constantes no demonstrativo de saída de mercadorias elaborado pelo autuante.

Ressalta que o Convênio 47/97 isenta de ICMS as operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva, classificados na posição ou subposição ou código NCM.

Informa que anexa à impugnação Parecer médico no qual o profissional de saúde afirma que todos os produtos listados no Demonstrativo de Saídas de Mercadorias do Auto de Infração são utilizados ou destinados a operações ortopédicas, de fraturas e para uso ou atendimento em pessoas portadoras de deficiência física, estando, desta forma, descaracterizada a utilização dos produtos com base nos ditames do Convênio suscitado.

No seu entendimento, o texto do Convênio 47/97 apresenta certa insegurança jurídica, por isso, os legisladores pátrios publicaram o Convênio 126/2010, em 28/09/2010, o qual revogou o Convênio 47/97, impondo novas regras de isenção do ICMS, pondo fim a grandes dúvidas quanto à aplicabilidade da referida isenção.

Registra que a isenção anteriormente prevista com suporte no Convênio 47/97, já revogado, agora se sustenta no Convênio 126/10 e nesse último foram corrigidas as impropriedades na correlação entre as mercadorias e os códigos de NCM. Diz que, por meio das alegações anteriormente citadas, demonstra seu inconformismo com a lavratura do presente Auto de Infração, por entender não serem robustas as afirmativas do autuante.

Afirma ainda que, se não considerarem suficientes as alegações anteriormente expostas, quaisquer questionamento acerca da isenção do ICMS nas mercadorias em questão, fica explícito no texto anteriormente mencionado que todo aparelho ou artigo utilizado em fraturas serão tributariamente isentos de ICMS, sendo que o benefício ainda se encontra regulamentado pelo RICMS-BA/2012, art. 264, inciso XLIX.

Comenta sobre a definição de fraturas e diz que no caso em exame, contempla os produtos da planilha “demonstrativo de débito 2010, fornecida pelo auditor. Diz que os produtos listados na planilha do autuante encontram-se devidamente registrados na Anvisa sob o nº 8027181 e classificados na TIPI com NCM 9021.10.20, estando abrigados pela isenção do Convênio 126/2010, cláusula primeira.

Acrescenta que se pode observar as características dos produtos ora questionados através de uma breve análise do encarte (documento anexo), até pelo fato de o mesmo trazer ilustrações e comprovar que todos os produtos apontados pelo autuante tem por função a reconstrução óssea e são utilizados em cirurgias dessa espécie em áreas rompidas por fraturas.

Conclui informando que busca obter a declaração de isenção tributária em relação à cobrança de ICMS sobre os equipamentos ora apresentados, o que torna o Auto de Infração impugnado inexigível e, por conseguinte, a multa pecuniária estipulada, haja vista que não há fatores e fundamentos para que esta prospere.

Pede a realização de diligência, a fim de apurar as informações prestadas nas razões de defesa. Que seja reconhecida a isenção em relação ao ICMS nos produtos listados pelo autuante e, se assim não entendido, seja determinado por este órgão julgador, a realização de perícia técnica por profissional qualificado para que o mesmo possa atestar sobre as características e

especificações dos produtos ora questionados. E que o defendente seja intimado sobre o andamento do processo para regular exercício da ampla defesa.

O autuante presta informação fiscal às fls. 351 a 393 dos autos, dizendo que os Convênios mencionados pelo defendente serão transcritos e comentados, no intuito de demonstrar que as operações de vendas levadas a efeito pelo autuado não gozam do benefício da isenção de ICMS.

Sobre o Convênio ICMS 01/99, diz que a Cláusula primeira cita apenas que as operações com equipamentos e insumos indicados no seu anexo ficam isentas de ICMS. Os produtos objeto da autuação, relacionados no demonstrativo de débito às fls. 06 a 41 são parafusos corticais com diâmetros inferiores a 4,5 mm, os quais não se encontram indicados no anexo do referido Convênio 01/99.

Ressalta que apenas as operações com equipamentos e insumos indicados no anexo ao referido Convênio ficam isentas do ICMS e não operações com equipamentos e insumos semelhantes, parecidos e similares, aos que se encontram descritos na coluna equipamentos e insumos do referido anexo como pretende o autuado.

Diz que o defendente pretende estender o alcance da norma concessiva para incluir no rol das operações isentas outros equipamentos e insumos diversos daqueles descritos no anexo único do Convênio 01/99, e tal postura contraria a regra prevista no art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN.

Por se tratar de uma exceção à regra geral de incidência do imposto, afirma que as normas de isenção não admitem interpretação extensiva nem integração por equidade, sendo vedado ao intérprete estender ou mesmo restringir o alcance da norma, devendo se limitar à sua textualidade.

Transcreve o Anexo único do Convênio ICMS 01/99 e afirma que está provado que os produtos Parafusos Corticais com diâmetros inferiores a 4,5 mm, relacionados no demonstrativo de débito da infração, não estão descritos em qualquer dos itens do anexo único do referido Convênio, razão pela qual não são isentas as operações de comercialização dos mesmos.

Também transcreve o Convênio ICMS 47/97, que concede isenção às operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva. Informa que, dentre os produtos listados, encontram-se aqueles que foram objeto da autuação fiscal: artigos e aparelhos para fraturas, classificados originalmente na NBM/SH 9021.19.20 e atualizada tal classificação para NCM 9021.10.20 pelo Convênio ICMS 38/05.

Ressalta que o referido Convênio condiciona a fruição do benefício de isenção do ICMS à destinação dos artigos e aparelhos para fraturas a portadores de deficiência física ou auditiva. Conclui que só haverá isenção do ICMS se os artigos e aparelhos forem utilizados em portadores de deficiência física ou auditiva.

Afirma que o defendente dispõe de todos os elementos necessários para comprovar a condição de portador de deficiência ou não, do destinatário dos artigos e aparelhos para fraturas, quais sejam: nome do paciente, nome do médico, nome do hospital, data da operação e plano de saúde.

Também ressalta que um vendedor da empresa, exercendo função de demonstrador de artigos e aparelhos para fraturas, participa das reuniões da equipe médica, destacando a qualidade dos produtos e esclarecendo dúvidas sobre novos lançamentos a serem utilizados nas cirurgias. O autuado deveria ter trazido aos autos a prova de que os artigos e aparelhos para fraturas, relacionados nos demonstrativos de débito da infração, teriam sido destinados a portadores de deficiência física.

Reproduz os Convênios ICMS 126/2010 e 12/2011, salientando que somente a partir da vigência do Convênio 126/2010, as operações com artigos e aparelhos para fraturas comercializados pelo autuado, passaram a ser isentos, independente da destinação dos mesmos, razão pela qual, tal

isenção não atinge o período fiscalizado, de 01 de janeiro a 30 de novembro de 2010, conforme demonstrativo de débito, fls. 06 a 41.

Informa que diversas empresas mineiras praticaram operações com as citadas mercadorias relacionadas na cláusula primeira do Convênio ICMS 47/97, não destinadas a pessoas portadoras de deficiência física ou auditiva, aplicando indevidamente a isenção do ICMS, ensejando a constituição de créditos tributários, aos quais o Estado de Minas Gerais está autorizado a conceder remissão. Transcreve dois Acórdãos do CC/MG, sobre o tema em pauta, confirmando que só cabe a isenção do ICMS quando forem praticadas operações destinadas a pessoas portadoras de deficiência física ou auditiva.

Reproduz as alegações defensivas quanto ao mérito da autuação e diz que não cabe razão ao impugnante, considerando que o fato de os produtos comercializados em território mineiro terem sido adquiridos em operações interestaduais, ao abrigo da isenção do imposto nos estados de origem, não vincula o Estado de Minas Gerais à obrigatoriedade de conceder isenção as operações com esses produtos em seu território.

Entende que a matéria tratada nestes autos deve ser interpretada à luz do ordenamento jurídico do detentor da competência sobre o ICMS, ainda que na regulamentação de matéria tratada em convênio, devendo ser afastadas, neste caso, todas as considerações relativas às interpretações e legislação diversas, em especial as do Estado de São Paulo.

Diz que o defendente não comprovou a condição do deficiente físico e o laudo apresentado às fls. 573/574 diz respeito às características técnicas dos produtos, onde se afirma que os produtos são utilizados por pessoas com deficiência da arcada dentária e maxilares, mas não comprova a condição de deficiente dos usuários dos produtos.

Frisa que embora o impugnante afirme que seus produtos estão classificados na subposição NCM 9021.10.10 e na subposição NCM 9021.10.99, apresentando consulta à Receita Federal, restou claro que sua pretensão ultrapassa os limites impostos pelo Convênio ICMS 47/07 e item 30, Parte I do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

Diz que as normas que concedem a isenção devem ser interpretadas literalmente, de acordo com o disposto no art. 111, inciso II do Código Tributário Nacional – CTN, não cabendo analogia ou qualquer outra forma de interpretação. A condição imposto no Convênio 47/07 está restrita aos produtos que se classificam nos códigos NCM ali relacionados, desde que destinados a portadores de deficiência física e auditiva.

Apresenta o entendimento de que, se o legislador quisesse estender a isenção a todo e qualquer produto ortopédico destinado genericamente a qualquer usuário, ele teria incluído na relação de produtos citado no Convênio a subposição 9021.2 – “Artigos e aparelhos de prótese dentária”. Mas a isenção foi concedida para alcançar somente aquelas pessoas que se enquadram, comprovadamente e individualmente na definição de deficiente físico.

Para corroborar o seu entendimento, o autuante transcreve a íntegra de Consulta Interna da Superintendência de Tributação de nº 071/10, que reconhece que não se pode negar a aplicação da norma isencional quando os produtos classificados na subposição 9021.10.99, em atendimento ao subitem 4.2.2 c/c o item 30, Parte 1, Anexo 1 do RICMS-BA/2012 forem destinados ao deficiente físico para o tratamento ortopédico buço-maxilo-facial.

Ressalta que de acordo com a mencionada Consulta, para alguns produtos é possível estabelecer de antemão a finalidade para a qual foram produzidos, permitindo mudar a respectiva operação aos termos da legislação citada, como por exemplo, os aparelhos para facilitar a audição de surdos, que não possuem outra aplicação.

No caso dos aparelhos ortodônticos, afirma que não havendo a prova irrefutável da condição do paciente, a mercadoria deve ser comercializada com a regular tributação do imposto, sendo aplicável ao caso a literalidade prevista no art. 111, inciso II do CTN.

Registra que o defendente foi intimado para apresentar documentação comprobatória quanto à condição dos destinatários de suas mercadorias, se portadores de deficiência física ou auditiva, mas não trouxe a prova efetiva da condição dos destinatários dos produtos, e as pessoas físicas elencadas pela defesa são profissionais da área odontológica e pessoas jurídicas prestadoras de serviços na mesma área, portanto, não preenchem a condição de serem prestadoras de deficiência física ou auditiva.

Diz que se reconhece a dificuldade operacional para a referida comprovação documental, mas isso não é suficiente para a concessão da isenção ou a dispensa da obrigação acessória. Talvez essa dificuldade tenha levado à edição do Convênio ICMS 12/11, que *“autoriza o Estado de Minas Gerais a conceder remissão do ICMS nas operações realizadas até 30/11/2010 com mercadorias relacionadas no Convênio ICMS 47/97 não destinadas a pessoas portadoras de deficiência física ou auditiva”*. Frisa que o referido Convênio é autorizativo e, para que seu conteúdo surta efeito, necessita de sua implementação pelo Estado de Minas, o que ainda não ocorreu.

Comenta sobre a multa aplicada, destacando decisão da 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, transcrevendo o Acórdão. Diz que o defendente não foi capaz de comprovar a condição dos destinatários, de portadores de deficiência física.

Frisa que embora o defendente afirme que seus produtos estão classificados na subposição NCM 9021.10.99, restou claro que sua pretensão ultrapassa os limites impostos pelo Convênio ICMS 47/07 e item 30, Parte 1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

Finaliza assegurando que nenhum dos convênios comentados para dar apoio à tese defensiva deve prosperar. Mantém todos os termos da autuação fiscal, ao tempo em que requer sejam indeferidos os pedidos de diligência e perícia, e que seja julgado procedente o presente Auto de Infração.

VOTO

O autuado requereu a realização de diligência fiscal e perícia a fim de apurar as informações prestadas nas razões de defesa. Indefiro o mencionado pedido de diligência, nos termos de art. 147, I e II do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos fatos e demonstrativos elaborados pela autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS pela falta de recolhimento do referido imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2010.

O defendente alegou que os produtos listados pelo autuante no demonstrativo de saída de mercadorias, parafuso cortical com diversas milimetragens possuem as descrições comerciais similares, ao parafuso cortical. Disse que no Convênio 01/99 essa mercadoria se encontra descrita da seguinte forma: Parafuso Cortical, diâmetro 4,5 mm ou Parafuso Cortical diâmetro \geq a 4,5 mm, todos com o NCM 9021.10.20, só variando o tamanho, e que se pode constatar que a nomenclatura (NCM) é igual.

Apresenta o entendimento de que o art. 264, inciso XXIV do RICMS-BA/2012, deixa claro que a isenção se dá pelo fato de o produto ser destinado à prestação de serviços de saúde. Ressalta que o Convênio 47/97 isenta de ICMS as operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva, classificados na posição ou subposição ou código NCM, e no Convênio 126/10 foram corrigidas as impropriedades na correlação entre as mercadorias e os códigos de NCM.

O autuante informou que em relação ao Convênio ICMS 01/99, a Cláusula primeira cita apenas que as operações com equipamentos e insumos indicados no seu anexo ficam isentas de ICMS. Os produtos objeto da autuação, relacionados no demonstrativo de débito às fls. 06 a 41 são parafusos corticais com diâmetros inferiores a 4,5 mm, os quais não se encontram indicados no anexo do referido Convênio 01/99.

Também informou que entre os produtos listados, encontram-se aqueles que foram objeto da autuação fiscal: artigos e aparelhos para fraturas, classificados originalmente na NBM/SH 9021.19.20 e atualizada tal classificação para NCM 9021.10.20 pelo Convênio ICMS 38/05.

Disse que somente a partir da vigência do Convênio 126/2010, as operações com artigos e aparelhos para fraturas comercializados pelo autuado, passaram a ser isentos, independente da destinação dos mesmos, razão pela qual, tal isenção não atinge o período fiscalizado, de 01 de janeiro a 30 de novembro de 2010, conforme demonstrativo de débito, fls. 06 a 41. Afirmou que a pretensão do autuado ultrapassa os limites impostos pelo Convênio ICMS 47/07 e item 30, Parte I do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

Observe que o Convênio 01/99, concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, estando previsto na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH, incluindo Parafuso cortical, diâmetro de 4,5 mm e Parafuso cortical diâmetro \geq a 4,5 mm.

O Convênio 47/97, concede isenção do ICMS às operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva e exclui produtos da lista anexa ao Convênio ICMS 38/91, que concede isenção do ICMS nas aquisições de equipamentos e acessórios destinados às instituições que atendam aos portadores de deficiência física, auditiva, mental, visual e múltipla.

Por sua vez, o Convênio 126/2010, concede isenção do ICMS às operações com artigos e aparelhos ortopédicos e para fraturas e outros que especifica, de acordo com respectivas classificações da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM.

Vale ressaltar que a descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, para concluir se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado na regra de isenção.

A legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código da NCM. Dessa forma, a descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos da NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela.

Inexistindo adequação entre a NCM e descrição do produto, prevalece a tributação normal incidente sobre a operação. Neste caso, embora a mercadoria esteja classificada na mesma posição de NCM, a sua descrição constante nos documentos fiscais não corresponde àquela contida na norma específica, ficando afasta sua aplicabilidade à isenção pretendida pelo deficiente.

O autuante esclareceu que os produtos objeto da autuação, relacionados no demonstrativo de débito às fls. 06 a 41 são parafusos corticais com diâmetros inferiores a 4,5 mm, e que o deficiente foi intimado para apresentar documentação comprobatória quanto à condição dos destinatários de suas mercadorias, se portadores de deficiência física ou auditiva, mas não trouxe a prova efetiva da condição dos destinatários dos produtos.

O deficiente apresentou um Parecer Técnico afirmando que os produtos listados no levantamento fiscal “são utilizados ou destinados em operações ortopédicas de fraturas e para

uso ou atendimento em pessoas portadoras de deficiência física. Entendo que o referido Parecer não constitui prova irrefutável da efetiva da condição dos destinatários dos produtos.

Como se trata de isenção condicionada, concordo com o posicionamento do autuante de que, só haverá isenção do ICMS se comprovado que os artigos e aparelhos foram utilizados em portadores de deficiência física ou auditiva.

Considerando a ausência de comprovação mencionada pelo autuante e o fato de os parafusos corticais objeto da autuação apresentarem diâmetros inferiores a 4,5 mm, se conclui que aos materiais objeto da autuação não se aplica a isenção pretendida pelo defendente, estando correta a exigência do imposto no presente lançamento, concordando com o posicionamento do autuante de que não se aplica ao presente caso os convênios comentados pelo autuado para dar apoio à tese defensiva.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0001/15-8**, lavrado contra **ORTHEK COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PROD. HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112.399,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA