

A. I. Nº - 298945.0004/18-0
AUTUADO - IMPLANTES MÉDICOS BAHIA COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA.
AUTUANTE - JOSERITA MARIA SOUSA BELITARDO DE CARVALHO e SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/07/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Considerações de defesa elide a autuação. Item insubsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. a) SAIDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Considerações de defesa elidem em parte a autuação. Item subsistente parcialmente. b) DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. Item reconhecido 3. MULTA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS COM FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL. SAIDAS POSTERIOR TRIBUTADA NORMALMENTE. Item reconhecido. b) DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2018, exige débito tributário no valor de R\$101.040,76, conforme demonstrativos acostados às fls. 11 a 37 dos autos, com documentos anexos, e CD/Mídia de fl. 42, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 02.01.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto no ano de 2016, conforme demonstrativos à fl. 12 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 42. Lançado ICMS no valor de R\$8.700,73 com enquadramento no art. 29, §2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 02.01.03 Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo às fls. 14 a 25 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 42. Lançado ICMS no valor de R\$88.357,24, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 03.01.04 Contribuinte recolheu a menor ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, conforme demonstrativo às fls. 27 a 28 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 42. Lançado ICMS no valor de R\$98,65, com enquadramento nos artigos 24 a 36, 32 e inc. III, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 215, 248, 255, 257 à 259, 263, 304 e 332, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 04 – 07.15.03 Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas nas

escrita fiscal, com saída posterior tributadas normalmente no ano de 2015, conforme demonstrativo à fl. 31 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 42. Lançado Multa no valor de R\$209,93, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo às fls. 33 a 37 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 42. Lançado Multa no valor de R\$3.674,21, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo, às fls. 109/128 dos autos apresenta defesa administrativa, na qual, após descrever resumidamente as imputações que compõe o Auto de Infração em tela, tece considerações que a seguir passo a expor:

Diz ser pessoa jurídica de direito privado, CNPJ sob o nº 15.463.170/0001-80, Inscrição Estadual nº 101.263.151, com endereço na AV. Vasco da Gama, 4615, EDF Empresarial Vasco da Gama, sala 502, Bairro: Federação, CEP: 40.230-731 - Salvador/BA, representada neste ato por seu sócio Vitor Brito Leal, brasileiro, solteiro, empresário, CPF/MF 04708310579, não conformado, por meio de seu advogado (Procuração anexo), vem impugnar o Auto de Infração em tela.

- *INFRAÇÃO 01 – 01.02.03- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.*

Destaca que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS das Notas Fiscais de nº 31885, 27661 e 37692, alegando que o autuado utilizou crédito indevido de ICMS, em operações amparadas com suspensão do imposto.

Registra que não utilizou crédito fiscal de ICMS, visto que essas notas fiscais são de saída. Daí a impossibilidade técnica ter se creditado desse imposto como alega os fiscais autuantes, além disso, existem outros aspectos que comprovam a cobrança indevida do ICMS por parte dos fiscais autuantes, vejamos:

1. a Nota Fiscal nº 31885, emitida pela autuada em 21/12/2015, trata-se de devolução de demonstração (nota de saída), o motivo da referida nota apresentar destaque de ICMS, é em virtude da determinação legal, que destaca. Com a alteração do Ajuste SINIEF N.020/2016, com efeitos a partir de 01.01.2017, que passou a informar que as notas de demonstração, deverão ser emitidas “SEM DESTAQUE DO ICMS”;

Neste contexto, diz que, se existiu algum prejuízo, esse foi do autuado que pagou indevidamente o ICMS (houve débito de ICMS e não Crédito) de nota fiscal de devolução de demonstração.

2. a Nota Fiscal nº 27661, não houve ocorrência do fato gerador isto porque, conforme demonstrado a seguir a mesma foi emitida de forma errada em 23/03/2016, às 07:44h da manhã, pelo fornecedor Luiz Guilherme Sartori & Cia Ltda, CNPJ: 04.861.623/0001-00, localizado em São Paulo. Diz que só percebeu a emissão indevida do fornecedor no dia seguinte 24/03/2016, depois de passado o prazo de 24h para o seu cancelamento. Em contato com a empresa Luiz Guilherme Sartori & Cia, a mesma solicitou que a empresa Implantes, emitisse nota fiscal de devolução, afim de regularizar a situação. Assim, conforme demonstrado a seguir, emitiu a referida Nota Fiscal de devolução nº 2631, em 24/03/2016, às 16:16h em nome da empresa Luiz Guilherme Sartori & CIA LTDA, afim de regularizar a situação.

Ressalta como forma de esclarecimento os seguintes aspectos: (a) as referidas notas foram emitidas no mesmo mês de março (o tempo de emissão da nota de “demonstração” para outra de “devolução” é de pouco mais de 24 horas), uma operação mata a outra no mesmo mês, além disso, o motivo das referidas notas apresentarem destaque de ICMS, é em virtude da determinação legal à época dos fatos. Somente posteriormente foi alterado o Ajuste SINIEF N.020/2016, com efeitos a

partir de 01.01.2017, que passou a informar que as notas de demonstração, deverão ser emitidas “SEM DESTAQUE DO ICMS”.

Assim diz que fica claro que não houve ocorrência do fato gerador, isto porque seria impossível a circulação dessas mercadorias de São Paulo para Salvador em pouco mais de 24 horas, além disso, o site da Receita Federal, demonstra que não existe ocorrência de frete (Transporte das referidas mercadorias).

3. a Nota Fiscal nº 37692, emitida pela autuada em 10/08/2016, trata-se de devolução de demonstração (nota de saída), o motivo da referida nota apresentar destaque de ICMS, é em virtude da determinação legal, conforme Ajuste SINIEF N.008/2008. Somente posteriormente o referido inciso foi alterado pelo Ajuste SINIEF N.020/2016, com efeitos a partir de 01.01.2017, que passou a informar que as notas de demonstração, deverão ser emitidas “SEM DESTAQUE DO ICMS”;

Diz que, se existiu algum prejuízo, esse foi do autuado que pagou indevidamente o ICMS (houve débito de ICMS e não Crédito) de nota fiscal de devolução de demonstração.

Logo, destaca que se pode perceber que não utilizou crédito fiscal de ICMS das referidas notas, sendo por tanto a referida infração totalmente improcedente. Faz constar da defesa as notas fiscais relacionadas à Infração 1, objeto da manifestação acima.

- *INFRAÇÃO 02 – 02.01.03- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*

- Das Devoluções de Compras para Fornecedores Simples Nacional

Diz que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS das Notas Fiscais nºs 2963, 3115, 2304, 2252 e 1941. Consigna que se trata de notas fiscais “*de devolução de compra*”, adquiridas de fornecedores inscritos no Simples Nacional, conforme pode observar nas Notas Fiscais de origem de nºs 2914, 15919, 1058, 2226 e 2245, assim sendo, destaca que não existe a possibilidade de tributação nas notas fiscais de devoluções emitidas pela autuada e tão poucas a aplicação de alíquota de ICMS de 12%, cobrada indevidamente pelos fiscais autuantes.

Abaixo, diz listar as notas de origem e devolução, bem como planilha que demonstram os valores cobrados de forma indevida. Ver cópias das notas fiscais às fls.64 a 73 dos autos.

PLANILHA COBRANÇA INDEVIDA ICMS DEVOLOÇÕES DE COMPRA EMPRESAS SIMPLES NACIONAL												
Razão Social: IMPLANTES MEDICOS BAHIA COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA												
Ins. Est.: 101.263.151												
CNPJ.: 05.885.648/0001-06												
Período:2015-2016												
Dta	NumDoc	ChvNfe	CNPJ	UF	NCM	Descritem	Quant	Unid	CFOP	VLIqItem	Alq correta	ICMS Devido
16/10/15	1941	29151015	02.525.807/0001-73	SP	90189099	BOMBA DE INFUSAO ARTHREX	1	UND	6202	500,00	12	60,00
28/12/15	2252	29151215	64.334.196/0001-33	MG	90189099	BRACADEIRA AZUL	1	UND	6202	295,00	12	35,40
07/01/16	2304	29160115	12.222.703/0001-43	MG	90189099	PESO 1 KG	2	UN	6202	356,00	12	42,72
07/01/16	2304	29160115	12.222.703/0001-43	MG	90189099	PESO DE 2 KG	2	UN	6202	436,00	12	52,32
31/05/16	2963	29160515	02.525.807/0001-73	SP	90189099	PEÇA DE MÃO STRYKER SN 101027614	1	UND	6202	600,00	12	72,00
01/07/16	3115	29160715	04.440.002/0001-52	SP	90011020	CABO DE FRIBRA OPTICA RHOSSE RHO 2.0 AUTOCLAV	1	PC	6202	931,00	12	111,72
TOTAL:												374,16

- Das Notas fiscais de devolução de consignação emitidas no mesmo mês da nota fiscal de origem

Diz que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS dos produtos: “CAIXA DE INSTRUMENTAL ROI-T-LDR BRASIL”, constante na Nota Fiscal de nº 1153; “KIT INSTRUMENTAL DE JOELHO REVISÃO”, constante na Nota Fiscal de nº 1638.

Registra que essas notas fiscais, são referentes às consignações recebidas de ativo imobilizado dos referidos fornecedores, cujas Notas Fiscais de origem são nºs 39743 e 3854, que vieram sem destaque de ICMS.

Diz que vale ressaltar como forma de esclarecimento os seguintes aspectos: (1) As Notas Fiscais nºs 39743 (origem) e 1638 (devolução), foram emitidas no mesmo mês 08 de 2015 (assim, mesmo que existisse o destaque de ICMS, uma operação mataria a outra “CRÉDITO – DÉBITO”); (2) As Notas Fiscais nºs 3854 (origem) e 1153 (devolução), foram emitidas no mesmo mês 03 de 2015

(assim, mesmo que existisse o destaque de ICMS, uma operação mataria a outra “CRÉDITO – DÉBITO”). Aduz que se tratam-se de “instrumentais” que em nenhum momento são adquiridos para revenda da autuada.

Assim, diante dos fatos, pedimos a improcedência dos valores cobrados no auto de infração, referentes às Notas Fiscais de nº 1638 e 1153, visto que NÃO HOUVE VENDA DESSAS MERCADORIAS POR PARTE DO AUTUADO, bem como não houve o não recolhimento do ICMS, uma vez que são notas fiscais de devolução de consignação de imobilizado do fornecedor, cujas notas fiscais de origem emitidas, não possuem destaque de ICMS. Vide notas fiscais às 76 a79 dos autos.

PLANILHA COBRANÇA INDEVIDA ICMS												
Razão Social: IMPLANTES MEDICOS BAHIA COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA												
Ins. Est.: 101.263.151												
CNPJ.: 05.885.648/0001-06												
Período:2015-2016												
Dta	NumDoc	ChvNfe	CNPJ	UF	NCM	Descritem	Quant	Unid	CFOP	VLIqItem	Alq correta	ICMS Devido
26/03/15	1153	'29150315	11.278.315/0001-11	PB	'90189099'	CAIXA DE INSTRUMENTAL ROI-T- LDR BRASIL	1	UN	6918	5.000,00	12	600,00
19/08/15	1638	'29150815	02.513.989/0001-62	SP	'90230000'	KIT INSTRUMENTAL DE JOELHO REVISAO	1	UND	6918	120.000,00	12	14.400,00
TOTAL:												15.000,00

- Da Substituição Tributária prevista no Anexo I de 2015.

Diz que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS do produto: “ADESIVO CIRURGICO GRF AB10000 NCM: 35061090”, constante na Nota Fiscal de nº 1605. Destaca que o referido produto possui o NCM: 35061090, constante na Substituição tributária conforme regulamento ICMS/BA, anexo I de 2015, que destaca na peça de defesa à fl. 80 dos autos.

Ressaltar que embora a autuada tenha lançado na nota fiscal de saída o CST: 040 ao invés de 060, diz perceber claramente o equívoco ao analisar o anexo I de 2015, sendo assim, pede a improcedência dos valores cobrados no auto de infração, referente a Nota Fiscal de nº 1605, por não existir débito de ICMS a pagar. Vide nota fiscal à fl. 81 dos autos.

PLANILHA COBRANÇA INDEVIDA MERCADORIA SUBSTITUIDA															
Razão Social: IMPLANTES MEDICOS BAHIA COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA															
Ins. Est.: 101.263.151															
CNPJ.: 05.885.648/0001-06															
Período:2015-2016															
Dta	NumDoc	ChvNfe	CNPJ	UF	NCM	Descritem	Quant	Unid	CFOP	VLIqItem	VIBclcms	Aliqclcms	Vlicms	Alq correta	ICMS Devido
11/08/15	1605	'29150815	16.205.262/0001-22	BA	'35061090'	ADESIVO CIRURGICO GRF AB10000	1	Und	5102	592,85	0,00	0,00	0,00	17	100,78

- Da Isenção do Convênio 126/2010

Diz que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS do produto: “FIO GUIA DE 2.0 X 230MM S/ROSCA-11.90220.230SR NCM:90211020, ANVISA: 80521210012”, constante nas Notas Fiscais de nº 1308, 1453 e 3057. Destaca que o referido produto possui isenção de ICMS, conforme prevê o convênio 126/2010, por ser artigo implantável para fratura, devidamente comprovado por registro ANVISA de nº 80521210012, que destaca extato do Convênio na peça de defesa à fl. 82 dos autos.

Destaca que a cobrança do ICMS pelos fiscais autuantes é indevida, visto a isenção do ICMS, conforme convênio 126/2010 na forma da figura abaixo:

PLANILHA COBRANÇA INDEVIDA FISCAL AUTUANTE												
Razão Social: IMPLANTES MEDICOS BAHIA COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA												
Ins. Est.: 101.263.151												
CNPJ.: 05.885.648/0001-06												
Período:2015-2016												
Dta	NumDoc	ChvNfe	CNPJ	UF	NCM	Descritem	Quant	Unid	CFOP	VLIqItem	Alq correta	Cobrança indevida ICMS
14/05/15	1308	'2915051546317000	13.504.395/000	BA	'9021102	FIO GUIA DE 2.0 X230MM S/ROSCA-11.90220.230	1	Und	5102	65,07	17	11,06
29/06/15	1453	'2915061546317000	13.644.877/000	BA	'9021102	FIO GUIA DE 2.0 X230MM S/ROSCA-11.90220.230	2	Und	5102	480,00	17	81,60
17/06/16	3057	'2916061546317000	13.504.395/000	BA	'9021102	FIO GUIA DE 2.0 X230MM S/ROSCA-11.90220.230	2	Und	5102	104,10	18,00	18,74
Total:												111,40

- Da Isenção do Convênio 126/2010

Diz que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS do produto: “BETA – PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG NCM: 90211020, ANVISA: 80492000002”, constante nas Notas Fiscais de nº 1339, 1343, 1392,

1452, 1528, 1560, 1573, 1700, 1752, 1763, 1772, 1920, 1949, 2105, 2106, 2177, 2190, 2198, 2205, 2263, 2280, 2392, 2567, 2572, 2703, 2717, 2727, 2728, 2736, 3050, 3087, 3269, 3485, 3538, 3644, 3721 e 3779.

Consigna que o referido produto possui isenção de ICMS, conforme prevê o convênio 126/2010, por ser artigo ortopédico, devidamente comprovado por registro ANVISA de nº 80492000002, que destaca extato do Convênio na peça de defesa à fl. 92 dos autos.

Por tal equívoco, diz ser improcedente a cobrança destacada na planilha de fl. 93, que faz parte integrante da peça de defesa.

Ressalta que embora tenha lançado na nota fiscal de saída o NCM 30064020, percebe-se claramente o equívoco da mesma ao analisar o Laudo Técnico (fls. 96/97) emitido pela empresa fabricante PROCELL, a qual afirma que trata-se de produto ortopédico, cujo NCM correto é: 90211020, isento ICMS, de acordo com o convênio 126/2010, cláusula primeira, inciso IV, alínea b, item 2.

- Da Isenção do Convênio 01/99 e 126/2010

Diz que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS dos produtos: “FIO LISO 1.8 X 400MM (ILIZAROV) – 2282/08 NCM:90211020, ANVISA: 10223710039”, constante na nota fiscal de nº 1953.

Consigna que o referido produto possui isenção de ICMS, conforme prevê o convênio 01/99, por ser fio de Kirschner, devidamente comprovado por registro ANVISA de nº 10223710039, bem como possui isenção, de acordo com o convênio 126/2010, cláusula primeira, inciso IV, alínea b, item 2, que destaca.

O produto “FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) – 2282/13 NCM:90211020, ANVISA: 10223710039”, constantes nas Notas Fiscais de nºs 1092, 1108, 2655, 2830 e 3765.

Diz que o referido produto possui isenção de ICMS, conforme prevê o convênio 01/99, por ser fio de Kirschner, devidamente comprovado por registro ANVISA de nº 10223710039, bem como possui isenção, de acordo com o convênio 126/2010, cláusula primeira, inciso IV, alínea b, item 2, que destaca.

Assim sendo, diz que a cobrança do ICMS pelos fiscais autuantes é indevida, visto que os produtos de códigos 9769 e 4070 possuem registro ANVISA de acordo com o NCM e descritivo do convênio 01/99 e 126/2010.

PLANILHA COBRANÇA INDEVIDA												
Razão Social: IMPLANTES MEDICOS BAHIA COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA												
Ins. Est.: 101.263.151												
CNPJ.: 05.885.648/0001-06												
Período:2015-2016												
Dta	NumDoc	ChvNfe	CNPJ	UF	NCM	Descritem	Quant	Unid	CFOP	VlLiqItem	Alq correta	ICMS Cobrado Indevidamente
09/03/15	1092	'29150315	13.518.634/0001-82	BA	'9021.10.'	FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) - 2282/13	3	PE	5102	666,00	17	113,22
12/03/15	1108	'29150315	13.504.395/0001-01	BA	'9021.10.'	FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) - 2282/13	4	PE	5102	1.160,00	17	197,20
16/10/15	1953	'29151015	13.504.395/0001-01	BA	'9021.10.'	FIO LISO 1.8 X 400MM (ILIZAROV) - 2282/08	2	Und	5102	104,08	17	17,69
29/03/16	2655	'29160315	02.812.468/0001-06	SP	'90211020'	FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) - 2282/13	6	PE	6102	1.440,00	12,00	172,80
02/05/16	2830	'29160515	04.613.761/0001-70	BA	'90211020'	FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) - 2282/13	1	PE	5102	250,00	18,00	45,00
23/11/16	3765	'29161115	02.812.468/0001-06	SP	'9021.10.'	FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) - 2282/13	1	PE	6108	1.500,00	12	180,00
TOTAL:											725,91	

Assim, diante das inobservâncias dos fiscais autuantes, diz que busca que o referido auto de infração, seja revisto de acordo com as documentações apresentadas, a fim de que se verifique a inexistência de débito tributário ou a real diminuição da sanção pecuniária apresentada.

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, na exata forma processual administrativa, requerer:

- Seja regularmente distribuída e conhecida a presente IMPUGNAÇÃO, sendo processada pelo órgão competente;
- Seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas;
- Seja revisto o presente auto de infração, com nova avaliação através das documentações apresentadas, a fim de que se verifique a inexistência de débito tributário e por consequência a real diminuição da sanção pecuniária apresentada;

- d. Caso os fiscais autuantes não reconsidere o presente auto diante das alegações ora apresentadas, o Autuando solicita ao CONSEF, perícia técnica ao órgão da ASTEC, que deverá ser realizada por auditor fiscal que não esteja envolvido nesta fiscalização, a fim de dirimir quaisquer dúvidas e demonstrar a verdade dos fatos;
- e. Seja ainda a impugnante intimada aqui de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 122/128 dos autos, dizem que a peça defensiva contesta parte dos lançamentos efetuados. Mais especificamente, a defesa contesta as infrações 01 e 02. A infração 01 exige o ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, enquanto a infração 02 exige o ICMS que deixou de ser recolhido em virtude de o contribuinte ter tratado operações tributadas normalmente como se fossem isentas do imposto.

Neste contexto passa a discorrer e traçar suas considerações, conforme as disposições dos itens da defesa, que a seguir passo a expor:

- Item 3 da peça defensiva tem por título “*DO MÉRITO DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO*”.

Dizem que no subitem 3.1 a autuada trata da infração 01. Observam que a apuração desta infração envolveu as Notas Fiscais de nºs 31885, 27661 e 37692. Todas estas notas fiscais foram emitidas com CFOP 6912, - Remessa de mercadoria ou bem para demonstração.

Observam que a defesa alega que à época da emissão destas notas fiscais, a legislação determinava o destaque do ICMS nas operações interestaduais de remessa de mercadoria ou bem para demonstração.

Analisando as alegações da defesa concluíram pela procedência das mesmas, de modo que acata o que é pleiteado.

Prosseguindo dizem que o subitem 3.2 contém as alegações da defesa relativas à infração 02, que exige o ICMS não recolhido em razão da existência de operações de saída de mercadorias tributadas normalmente como se fossem isentas do imposto.

Destacam que a Fiscalização exigiu o imposto relativo a operações com cerca de 67 diferentes produtos, sendo que, ao final da análise das alegações da autuada, foram acatadas as razões relativas a 9 (nove) dos ditos produtos, conforme a seguir.

Inicialmente a defesa alega que as Notas Fiscais de nºs 2963, 3115, 2304, 2252 e 1941 foram por ela emitidas quando da “... *devolução de compras*”, feitas a fornecedores “... *inscritos no SIMPLES NACIONAL* ...”, através das Notas Fiscais de compra de nºs 2914, 15919, 1058, 2226 e 2245, respectivamente. Sendo tais fornecedores da autuada inscritos no SIMPLES NACIONAL, não caberia o destaque do imposto quando os mesmos emitiram as citadas notas fiscais e, do mesmo modo, não caberia tal destaque quando da devolução das mercadorias adquiridas.

Verificando os citados documentos fiscais constataram a veracidade do que alega a defesa, de modo que excluem as Notas Fiscais de nºs 2963, 3115, 2304, 2252 e 1941 da apuração da infração 02.

Consignam que os novos valores da infração 02 são os constantes da planilha às fls. 141 a 152 dos autos.

Continuando o combate à infração 02, diz que a defesa pede a exclusão dos valores relativos às Notas Fiscais de nºs 1153 e 1638. Os lançamentos ora combatidos referem-se a mercadorias tributadas normalmente em operação cujo código fiscal – CFOP é 6.918 - Devolução de mercadoria recebida em consignação mercantil ou industrial.

Nestes casos, dizem que a legislação determina que o consignatário emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, a base de cálculo, o valor da mercadoria efetivamente devolvida, sobre o qual foi pago o imposto, o destaque do ICMS e a indicação do IPI nos valores debitados por ocasião da remessa em consignação.

A defesa alega que não houve destaque de ICMS por parte dos remetentes das mercadorias. Esta fiscalização constatou a veracidade do que alega a defesa, constatando ainda que não houve lançamento de qualquer crédito quando da escrituração no Livro de Registro de entradas das notas fiscais em tela.

Registram que acatam o que pede a defesa. Os novos valores da infração 02 os constantes da planilha às fls. 141 a 152.

Seguindo, a defesa alega que o produto “ADESIVO CIRURGICO GRF AB10000 NCM: 35061090”, constante na Nota Fiscal de nº 1605” esta sujeito à substituição tributária. Dizem constatar o acerto da alegação da autuada, de modo que excluem a nota fiscal referida da apuração do imposto devido.

Dizem que os novos valores da infração 02 são aqueles constantes da planilha às fls. 141 a 152.

Ainda tratando da infração 02 dizem que a defesa alega que foi exigido o imposto de produtos amparados por isenção. A seguir diz que farão uma análise das alegações da defesa para cada um dos produtos que a mesma cita.

Destacam que a autuada diz inicialmente que é indevida a cobrança do imposto para o produto, “FIO GUIA DE 2.0 X 230MM S/ROSCA-11.90220.230SR NCM:90211020, ANVISA: 80521210012”, constante nas Notas Fiscais de nºs 1308, 1453 e 3057”, alegando que o mesmo esta amparado pela isenção prevista no Convênio ICMS 126/2010.

Dizem que constata que o produto realmente esta amparado pela isenção prevista no Convênio acima aludido, de modo que o excluiríamos da apuração do valor devido.

Os novos valores da infração 02 são aqueles constantes da planilha às fls. 141 a 152.

Registram agora que a defesa alega que o produto que descreve como BETA - PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG esta amparado pela isenção prevista no Convênio ICMS 126/10, afirmando ser o mesmo artigo ortopédico. Neste aspecto dizem que provam ser totalmente descabida tal alegação.

Na verdade dizem que o produto acima, cujo fornecedor e fabricante é a empresa PROCELL IND COM IMP E EXP DE BIO E PROD, CNPJ 09.048.457/0001-40, é descrito como sendo BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG.ANVISA: 80492000002, conforme pode-se ver, dentre várias outras, nas Notas Fiscais de nºs 1853, 1475, 1524, 1626, 1714, que o dito fornecedor emitiu com destino à autuada.

Neste sentido, efetuado a correção do nome do produto, pedem para verificar as informações que o fabricante do mesmo, e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos trazem. No endereço do fornecedor na internet, www.procell.ind.br/produtos/, está posto que os produtos “Beta-Pro” podem ser dos tipos “Beta-Pro Grão; Beta-Pro Bloco” e “Beta-Pro Inject; Beta-Pro 3D”. Dizem que é informado também que “O BETApro® é um material ..., para aplicação como substituto ósseo em operações de implante ou reposição de perda óssea”.

Quanto à composição química do produto em apreço, dizem verificarem no mesmo endereço, www.procell.ind.br/produtos/, que “ A fase pura que compõe o BETApro® é o Beta-Tricálcio Fosfato (β -TCP) pertencente à família das apatitas conhecidas por sua semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas.”. Também destacam que no site da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, portal.anvisa.gov.br, vê-se que os produtos Beta-Pro estão registrados sob o número 80492000002, sendo informado também que o tipo Beta-Pro Grão está disponível em 32 modelos, variando do 03-00301/01 ao 03-00301/32; o tipo Beta-Pro Bloco está disponível em 10 modelos, variando do 03-00302/01 ao 03-00302/10. Para o tipo Beta-Pro Grão estes diversos modelos fazem referência ao tamanho dos grânulos.

No caso ora discutido, consignam que o produto Beta-Pro Gran 1000-3000µm-5GR, os grânulos têm dimensões variando de 1000 a 3000 µm (micras) contendo um total de 5,0 gramas. Quanto à composição química do produto em apreço, identificam no mesmo endereço, www.procell.ind.br/produtos/, que “A fase pura que compõe o BETApro® é o Beta-Tricálcio

Fosfato (β -TCP) pertencente à família das apatitas conhecidas por sua semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas.”.

Feitas estas observações, esclarecem que o fornecedor do produto em tela o classifica com a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM 3006.40.20 conforme pode ser visto, dentre várias outras, nas Notas Fiscais de nºs 1853, 1475, 1524, 1626, 1714, que foram destinadas à autuada. Não poderia ser diferente a escolha do fornecedor, eis que no endereço eletrônico www.mdic.gov.br, do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, na tabela contendo a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM e a TARIFA EXTERNA COMUM (TEC), atualizada até a Resolução Camex nº 46 de 03/07/2018, consta que produtos com a NCM 3006.40.20 são “*Cimentos para reconstituição óssea*”, que é o caso do produto em tela, haja vista a informação do fabricante em www.procell.ind.br de que “*O BETApro® é um material sintético de altíssimo grau de pureza (99%), para aplicação como substituto ósseo em operações de implante ou reposição de perda óssea. A fase pura que compõe o BETApro® é o Beta-Tricálcio Fosfato (β -TCP) pertencente à família das apatitas conhecidas por sua semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas*”. Ou seja, o próprio fabricante diz que o produto ora discutido é destinado a reconstituição óssea, o que explica de modo inequívoco a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM 3006.40.20 por ele adotada.

Observam que a defesa alega que o produto BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG.ANVISA: 80492000002, está amparado pela isenção prevista no Convênio ICMS 126/10. Dizem que, na vã tentativa de sustentar sua tese, a defesa diz que, “... *embora a autuada tenha lançado na nota fiscal de saída o NCM 30064020, ...*”, o fez por “equivoco”, e que a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM do produto em discussão seria 9021.10.20.

Desde já dizem que cabe ressaltar que todas as notas fiscais emitidas pela autuada para o produto BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG.ANVISA: 80492000002 trazem a NCM 3006.40.20. Do mesmo modo, as notas fiscais emitidas pelo fornecedor PROCELL IND COM IMP E EXP DE BIO E PROD, CNPJ 09.048.457/0001-40, nos exercícios de 2015 e 2016, também atribuem ao citado produto a NCM 3006.40.20 para o produto em apreço.

Registram que, para sustentar sua tese de que a NCM do produto em tela seria 9021.10.20, a defesa traz um laudo, fls. 96, que em momento algum consegue relacionar o que ele mesmo descreve como sendo os produtos abrigados sob esta NCM com o produto ora discutido. O dito laudo estatui que a NCM 9021.10.20 refere-se a “*Implantes Ósseo Integráveis na forma de parafuso, e seus componentes manufaturados, tais como tampa de proteção, montadores, conjuntos, pilares (cicatrizador, conector, de transferência ou temporário) cilindros, seus acessórios, destinados a sustentar, amparar, acoplar ou fixar próteses dentárias*”, artigos que em nada se assemelham ao BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG.ANVISA: 80492000002, que conforme descrito pelo fornecedor no endereço eletrônico www.procell.ind.br, é “...*um material sintético de altíssimo grau de pureza (99%), para aplicação como substituto ósseo em operações de implante ou reposição de perda óssea.*” e que em sua fase pura “... *é o Beta-Tricálcio Fosfato (β -TCP) pertencente à família das apatitas conhecidas por sua semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas*”.

Ademais, dizem que, consultando a tabela contendo a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM e a TARIFA EXTERNA COMUM (TEC), atualizada até a Resolução Camex nº 46 de 03/07/2018, que esta em www.mdic.gov.br, encontra-se o seguinte:

NCM	DESCRIÇÃO
30.06	Preparações e artigos farmacêuticos indicados na Nota 4 deste Capítulo.
3006.40.20	Cimentos para reconstituição óssea
90.21	Artigos e aparelhos ortopédicos, incluindo as cintas e fundas (ligaduras*) médico-cirúrgicas e as muletas; talas, goteiras e outros artigos e aparelhos para fraturas; artigos e aparelhos de prótese; aparelhos para facilitar a audição dos surdos e outros aparelhos para compensar uma deficiência ou uma incapacidade, destinados a serem transportados à mão ou sobre as pessoas ou a serem implantados no organismo.

9021.10	- Artigos e aparelhos ortopédicos ou para fraturas
9021.10.10	Artigos e aparelhos ortopédicos
9021.10.20	Artigos e aparelhos para fraturas
9021.10.9	Partes e acessórios
9021.10.91	De artigos e aparelhos de ortopedia, articulados
9021.10.99	Outros

Desta forma, dizem que, como visto acima, não há com a NCM 9021 qualquer artigo ou aparelho que minimamente possa vir a ser tomado por BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG.ANVISA: 80492000002 que é *“...um material sintético de altíssimo grau de pureza (99%), para aplicação como substituto ósseo em operações de implante ou reposição de perda óssea.”* e que em sua fase pura *“... é o Beta-Tricálcio Fosfato (β -TCP) pertencente à família das apatitas conhecidas por sua semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas”*, conforme descrito no endereço eletrônico, www.procell.ind.br, da empresa PROCELL IND COM IMP E EXP DE BIO E PROD, CNPJ 09.048.457/0001-40, que o fornece à autuada.

Corroborando a explanação feita por esta fiscalização destacam Nota Fiscal de nº 3.941, destinada à autuada, emitida pelo fornecedor PROCELL IND COM IMP E EXP DE BIO E PROD, CNPJ 09.048.457/0001-40, em 15/03/2018, onde o produto BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG.ANVISA: 80492000002 Lote: 0002A18, vem com a NCM 3006.40.20, conforme cópia do DANFE da dita nota fiscal às fls.140.

Mais ainda, conforme mostrado nas notas fiscais constantes do quadro abaixo, cópia dos DANFE às fls. 129 a 139, a própria autuada, ao comercializar o produto em tela no exercício de 2018, utilizou a NCM 3006.40.20. Inclusive, ressaltam que a Nota Fiscal de nº 6274, fls.137, foi emitida em 11/07/18, portanto, após a emissão do laudo trazido pela autuada às fls. 96, comprovando, mais uma vez, que a NCM do produto BETA-PRO GRAN é realmente a de número 3006.40.20.

Data	Num. Doc.	CNPJ	NCM	Descr. Item
26/02/18	5571	01.519.101/0001-36	‘30064020’	BETA -PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG
20/03/18	5693	0	‘30064020’	BETA -PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG
17/04/18	5835	15.153.745/0002-49	‘3006.40.’	BETA -PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG
17/04/18	5835	15.153.745/0002-49	‘3006.40.’	BETA -PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG
19/04/18	5849	15.713.057/0001-05	‘3006.40.’	BETA -PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG
11/07/18	6274	15.168.438/0001-50	‘3006.40.’	BETA -PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG

Deste modo, dizem que mantem integralmente o que está posto no presente Auto de Infração para o produto BETA-PRO GRAN.

Concluindo o item 03 da peça de defesa trata dos produtos *““FIO LISO 1.8 X 400MM (ILIZAROV) – 2282/08 NCM:90211020, ANVISA: 10223710039”, constante na Nota Fiscal de nº 1953”, e ““FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) – 2282/13 NCM:90211020, ANVISA: 10223710039”, constantes nas Notas Fiscais de nºs 1092, 1108, 2655, 2830 e 3765.”*.

Alega a defesa que tais produtos estão sob o manto da isenção concedida pelo Convênio ICMS 126/10. A análise do que pede a defesa mostrou que tais produtos são realmente isentos, de modo que os excluiremos da apuração da infração ora discutida.

Os novos valores da infração 02 são aqueles constantes da planilha às fls.141 a 152.

Por fim, em relação item 4 da defesa denominado “CONCLUSÃO” dizem que nele a autuada pede que seja declarada a *“...inexistência de débito tributário ou a real diminuição da sanção pecuniária...”*.

Neste aspecto, dizem que, não tendo a defesa apresentado aqui fato ou fundamento novo, mantem o posicionamento até aqui esposado.

No item 5, denominado “PEDIDOS”, dizem que a defesa pede que sua peça seja analisada e, caso *“...os fiscais autuantes não reconsidere o presente auto diante das alegações ora*

apresentadas...”, solicita “...perícia técnica ao órgão da ASTEC...”. Por fim, solicita que “... a impugnante intimada aqui de todo o andamento do processo administrativo...”.

Concluída a análise da defesa da autuada, aduzem que foram excluídos os lançamentos impugnados que foram acatados por esta fiscalização e pedem o julgamento pela procedência dos lançamentos remanescentes.

Voltando aos autos às fls. 158/162, em manifestação à Informação Fiscal dos prepostos Fiscais acima destacada, traz as considerações que a seguir passo a expor:

- *Da Infração 02 – 02.01.03-*

- *Devolução de Empréstimo para fornecedor Simples Nacional*

Diz que os fiscais autuantes estão cobrando ICMS da Nota Fiscal nº 3480 (doc. Anexo), ocorre que trata-se de nota fiscal “*de devolução de empréstimo*”, adquirida de fornecedor inscrito no SIMPLES NACIONAL, assim sendo, não existe a possibilidade de tributação nas notas fiscais de devolução de empréstimo emitidas pela autuada e tão pouco a aplicação de alíquota de ICMS de 12%, cobrada indevidamente pelos fiscais autuantes.

- *Erros de NCM e Descrição presentes na planilha apresentada pelos fiscais autuantes “EFD_Saida_tributada_como_isenta_2015_2016_i”*

Registra que o relatório apresentado pelos fiscais autuantes “EFD_Saida_tributada_como_isenta_2015_2016_i” demonstra imprecisão e contradição no que se refere a Descrição e NCM apresentados na planilha da SEFAZ/BA, conforme análise a seguir.

Por amostragem citam as nota fiscal nº 3392 (doc. Anexo), cujo descritivo e NCM do produto de cód. 9390, corretos presentes em DANFE, são respectivamente: “FIO GUIA - 1190216.150 (10314800038) LT 15/76898 Obs: 10” e “NCM 90211020”.

Na planilha dos fiscais autuantes, diz mostrar de forma errada os seguintes descritivos e NCM: “FIO GUIA 1.6/150 11.90216.150” e “NCM 3006.10”. Aduz que esse erro provoca uma análise de forma equivocada pelos fiscais autuantes, além de dificultar o autuado em proceder a sua defesa. A análise equivocada por parte dos fiscais autuantes é porque, da forma como consta na planilha encaminhada por eles, o produto em questão não estaria amparado pela isenção do ICMS. Já pela análise correta dos documentos físicos apresentados abaixo, constata-se que o produto em questão faz parte da isenção de ICMS. Destaca parte da planilha extraída dos fiscais autuantes:

Dta	NumDoc	ChvNfe	CNPJ	UF	NCM	Descrição	Quant	Unid	CFOP	VLIqItem	VIBelcms	AliqIcms	VlIcms	Aliq correte	ICMS Dev
01/09/16	3392	29160915	02.812.468	SP	3006.10	FIO GUIA 1.6 /150 11.90216.150	3	Und	6102	450,00	0,00	0,00	0,00	12,00	54,00

Em seguida, apresenta à fl. 161 do presente PAF, registro ANVISA que demonstra a isenção do produto de acordo com o convênio 126/2010, que destaca.

Dizem, então, que é sabido por todos que militam na área fiscal que a descrição e NCM, é ponto de extrema importância para definir a isenção do produto no que se refere aos convênios 01/99 e 126/2010, assim sendo solicitamos refazimento da planilha, a fim de afastar qualquer injustiça que por ventura possa vir a ocorrer por análise equivocada dos fiscais autuantes, devido a falhas de ordem grave presentes na planilha “EFD_Saida_tributada_como_isenta_2015_2016_i”.

Pedem, então, apoiados em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, que (1) seja conhecida a presente manifestação, sendo processada pelo órgão competente; (2) seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas; e (3) seja revisto o presente auto de infração, com nova avaliação através das documentações apresentadas, a fim de que se verifique a inexistência de débito tributário e por consequência a

real diminuição da sanção pecuniária apresentada; e (4) seja ainda a impugnante intimada aqui de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Às fls. 181/182 os Fiscais Autuantes dizem que a manifestação versa sobre a Infração 02, que exige ICMS que deixou de ser recolhido em virtude de o contribuinte ter tratado operações tributadas normalmente como se fossem isentas do imposto.

Destacam que a defesa alega que a Nota Fiscal nº 3480, fls. 173, refere-se à operação “*de devolução de empréstimo*”, Consultando o citado documento fiscal, verificam que o campo Código CFOP é 6949, que descreve as operações por ele abrangidas como sendo “*Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado – classificam-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores.*”

Dizem também verificar que no campo “Dados Adicionais” da nota fiscal em tela não consta qualquer informação indicando que se trata de devolução. Então dizem que não podem acatar o que pede a defesa.

Ainda no item 02 da manifestação da defesa, dizem que a autuada alega que a Nota Fiscal nº 3392 traz o produto “FIO GUIA - 1190216.150 (10314800038) LT 15/76898 Obs.: 10” e “NCM 90211020”, enquanto na planilha elaborada pela Fiscalização o citado produto vem com a descrição semelhante, mas com NCM 3006.10.

Consultando a planilha em tela, concluem que assiste razão ao contribuinte. Sendo assim, resolveram fazer uma nova verificação na planilha às fls. 141 a 152. Nesta verificação contaram a existência de algumas operações com NCM 9021 que julgam isentas do ICMS, de modo que as excluam da presente apuração.

Dizem que os novos valores para infração 02 são aqueles constantes da planilha às fls. 185 a 194.

Às fls. 197/198 consta o registro de ciência dos autos, pelo defendente, por AR – Aviso de Recebimento – Correios - relativo o encaminhamento da última Informação Fiscal de fls. 181/182 na forma do que dispõe a legislação. Todavia, não se vê qualquer manifestação do defendente, ou seja, este se manteve silente.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, vez que as razões e contrarrazões acostadas aos autos não se constata qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, inclusive com aceitação, pelos autuantes, de alguns dos argumentos de defesa, que levou a correção do lançamento fiscal por equívoco cometido, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$97.156,62 relativo a três irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$3.884,14, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$101.040,76, sendo impugnadas as infrações 1 e 2. As infrações 3, 4 e 5, não foram impugnadas pelo defendente, o que de pronto está sendo consideradas procedentes nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim, a contenda se restringe à infração 1, impugnada na sua totalidade e a infração 2, impugnada parcialmente.

A infração 1 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto no ano de 2016, conforme demonstrativos à fl.

12 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 42, em foi lançado ICMS no valor de R\$8.700,73 com enquadramento no art. 29, §2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo em sede de defesa destaca que a Fiscalização está cobrando ICMS das Notas Fiscais de nºs 31885, 27661 e 37692, alegando que utilizou crédito indevido de ICMS, em operações amparadas com suspensão do imposto. Entretanto, registra que não utilizou tal crédito fiscal, visto que essas notas fiscais são de saída.

Diz que a Nota Fiscal nº 31885, emitida pela autuada em 21/12/2015, trata-se de devolução de demonstração. Observa que o motivo da referida nota apresentar destaque de ICMS, é em virtude da determinação legal à época do fato gerador (AJUSTE SENIEF Nº 008/2008). Com a alteração dada pelo o AJUSTE SINIEF Nº 020/2016, com efeitos a partir de 01.01.2017, é que passou a informar que as notas de demonstração, deverão ser emitidas “SEM DESTAQUE DO ICMS”.

Quanto à Nota Fiscal nº 27661, diz que não houve ocorrência do fato gerador isto porque a mesma foi emitida de forma errada em 23/03/2016, às 07:44h da manhã, pelo fornecedor Luiz Guilherme Sartori & Cia Ltda., CNPJ/MF 04.861.623/0001-00, localizado em São Paulo. Registra que só percebeu a emissão indevida do fornecedor no dia seguinte 24/03/2016, depois de passado o prazo de 24h para o seu cancelamento. Em contato com a empresa Luiz Guilherme Sartori & Cia, a mesma solicitou que a empresa Implantes, emitisse nota fiscal de devolução, a fim de regularizar a situação. Assim, diz que emitiu a Nota Fiscal de devolução nº 2631 (fl. 59), em 24/03/2016, às 16:16h em nome da empresa Luiz Guilherme Sartori & Cia Ltda., afim de regularizar a situação.

Por sua vez, a Nota Fiscal nº 37692, emitida pela autuada em 10/08/2016, trata-se de devolução de demonstração (nota de saída), o motivo de a referida nota apresentar destaque de ICMS, é em virtude da determinação legal, conforme AJUSTE SINIEF Nº 008/2008. Somente posteriormente o referido inciso foi alterado pelo Ajuste SINIEF Nº 020/2016, com efeitos a partir de 01.01.2017, que passou a informar que as notas de demonstração deverão ser emitidas “SEM DESTAQUE DO ICMS”.

Ao manifestar sobre os argumentos de defesa, os Autuantes observam que a apuração desta infração envolveu as Notas Fiscais de nºs 31885 (fl. 57), 27661 (fl. 60) e 37692 (fl. 62) e todas foram emitidas com “*CFOP 6912 - Remessa de mercadoria ou bem para demonstração*”. Como tal, a legislação, à época dos fatos, determinava o destaque do ICMS, todavia atestam a não utilização de tais créditos na sua escrita fiscal de modo que acatam os argumentos da defesa.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone a aceitação dos argumentos de defesa pelos autuantes, resta elidida a autuação. Infração 1 insubsistente.

A infração 2 diz respeito a ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo às fls. 14 a 25 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 42. Lançado ICMS no valor de R\$88.357,24, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo traz aos autos considerações de defesa arguindo a Fiscalização quanto a existência na atuação de ocorrência de operações que de fato não seriam tributáveis pelo ICMS, tais como as Notas Fiscais nºs 2963, 3115, 2304, 2252 e 1941 por tratar de “*devolução de compra*” adquiridas de fornecedores inscritos no Simples Nacional, decorrentes da Notas Fiscais de origem nºs 2914, 15919, 2226 e 2245.

Os autuantes, ao verificar os citados documentos fiscais constataram a veracidade do que alega a defesa, de modo que excluíram as referidas notas da autuação, o que acompanho.

A defesa pede a exclusão da cobrança relativa ao produto “CAIXA DE INSTRUMENTAL ROI-T-LDR BRASIL”, constante na Nota Fiscal de nº 1153, e ao produto “KIT INSTRUMENTAL DE JOELHO REVISÃO”, constante na Nota Fiscal de nº 1638, por relacionarem a consignações recebidas de ativo imobilizado, cujas notas de origem são nºs 39743 e 3854, vieram sem destaque de ICMS.

Trata-se de Notas fiscais de devolução de consignação emitidas no mesmo mês da nota fiscal de origem.

Os autuantes, ao verificar os citados documentos fiscais contataram a veracidade do que alega a defesa, de modo que excluíram as referidas notas da autuação, o que acompanho.

Também alega a defendente que os autuantes estão cobrando falta de recolhimento do ICMS relativo ao produto “ADESIVO CIRURGICO GRF AB10000 NCM: 35061090”, constante na Nota Fiscal de nº 1605. Destaca que o referido produto possui o NCM: 35061090, constante na Substituição tributária conforme regulamento ICMS/BA, anexo I de 2015, que destaca na peça de defesa à fl. 80 dos autos.

Os autuantes, ao verificar os citados documentos fiscais contataram a veracidade do que alega a defesa, de modo que excluíram as referidas notas da autuação, o que acompanho.

A defesa alega o produto: “FIO GUIA DE 2.0 X 230MM S/ROSCA-11.90220.230SR NCM:90211020, ANVISA: 80521210012”, constante nas Notas Fiscais de nºs 1308, 1453 e 3057 possui isenção de ICMS, conforme prevê o convênio 126/2010, por ser artigo implantável para fratura, devidamente comprovado por registro ANVISA de nº 80521210012, em que destaca extrato do Convênio na peça de defesa à fl. 82 dos autos.

Também alega que o produto “BETA – PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG NCM: 90211020, ANVISA: 80492000002”, constante nas Notas Fiscais de nºs 1339, 1343, 1392, 1452, 1528, 1560, 1573, 1700, 1752, 1763, 1772, 1920, 1949, 2105, 2106, 2177, 2190, 2198, 2205, 2263, 2280, 2392, 2567, 2572, 2703, 2717, 2727, 2728, 2736, 3050, 3087, 3269, 3485, 3538, 3644, 3721 e 3779 possui isenção do ICMS, conforme prevê o convênio 126/2010, por ser artigo ortopédico, devidamente comprovado por registro ANVISA de nº 80492000002, que destaca extrato do Convênio na peça de defesa à fl. 92 dos autos.

Os autuantes, relativamente ao produto “FIO GUIA DE 2.0 X 230MM S/ROSCA-11.90220.230SR NCM:90211020, ANVISA: 80521210012”, ao verificar os citados documentos fiscais contataram a veracidade do que alega a defesa, de modo que excluíram as referidas notas da autuação, o que acompanho.

Todavia em relação ao produto “BETA – PRO GRAN 1000-300UM-5GR REG NCM: 90211020, ANVISA: 80492000002”, dizem não estar amparado pela isenção prevista no Convênio ICMS 126/10. Na verdade dizem que o produto acima, cujo fornecedor e fabricante é a empresa PROCELL, CNPJ 09.048.457/0001-40, é descrito como sendo BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG.ANVISA: 80492000002, conforme pode-se ver nas notas fiscais de números 1853, 1475, 1524, 1626, 1714, que o citado fornecedor emitiu com destino à autuada.

De fato, consultando as notas fiscais, destacadas acima, o produto, objeto da autuação, não é grafado com “300UM” e sim “3000UM”. Como destacado pela Fiscalização, após traçar vários outros comentários, no caso ora discutido, consignam que o produto “*Beta-Pro Gran 1000-3000µm-5GR*”, os grânulos têm dimensões variando de 1000 a 3000 µm (micras) contendo um total de 5,0 gramas. Quanto à composição química do produto em apreço, identificam no mesmo endereço, www.procell.ind.br/produtos/, que “*A fase pura que compõe o BETApro® é o Beta-Tricálcio Fosfato (β-TCP) pertencente à família das apatitas conhecidas por sua semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas.*”

Desenvolvidas essas observações, esclarecem que o fornecedor do produto em tela o classifica com a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM 3006.40.20 conforme pode ser visto, dentre várias outras, nas Notas Fiscais de nºs 1853, 1475, 1524, 1626, 1714, que foram destinadas à autuada.

Complementam dizendo que não poderia ser diferente a escolha (classificação) do fornecedor, eis que no endereço eletrônico www.mdic.gov.br, do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, na tabela contendo a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM e a Tarifa Externa Comum (TEC), atualizada até a Resolução Camex nº 46 de 03/07/2018, consta que produtos com a NCM 3006.40.20 são “*Cimentos para reconstituição óssea*”, que é o caso do produto em tela, haja vista a informação do fabricante em www.procell.ind.br de que “*O BETApro® é um material*

sintético de altíssimo grau de pureza (99%), para aplicação como substituto ósseo em operações de implante ou reposição de perda óssea. A fase pura que compõe o BETApro® é o Beta-Tricálcio Fosfato (β -TCP) pertencente à família das apatitas conhecidas por sua semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas". Ou seja, o próprio fabricante diz que o produto ora discutido é destinado a reconstituição óssea, o que explica de modo inequívoco a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM 3006.40.20 por ele adotada.

A controvérsia entre as partes deste item da autuação, diz respeito eminentemente à classificação da NCM para o produto BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG. ANVISA: 80492000002 ser a de Código 3006.40.20 ou ser a de Código 9021.10.20, que embora tenha a dependente, lançado nas notas fiscais, objeto da autuação, NCM 3006.40.20, defende que a NCM correta seria 9021.10.20, e que por isso estaria amparado pela isenção prevista no Convênio ICMS 126/10.

Neste contexto, vejo não restar razão ao dependente, dado os vários argumentos trazidos pela Fiscalização aos autos, acima destacado, bem assim outros que estão descritos no corpo do relatório, que faz parte integrante do presente Acórdão. Ademais, o presente PAF foi dado ciência ao dependente, por Termo de Intimação, na forma da documentação de fl. 155 dos autos, para manifestar, querendo sobre os termos da Informação Fiscal, em que se manteve silente sobre este item da autuação, vindo então a manifestar, na forma do documento de fls. 158/162, sobre outros produtos que integram a autuação, que não o produto BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG. ANVISA: 80492000002, objeto em análise.

Acompanho, então, a Fiscalização em manter o produto BETA-PRO GRAN 1000-3000UM-5GR REG. ANVISA: 80492000002 como procedente a cobrança do imposto sobre suas saídas por entender que, de fato o NCM a ser classificado no documento fiscal é a de Código 3006.40.20, como assim está posto nas notas fiscais, objeto da autuação, e como tal não está amparada pela isenção prevista no Convênio ICMS 126/10.

Relativamente ao produto "FIO LISO 1.8 X 400MM (ILIZAROV) – 2282/08 NCM:90211020, ANVISA: 10223710039", constante na Nota Fiscal de nº 1953 e o produto "FIO LISO 1.5 X 400MM (ILIZAROV) – 2282/13 NCM:90211020, ANVISA: 10223710039", constantes das Notas Fiscais de nºs 1092, 1108, 2655, 2830 e 3765 por serem "*fio de Kirschner*" aduz o dependente que possuem isenção, de acordo com o convênio 126/2010, cláusula primeira, inciso IV, alínea b, item 2, que destaca na peça de defesa às fls. 98/99 dos autos.

Os autuantes, ao verificar os citados documentos fiscais contataram a veracidade do que alega a defesa, de modo que excluam as referidas notas da autuação, o que acompanho.

Às fls. 158/162 dos autos tem-se manifestação do sujeito passivo referente à Informação Fiscal de fls. 122/128, acima discorrida, onde não traz qualquer contestação às observações posta pelos autuantes sobre sua manifestação de defesa. Entretanto traz aos autos fatos novos de arguição em relação a infração 2, que a seguir passo a manifestar.

Argui a defesa que a Fiscalização está cobrando ICMS da Nota Fiscal nº 3480, todavia diz que se trata de nota fiscal "*de devolução de empréstimo*", adquirida de fornecedor inscrito no Simples Nacional, assim sendo, entende que não existe a tributação nas notas fiscais de devolução de empréstimo.

Os autuantes em sede manifestação, às fls. 181/182, destacam que a defesa alega que a Nota Fiscal nº 3480, fls. 173, refere-se à operação "*de devolução de empréstimo*". Pois bem! Consultando o citado documento fiscal, verificam que o campo Código CFOP é o 6949, que descreve as operações por ele abrangidas como sendo "*Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado*."

Dizem também verificar que no campo "*Dados Adicionais*" da citada Nota Fiscal nº 3480 não consta qualquer informação indicando que se trata de devolução. Então registram que não podem acatar o que pede a defesa, o que acompanho. Nota fiscal mantida na autuação.

Às fls. 160/161, a defesa traz, também, a tona outro erros de NCM e descrição presentes na planilha “EFD_Saida_tributada_como_isenta_2015_2016_i” objeto da infração 2 em análise. Por amostragem cita a Nota Fiscal nº3392, cujo descritivo e NCM do produto de cód. 9390, corretos presentes em DANFE, são respectivamente: “FIO GUIA - 1190216.150 (10314800038) LT 15/76898 Obs: 10” e “NCM 90211020”. Na planilha dos fiscais autuantes, constam de forma errada os seguintes descritivos e NCM: “FIO GUIA 1.6 /150 11.90216.150” e “NCM 3006.10”.

Os autuantes, consultando a planilha citada, concluem que assiste razão ao contribuinte. Sendo assim, resolveram fazer uma nova verificação na planilha às fls. 141 a 152. Nesta verificação contaram a existência de algumas operações com NCM 9021 que julgaram isentas do ICMS, de modo que as excluíram da presente apuração.

De tudo até aqui apresentado, dizem os autuante que os novos valores para infração 02 são aqueles constantes da planilha às fls. 185 a 194.

Às fls. 197/198 consta o registro de ciência dos autos, pelo defendente, por AR – Aviso de Recebimento – Correios - relativo o encaminhamento da última Informação Fiscal de fls. 181/182 na forma do que dispõe a legislação. Todavia, não se vê qualquer manifestação do defendente, ou seja, este se manteve silente.

Em sendo assim, considerando que a planilha de fls. 185 a 194, espelha de fato o saldo remanescente da autuação, após todas as considerações de erros e acertos apontado pela Fiscalização e acompanhado por este relator na forma indicada em cada item analisado acima, voto pela alteração do valor original da infração 2 de R\$88.357,24 para o valor de R\$72.355,66, na forma do demonstrativo de debito abaixo destacado extraído da planilha acima referenciada.

Data Ocorr	Data Vencido	Valor – R\$
31/01/2015	09/02/2015	2.154,49
28/02/2015	09/03/2015	2.805,00
31/03/2015	09/04/2015	8.934,71
30/04/2015	09/05/2015	2.677,05
31/05/2015	09/06/2015	6.773,00
30/06/2015	09/07/2015	6.644,32
31/07/2015	09/08/2015	7.168,01
31/08/2015	09/09/2015	3.217,74
30/09/2015	09/10/2015	1.873,77
31/10/2015	09/11/2015	3.012,93
30/11/2015	09/12/2015	736,82
31/12/2015	09/01/2016	4.004,94
31/01/2016	09/02/2016	1.714,12
29/02/2016	09/03/2016	1.141,73
31/03/2016	09/04/2016	2.374,57
30/04/2016	09/05/2016	3.072,99
31/05/2016	09/06/2016	1.233,36
30/06/2016	09/07/2016	1.441,26
31/07/2016	09/08/2016	122,76
31/08/2016	09/09/2016	1.307,42
30/09/2016	09/10/2016	1.769,88
31/10/2016	09/11/2016	2.060,91
30/11/2016	09/12/2016	1.642,41
31/12/2016	09/01/2017	4.471,47
Total da Infração 2		72.355,66

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme a seguir destacado.

Itens da Autuação	Valor Original	Valor Julgado	Decisão
Infração 1	8.700,73	0,00	IMPROCEDENTE
Infração 2	88.357,24	72.355,66	PROC EM PARTE
Infração 3	98,65	98,65	PROCEDENTE
Infração 4	209,93	209,93	PROCEDENTE

Infração 5	3.674,21	3.674,22	PROCEDENTE
Total	101.040,76	76.338,46	

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 **298945.0004/18-0**, lavrado contra **IMPLANTES MÉDICOS BAHIA COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.454,31**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, inc. II, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$3.884,15**, previstas no inc. II, “d” e “c”, e inc. IX, do artigo e Lei anteriormente citados, mais os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de Maio de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA