

A. I. Nº - 298945.0027/21-0
AUTUADO - CORAMED COMÉRCIO DE ARTIGOS MÉDICOS LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e
JOSERITA MARIA SOUSA BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/09/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-03/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações tributadas. Os cálculos foram refeitos pelos Autuantes para excluir operações de saídas tributadas comprovadas pelo Defendente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2021, refere-se à exigência de R\$ 221.696,59 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 220.517,09.

Infração 02 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de agosto e dezembro de 2016; maio e junho de 2017. Valor do débito: R\$ 1.179,50.

Consta, na descrição dos fatos: Saídas de mercadorias tributadas normalmente como se fossem isentas, sem o destaque do imposto no documento fiscal e sem o consequente lançamento do respectivo débito nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2016 e 2017. Tudo conforme os arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD transmitida pelo contribuinte, documentos fiscais eletrônicos emitidos pelo contribuinte e a ele destinados, bem como as planilhas que estão gravadas no CD constante do Anexo III.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 32 a 39 do PAF. Afirma que de acordo com a Fiscalização, o Impugnante teria se beneficiado de isenções ou operações não tributadas, nos anos de 2016 e 2017, quando, em verdade, as operações deveriam ser tributadas normalmente pelo ICMS.

Alega que no rol de operações auditadas pela Fazenda Pública Estadual há notas fiscais que atestam situação de isenção ou bonificação, afastando a incidência do referido tributo. Diz que de acordo com os documentos em anexo, as Notas Fiscais de entrada de números 2670 e 3632 tratam de operação de “REMESSA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO”, o que é isento de ICMS pelo art. 7º, IX do RICMS-SP, já que as mercadorias são oriundas do Estado de São Paulo. Assim sendo, quando da saída do produto, em bonificação, este também foi com a CST 050, a mesma da entrada.

Informa que a Nota Fiscal 107290 traz produto que, de fato, é isento ao ICMS (OXIGENADOR), conforme NCM SH nº 9018.90.10, constante do Convênio ICMS 01/99 do CONFAZ. Afirma que o

mesmo se aplica à Nota Fiscal nº 118069, onde o produto CARDIOBLATE também se encontra no Convênio ICMS 01/99 do CONFAZ como isento (NCM SH nº 9018.90.99).

Também alega que há casos em que foram identificadas operações com produtos tributados que não foi destacado o ICMS, embora o CST destacado na nota seja de tributado. Outros casos o CST no cadastro do produto encontra-se tributado, todavia o que consta na nota é o CST de redução da base de cálculo.

Alega, ainda, a existência de produtos cadastrados como isentos, que não foram alocados nas descrições do Convênio 01/99, por isso o Fiscal entendeu que deveriam ser tributados, o que não procede. Há, também, produtos enquadrados na SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, que em sua saída não há tributação por ICMS, posto que já foram tributados em fase anterior da cadeia.

Analisando a documentação em anexo, alega que muitos dos casos auditados pelo Fisco não se enquadram nas infrações imputadas, tendo sido, mesmo assim, incluídos pelo Autuante no Auto de Infração, devendo estes serem excluídos. Para tanto, traz a documentação necessária para a verificação por parte desta Junta de Julgamento Fiscal.

Destaca que algumas das competências auditadas e, posteriormente, com crédito constituído através do Auto de Infração em questão já estão fulminadas pela decadência, tendo o Fisco perdido o direito de promover a constituição do crédito tributário em relação a certo período.

Diz que o Auto de Infração foi lavrado no dia 30 de junho de 2021, sendo certo que esta é a data em que o servidor público competente constituiu o crédito tributário ali descrito (que agora está com a exigibilidade suspensa por força da Impugnação).

Sendo assim, respeitando a prazo quinquenal próprio da decadência em matéria tributária, afirma que nenhuma circunstância ocorrida antes de 30 de junho de 2016 poderá sofrer fiscalização para fins de constituição de crédito tributário, “justamente por já ter sofrido os efeitos da prescrição”.

Conclui que há no Auto de Infração créditos tributários constituídos em relação a períodos já fulminados pelo prazo decadencial, não mais podendo ser passíveis de constituição por parte da Fazenda Pública baiana.

Requer que essa Junta de Julgamento Fiscal decida pela improcedência do auto de infração, também neste particular, extinguindo as verbas constituídas em relação a fatos ocorridos antes do dia 30 de junho de 2016.

Acrescenta que a aplicação de multa no patamar de 60% do valor do tributo fere a orientação legal e jurisprudencial do Brasil que possuem regramentos e princípios norteadores do Direito Tributário que direcionam coercitivamente a aplicação de multas em desfavor dos contribuintes, tendo a multa aqui discutida afrontado tais orientações, conforme ficará devidamente evidenciado nas linhas a seguir.

De início, menciona ensinamentos de Júlio César Krepsky que, citando o voto do Ministro Leitão de Abreu, referenda a natureza punitiva e intimidatória das multas por infrações tributárias.

Reproduz o art. 150, IV da Constituição Federal e afirma que no presente caso, verifica-se que as multas aplicadas estão no patamar de 60% do tributo devido, restando evidente que não há proporcionalidade entre as infrações apuradas e o valor da sanção pecuniária aplicável, o que reveste a multa aqui discutida de notórios e flagrantes aspectos confiscatórios, ferindo de morte o Princípio do Não Confisco estabelecido na Constituição Federal através do seu art. 150, inciso IV.

Caso se decida que tal interpretação de mostra benéfica ao contribuinte, entende que se faz mister destacar que tal interpretação benéfica é determinada pelo Código Tributário Nacional através do seu art. 112.

Alega que é no mínimo grave a atitude do Fisco ao impor uma multa em montante desarrazoadamente alto. É visível o caráter meramente arrecadatório e abrangentemente confiscatório do ato em questão, que vai de encontro a toda jurisprudência vigente nos tribunais

de apelação e nos tribunais superiores do nosso país. Cita exemplo e ressalta que o Supremo Tribunal Federal já sedimentou o entendimento de que é absolutamente possível a aplicação do Princípio do Não Confisco às multas relativas aos tributos. Menciona decisão recente do STF.

Conclui que fica evidenciado o efeito de confisco na imposição da multa ora discutida. Dessa maneira, penalizam-se as atividades da empresa, que não pode abrir mão de seu capital de giro para satisfazer a sanha confiscatória do Estado. Em última análise, admitir como legítimo o dever do adimplemento de tal obrigação, seria o mesmo que condenar a propriedade privada a ser efetivamente consumida por via de um ato estatal.

Diante de todo o exposto, afirma restar evidente o caráter confiscatório da multa aplicada através do Auto de Infração em epígrafe, evidenciando sua natureza inconstitucional perante o entendimento pacificado dos tribunais e a violação expressa ao art. 150, IV da Constituição Federal.

Por todas as razões descritas na Impugnação, roga que a peça defensiva seja devidamente recebida e processada, devendo, ao final, ser integralmente acolhida para anular o crédito constituído e aqui combatido, afirmando que os argumentos aqui elencados demonstram que não foram cometidas as infrações impostas, conforme demonstrativos analíticos e documentos em anexo, além de haver configurada a decadência em relação há algumas competências.

A autuante Joserita M. S. Belitardo de Carvalho presta informação fiscal às fls. 107 a 116 dos autos. Diz que no item 1.1 da peça defensiva, o Autuado aborda de forma conjunta as Infrações 01 e 02, alegando que “...no rol de operações auditadas ... há notas fiscais que atestam situação de isenção ou bonificação, afastando a incidência do referido tributo”.

Esclarece que as operações em bonificação estão, sim, sujeitas à incidência do ICMS, como nos mostram os artigos 1º e 2º da Lei 7014/96. Na sequência, buscando embasar o que diz, a defesa citando as “... Notas Fiscais de entrada de números 2670 e 3632 ...”, informando que as mesmas “...tratam de operação de “REMESSA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO”, ...”. Diante de tal informação diz que foi apurar se as ditas notas fiscais constam das planilhas “FaltaRecICMS-OpTribComoIsenta-NFitens” e “DébMenor-DoaçãoBonif-NFitens”, gravadas no CD constante do Anexo. Constatou que as citadas “... Notas Fiscais de entrada de números 2670 e 3632 ...” não estão nas planilhas “FaltaRecICMS-OpTribComoIsenta-NFitens” e “DébMenor-DoaçãoBonif-NFitens”, que apuram as infrações 01 e 02 ora discutidas, o que torna tal alegação da defesa incapaz de alterar o que está posto no presente Auto de Infração.

Diz que a defesa cita a Nota Fiscal 107290, afirmando que a mesma traz produto “...isento ao ICMS (OXIGENADOR), conforme NCM SH nº 9018.90.10 constante do Convênio ICMS 01/99 do CONFAZ”. Verificando o que diz a defesa, conclui que lhe assiste razão, de modo que excluiu a dita nota fiscal 107290 da planilha “DébMenor-DoaçãoBonif-NFitens”, que apura a Infração 02. Informa que os novos valores da Infração 02 estão nas planilhas denominadas “DébMenor-Bonif-Lista-NF-INF FISCAL” e “DébMenor-Bonif-ResDeb-INF FISCAL”, gravadas no CD à fl. 24.

Registra que a defesa menciona também a Nota Fiscal 118069, que contém o produto CARDIOBLATE SISTEMA DE ABLAÇÃO CIRURGICA BIPOLAR-68000, alegando que o mesmo “...se encontra no Convênio ICMS 01/99 do CONFAZ como isento (NCM SH nº 9018.90.99)”. Informa que foi verificar o que vem a ser tal produto. Em www.unimed.coop.br- UNIMED RIO GRANDE DO SUL é informado que o “... sistema Cardioblade é composto de gerador de radiofrequência, caneta para ablação, pedal de controle e cabo de dispersão utilizados para o tratamento ablativo da fibrilação atrial.”, acrescentando que em determinadas “...situações clínicas, ...” o tratamento ablativo da fibrilação atrial “... pode evitar o uso contínuo de medicação e/ou controlar ...” a “... arritmia em pacientes sem resposta adequada à terapia farmacológica.”. Diz que o estudo encontrado em www.unimed.coop.br- UNIMED RIO GRANDE DO SUL, informa que “Diversas séries de casos e ensaios clínicos utilizaram o equipamento Cardioblade® para geração de

radiofrequência em procedimentos cirúrgicos de ablação de fibrilação atrial, associados ou não a diferentes tipos de cirurgias cardíacas, com e sem circulação extra-corpórea ...”. Já em www-medtronic, fabricante do produto, ficou sabendo que o SISTEMA DE ABLAÇÃO CIRÚRGICA CARDIOBLATE BP2 “...utiliza energia de ...” radiofrequência “... bipolar irrigada para fornecer aos cirurgiões um meio de ablação de tecido com facilidade e simplicidade ...”, de modo que “... o Sistema Cardioblade BP2 (dispositivo BP2, caneta monopolar e gerador) permite realizar procedimentos de ablação cirúrgica de maneira mais oportuna.”, constando, ainda, no dito endereço eletrônico que o “dispositivo BP2” do “Sistema Cardioblade BP2”.

Feitos os esclarecimentos acima, informa que foi verificar no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, se lá existe, com NCM 9018.90.99, o produto ora discutido. Para facilitar a análise transcreve abaixo o que tem no citado Convênio.

ANEXO ÚNICO		
ITEM	NCM	EQUIPAMENTOS E INSUMOS
52	9018.90.99	Bolsa para drenagem
53	9018.90.99	Linhas arteriais
54	9018.90.99	Conjunto descartável de circulação assistida
55	9018.90.99	Conjunto descartável de balão intra-aórtico
195	9018.90.99	Linhas venosas.

Por tudo quanto discutido e mostrado previamente, entende que o produto CARDIOBLATE SISTEMA DE ABLAÇÃO CIRURGICA BIPOLAR-68000 ora discutido, seja quanto à sua descrição ou, mais importante, seja quanto ao seu uso, não guarda qualquer semelhança com os produtos constantes do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 que tem NCM 9018.90.99. Sendo assim, não acata o que traz a defesa.

Diz a defesa alega que identificou no presente Auto de Infração “...operações com produtos tributados que não foi destacado o ICMS, embora o CST destacado na nota seja de tributado. Outros casos o CST no cadastro do produto encontra-se tributado, todavia o que consta na nota é o CST de redução da base de cálculo.”. Ainda no item 1 da defesa, denominado “DOS FATOS E DO DIREITO”, o autuado assevera que identificou no Auto de Infração ora combatido, produtos “...isentos, que não foram alocados nas descrições do Convênio 01/99, ...”, bem como “...produtos enquadrados na SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, que em sua saída não há tributação por ICMS, posto que já foram tributados em fase anterior da cadeia”. Concluindo, a defesa informa que na “... documentação em anexo verifica-se que muitos dos casos auditados pelo Fisco não se enquadram nas infrações imputadas...”, pedindo então que os mesmos sejam excluídos do lançamento.

Verificando a documentação acostada pela defesa, informa que encontrou a tabela denominada DOC. 02, que traz na coluna “Trib. Sistema” a tributação dos diversos produtos. Nesta coluna, “Trib. Sistema”, a defesa informa a tributação dos produtos usando as letras I (isento), ST (antecipação tributária), T (tributado) e O (outras). Ressalta que os produtos constantes do DOC. 02 são os que constam da Infração 01.

Faz a análise do que consta do DOC. 02 da defesa para os produtos que o Autuado considerou como O (outras), I (isento) e ST (antecipação tributária), eis que a defesa reconhece os demais itens como normalmente tributados.

Produtos classificados pela defesa como O (outras). Os produtos ora tratados são os que constam do quadro abaixo.

CodItem	NCM	DescrItem
113632	'84716062'	MONITOR LCD 19"- TELA PLANA NTSC H-TECH - 16-2031-I

113633	'90181910'	CABO FIBRA ÓTICA 5.5mm - 2.25m CINZA H-TECH - CFO-U-C
113635	'90189099'	FONTE DE LUZ XENON 300 100W 30° - 16-2020
113638	'85254000'	CAM. VIDEO CHIP HAD CCD 1/3" - 16-2008
113640	'90181920'	INSUFLADOR CO2 30 LITROS - H-TECK 16-2041N

Afirma que a análise da tributação de tais produtos mostra que os mesmos estão sujeitos à tributação normal pelo ICMS, eis que não constam do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, nem tampouco do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/12. Sendo assim, os mantém no presente lançamento.

Produtos classificados pela defesa como ST (antecipação tributária). Os produtos com tal classificação são os que constam do quadro a seguir mostrado.

CodItem	NCM	DescrItem
115286	'30059090'	HYDROCOLL 10X10CM - 900938
115375	'30059090'	SWAB DE ALCOOL BIOSOMA - L-02
116748	'30021039'	TISSUCOL 1.0ML (VHSD) FIB.HUMAN.BOV.TROMB.HUM.-1501933
116761	'30021039'	TISSUCOL 2.0ML (VHSD) FIB.HUMAN.BOV.TROMB.HUM.-1501934
116762	'30021039'	TISSUCOL 5.0ML (VHSD) FIB.HUMAN.BOV.TROMB.HUM.-1501935
116763	'30021039'	FLOSEAL (5ML)- 934057
117159	'30059090'	KERLIX AMD GAZE C/02UND - 6662
117171	'30059090'	GASE EXCILON AMD 10 X 10 CM - 7088
117191	'30059090'	ALG CALCIO PLUS CURASORB 30CM - 9231
117538	'30021039'	TISSEEL VHSD LYO 2ML.-1504503
117571	'30021039'	TISSEEL VHSD LYO 10ML - 1504505
117663	'30021039'	TISSEEL VHSD LYO 4ML.-1504504
117839	'30059090'	CURATEC ALGINATO DE CALCIO E SODIO 10CM X 20CM - K27102
117843	'30059090'	CURATEC GAZE ANTIMICROBIANA 10CM X 10CM (02UND) - K37
117855	'30059090'	COMPRESSA EM PETROLATUM 7.6CM X 20.3CM - K290203
117879	'30059090'	CURATEC ALGINATO CALCIO E SODIO FITA 30CM - K270030
118060	'34029090'	CURATEC GEL DE LIMPEZA 100ML - K372002
118064	'30059090'	CURATEC ALGINATO CÁLCIO E SÓDIO 5 X 5CM - K270505
118121	'73261900'	CARRINHO CIRURGICO AÇO CARBONO -025

Informa que no quadro acima se encontram produtos com as NCM 3002.10.39, 3005.90.90, 3402.90.90 e 7326.19.00.

Diz que os produtos acima listados com as NCM 3002.10.39 e 3005.90.90 foram incluídos por engano na presente apuração, eis que são, realmente, sujeitos à antecipação do ICMS, de modo que os excluiu do cálculo do débito. Os novos valores da Infração 01 estão nas planilhas denominadas “FaltaRecICMS-OpTrib-Isenta-ResDeb-InFiscal” e “FaltaRecICMS-OpTrib-Isenta-ListaNF-InFiscal” gravadas no CD à fl.24.

Informa que o produto com NCM 3402.90.90 é o CURATEC GEL DE LIMPEZA 100ML - K372002. Consultando o Anexo 1 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/12, constata-se que tal NCM lá não se encontra, o que nos leva a concluir que, efetivamente, o produto em apreço é tributado normalmente pelo ICMS, o que justifica a sua manutenção no presente lançamento.

Para a NCM 7326.19.00 temos no lançamento ora combatido o produto CARRINHO CIRURGICO AÇO CARBONO -025. No Anexo 1 do RICMS-BA/2012, pelo Decreto 13.780/12, temos a NCM 7326, sendo que lá existe apenas um produto a ela associado que é “Abraçadeira”. Não carece muita explicação para demonstrar que o produto CARRINHO CIRURGICO AÇO CARBONO -025, não pode ser tomado como sendo uma “Abraçadeira”. Logo, só resta manter o produto em tela na presente apuração.

Produtos classificados pela defesa como I (isento). Os produtos com tal classificação são os que constam do quadro a abaixo.

CodItem	NCM	DescrItem
116830	'34029039'	ENZYMEX L9 25ML - ENZ
3431	'90183929'	CATETER DIAG. JL 3.5
3546	'90183929'	CAT.P/SUBCLAVIA TRIPL. LUMEN P/HEM.12FRx20CM-CV-15123-F
116794	'90183929'	CATETER HEMODIALISE TRIP. LUMEM12FRx20cm - CV-15123-F
118184	'90183929'	CATETER VEN.CENT.C/SERINGA T.LUMEN 7FRX20CM- CV-15703-E
116834	'90183929'	BALAO EXTRATOR DE CALCULOS - SSEC-7
117945	'90183929'	POWERPORT CHORONOFLEXPONTA ABERTA MRI - 8808060
118085	'90183929'	POWERPORT COM CHORONOFLEX PONTA ABERTA - 8716001
118195	'90183929'	POWERPORT CHORONOFLEXPONTA ABERTA MRI - 8808061
118278	'90183929'	POWERPORT CHORONOFLEX PONTA ABERTA MRI - 8806060
118287	'90183929'	CATETER ARTERIAL 18 GA X 8CM - SAC-00818.

Informa que todos os produtos acima, exceto o ENZYMEX L9 25ML - ENZ com CodItem 11683, que a defesa diz serem isentos, tem NCM 9018.39.29. Faz a seguir a análise de cada um deles para verificar a sua tributação.

CodItem 116830 - ENZYMEX L9 25ML. O produto em apreço tem NCM 3402.90.39, como vemos no quadro acima, e a defesa afirma ser o mesmo isento do ICMS. Sendo assim, fomos consultar o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e lá não encontramos tal NCM. De qualquer modo, resolve verificar também o Anexo 1 do RICMS-BA, Decreto 13.780/12, para verificar se o produto em análise seria sujeito à antecipação do ICMS, constatando que tal NCM lá não se encontra. Do exposto, conclui que o produto ENZYMEX L9 25ML está sujeito à tributação normal pelo ICMS, de sorte que o mantém no lançamento ora combatido.

Na sequência analisa os produtos com NCM 9018.39.29 e, para facilitar a análise dos mesmos, reproduz abaixo a parte do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 com a dita NCM.

ITEM	NCM	EQUIPAMENTOS E INSUMOS
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

Consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, anteriormente mostrado, diz que não se encontra qualquer CATETER ANGIOGRÁFICO. Sendo assim, e considerando a determinação contida no art.111 do Código Tributário Nacional – CTN quanto à obrigação de interpretarmos literalmente a legislação que trate de outorga de isenção, não pode esta fiscalização acatar o que pede a defesa.

CodItem 3546, 116794 e 118184- CAT.P/SUBCLAVIA TRIPL. LUMEN P/HEM.12FRx20CM-CV-15123-F, CATETER HEMODIALISE TRIP. LUMEM12FRx20cm - CV-15123-F e CATETER VEN.CENT.C/SERINGA T.LUMEN 7FRx20CM- CV-15703-E. Os produtos em tela tratam-se de cateteres triplo lumen. A consulta ao Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 indica a existência de cateter DUPLO LUMEN, não existindo lá qualquer um descrito como sendo TRIPLO LUMEN. É o que nos mostra a parte do multicitado Anexo Único, anteriormente transcrita, contendo produtos com NCM 9018.39.29. Por tudo quanto acima discutido, e considerando que a legislação que trate de outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, conforme manda o art.111 do Código tributário Nacional – CTN, não pode esta fiscalização acatar o que pede a defesa.

CodItem 116834 - BALAO EXTRATOR DE CALCULOS - SSEC-7. Consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, para produtos com NCM 9018.39.29, anteriormente transcrito, constatou que lá não existe qualquer produto que possa ser tomado pelo BALAO EXTRATOR DE CALCULOS aqui

em discutido. Do exposto, e considerando o mandamento contido no art.111 do Código tributário Nacional – CTN quanto à obrigação de interpreta literalmente a legislação que trate de outorga de isenção, não há como concordar com o que advoga a defesa.

CodItem 117945, 118195, 118278 e 118085 – Para os produtos com CodItem 117945, 118195 e 118278 temos o POWERPORT CHORONOFLEXPONTA ABERTA MRI – nos modelos 8808060 e 8808061, e para o produto com CodItem 118085 temos o POWERPORT COM CHORONOFLEX PONTA ABERTA – no modelo 8716001. Aqui cabe esclarecer que os CodItem 117945 e 118278 representam, na verdade, o mesmo produto, a saber, o POWERPORT CHORONOFLEXPONTA ABERTA MRI – modelo 8808060. O primeiro dos produtos em tela, POWERPORT CHORONOFLEX PONTA ABERTA MRI, está registrado na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA sob o número 80689090103, e o segundo sob o número 80689090096, conforme podemos ver no endereço eletrônico consultas.anvisa.gov.br, sendo o nome técnico para ambos “Kit para Cateter Venoso”. No mesmo endereço eletrônico aprendemos que o POWERPORT CHORONOFLEXPONTA ABERTA MRI existe nos modelos “8806060; 8806061; 8808060; 8808061” enquanto o POWERPORT COM CHORONOFLEX PONTA ABERTA está disponível nos modelos “8706060; 8706061; 8716000; 8716001; 8708060; 8708061”. Ainda na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ficamos sabendo que os PowerPort com Chronoflex Ponta Aberta, e Ponta Aberta MRI, são dispositivos “... de acesso implantável concebidos para proporcionar acesso repetido para o sistema vascular” , sendo indicados “...para a administração de fluídos e medicamentos, assim como para a extração de amostras de sangue através de portais vasculares cirurgicamente implantados, ...”. Sua “... utilização é também recomendada para a injeção meio de contraste no sistema venoso central ...”. Demonstrado o que sejam os produtos ora discutidos, fomos verificar no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 se os mesmos lá se encontram, constatando, então, que no dito Anexo Único não existe qualquer produto, com a citada NCM 9018.39.29, que, minimamente, lhes seja assemelhado. Sendo assim, e atendendo ao que está posto no art.111 do Código tributário Nacional – CTN, quanto à obrigação de interpretarmos literalmente a legislação que trate de outorga de isenção, mantemos integralmente o lançamento em lide.

CodItem 118287 - CATETER ARTERIAL 18 GA X 8CM - SAC-00818. O produto em análise foi adquirido pela autuada através, dentre várias outras, das notas fiscais de números 113355, 115500, 118070. O mesmo está registrado na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, endereço eletrônico consultas.anvisa.gov.br, sob o número 10296490009, onde está posto que tal produto é um “Kit de Cateterização Arterial”, existindo em diversos modelos. Buscando informação sobre o que vem a ser “Cateterização Arterial”, encontramos em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/Poster_puncao_arterial.pdf que “A cateterização arterial constitui o modo mais preciso de monitorização da pressão arterial, conhecida como pressão arterial invasiva (PAI), que consiste na introdução de um catéter em uma artéria por punção percutânea direta ou através de dissecação.”. Feitos os esclarecimentos sobre o que seja o produto em tela, bem como sobre seu uso, fomos consultar o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 para ver se o mesmo lá se encontra. Fato é que não encontramos no dito Anexo Único qualquer produto que possa ser tomado por o ora discutido. Sendo assim, e considerando que a legislação que trate de outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, com bem nos manda o art.111 do Código Tributário Nacional – CTN, só nos resta manter no presente lançamento o CATETER ARTERIAL 18 GA X 8CM - SAC-00818.

Quanto ao argumento referente à decadência, diz que no presente caso o contribuinte deixou de recolher integralmente os valores do ICMS devido, aliás, nem mesmo destacou o valor do imposto nos documentos fiscais emitidos. Sendo assim, no presente caso, a contagem do prazo decadencial deve ser feita com base no que dispõe o Artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. Como visto, impossível acatar o que pede a defesa.

Sobre a alegação “DA MULTA EM CARATER CONFISCATÓRIO”, esclarece que todas as penalidades aplicadas obedeceram ao que manda a Lei 7.014/96, de modo que não existe pertinência no que expõe a defesa.

Diz que o Autuado conclui sua defesa pedindo que sejam acolhidas suas alegações, deixando, contudo, de trazer elementos que sustentem o que pleiteia.

Conclui a análise da peça de defesa, afirmando que foi excluído o que foi acatado pela fiscalização, pedindo que sejam os valores remanescentes julgados procedentes.

O Defendente apresentou manifestação às fls. 122/123 dos autos. Reitera os termos da impugnação apresentada no que for pertinente e requerendo a anulação do Auto de Infração. Também reitera os argumentos relativos à decadência suscitada e pugna pela realização de sustentação oral e julgamento a ser pautado.

Sobre a Infração 02, diz que a Nota Fiscal 107290 contém o produto OXIGENADOR SORIN que saiu em bonificação como isento, o mesmo consta no cadastro NCM 9018.9099, segundo nota do fornecedor (anexo NF 176434), porém no Convênio 01/99, o que ocorreu foi erro de cadastro.

A Sessão de Julgamento foi acompanhada pelo Dr. Victor Hugo Costa Dos Santos de Santana, OBA/BA Nº 44.730

VOTO

O presente lançamento foi realizado em decorrência da constatação de infração à Legislação Tributária, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do lançamento.

O Defendente alegou que, respeitando a prazo quinquenal próprio da decadência em matéria tributária, nenhuma circunstância ocorrida antes de 30 de junho de 2016 poderá sofrer fiscalização para fins de constituição de crédito tributário.

Quanto ao argumento referente à decadência, a Autuante disse que no presente caso o contribuinte deixou de recolher integralmente os valores do ICMS devido, aliás, nem mesmo destacou o valor do imposto nos documentos fiscais emitidos. Sendo assim, no presente caso, a contagem do prazo decadencial deve ser feita com base no que dispõe o art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa*”.

O § 4º estabelece que, “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I do CTN.
3. Débito declarado com efetivação de pagamento parcial: O contribuinte apura o imposto e antecipa o pagamento parcial do montante devido (e declarado), ensejando a aplicação igualmente do § 4º, do art. 150, do CTN.
4. Débito declarado e não pago: Neste caso deve ser aplicada a previsão do art. 173, I, do CTN, considerando a interpretação de que, a Administração Tributária homologa é o pagamento e não o lançamento expedido pelo particular. Se não há pagamento, não há o que ser homologado.
5. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Considerando que no levantamento fiscal se apurou imposto não declarado e não pago, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

No caso em exame, foi apurado imposto por meio de levantamento fiscal relativo ao exercício de 2016, concluindo-se o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2021. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2021, Data de Ciência e de Leitura 06/07/2021, resta evidente que não se operou a decadência.

Quanto ao mérito, o presente lançamento trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O Defendente alegou que no rol de operações auditadas pela Fazenda Pública Estadual há notas fiscais que atestam situação de isenção ou bonificação, afastando a incidência do referido tributo.

as Notas Fiscais de entrada de números 2670 e 3632 tratam de operação de “REMESSA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO”.

Disse que a Nota Fiscal 107290 traz produto isento do ICMS (OXIGENADOR), conforme NCM SH nº 9018.90.10, constante do Convênio ICMS 01/99 do CONFAZ. O mesmo se aplica à Nota Fiscal nº 118069, onde o produto CARDIOBLATE também se encontra no Convênio ICMS 01/99 do CONFAZ como isento (NCM SH nº 9018.90.99).

Também afirmou que foram identificadas operações com produtos tributados que não foi destacado o ICMS, embora o CST destacado na nota seja de tributado. Outros casos o CST no cadastro do produto encontra-se tributado, todavia o que consta na nota é o CST de redução da base de cálculo. Existência de produtos cadastrados como isentos, que não foram alocados nas descrições do Convênio 01/99, por isso, o Fiscal entendeu que deveriam ser tributados, o que não procede. Há, também, produtos enquadrados na SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, que em sua saída não há tributação por ICMS, posto que já foram tributados em fase anterior da cadeia.

Na informação fiscal foi acatada parte das alegações defensivas sendo esclarecido que as operações em bonificação estão, sim, sujeitas à incidência do ICMS, e em relação à alegação referente a comodato, a Autuante esclareceu que as Notas Fiscais de entrada de números 2670 e 3632 ...” não estão nas planilhas que apuram as infrações 01 e 02 ora discutidas, o que torna tal alegação da defesa incapaz de alterar o que está posto no presente Auto de Infração.

Quanto ao produto CARDIOBLATE SISTEMA DE ABLAÇÃO CIRURGICA BIPOLAR-68000, ao analisar o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, NCM 9018.90.99, quanto à descrição ou, mais importante, quanto ao seu uso, não constatou qualquer semelhança com os produtos constantes do Anexo Único do mencionado Convênio ICMS 01/99, por isso, não pode ser acatada a defesa.

Vale salientar, que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. Se a descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação não corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, leva à conclusão de que os produtos não se encontram enquadrados naquele Convênio, conforme conclusão da Autuante.

Sobre o OXIGENADOR), NCM SH nº 9018.90.10, constante do Convênio ICMS 01/99, a Autuante afirmou que assiste razão ao Defendente, de modo que excluiu a nota fiscal 107290 da planilha “DébMenor-DoaçãoBonif-NFItens”, que apura a Infração 02. Os novos valores da Infração 02 estão nas planilhas denominadas “DébMenor-Bonif-Lista-NF-INF FISCAL” e “DébMenor-Bonif-ResDeb-INF FISCAL”, gravadas no CD à fl. 24.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o Defendente alegou que Nota Fiscal 107290 contém o produto OXIGENADOR SORIN que saiu em bonificação como isento, o mesmo consta no cadastro NCM 9018.9099, segundo nota do fornecedor (anexo NF 176434), porém no Convênio 01/99, o que ocorreu foi erro de cadastro.

Entendo que não há como acatar o argumento defensivo de erro na emissão de Nota fiscal. Os referidos documentos fiscais foram emitidos de forma regular, inexistindo qualquer possibilidade de retificação ou de se desconsiderar os dados consignados nas referidas Notas Fiscais.

Acato as exclusões efetuadas na Informação Fiscal, ficando o débito apurado na Infração 02 reduzido para R\$ 711,53, relativamente aos valores apurados nos meses de agosto de 2016, maio e junho de 2017, ficando inalterado o imposto exigido na Infração 01.

O Defendente alegou restar evidente o caráter confiscatório da multa aplicada através do Auto de Infração em epígrafe, evidenciando sua natureza inconstitucional perante o entendimento pacificado dos tribunais e a violação expressa ao art. 150, IV da Constituição Federal.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	220.517,09
02	PROCEDENTE EM PARTE	711,53
TOTAL	-	221.228,62

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298945.0027/21-0**, lavrado contra **CORAMED COMÉRCIO DE ARTIGOS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 221.228,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA