

A. I. Nº - 210404.0003/19-1
AUTUADO - PROMEBÁ PRODUTOS MÉDICOS DA BAHIA LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO
ORIGEM - INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25/02/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-01/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. MERCADORIAS NÃO AMPARADAS PELO BENEFÍCIO ISENCIONAL DE QUE CUIDA O CONVÊNIO ICMS Nº 01/99, ANEXO ÚNICO. Operações de saídas de produtos médicos não beneficiadas, com a isenção do Convênio ICMS 01/99. Alegação defensiva de se tratar das mesmas mercadorias relacionadas no Anexo único do Convênio ICMS 01/99, porém, com outras denominações dadas pelo fornecedor não restou comprovada. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As mercadorias arroladas neste item da autuação, não constam no Anexo único do Convênio 01/99, portanto, cabível a exigência do imposto, conforme a autuação, haja vista que se trata de produtos cujas operações não são amparadas pelo benefício isencional. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/06/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$37.289,62, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1.Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$28.478,34, acrescido da multa de 60%;

2.Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de março, julho, setembro a dezembro de 2014, janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.811,28, acrescido da multa de 60%.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que a matéria objeto da autuação tem entendimento pacificado no âmbito do CONSEF, conforme a seguir: *“A PGE/PROFIS em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 797/798, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, em razão dos produtos objeto do lançamento não se emoldurarem na isenção preconizada no Convênio ICMS 01/99, porquanto inexistente uma clara correlação entre as NCMS discriminadas para os mesmos e as descrições expostas no anexo único do convênio interestadual, não se podendo por força do art. 111 do CTN, fazer uma interpretação extensiva ds normas isentivas” – 1º CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº. 0335-11/14”.*

O autuado apresentou Defesa (fls. 23 a 33). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em lide, nos termos do artigo 151, III do

CTN. Discorre sobre as infrações.

Esclarece que conforme o objeto social da empresa em seu contrato social, tem como principal atividade, a exploração do comércio varejista de medicamentos e drogas, de uso humano, de produtos médicos e hospitalares, e de produtos alimentícios dietéticos e de dietas enterais e parenterais, sendo cadastrada na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia neste sentido.

Salienta que os produtos que comercializa são exclusivamente para o atendimento médico hospitalar, o que por si só, exclui da regra geral, pensada para outros produtos. Sustenta que essa diferença é crucial para o deslinde do feito.

Reporta-se sobre a isenção. Consigna que o Convenio ICMS 01/99, em sua cláusula primeira determina que *ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convenio, classificados pela NBM/SH.*

Afirma que o cotejo das mercadorias relacionadas no Auto de Infração, classificadas nas posições da NCM 30061090, 39269090, 90183929 e 90189095, com rol dos produtos albergados pelo benefício em tela, constante no anexo único do Convenio ICMS 01/99, verifica-se que as suas descrições não foram cadastradas no sistema da empresa de forma idêntica, haja vista que seguiu a descrição destacada na nota fiscal pelo próprio fornecedor, entretanto, na nota fiscal de aquisição dos produtos, estão classificados nas posições correta do código NCM, conforme menciona a norma, fazendo jus ao benefício da isenção.

Diz que nesse contexto, considerando os produtos especificados nos itens abaixo relacionados do Anexo Único do referido Convênio, e a posição do código NCM, observa-se que todos eles correspondem a descrição do Anexo Único. Ou seja, embora, tenha alguma divergência na descrição do produto, em função do fabricante, da marca, do fornecedor, não afasta a aplicabilidade da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

Apresenta a relação dos códigos NCMs e a respectiva descrição dos produtos destacados pelo fornecedor nas notas fiscais de compras/entradas, sendo, consequentemente, as mesmas descrições utilizadas no cadastro dos produtos no sistema da empresa para alimentação do estoque onde, por conseguinte, foram utilizadas nas emissões das notas fiscais de vendas/saídas pela empresa.

DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS NAS NOTAS FISCAIS

NCM	Descrição
3006.10.90	TELA CIRUR PREM MESH 30 X 30
3006.10.90	TELA MARLEX BARD 10X14 - 26X36CM P
3006.10.90	TELA MARLEX BARD 15X15 - 6X6 CM
3926.90.90	FRASCO PARA NUTRICAÇÃO ENTERAL 100ML
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 20FR X 2,3CM MARCA (sonda)
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 20FR X 2,5CM MARCA
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 20FR X 3,0 CM MARCA
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 24FR X 2,5CM MARCA BALLARD
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 24FR X 3,0 CM MARCA BALLARD
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 24FR X 3,5CM MARCA BALLARD
9018.39.29	CATETER DE INF.VEN. 2 VIAS 7FRX20CM P
9018.39.29	CATETER DE INF.VEN.3 VIAS 7FRX20CM C
9018.39.29	KIT GASTROTOMIA 24 FR BALLARD
9018.39.29	KIT P/ GASTROS ENDOSC 20FR
9018.39.29	SONDA G TUBE GASTROSTOMIA 20 FR

9018.39.29	SONDA G TUBE GASTROSTOMIA 24 FR
9018.39.29	SONDA P NUTRICAO ENTERAL 12 KASTNER
9018.39.29	TRACH CARE ELBOW 16FR
9018.39.29	TROCARTER APPLIED 11/100MM
9018.90.95	CARGA P/ GRAMPEADOR GIA DST 80 38
9018.90.95	GRAMPEADOR GIA DST 8038- GIA 8038S

Apresenta, também, a descrição dos produtos, com os respectivos números do item e NCM destacado no anexo único do Convênio ICMS 01/99, conforme abaixo:

DESCRIÇÃO NO ANEXO ÚNICO DO CONVENIO ICMS 01/99

ITEM	NCM	Descrição
5	3006.10.90	Hemostático (base celulose ou colágeno)
6	3006.10.90	Tela inorgânica pequena (até 100 cm2)
7	3006.10.90	Tela inorgânica média (101 a400 cm2)
8	3006.10.90	Tela inorgânica grande (acima de 401 cm2)
16	9018.39.21	Sonda para nutrição enteral
18	9018.39.29	Cateter ureteral duplo “rabo de porco”
19	9018.39.29	Cateter para subclavia duplo lumen para hemodiálise
20	9018.39.29	Guia metálico para introdução de cateter duplo lumen
21	9018.39.29	Dilatador para implante de cateter duplo lumen
22	9018.39.29	Cateter balão para septostomia
23	9018.39.29	Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente.,
Berrmann		
24	9018.39.29	Cateter balão para angioplastia transluminal percuta
25	9018.39.29	Cateter guia para angioplastia transluminal percuta
26	9018.39.29	Cateter balão para valvoplastia
27	9018.39.29	Guia de troca para angioplastia
28	9018.39.29	Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico /diagnóstico)
29	9018.39.29	Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico)
30	9018.39.29	Cateter atrial/peritoneal
31	9018.39.29	Cateter ventricular com reservatório
32	9018.39.29	Conjunto de cateter de drenagem externa
33	9018.39.29	Cateter ventricular isolado
34	9018.39.29	Cateter total implantável para infusão quimioterápica
35	9018.39.29	Introdutor para cateter com e sem válvula
36	9018.39.29	Cateter de termodiluição
37	9018.39.29	Cateter tenckhoff ou similar de longa permanência para diálise peritoneal
38	9018.39.29	Kit cânula

39	9018.39.29	Conjunto para autotransfusão
40	9018.39.29	Dreno para sucção
41	9018.39.29	Cânula para traqueostomia sem balão
42	9018.39.29	Sistema de drenagem mediastinal
44	9018.90.95	Clips para aneurisma
45	9018.90.95	Kit grampeador intraluminal Sap
46	9018.90.95	Kit grampeador linear cortante
47	9018.90.95	Kit grampeador linear cortante + uma carga
48	9018.90.95	Kit grampeador linear cortante + duas cargas
49	9018.90.95	Grampos de Blount
50	9018.90.95	Grampos de Coventry
51	9018.90.95	Clipe venoso de prata ou titânio

Assevera que não seria sequer sensato imaginar que a isenção somente se aplicaria aos produtos com a descrição idêntica ao apresentado na norma respectiva. Alega que a classificação NCM, para fins da isenção, decorrente da importância do produto utilizado em hospitais, é o fator definitivo para o alcance da norma. Sustenta que o Convenio ICMS 01/99 imprimi a redação do art. 264, XXIV do RICMS/BA, sem alterar o seu alcance, objetivo ou conteúdo. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Assegura que todos os demais produtos comercializados pela empresa seguem a mesma linha de isenção, contudo, os itens que descreve abaixo, já mencionados anteriormente, no entendimento do autuante, não atende a norma, haja vista que a descrição dos produtos não está de forma idêntica ao texto do anexo único do Convenio ICMS 01/99, mesmo estando classificada no código NCM constante no anexo do referido convenio. Destaca que recebe os produtos, com a sua nomeação dada pelos fornecedores, e muitas das vezes, eles dão nomes de acordo com a marca, com o fabricante ou até mesmo o distribuidor, mas sem alterar a sua essência, que é a destinação a prestação de serviço de saúde.

Ressalta que todos os produtos arrolados na autuação são destinados para uso exclusivamente na prestação de serviços de saúde, ou seja, em hospitais, como os produtos abaixo:

30061090	TELA CIRUR PREM MESH 30 X 30
30061090	TELA MARLEX BARD 10X14 - 26X36CM P
30061090	TELA MARLEX BARD 15X15 - 6X6 CM
39269090	FRASCO PARA NUTRICAÇÃO ENTERAL 100ML
90183929	BOTTON MIC-KEY 20FR X 2,3CM MARCA
90183929	BOTTON MIC-KEY 20FR X 2,5CM MARCA
90183929	BOTTON MIC-KEY 20FR X 3,0 CM MARCA
90183929	BOTTON MIC-KEY 24FR X 2,5CM MARCA BALLARD
90183929	BOTTON MIC-KEY 24FR X 3,0 CM MARCA BALLARD
90183929	BOTTON MIC-KEY 24FR X 3,5CM MARCA BALLARD
90183929	CATETER DE INF.VEN. 2 VIAS 7FRX20CM P
90183929	CATETER DE INF.VEN.3 VIAS 7FRX20CM C
90183929	KIT GASTROTOMIA 24 FR BALLARD
90183929	KIT P/ GASTROS ENDOSC 20FR

90183929	SONDA G TUBE GASTROSTOMIA 20 FR
90183929	SONDA G TUBE GASTROSTOMIA 24 FR
90183929	SONDA P NUTRICAO ENTERAL 12 KASTNER
90183929	TRACH CARE ELBOW 16FR
90183929	TROCARTER APPLIED 11/100MM
90189095	CARGA P/ GRAMPEADOR GIA DST 80 38
90189095	GRAMPEADOR GIA DST 8038- GIA 8038S

Salienta que na autuação os referidos produtos foram autuados na entrada por falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial e na saída foram autuados por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, no entanto, segue o mesmo destino e função dos demais produtos comercializados pela autuada, sendo igualmente isentos.

Alega que nessa linha “se o intuito da norma fosse isentar, um ou outro, de acordo com o material de fabricação, ou qualquer outra característica, teria criado outro código de NCM. Acrescenta que se não o fez, é porque não existe diferença no produto.

Diz que desse modo, entende-se que o mais importante para o legislador é a classificação do código NCM dentro do anexo, levando em consideração a natureza do produto e sua destinação, concede isenção do ICMS as operações com equipamentos e insumos destinados a prestação de serviço de saúde.

Ressalta que a sigla NCM significa “Nomenclatura Comum do Mercosul”. Se os produtos constam no mesmo código, é porque são comuns, ou seja, iguais, o que é indicado também pela sua denominação técnica.

Acrescenta que diante do inciso III do § 2º do artigo 155 da CF/88, que prevê a seletividade do ICMS em função da essencialidade do produto tributado, é de notar que assiste razão a empresa, quanto a ausência de razoabilidade na diferenciação da descrição dos produtos na nota fiscal, como salientado acima. Os produtos continuam a integrar os mesmos NCM. Em razão de sua natureza e destinação, o escopo da isenção foi de amenizar a ação fiscal em decorrência da relevância e essencialidade dos produtos a serem utilizados em hospitais, prestigiando a saúde dos contribuintes. Ressalta que são os consumidores finais, pacientes com patologias, quem verdadeiramente arcam com o ônus da carga tributária do ICMS.

Invoca e reproduz ensinamento de Roque Antônio Carraza atinente a seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, que diz muito contribui para a correta elucidação da matéria em questão.

Sustenta que assim sendo, cabe a anulação do Auto de Infração, haja vista que adotou interpretações equivocadas da norma aplicável, afastando ilegalmente o direito à isenção referente aos produtos comercializados pela empresa.

Registra que anexou os documentos que relaciona.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento total do Auto de Infração. Requer, ainda, a produção de provas em Direito admitidas, em especial a documental.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 164 a 172). Contesta o argumento defensivo de que tem como principal atividade a exploração do comércio varejista de medicamentos e drogas, de uso humano, de produtos médicos e hospitalares, e de produtos alimentícios dietéticos e de dietas enterais e parenterais, sendo que os produtos que comercializa são exclusivamente para o atendimento médico hospitalar, o que por si só, exclui da regra geral, pensada para outros produtos, diferença crucial para o deslinde do feito.

Manifesta o entendimento de que os argumentos acima não contribuem para solução da lide haja vista que empresas de comércio varejista de produtos médicos e hospitalares, mesmo que

exclusivos para venda hospitalar, o que não é o caso do autuado, operam também com medicamentos sujeitos a substituição tributária, como também produtos de tributação normal.

Afirma que o autuado não vende exclusivamente para hospitais, conforme alegado na peça defensiva, haja vista a realização de saídas para empresas não hospitalares, conforme exemplos que apresenta.

Diz que desse modo, não acata esses argumentos defensivos.

Do mesmo modo, o autuante contesta o argumento defensivo de que não seria sensato imaginar que a isenção somente se aplicaria aos produtos com a descrição idêntica ao apresentado na norma respectiva, assim como que o mais importante para o legislador é a classificação do código NCM dentro do anexo, levando em consideração a natureza do produto e sua destinação, sendo amparado pelo art. 264, XXIV do RICMS/BA/12.

Afirma que o autuado deveria grifar a parte descrita na norma quando diz que: “indicados no anexo único do Conv. ICMS 01/99”. Diz que toda discussão do Auto de Infração nada tem a ver com o entendimento ou a metodologia da autuação, mas sim com a previsão do art. 111, inciso II do CTN, cuja transcrição apresenta.

Ressalta que o CONSEF tem jurisprudência consolidada no sentido de que, para que os produtos sejam considerados isentos e enquadrados no Convênio ICMS 01/99, é necessário que exista uma perfeita correlação entre o código NCM e a descrição do produto constante no seu Anexo Único, o que, segundo diz, não ocorreu no presente caso, devendo ser aplicada a interpretação restritiva da isenção, para alcançar tão somente os itens listados na norma do benefício.

Aduz que desse modo, não acata esses argumentos defensivos.

Contesta o argumento defensivo de que, a sigla NCM significa “Nomenclatura Comum do Mercosul”, sendo que se os produtos constam no mesmo código, é porque são comuns, ou seja, iguais, o que é indicado também pela sua denominação técnica.

Diz o autuante que o argumento acima apresentado também não contribui para solução da lide haja vista os exemplos que apresenta de produtos com mesmo NCM e destinação diferentes, conforme abaixo:

1) NCM: 3926.90.9

Produtos farmacêuticos e medicamentos: contraceptivos - dispositivos intra uterinos – DIU;
Papeleria - Prancheta

2) NCM: 3924.9

Material de Limpeza - Esponjas para limpeza;

Produtos farmacêuticos e medicamentos: Mamadeiras de borracha vulcanizada, vidro e plástico.

Observa que diante dos exemplos acima, ao seguir a linha de argumentação defensiva, chega-se ao absurdo de considerar como “são comuns, ou seja, iguais”, dispositivo intrauterino (DIU) com prancheta escolar, ou mamadeira como esponjas de limpeza.

Diz que assim sendo, não acata o argumento defensivo acima.

Contesta o argumento defensivo atinente ao princípio da seletividade dos impostos para justificar a não tributação dos itens constantes da autuação. Diz que se verifica clara distorção da aplicação da norma.

Observa que a autuação nada tem a ver com o princípio da seletividade dos impostos. Aduz que este princípio ordena a variação das alíquotas de acordo com a essencialidade do bem. Ou seja, maior tributação para os bens luxuosos e menor tributação para os bens essenciais.

Salienta que o que se discute é a aplicabilidade ou não da isenção prevista no anexo único do Convênio 01/99, que é taxativa aos produtos que tem os NCM ali indicados e que o artigo 111 do

CTN determina interpretação literal na concessão de isenção tributária.

Consigna que dessa forma, não acata o argumento defensivo.

No que concerne ao mérito da autuação, observa que o autuado apresenta lista de produtos que, segundo entende, estariam sujeitos a isenção prevista no anexo único do Convênio ICMS 01/99, pontuando as posições NCM 30061090, 90183929, 39269090 e 90189095, sobre as quais passa a analisar.

No tocante a posição NCM 30061090, diz que nas entradas, observa-se que o citado NCM, no “DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL RECOLHIDO A MENOR” anexo aos autos em CD-ROM, com o produto “Premilene Mesh 15 x 15 CM – (NCM 30061090)” todas as notas fiscais que foram incluídas na cobrança não tiveram para este item, tributação, a exemplo das Notas Fiscais eletrônicas n.ºs. 570694, 611124 e 632259, todas emitidas pelo fornecedor Laboratórios B.Braun S.A/ RJ.

Esclarece que relativamente às operações de saídas, o referido código NCM não se aplica, haja vista que apenas os NCM 90183929 e 39269090 foram incluídos no levantamento.

Diz que desse modo, não acata o argumento defensivo.

Quanto a posição NCM 90183929, observa que nas entradas têm-se os seguintes produtos oriundo do fornecedor AMETECH TRADING LTDA/PR:

Ordem	NCM	DESCRIÇÃO
1	90183929	SONDA NE FLEXIFLO 12FR
2	90183929	ADAPTADOR DIETA ENTERAL (TWIST - OFF)
3	90183929	TROCAR KII FIOS 11X100MM CANULA THREAD
4	90183929	Trocar Descartavel 11X100mm - laminado
5	90183929	Conjunto para Acesso Abdominal 11X100MM C/Lâmina

Já nas saídas têm-se os produtos:

Ordem	NCM	Descrição - Saídas
1	90183929	KIT GASTROTOMIA 24 FR BALLARD
2	90183929	TROCARTER APPLIED 11/100MM
3	90183929	KIT P/ GASTROS ENDOSC 20FR

Assinala que no anexo único do Convênio, para este código NCM, consta:

Ordem	NCM	Descrição
1	90183929	Cânula para traqueostomia sem balão - 41
2	90183929	Cateter atrial/peritoneal - 30
3	90183929	Cateter balão para angioplastia transluminal percuta - 24
4	90183929	Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente., Berrmann - 23
5	90183929	Cateter balão para septostomia - 22
6	90183929	Cateter balão para valvoplastia - 26
7	90183929	Cateter de termodiluição - 36
8	90183929	Cateter guia para angioplastia transluminal percuta - 25
9	90183929	Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico) - 28
10	90183929	Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico) - 29
11	90183929	Cateter para subclavia duplo lumen para hemodiálise - 19
12	90183929	Cateter tenckhoff ou similar de longa permanência para diálise peritoneal - 37
13	90183929	Cateter total implantável para infusão quimioterápica - 34
14	90183929	Cateter ureteral duplo "rabo de porco" - 18
15	90183929	Cateter ventricular com reservatório - 31
16	90183929	Cateter ventricular isolado - 33
17	90183929	Conjunto de cateter de drenagem externa - 32
18	90183929	Conjunto para autotransfusão - 39
19	90183929	Dilatador para implante de cateter duplo lumen - 21
20	90183929	Dreno para sucção - 40
21	90183929	Guia de troca para angioplastia - 27
22	90183929	Guia metálico para introdução de cateter duplo lumen - 20
23	90183929	Introdutor para cateter com e sem válvula - 35
24	90183929	Kit cânula - 38
25	90183929	Sistema de drenagem mediastinal - 42

Aduz que na comparação dos itens autuados como antecipação parcial e saídas sem tributação com NCM 90183929, verifica-se, de forma cristalina, que não se incluem nos itens constantes no anexo

único do Convênio ICMS.

Diz que desse modo, não acata os argumentos defensivos.

No tocante ao código NCM 39269090, diz que às entradas, o citado NCM não se aplica, haja vista a inexistência de qualquer item com este NCM.

Já com relação às saídas, registra que existe apenas um item, conforme abaixo:

Ordem	NCM	Descrição - Saídas
1	39269090	FRASCO PARA NUTRICAÇÃO ENTERAL 100ML

Salienta que no anexo único do Convênio, para este código NCM, não se aplica, haja vista que não há qualquer item com este código NCM, portanto, consequentemente, o produto é tributado.

Diz que dessa forma, não acata o argumento defensivo.

No respeitante ao código NCM 90189095, observa que nas entradas têm-se o seguinte produto oriundo do fornecedor Laboratórios B.Braun S.A/RJ:

Ordem	NCM	DESCRIÇÃO
1	90189095	Clip de ligação Pequeno Médio Grande verde com 6 cliques

Já no tocante às saídas, diz que o referido código NCM não se aplica, haja vista que apenas os códigos NCMs 90183929 e 39269090 foram incluídos no levantamento.

Assinala que no anexo único do Convênio, para este NCM, consta:

Ordem	NCM	Descrição - Convênio
1	90189095	Clipe venoso de prata ou titânio - 51
2	90189095	Clips para aneurisma - 44
3	90189095	Grampos de Blount - 49
4	90189095	Grampos de Coventry - 50
5	90189095	Grampos para kit grampeador linear cortante - 193
6	90189095	Kit grampeador intraluminal Sap - 45
7	90189095	Kit grampeador linear cortante - 46
8	90189095	Kit grampeador linear cortante + duas cargas - 48
9	90189095	Kit grampeador linear cortante + uma carga - 47

Ressalta que o item “Clip de ligação pequeno médio e grande” constitui uma nomenclatura genérica, que não se amolda a do Convênio acima descrito, haja vista que no referido Convênio os cliques têm função específica ou é venoso ou para aneurismas.

Diz que assim sendo, não acata o argumento defensivo.

Finaliza a peça informativa mantendo na íntegra o Auto de Infração.

Encaminha o PAF à Coordenação de atendimento da INFAZ Feira de Santana para cientificação do autuado, a fim de que, querendo, apresente no prazo máximo de 15 (quinze) dias suas alegações finais.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls. 177 a 187). Consigna que na Defesa inicial explicitou que o objeto social da empresa está claramente especificado em seu contrato social, tendo como principal atividade, a exploração do comércio varejista de medicamentos e drogas, de uso humano, de produtos médicos e hospitalares, e de produtos alimentícios dietéticos e de dietas enterais e parenterais.

Salienta que em momento algum foi dito que a empresa vende exclusivamente para hospitais, conforme aduzido pelo autuante.

Ressalta que os produtos objeto da autuação, conforme relação que apresenta, estes sim, são vendidos para uso exclusivo na prestação de serviços de saúde, ou seja, em hospitais.

Sustenta que dessa forma, partindo-se desses exemplos, que naturalmente servirão como parâmetro para compreender que a análise do autuante foi totalmente equivocada, haja vista que não observou que as empresas não hospitalares, por ele mencionadas, em momento algum, do período fiscalizado, 2014 e 2015 adquiriram os produtos objeto da autuação, conforme relatório sintético de venda por produtos objeto da autuação, nos períodos autuados, anexados.

Diz que se observa que não houve venda dos referidos produtos, com os respectivos códigos NCMs para as empresas citadas pelo autuante.

Reporta-se sobre o entendimento do autuante atinente à interpretação literal. Diz que referida interpretação remete à aplicação do método “restritivo” de interpretação. Acrescenta que tal método exegético se contrapõe à interpretação ampliativa, não podendo a incidência da lei ir “além” da fórmula ou hipótese expressas em seu texto.

Frisa que por essa razão, derogam-se, na interpretação restritiva, os critérios de integração da norma, isto é, não se aplicam os meios integrativos às hipóteses previstas no art. 111 do CTN. Ou seja, a interpretação literal, homenageando a segurança jurídica, corrobora o postulado da legalidade tributária, em toda a sua extensão. Neste sentido, destaca, o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, cujo excerto reproduz. Salienta que o STJ já se manifestou sobre o tema, conforme ementas de julgados que reproduz.

Discorda do entendimento do autuante quanto aos produtos com mesmo código NCM e destinação diferentes.

Assevera que os exemplos dados pelo autuante não fazem sentido, tendo em vista que não têm nenhuma relação com os produtos objeto da autuação, onde alega a falta de tributação.

Enfatiza que não resta dúvida que se trata de produtos para uso em hospitais, ou seja, não são adquiridos para empresas com atividade não hospitalar.

Registra que anexou relatório de vendas dos produtos e os respectivos compradores, que de forma equivocada foi considerado pelo autuante como venda para empresas não hospitalar.

Diz que se verifica que as vendas dos produtos relacionados anteriormente e seus respectivos NCM, alegado pelo autuante que não houve o recolhimento do ICMS, foram adquiridos pelas empresas hospitalares.

Assinala que para maior entendimento a respeito dos produtos classificados no código NCM fiscalizado, anexou os prospectos com as especificações técnica de cada produto, demonstrando a sua exclusiva utilização em hospitais.

Salienta que conforme explicitou e ao examinar os anexos os julgadores poderão se convencer da improcedência da autuação.

No tocante à essencialidade dos produtos, observa que a Constituição Federal do Brasil em seu art. 155, § 2º, III, dispõe que, “poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e serviços”.

Aduz que a seletividade corresponde a uma característica de alguns impostos como ICMS, cujo encargo é distribuído conforme as características objetivas de cada produto ou serviço.

Observa que na expressão seletividade, o legislador demonstra claramente que se trata de uma determinação constitucional que, mediante escolha de critérios definidos, caberá ao legislador ordinário a diferenciação entre produtos sujeitos a maior ou menor tributação.

Salienta que as alíquotas do ICMS deverão variar, para mais ou para menos em razão da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Acrescenta que a comercialização dos “gêneros de primeira necessidade” deverá ser menos gravada por meio de ICMS, que os “supérfluos”.

Diz que ainda dentro dos produtos não essenciais, pode-se encontrar tributação diferenciada entre

produtos mais supérfluos e menos supérfluos, sendo possível a tributação diferenciada entre espécie de produtos do mesmo gênero.

Afirma que a expressão essencialidade não deve ser interpretada estritamente para cobrir necessidades básicas como alimentação, vestuário, moradia, tratamento médico, mas deve atender aquelas necessidades que sejam pressupostos de um padrão de vida mínimo.

Aduz que o critério da essencialidade emana de outro princípio constitucional, o da dignidade humana que deve ser provida pelo Estado nos estritos termos do Preâmbulo da Constituição Federal.

Consigna que a carga tributária do ICMS deve ser distribuída diversamente conforme o tipo de mercadoria ou de serviço. Acrescenta que a comercialização dos “gêneros de primeira necessidade” deverá ser menos gravada, por meio de ICMS que os “supérfluos”, sendo que no tocante aos gêneros e serviços de primeira necessidade, deveriam ser completamente isentados de ICMS, já que em relação a eles, o contribuinte não tem liberdade de escolha.

Reporta-se sobre a contestação do autuante quanto ao argumento defensivo de mérito.

Observa que o autuante não acatou o argumento defensivo sob a alegação de que, nas saídas os códigos NCM citados não foram incluídos no levantamento ou não consta no anexo único do Convênio ICMS.

Afirma que o autuante apresenta os valores das diferenças a pagar, numa planilha confusa, sem esclarecer a relação com a classificação do código NCM, que na visão do autuante, não contempla a isenção, porque a descrição dos produtos tem uma correlação perfeita entre a nota fiscal e a norma.

Alega que conforme foi explicitado, o autuante não levou em consideração, a natureza dos produtos nem a destinação exclusiva para a prestação de serviço de saúde, o que leva a crer que não houve preocupação aprofundada no momento da ação fiscal, no que tange a atividade da empresa, os produtos comercializados e seus principais clientes, autuando a empresa, por não descrever o produto de forma perfeita, idêntica ao da norma, mesmo tendo sido justificado, que a alimentação do sistema da empresa, é feita de acordo com as descrições dos produtos destacado pelos seus fornecedores nas notas fiscais de compra.

Repete que o próprio fabricante descreve o seu produto na nota fiscal mencionando a sua marca, conservando a classificação correta do código NCM, ou seja, atribuindo o código NCM correto, mas não afastando a aplicabilidade da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

Assinala que para maior compreensão sobre o que foi dito acima, e com o objetivo de comprovar a materialidade dos fatos e a veracidade do alegado, na norma utiliza a descrição Cateter, cujo o número do NCM é 91183929, comumente são chamados de “Sonda”, já o fornecedor utilizou a descrição do produto como Botton Mic-Key, que significa tubo de baixo perfil para alimentação por gastrostomia, que numa simples consulta no google, verifica-se que se trata do mesmo produto, comprovando de forma clara e objetiva que o produto é para utilização por meio de procedimentos cirúrgicos em hospitais.

Salienta que se verifica, também, que a própria norma, estabelece para o mesmo código NCM, variadas descrições, conforme apresenta.

Diz que desse modo, feita a análise, é importante observar que em nenhum momento houve qualquer prejuízo para o erário estadual.

Finaliza a Manifestação requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls. 433 a 436). Manifesta o entendimento de que a discussão não atinge a destinação dos produtos, ou seja, se é para exclusivo de hospitais ou não, mas, sim, se tais produtos são ou não abarcados pela isenção prevista pelo Convênio 01/99. Diz que uma coisa nada tem a ver com outra.

Afirma que o preâmbulo do referido Convênio, no caso “concede isenção do ICMS as operações

com equipamentos e insumos destinados a prestação de serviço de saúde”, não é carta branca no sentido de que basta que os equipamentos e insumos sejam destinados a hospitais, por consequência, seriam isentos de tributação. Diz que caso prospere este entendimento, desnecessário seria o anexo único de tal convênio.

Observa que na Informação Fiscal, detalhou que, apesar de os produtos terem os mesmos NCM, como 3926.90.9 que tanto pode referir-se a dispositivos intrauterinos, como também a prancheta, evidencia situação exemplificativa no sentido de ilustrar a não aceitação oriunda de defesa de que “...Se os produtos constam no mesmo código, é por que são comuns, ou seja, iguais, o que é indicado também pela sua denominação técnica”.

Salienta que no Anexo ao Auto de Infração, consta as seguintes planilhas:

- 1- Antecipação parcial totalizado por mês, por nota fiscal e por item de nota fiscal;
- 2- Planilha por item e por nota fiscal detalhando as saídas sem tributação;

Assinala que na Informação Fiscal inicial, os NCM pontuados pelo autuado de nº 30061090, 90183929, 39269090 e 90189095, detalhou, para cada um deles, os produtos que os compõem nas entradas, nas saídas bem como a descrição de cada um deles no anexo único do Convênio 01/99 no sentido de espantar qualquer dúvida de análise da autuação.

Acrescenta que numa outra vertente, o autuado apresenta uma análise da Informação Fiscal entrando em questionamentos jurídicos, aos quais se pronunciou.

Diz que conforme definido na Informação Fiscal inicial, o cerne da questão foca-se no entendimento quanto a ausência de tributação nas saídas dos itens objeto da autuação, bem como antecipação parcial. Repete o entendimento da autuação e o entendimento do autuado.

Acrescenta que nesse tópico existe julgado do CONSEF que sepulta de vez a pretensão do autuado, conforme excertos de decisão que reproduz atinente ao Acórdão CJF Nº. 0335-11/14.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração, encaminhando o PAF à Coordenação de atendimento da INFAZ Feira de Santana para identificação do autuado, a fim de que, querendo, se manifeste no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

O autuado, cientificado do pronunciamento do autuante, se Manifestou (fl.441) consignando que, em resposta a Informação Fiscal recebida mediante cientificação em 19/11/2019, e inconformado com o julgamento do Auto de Infração em lide, em face das argumentações apresentadas e dos elementos de provas anexados aos autos, protocolados sob os números 347947/2019-3 em 04/09/2019 e 514391/2019-7 em 14/10/2019 e aqueles que porventura sejam solicitados pelos julgadores ou por prepostos fiscais designados, em atendimento ao pleito da empresa, requer que sejam recebidas as razões de defesa e encaminhadas para julgamento ao CONSEF, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

VOTO

Conforme a acusação fiscal, o autuado não recolheu o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (infração 1), e recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (infração 2).

O exame dos elementos que compõem o presente processo, permite constatar que o cerne da questão reside no fato de se determinar se as operações realizadas pelo autuado com as mercadorias classificadas nas posições NCM 30061090, 39269090, 90183929 e 90189095, estavam amparadas pela isenção prevista no art. 264, XXIV do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, regra emanada do Convênio ICMS 01/99 ou, se foram realizadas irregularmente por descaber a fruição do referido benefício fiscal, conforme a autuação.

O autuado alega que as descrições dos produtos não foram cadastradas no sistema da empresa de

forma idêntica ao Convênio ICMS 01/99, haja vista que seguiu a descrição destacada na nota fiscal pelo próprio fornecedor, entretanto, na nota fiscal de aquisição dos produtos, estão classificados nas posições corretas do código NCM, portanto, fazendo jus ao benefício isencional.

O autuante contesta a alegação defensiva, dizendo que o que se discute é a aplicabilidade ou não da isenção prevista no Anexo único do Convênio 01/99, que é taxativa aos produtos que tem os códigos NCMs ali indicados, e que o artigo 111 do CTN, determina interpretação literal na concessão de isenção tributária.

O entendimento predominante no âmbito do CONSEF, tem sido no sentido de que o benefício isencional somente é aplicável quando, necessariamente, há uma perfeita adequação entre o código NCM e a descrição constante na norma respectiva. Significa dizer que inexistindo tal adequação, prevalece a tributação normal do imposto incidente sobre a operação.

O Convênio ICMS 01/99, expressamente identifica, em seu Anexo Único, os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde que se encontram amparados pelo benefício isencional, apresentando o código NCM e a descrição correspondente.

Significa dizer, que não é suficiente que os produtos tenham os códigos NCMs discriminados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, sendo inaplicável a isenção, se a descrição desses produtos não coincidir com o produto expressamente indicado no referido Anexo único, salvo se restar comprovado que, apesar de não haver tal coincidência, se tratar do mesmo produto com uma descrição diversa dada pelo fornecedor, emitente do documento fiscal, aliás, registre-se, conforme alegado pelo autuado no presente caso.

Certamente que não se pode conceber, que a partir de um código NCM constante no Anexo único do Convênio 01/99, sejam inseridos no benefício isencional outros equipamentos e insumos não constantes expressamente no aduzido anexo, daí a necessidade de observância da disposição do artigo 111 do CTN, não no sentido de uma interpretação unicamente literal, haja vista que afastada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais, mas sim restritiva, a fim de afastar qualquer interpretação ampliativa por parte do intérprete, considerando que haverá o risco de se inserir na norma, por interpretação ampliativa, produtos que os Estados ao celebrarem em reunião do CONFAZ o Convênio 01/99 não pretenderam incluir no benefício isencional.

Conforme consignado acima, o autuado alega que os produtos que relaciona são os mesmos discriminados no Convênio 01/99, contudo, ocorreu que o fornecedor emitente das notas fiscais, deu uma descrição diversa da constante não referido anexo, decorrendo desse fato a autuação.

Por certo, que se comprovada a alegação defensiva de se tratar do mesmo produto, há que se excluir da autuação os valores exigidos, haja vista que indevidos, prevalecendo no caso o princípio da verdade material.

Cumprе consignar, que os produtos aduzidos pelo autuado foram discriminados nas notas fiscais emitidas pelo fornecedor com o nome comercial, sendo que todos foram objeto de pesquisa, inclusive nos sites específicos, por parte desta Junta de Julgamento Fiscal, inclusive na sessão de julgamento foram objeto de discussão que contou com a participação do ilustre representante do autuado.

As mercadorias relacionadas pelo autuado foram as seguintes:

NCM	Descrição
3006.10.90	TELA CIRUR PREM MESH 30 X 30
3006.10.90	TELA MARLEX BARD 10X14 - 26X36CM P
3006.10.90	TELA MARLEX BARD 15X15 - 6X6 CM
3926.90.90	FRASCO PARA NUTRICA0 ENTERAL 100ML
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 20FR X 2,3CM MARCA (sonda)

9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 20FR X 2,5CM MARCA
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 20FR X 3,0 CM MARCA
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 24FR X 2,5CM MARCA BALLARD
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 24FR X 3,0 CM MARCA BALLARD
9018.39.29	BOTTON MIC-KEY 24FR X 3,5CM MARCA BALLARD
9018.39.29	CATETER DE INF.VEN. 2 VIAS 7FRX20CM P
9018.39.29	CATETER DE INF.VEN.3 VIAS 7FRX20CM C
9018.39.29	KIT GASTROTOMIA 24 FR BALLARD
9018.39.29	KIT P/ GASTROS ENDOSC 20FR
9018.39.29	SONDA G TUBE GASTROSTOMIA 20 FR
9018.39.29	SONDA G TUBE GASTROSTOMIA 24 FR
9018.39.29	SONDA P NUTRICAÇÃO ENTERAL 12 KASTNER
9018.39.29	TRACH CARE ELBOW 16FR
9018.39.29	TROCARTER APPLIED 11/100MM
9018.90.95	CARGA P/ GRAMPEADOR GIA DST 80 38
9018.90.95	GRAMPEADOR GIA DST 8038- GIA 8038S

A análise das alegações defensivas, especialmente dos elementos anexados à peça defensiva, na qual identificou cada item, em confronto com as planilhas elaboradas pelo autuante permitiu concluir o seguinte:

- (i) não consta nas planilhas do autuante itens com denominação “TELAS”;
- (ii) do mesmo modo, não existe nas planilhas itens com a denominação “BOTTON”;
- (iii) também não se identificou os itens “CATETER”;
- (iv) os itens “KIT GASTROTOMIA E KT P/GAST” constam na autuação;
- (v) o item “SONDA” apesar de constar na planilha do autuante não está sendo exigido imposto;
- (vi) o item “TROCARTER” consta da infração 1. Vale registrar que representa parte substancial da autuação;
- (vii) os itens “CARGA P/GRAMPEADOR e GRAMPEADOR GIA” também não constam da autuação;
- (viii) apesar de constar o item “FRASCO”, na planilha do autuante o NCM é 3926.90.30 e não 3926.90.90, conforme alegado pelo autuado e não consta do Anexo único do Convênio 01/99.

Por certo que a ausência de uma clara adequação entre o código NCM e a descrição constante no Anexo único do Convênio 01/99, exige que o contribuinte apresente elementos de provas inconteste, no sentido de demonstrar que o produto descrito de forma diversa da que consta na norma se trata do mesmo produto, o que não ocorreu no presente caso.

Diante disso, considerando que na infração 1 foram arrolados os produtos com os códigos NCMs 3926.90.30 - FRASCO PARA NUTRICAÇÃO ENTERAL 100ML; 9018.39.29 -TROCARTER APPLIED 11/100MM; 9018.39.29 - KIT GASTROTOMIA 24 FR BALLARD e 9018.39.29 - KIT P/ GASTROS ENDOSC 20FR, esta infração é subsistente, haja vista que as razões defensivas não foram suficientes para elidir a acusação fiscal, haja vista que referidos produtos não constam do Anexo único do Convênio 01/99, conforme a acusação fiscal.

Assim sendo, a infração 1 é subsistente.

Quanto à infração 2, constata-se a existência de diversos produtos com códigos NCMs não impugnados pelo autuado, sendo que, relativamente aos produtos com códigos NCMs impugnados, verifica-se que não há exigência fiscal no tocante ao código NCM 3006.10. 90.

Observa-se que entre os códigos NCMs objeto de impugnação, nos quais há exigência do imposto nesta infração, consta NCM 9018.90.95 – clipe de ligação e 9018.39.29 – TROCAR KII, sendo que referidos produtos não constam no Anexo único do Convênio 01/99, portanto, cabível a exigência do imposto, conforme a autuação, haja vista que se trata de produtos cujas operações não são amparadas por isenção.

Diante disso, a infração 2 é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210404.0003/19-1**, lavrado contra **PROMEBA PRODUTOS MÉDICOS DA BAHIA LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.289,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no 42, II, alíneas “a”, e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR