

PROCESSO - A. I. Nº 206855.0001/15-8
RECORRENTE - ORTHEK COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCESSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0206-03/16
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0020-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS nos documentos fiscais, e em relação aos materiais objeto da autuação não se aplica regra da isenção. Infração comprovada. O patrono da recorrente alega decadência para os fatos gerados dos meses janeiro a agosto de 2010. Verifica-se que a alegação suscitada socorre ao sujeito passivo, tendo em vista que a ciência da lavratura ocorreu em 25.09.2015, portanto, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, concluo pela exclusão do período dos fatos geradores citados. Pedido de diligência indeferida. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JJF nº 0206-03/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 25/09/2015 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 112.399,37 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2010.

A 3ª JJF apreciou a lide em 11/10/2016 e decidiu pela Procedência, em Decisão unânime (fls. 402 a 408), nos termos a seguir reproduzidos:

VOTO

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

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

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

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

O autuante informou que em relação ao Convênio ICMS 01/99, a Cláusula primeira cita apenas que as

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O deficiente apresentou um Parecer Técnico afirmando que os produtos listados no levantamento fiscal “são utilizados ou destinados em operações ortopédicas de fraturas e para uso ou atendimento em pessoas portadoras de deficiência física. Entendo que o referido Parecer não constitui prova irrefutável da efetiva da condição dos destinatários dos produtos.

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

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

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

Inconformada com a decisão de Primeira Instância a autuada interpôs Recurso Voluntário às fls. 418/422.

Preliminarmente, pede a nulidade do auto de Infração, pela não observância do art. 140 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), por equívoco na interpretação do auto de infração.

Sustenta que a partir da análise do Auto de Infração lançado pela Autoridade Fazendária e do Acórdão JJF 0206-03/16, infere-se que o mesmo possui erros e equívocos que tornam o Auto de Infração nulo.

Diz que ocorreram os seguintes erros:

1. *“Em folhas de pág 351 a 393 dos autos o fiscal autuante em nenhum momento contestou o parecer técnico informado pelo autuado. Além disso, no acórdão, página de nº4, é transcrito um texto atribuído ao fiscal autuante que não consta nos autos, conforme poderemos observar em leitura da manifestação do autuante abaixo:*

“Diz que o defendente não comprovou a condição do deficiente físico e o laudo apresentado as fls. 573/574 diz respeito as características técnicas dos produtos, onde se afirma que os produtos são utilizados por pessoas com deficiência da arcada dentária e maxilares, mas não comprova a condição de deficiente dos usuários dos produtos.” pág.4.

2. *“Outro erro do acórdão que nunca aconteceu foi transcrever que o autuado foi intimado pelo fiscal autuante a apresentar documentos comprobatórios, vejamos:*

Registra que o defendente foi intimado para apresentar documentação comprobatória quanto a condição dos destinatários de suas mercadorias, se portadores de deficiência física ou auditiva, mas não trouxe a prova efetiva da condição dos destinatários dos produtos, e as pessoas físicas elencadas pela defesa são profissionais da área odontológica e pessoas jurídicas prestadoras de serviços na mesma área, portanto, não preenchem a condição de serem prestadores de deficiência física ou auditiva.” pág. 5.

3. *“Outro erro cometido no julgamento foi relacionado ao nobre Relator do processo, que em julgamento ocorrido no dia 11 de Outubro de 2016, após ler as justificativas para o seu voto, deferindo a favor do auto de infração, em momento algum contestou o Parecer Técnico colacionado aos autos. Por tanto, a justificativa do Acórdão, que consta nas pág. 6 e 7, transcrita abaixo, ocorreram após encerramento da sessão de julgamento realizada em 11 de outubro de 2016.*

“O defendente apresentou um Parecer Técnico afirmando que os produtos listados no levantamento fiscal “são utilizados ou destinados em operações ortopédicas de fraturas e para uso ou atendimento em pessoas portadoras de deficiência física. Entendo que o referido Parecer não constitui prova irrefutável da efetiva da condição dos destinatários dos produtos.” pág. 6 e 7.

Aduz que tal contestação apresentada nas fls. 6 e 7, somente se tornaram conhecidas pelo advogado e o autuado, após julgamento, através de intimação recebida em 10 de novembro de 2016, visto que a mesma não foi apresentada (nem pelo relator, nem pelo fiscal autuante) em sessão de julgamento ocorrida em 11/10/2016.

Entende que fica claro que o fiscal autuante reconhece como verdadeiro a isenção de ICMS dos produtos comercializados pela autuada, prevista no Convênio ICMS 47/97, visto que não contestou o Parecer Técnico, no qual o profissional de saúde afirma que todos os produtos listados na planilha “Demonstrativo de saídas de mercadorias” o qual faz parte do auto de infração impugnado, são utilizados ou destinados em operações ortopédicas, de fraturas e para uso ou atendimento em pessoas portadoras de deficiência física.

Salienta que consectário lógico é o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que os produtos comercializados pelo recorrente fazem parte da isenção do ICMS, conforme Convênio ICMS 47/97.

Finaliza pedindo que seja:

- a) conhecido o presente recurso, sendo processada pelo órgão competente;
- b) convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas;
- c) reconhecida imediatamente a isenção em relação ao ICMS nos produtos listados pelo agente fiscal e consequentemente seja inaplicável o presente Auto de Infração.

Nas fls. 447-48, consta aditivo da peça recursal, onde requereu as mesmas conclusões e anexou documentos nas fls. 450/466.

Em nova junta de fls. 470-71, aponta que os documentos acostados que informa ter objetivo de comprovar por amostragem que notas fiscais constantes no Auto de Infração, onde se enquadram

no Convênio ICMS 47/97.

Assevera que, em busca da verdade, do contraditório e ampla defesa, solicita a esta 2ª CJF a análise dos documentos anexos, uma vez que em Acórdão de piso afirmou que o autuado/recorrente foi intimado pelo fiscal autuante a apresentar documentos comprobatórios e não o fez.

Volta a registrar o erro apontado ao item dois da primeira peça recursal de que *“nunca aconteceu foi transcrever que o autuado foi intimado pelo fiscal autuante a apresentar documentos comprobatórios”*. Acrescenta que nunca foi intimado a apresentar qualquer prova e assim, em virtude da falta de intimação por parte do fiscal autuante e por consequência cerceamento de defesa, solicita o autuado que os documentos anexos por amostragem, sejam analisados, a fim de conceder a empresa autuada, o direito de comprovar através de diligência completa.

Pede novamente pelo conhecimento, conversão de diligência afim de analisar os documentos acostados, reanálise das planilhas acostadas, para que ocorra a devida correção dos valores sancionatórios, solicita que seja intimada de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Na sessão de julgamento do dia 24/06/2017, o então relator (Paulo Sérgio Sena Dantas) juntamente com o colegiado de segundo grau converte os autos em diligência à INFAZ DE ORIGEM no sentido de se pronunciar sobre as provas documentais e alegações trazidas pelo recorrente, analisando-as e justificando se elidem, mesmo que parcialmente, as exigências que compõem a lide e, finalmente, caso necessário, apresente novos demonstrativos dos valores remanescentes. Posteriormente, a repartição fiscal deverá dar ciência ao sujeito passivo do resultado da diligência, fornecendo-lhe todos os demonstrativos porventura apensados na diligência, indicando o prazo de DEZ dias para, querendo, se pronunciar e, em seguida, enviar o PAF à PGE/PROFIS para elaboração de parecer jurídico, nos termos previstos no art. 137, II do RPAF.

Na manifestação do autuante, na conclusão da diligência, fls. 504/515, informou que em relação *“às fls. 417 a 439 dos autos, ...razões recursais, ...novos documentos e recolhimentos do ICMS-ST Transportes relativos às citadas exações, como provas de suas alegações”*, o recorrente não anexou aos autos, às fls. 417 a 439, novos documentos nem recolhimentos do ICMS-ST Transportes relativos às citadas exações, tendo apresentado, apenas, suas razões recursais, como provas de suas alegações.

Quanto às alegações de erros e equívocos, além de que *“não foi contestado o parecer técnico informado”*, pela autuada destacados pelo recorrente, pontuou que foi sim contestado, conforme destaca no acórdão de piso: *“Entendo que o referido Parecer não constitui prova irrefutável da condição dos destinatários dos produtos”*. Apontou que na decisão piso esclareceu ao contrário do que afirma o nobre defensor, consta nos autos, à fl. 373, referente ao primeiro dos dois acórdãos (1ª Câmara de Julgamento do CC/MG nº 21.541/14/1ª) transcritos, como prova documental, para os presentes autos.

Quanto à alegação de falta de intimado do autuado, destaca que consta nos autos, à fl. 378, refere-se ao segundo dos dois acórdãos como prova documental, para os presentes autos.

Reitera pela manifestação produzida quanto ao tema em foco, dizendo que tal parecer foi contestado sim pelo ilustre relator, pois informou que foi constatada a inaplicabilidade do conteúdo do art. 140 do RPAF (DECRETO Nº 7.626/99) ao tema em estudo, ratifica, o autuante, todos os termos da informação fiscal de fls. 351 a 393, ao tempo em que espera seja mantido, em todos os seus termos, o acórdão de fls. 402 a 408.

Acrescentou que à guisa de prova documental, 06 relatórios médicos a seguir enumerados e comentados relativo ao ADITIVO 1:

1. Às fls. 449/450, o relatório apresentado pelo médico Dr. Rafael Ribeiro informa que o paciente Rafael Gavião Farias foi submetido a osteossíntese do metacarpo, em 23/12/09, de fratura do 2º

- ao 4º MTC. Paciente era portador de uma deficiência física, produzida por trauma que, embora operado, permaneceu com seqüela em sua mão, com redução de função daquela.
2. Às fls. 451/453, o relatório apresentado pelo médico Dr. Cesar Dario informa que o paciente Welinton Raimundo Alves foi submetido a reconstrução de mão devido a deformidades em mão direita decorrente de esmagamento. Apresentava fraturas cominutas de radio distal, 4 MTC, base da FP do 2 e 3 Qd da mão, mais sofrimento de pele volar com perda de cobertura e lesão tendinosa direita. Realizou tratamento cirúrgico no dia 04/05/2010.
 3. Às fls. 454/455, o relatório apresentado pelo médico Dr. Cesar Dario informa que a paciente Viviane de Souza Costa foi submetida a osteossíntese de fratura cominuta do 4 MTC à direita, no dia 22/01/10, devido a deformidade óssea por fratura.
 4. Às fls. 456/457, o relatório apresentado pelo médico Dr. Ronald Barreto informa que o paciente Daniel da Cruz Oliveira foi operado no dia 03/06/10 no Hospital UNIMED para tratamento de deformidade na mão decorrente de trauma por arma de fogo tendo utilizado uma placa de travamento mais 12 parafusos corticais bloqueados de 2mm.
 5. À fl. 465, o relatório apresentado pelo médico Dr. Claudio Magalhães Fagundes informa que o paciente Marcos Oyama da Silva sofreu fratura distal do rádio esquerdo com deformidade acentuada do punho, sendo indicado tratamento cirúrgico para correção da deformidade estética e recuperação da função adequada do membro. Para a cirurgia foi necessária a utilização de placa específica para rádio distal com parafusos corticais do sistema 2.5. A cirurgia foi realizada por este profissional, no Hospital São Rafael, no dia 08/02/10.
 6. À fl. 466, o relatório apresentado pelo médico Dr. Claudio Magalhães Fagundes informa que o paciente Carlos de Jesus Santos sofreu fratura distal do rádio esquerdo com deformidade acentuada do punho, sendo indicado tratamento cirúrgico para correção da deformidade estética e recuperação da função adequada do membro. Para a cirurgia foi necessária a utilização de placa específica para rádio distal com parafusos corticais do sistema 2.5. A cirurgia foi realizada por este profissional, no Hospital São Rafael, no dia 10/02/10.

Em relação ao ADITIVO 2, destacou que mantém igual postura adotada com relação ao aditivo 1, traz aos autos, à guisa de prova documental, os mesmos 06 relatórios médicos descritos, porém, com acréscimos nos textos, a seguir enumerados e comentados:

Preliminarmente, expressa discordância com relação ao demonstrativo de fls.479/480, produzido pela recorrente.

Demonstra que os textos dos 06 relatórios referentes a esse aditivo 2 são os mesmos atinentes ao aditivo 1 acrescidos de modificações convenientes, conforme será visto, na forma que segue.

Em relação ao item 6 do aditivo 1 será posto em evidência, abaixo, mediante redução da fonte, e o seu texto será comparado ao do item 1 do aditivo 2, onde se constata que o médico, Dr. Claudio, e o paciente, Carlos, são os mesmos. De igual modo, o diagnóstico e o tratamento cirúrgico são os mesmos.

E o acréscimo de modificação conveniente, que constam dos textos juntados ao aditivo 2, nunca dos textos juntados ao aditivo 1, pode ser visto e resumido nas palavras: DEFICIÊNCIA FÍSICA, que foram acrescentadas ao texto com a intenção de fortalecer o relatório médico elaborado, ao insinuar que o paciente seria portador de deficiência física.

Afirma que o mesmo processo de comparação será levado a efeito com relação aos demais itens.

6. À fl. 466, o relatório apresentado pelo médico Dr. Claudio Magalhães Fagundes informa que o paciente Carlos de Jesus Santos sofreu fratura distal do rádio esquerdo com deformidade acentuada do punho, sendo indicado tratamento cirúrgico para correção da deformidade estética e recuperação da função adequada do membro. Para a cirurgia foi necessária a utilização de placa específica para rádio distal com parafusos corticais do sistema 2.5. A cirurgia foi realizada por este profissional, no Hospital São Rafael, no dia 10/02/10.

1. ADITIVO 2 - Às fls.481/482, o relatório apresentado pelo médico Dr. Claudio Magalhães Fagundes informa que o paciente Carlos de Jesus Santos sofreu fratura distal do rádio direito resultando em deficiência física do membro superior esquerdo sendo indicado tratamento cirúrgico para correção da deformidade e recuperação da função adequada do membro acometido. Para a cirurgia foi necessária a utilização de placa específica para rádio distal com parafusos corticais do sistema 2.5. A cirurgia foi realizada por este profissional, no Hospital São Rafael, no dia 10/02/10.

Assinala que o texto do relatório médico referente ao item 6-ADITIVO 1 foi manipulado, no intuito de nele ser acrescentada a afirmativa de que o paciente seria portador de deficiência física, conforme pode ser visto acima, no item 1 – ADITIVO 2.

Salienta, contudo, que tal afirmativa nada representa, já que não foi elaborada e juntada aos autos a imprescindível prova documental.

Sustenta que os relatórios trazidos aos autos, em razão das irregularidades apontadas, quedam-se frágeis como meio de prova.

3. ADITIVO 1 - Às fls. 454/455, o relatório apresentado pelo médico Dr. Cesar Dario informa que a paciente Viviane de Souza Costa foi submetida a osteossíntese de fratura cominuta do 4 MTC à direita, no dia 22/01/2010 devido a deformidade óssea por fratura.
2. ADITIVO 2 Às fls. 483/484, o relatório apresentado pelo médico Dr. Cesar Dario informa que a paciente Viviane de Souza Costa era portadora de deficiência física em decorrência de trauma sofrendo fratura cominuta do 4 metacarpo em mão direita. Sendo submetida a correção cirúrgica, no dia 22/01/2010, utilizando como material de síntese placa e parafusos do sistema 2.0mm.

Fala que o texto do relatório médico referente ao item 3-ADITIVO 1 foi manipulado, no intuito de nele ser acrescentada a afirmativa de que o paciente seria portador de deficiência física, conforme pode ser visto acima, no item 2 – ADITIVO 2. Saliente-se, contudo, que tal afirmativa nada representa, já que não foi elaborada e juntada aos autos a imprescindível prova documental.

Afirma que os relatórios trazidos aos autos, em razão das irregularidades apontadas, quedam-se frágeis como meio de prova.

2. Às fls. 451/453, o relatório apresentado pelo médico Dr. Cesar Dario informa que o paciente Welinton Raimundo Alves foi submetido a reconstrução de mão devido a deformidades em mão direita decorrente de esmagamento. Apresentava fraturas cominutas de radio distal, 4 MTC, base da FP do 2 e 3 Qd da mão, mais sofrimento de pele volar com perda de cobertura e lesão tendinosa direita. Realizou tratamento cirúrgico no dia 04/05/2010.
3. ADITIVO 2 - Às fls. 485/487, o relatório apresentado pelo médico Dr. Cesar Dario informa que o paciente Welinton Raimundo Alves apresentava deficiência física em mão direita decorrente de esmagamento. Foi constatado fraturas cominutas do rádio distal 4 MTC base da FP do 2 e 3 Qd da mão mais sofrimento de pele volar com perda de cobertura e lesão tendinosa. Realizou tratamento cirúrgico no dia 04/05/2010 para correção da deficiência para tal procedimentos foram utilizados placa e parafusos corticais 2.0mm.

O texto do relatório médico referente ao item 2-ADITIVO 1 foi manipulado, no intuito de nele ser acrescentada a afirmativa de que o paciente seria portador de deficiência física, conforme pode ser visto acima, no item 3 – ADITIVO 2.

Salienta, contudo, que tal afirmativa nada representa, já que não foi elaborada e juntada aos autos a imprescindível prova documental.

Volta a falar os relatórios trazidos aos autos, em razão das irregularidades apontadas, quedam-se frágeis como meio de prova.

5. ADITIVO 1 - À fl. 465, o relatório apresentado pelo médico Dr. Claudio Magalhães Fagundes

informa que o paciente Marcos Oyama da Silva sofreu fratura distal do rádio esquerdo com deformidade acentuada do punho, sendo indicado tratamento cirúrgico para correção da deformidade estética e recuperação da função adequada do membro. Para a cirurgia foi necessária a utilização de placa específica para rádio distal com parafusos corticais do sistema 2.5. A cirurgia foi realizada por este profissional, no Hospital São Rafael, no dia 08/02/10.

4. ADITIVO 2 - À fl.488/489, o relatório apresentado pelo médico Dr. Claudio Magalhães Fagundes informa que o paciente Marcos Oyama da Silva sofreu fratura distal do rádio esquerdo com deformidade acentuada do punho, sendo indicado tratamento cirúrgico para correção da deformidade estética e recuperação da função adequada do membro acometido. Para a cirurgia foi necessária a utilização de placa específica para radio distal com parafusos corticais do sistema 2.5. A cirurgia foi realizada por este profissional, no Hospital São Rafael, no dia 08/02/10.

O texto do relatório médico referente ao item 5-ADITIVO 1 foi manipulado, no intuito de nele ser acrescentada a afirmativa de que o paciente seria portador de deficiência física, conforme pode ser visto acima, no item 4 – ADITIVO 2. Salienta que tal afirmativa nada representa, já que não foi elaborada e juntada aos autos a imprescindível prova documental e, que os relatórios trazidos aos autos, em razão das irregularidades apontadas, quedam-se frágeis como meio de prova.

1. ADITIVO 1 - Às fls. 449/450, o relatório apresentado pelo médico Dr. Rafael Ribeiro informa que o paciente Rafael Gavião Farias foi submetido a osteossíntese do metacarpo, em 23/12/09, de fratura do 2º ao 4º MTC. Paciente era portador de uma deficiência física, produzida por trauma que, embora operado, permaneceu com seqüela em sua mão, com redução de função daquela.
5. ADITIVO 2 - Às fls. 490/491, o relatório apresentado pelo médico Dr. Rafael Ribeiro informa que o paciente Rafael Gavião Farias foi submetido a osteossíntese do metacarpo, em 23/12/09, de fratura do 2º ao 4º MTC. Paciente era portador de uma deficiência física, produzida por trauma que, embora operado, permaneceu com seqüela em sua mão, com redução de função daquela.

Fala que o texto do relatório médico referente ao item 1-ADITIVO 1 foi manipulado, no intuito de nele ser acrescentada a afirmativa de que o paciente seria portador de deficiência física, conforme pode ser visto acima, no item 5 – ADITIVO 2. Salienta que tal afirmativa nada representa, já que não foi elaborada e juntada aos autos a imprescindível prova documental e, que os relatórios trazidos aos autos, em razão das irregularidades apontadas, quedam-se frágeis como meio de prova.

4. ADITIVO 1 - Às fls. 456/457, o relatório apresentado pelo médico Dr. Ronald Barreto informa que o paciente Daniel da Cruz Oliveira foi operado no dia 03/06/10 no Hospital UNIMED para tratamento de deformidade na mão decorrente de trauma por arma de fogo tendo utilizado uma placa de travamento mais 12 parafusos corticais bloqueados de 2mm.
6. ADITIVO 2 - Às fls. 492/493, o relatório apresentado pelo médico Dr. Ronald Barreto informa que o paciente Daniel da Cruz Oliveira foi operado no dia 03/06/10 no Hospital UNIMED para tratamento de deformidade na mão decorrente de trauma por arma de fogo tendo utilizado uma placa de travamento mais 12 parafusos corticais bloqueados de 2mm.

Sinaliza que o texto do relatório médico referente ao item 4-ADITIVO 1 foi manipulado, no intuito de nele ser acrescentada a afirmativa de que o paciente seria portador de deficiência física, conforme pode ser visto acima, no item 6 – ADITIVO 2, pois salienta que tal afirmativa nada representa, já que não foi elaborada e juntada aos autos a imprescindível prova documental e, que os relatórios trazidos aos autos, em razão das irregularidades apontadas, quedam-se frágeis como meio de prova.

Sustenta que fica provado que não foi cumprida a condição necessária para obter a isenção do ICMS, qual seja, provar, documentalmente, que os pacientes eram portadores de deficiência física.

Esclarece o autuante que se pronunciou sobre as provas documentais e alegações trazidas aos autos, pela recorrente, tendo constatado que as mesmas não elidem, mesmo que parcialmente, as

exigências que compõem a lide. Constatada a inaplicabilidade do conteúdo do art. 140 do RPAF (DECRETO Nº 7.626/99) ao tema em estudo, ratifica, o autuante, todos os termos da informação fiscal de fls. 351 a 393, ao tempo em que espera seja mantido, em todos os seus termos, o acórdão de fls. 402 a 408.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 524/536, solicitou a apreciação planilha do auditor são parafusos, utilizados em procedimentos ortopédicos, cujos NCMs são 9021.10.20, previstos tanto no Convênio ICMS 47/97 como também no Convênio ICMS 126/2010 e, portanto, são isentos de ICMS.

INEXISTÊNCIA DE SOLICITAÇÃO DE PROVAS DURANTE TODO O PROCESSO POR PARTE DO FISCAL AUTUANTE

Acontece que ao realizar suas diligências e se manifestar no processo, o fiscal autuante, não se mostra satisfeito com as provas apresentadas pelo autuado, no que tange o parecer médico apresentado, chegando a transcrever às fls. 507.

Salienta que parte do julgamento realizado (fls. 407 e 408), tentando induzir que estes não seriam provas fundamentadoras das alegações do autuado.

Explica que o fiscal autuante não se apegou a etimologia da palavra irrefutável, a mesma significa que pode haver contestações sobre tais provas e não que as mesmas sejam insuficientes ou até mesmo desnecessárias ao processo, até porque em um processo, para que a decisão mais justa seja declarada, faz-se necessária a análise de todas as alegações e documentos nele apresentados. Desta forma, o fiscal tenta descaracterizar os relatórios médicos como meio de prova, fato que foge completamente aos ditames da legislação fiscal.

Ressalta que no momento das suas diligências, ao autuante resta a possibilidade de solicitar ao autuado as provas que julgar serem indispensáveis ao deslinde do processo, porém, debruçando-se de forma técnica e detalhada na apreciação do processo em comento, pode-se verificar que em nenhum momento o Agente Tributário relata, enumera, apresenta ou sugere quais as provas por ele pretendidas para que o autuado possa anexar oportunamente, garantindo assim o seu direito de defesa.

Diante de tal fato e entendendo que as provas apresentadas já garantem a isenção do ICMS sobre os produtos comercializados, ao autuado resta o questionamento: ***“Em que momento do processo o autuante solicitou tais provas?”***

Pontua que as afirmações aqui relatadas demonstram claramente o equívoco por parte do fiscal autuante, devendo o mesmo se manifestar caso deseje provas diversas das já apresentadas pelo Autuado.

AFIRMAÇÃO DE MANIPULAÇÃO DOS RELATÓRIOS MÉDICOS

Disse que após conhecimento do teor da última manifestação do Sr. Auditor Fiscal, precisamente às fls. 510 a 514, o autuado sente-se indignado com tais afirmações, o autuante alega a ocorrência de manipulação nos relatórios médicos, objetivando induzir os julgadores que houve má-fé por parte do recorrente, o que torna tais afirmações impróprias, inverídicas e até mesmo ofensivas aos profissionais envolvidos no presente processo administrativo, como podemos observar: ***“E o acréscimo de modificação conveniente, que consta, dos textos juntados ao aditivo 2, nunca dos textos juntados ao aditivo 1, pode ser visto e resumido nas palavras: DEFICIÊNCIA FÍSICA, que foram acrescentadas ao texto com a intenção de fortalecer o relatório médico elaborado, ao insinuar que o paciente seria portador de deficiência física”*** (fls. 510, grifos nossos)

Esclarece que algumas profissões possuem conselhos responsáveis pela criação de códigos de ética específicos, como é o caso dos códigos de ética dos médicos e dos advogados. Esses códigos se referem a procedimentos e normas padrões e conduta das áreas, e são necessários por uma questão de segurança. Eles preveem penas disciplinares em lei para violações. No entanto, há comportamentos que devem ser adotados em qualquer que seja a área, por contribuírem para o funcionamento do trabalho da forma ali estabelecida.

Afirma que a ética e a moral norteiam esta defesa, os profissionais nela envolvidos, quais sejam os médicos que elaboram tais relatórios, bem como os advogados que representam a autuada, exercem suas profissões com a lisura esperada pela sociedade, sendo inconcebíveis as alegações de manipulação proposital, visando burlar provas a favor da defesa, até porque alegações apresentadas oportunamente demonstraram que não há necessidade de burlar os relatórios médicos a fim de acrescentar o termo DEFICIENTE FÍSICO, tendo em vista ele ser dispensável para a ocorrência da isenção do ICMS dos produtos listados pelo Auditor.

Ressalta que as referidas declarações foram realizadas por amostragem, visto que todas as notas fiscais emitidas são para pacientes vítimas de fraturas, sendo os produtos ali utilizados para correção dos danos causados, conforme já atestado em parecer técnico assinado por profissional competente.

Disse que a apresentação de apenas 6 (seis) relatórios médicos se deram justamente por questões éticas, pois os prontuários são sigilosos e o autuado acreditou que seriam suficientes para a comprovação da isenção fiscal.

Afirma que o autuado em nenhum momento desejou burlar o fisco, pois se na própria planilha apresentada pelo auditor, na qual existem mais de 100 (cem) notas fiscais, todas elas possuem no campo da observação, o nome do paciente, o médico e o convênio, fato esse que facilita a comprovação da destinação dos produtos, lembrando ainda que todos os produtos ali listados foram utilizados diretamente em pacientes vítimas de fraturas e não repassados para revendedores e/ou distribuidores para comercialização.

DA DEFINIÇÃO DE DEFICIÊNCIA FÍSICA

Disse que apresenta a definição de deficiente físico conforme a doutrina médica amplamente difundida na sociedade, bem como os parâmetros de deficiência adotados pelo IBGE. Cita o Professor Dr. Luzimar Teixeira. Pontuou que haja uma deficiência física, ela não precisa necessariamente incapacitar o indivíduo permanentemente, a sua incapacidade pode ser temporária, durando apenas o período de sua recuperação pós trauma.

Observou que a definição de ser ou não deficiente é subjetiva. Uma pessoa que usa óculos de grau, por exemplo, seja por miopia ou astigmatismo, pode considerar que tem uma deficiência visual, enquanto outra pode ficar ofendida se for taxada dessa forma segundo o levantamento realizado pelo IBGE, onde a distinção existente entre DEFICIÊNCIA FÍSICA X LIMITAÇÃO FÍSICA X ALTERAÇÃO NA ANATOMIA:

Deficiência Física: é o termo usado para definir a ausência ou a disfunção de uma estrutura anatômica, causadas por traumas ou questões genéticas. Diz respeito à atividade exercida pela biologia da pessoa. Este conceito foi definido pela Organização Mundial de Saúde. A expressão **pessoa com deficiência** pode ser aplicada referindo-se a qualquer pessoa que vivencie uma deficiência continuamente, ou seja, de forma permanente e severa, o incapacitando para o labor.

Limitação Física: é utilizado para disfunção na estrutura anatômica, causadas por traumas ou questões genéticas que pode ser de ordem permanente ou transitória, contudo não incapacitam o indivíduo para o labor.

Alteração Anatômica: é utilizado como a forma mais branda de deficiência, pois causadas alterações na estrutura anatômica do indivíduo por questões genéticas ou traumas, podem ser facilmente por ele suportadas.

Entende que esses conceitos apresentados, é a definição de deficiente físico vai muito além de associarmos àqueles indivíduos quase sempre excluídos da sociedade e que de alguma forma não são vistos capacitados para o labor.

Corroborando com esse entendimento acerca da deficiência física, segue em anexo (documento 1), acórdão proferido pelo CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF-5ª JF: ACÓRDÃO JF Nº 0085-05/16).

NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA FÍSICA PARA A ISENÇÃO DE ICMS EM PRODUTOS COM NCM 9021.10.20

Frisa que a todo momento, em sua manifestação, o Fiscal Autuante alega a manipulação da

expressão DEFICIENTE FÍSICO, como forma induzir os nobres julgadores a descreditarem das alegações e das provas apresentadas pelo autuado. Entretanto, é imperioso apresentar aos nobres julgadores que todas as fundamentações do auto de infração ora combatido, bem como todas as alegações do Fiscal Autuante, se dão em cima da uma exigência falaciosa, quando sustenta a necessidade de comprovação da destinação dos produtos à indivíduos portadores de deficiência física.

Pondera que as normas legais norteiam todo o ordenamento jurídico pátrio, sendo elas responsáveis em estabelecer regras que garantem segurança e igual tratamento a todos os brasileiros em suas diversas áreas.

Disse que alguns ramos do direito, visando sempre beneficiar os seus tutelados, permitem que a Lei seja interpretada de forma expansiva, com combinação de legislações, como por exemplo o Direito do Consumidor. Todavia, o Direito Tributário não adota tal prática, principalmente pelo fato de estar diretamente relacionado ao Direito Público, que pelo que sabemos só aplica a Lei da forma como está estabelecida, ou seja, as interpretações às normas de Direito Tributário devem seguir uma exegese literal, corresponder fielmente ao quanto estabelecido. Reproduz o art. 111 do CTN.

Sustenta que não restam dúvidas quanto à forma de interpretação da Lei Tributária, torna-se necessário que apresentemos de forma pontual tal interpretação.

No que diz respeito à Isenção do ICMS, o Convênio ICMS 47/97 isentava de ICMS às operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva, classificados na posição, subposição ou código da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM. Os produtos listados na planilha do auditor são parafusos, utilizados em procedimentos ortopédicos, com NCM 9021.10.20, previstos tanto no Convênio ICMS 47/97, como também no Convênio ICMS 126/2010 e por tanto são isentos de ICMS. Contudo, no texto do Convênio ICMS 47/97, existia certa insegurança jurídica – tributária, como a legislação é feita diante das necessidades dos seus tutelados, visando salvaguardar os seus direitos, os legisladores pátrios publicaram o Convênio ICMS 126/10, o qual revogou o Convênio ICMS 47/97, impondo novas regras de isenção do ICMS pondo fim a grandes dúvidas quanto à aplicabilidade da referida isenção. Transcreve o Convênio ICMS 126/10.

Observou que, os produtos listados na planilha do auditor são parafusos, utilizados em procedimentos ortopédicos, com NCM 9021.10.20 e esses estão previstos no Convênio ICMS 126/10, na Cláusula Primeira, Inciso IV, alínea b, tópico 2, ou seja, consta de forma taxativa sua descrição em tal norma, não restando dúvidas sobre a aplicação de isenção de ICMS para os produtos em questão.

Diante de tal fato entende-se que o legislador, nas suas atribuições, não restringiu que houvesse isenção de ICMS em relação a estes produtos apenas quando fossem destinados a DEFICIENTES FÍSICOS, sendo assim, basta que eles estejam enquadrados no NCM 9021.10.20 para que seja concedida a outorga da isenção fiscal de ICMS.

Lembra que visando garantir maior segurança do contribuinte, o Convênio ICMS 12/2011, autorizou o Estado de Minas Gerais, a conceder remissão do ICMS, nas operações realizadas até 30 de novembro de 2010 com mercadorias relacionadas no Convênio ICMS 47/97.

Cita jurisprudência do CONSEF (ACÓRDÃO JJE Nº 0085-05/16 e CJF Nº 0325-11/14).

Diante de tais robustas alegações, afirma que não pode o Fiscal Autuante querer exercer funções diversas às atribuídas ao seu cargo, visto que o mesmo está tentando legislar ao exigir que para que sejam isentos de ICMS, os produtos por ele listados, o autuado apresente provas irrefutáveis que comprovem a condição de DEFICIENTES FÍSICOS. Ora julgadores, em nenhum momento, no Convênio ICMS 47/97, que inclui a expressão DEFICIENTES FÍSICOS, o legislador exige a comprovação da DEFICIÊNCIA por meio de provas a serem apresentadas pelo autuado, inclusive, o legislador teve oportunidade de exigir essa comprovação por meio do art. 24, I do regulamento

ICMS/BA de 1997 e não o fez.

Transcreve parte do brilhante voto do Acórdão JJF nº 0085-05/16, que segue em anexo como Documento 1, o qual esclarece que quando o legislador deseja a comprovação da DEFICIÊNCIA, ele estabelece critérios para tal comprovação, conforme previsto no art. 24, III do Regulamento ICMS/BA de 1997.

Pede pela improcedência da autuação e requer as mesmas solicitações.

Nas fls. 586/590, consta opinativo da PGE/PROFIS, onde expõe procedimentos ortopédicos, estando albergados pela faixa isentiva dos Convênios ICMS 01/99, 47/97 e 126/10, tendo como método de delimitação de competência tributária, segundo a doutrina mais atual, deve ter uma leitura e compreensão sempre com uma “lupa” de menor alcance, ou seja, que não transcenda o foco definido normativamente como fora do alcance de norma impositiva de tributação. Reproduziu o art. 111 do CTN e disse que o dispositivo não se trata a interpretação literal duma interpretação cega ou meramente gramatical, mas, isto sim, uma interpretação estrita sem utilização de interpretação extensiva, cujas exceções devem ser compreendidas com extrema rigidez, sendo que esteada numa preservação ao princípio régio de tributação da “isonomia”, impede-nos fazer uma análise do alcance normativo delimitado nos Convênios Interestaduais já citado, tendo como amparo a norma estadual definidora das suas balizas.

Destaca que o Convênio Interestadual definido na CF/88 não estabelece isenção para as unidades federadas, mas a legislação estadual integrativa da autorização concedida aos Estados. Assim, a discussão não pode ser subsumida aos lindes do Convênio, uma vez que meramente autorizativo para os Estados. Entendeu que todo foco de análise tem de estar direcionada para norma fixadora da isenção adotada pelo Estado, *in casu* o art. 264, inciso XLIX do Decreto Estadual nº 13.780/12, pois o que pretendeu o plexo normativo foi criar um feixo normativo em relação a produtos ortopédicos e, igualmente, produtos vinculados a correção de traumas e fraturas para uso ou atendimento de deficientes físicos, ou seja, o núcleo duro normativo da isenção está vinculado ao uso ou atendimento de deficientes físicos dos produtos listados nos Convênios acima enumerados, norte que não pode ser olvidado na análise do caso em concreto.

Refuta que o Decreto nº 3.298/1999, regulamenta a Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, define os lindes do conceito jurídico de deficiência física (arts. 3º e 4º), sendo que traz uma delimitação da isenção apenas aos produtos para uso ou atendimento de deficientes físicos, na acepção legal de deficiência, sempre imbricada à ideia de comprometimento da função física e incapacidade laboral. Transcreve a Lei nº 8989/95, que define sobre a Isenção do IPI por pessoas portadoras de deficiência física. Nesse sentido, sua amplitude prescinde duma análise da sua zona de certeza conceitual, no caso concreto *“alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física”*. Assim sendo, defini os limites de análise do caso em apreço, enfeixado ao uso e atendimento de deficientes físicos, cabe-nos analisar os produtos arrolados no lançamento para emoldurá-los ou não na isenção integrada à legislação estadual.

Aponta que o Convênio ICMS 47/97 tem como norte para fruição do benefício da isenção que os artigos e aparelhos para fraturas sejam destinados a portadores de deficiência física ou auditiva, pois impõe-se ao recorrente apresentar provas que atestem a condição dos destinatários de suas mercadorias para que se beneficie da isenção em destaque.

Assinala que os relatórios carreados aos autos, com a devida licença, por si só não se prestam a isto, devendo ser integrados com outras informações, como informações colhidas de cadastro atualizado de entidades de recrutamento de pessoas com deficiência e etc. Repisa que, conforme exposto na Lei nº 8989/95, a deficiência física objeto da isenção é a aquela de caráter permanente, não se aplicando a deficiência temporária. Ora, tendo como premissa a permanência da deficiência, tem como não servíveis para o fim da isenção objeto da autuação, os relatórios médicos de fls. 559, 561 e 566, que certificam claramente uma deficiência temporária e, portanto,

fora do espectro da legislação sobre o tema, em especial a Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Reproduz Lei nº 13.146/2015, recente estatuto da pessoa com deficiência.

Pontua que a pretensão do recorrente da aplicação do Convênio ICMS 126/2010 para se valer da isenção, em face da transformação da isenção numa desoneração objetiva, em que não mais precisa analisar o destinatário da mercadoria (se é ou não um portador da deficiência), mas se o produto está na lista, não merece sufrágio, pois este convênio apenas teve vigência a partir de 01/02/2010 e a fiscalização estatal se deu entre o período de 01 de janeiro a 30 de novembro 2010.

Sustenta que não há como aplicar ao referido convênio às operações tributadas, pois ela se aplica a fatos posteriores aos demonstrados nestes autos, sob pena de se conceder uma remissão ilegal ao autuado.

Em nova diligência solicitada pelo então relator da época (Carlos Henrique Jorge Gantois), solicitou à inspetoria que intimasse o recorrente para ter conhecimento do parecer da PGE/PROFIS e para trazer aos autos outros elementos que possibilite o cumprimento dos requisitos para o benefício.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 603/610, repetiu parcialmente as argumentações já posta na primeira manifestação feita pelo patrono da recorrente.

Refutou que tanto o fiscal autuante e agora a PGE, não se mostram satisfeitos com as provas apresentadas pelo autuado (DOC. 3, anexo). Ressalta que a PGE, impôs como meio de prova que a recorrente, apresente listagem de informações atualizadas de entidades de recrutamento de pessoas com deficiências e outros documentos que comprovem que quem utilizou as mercadorias eram, deficientes físicos.

Em relação aos outros fatos repete as mesmas argumentações (reprodução do art. 111 do CTN, disposições sobre os Convênios ICMS 47/97 e 126/10, discorre sobre os aspectos técnicos e legais, descreveu a NCM do produto autuado, no qual sustenta ser destinado a DEFICIENTES FÍSICOS, repete a jurisprudência do CONSEF, onde afirma serem compatíveis ao que alega).

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração, ao requerer as mesmas solicitações.

Em nova manifestação do autuante, fls. 664-65, informa que após tomar ciência do Parecer da PGE/PROFIS, a recorrente, se manifestou indicando a inexistência de qualquer fato o fundamento de direito que já não tenham sido apreciados anteriormente, tomando como base os argumentos já apresentados, a decisão de piso, bem como o Parecer exarado PGE/PROFIS, pugna pela manutenção da autuação.

Na assentada, o patrono do contribuinte Sr. Roberivan Oliveira, preposto da empresa, Dr. Ivo dos Santos Monteiro OAB/BA nº 40.627 em sua sustentação oral, onde foi registrada sua presença, aventou decadência para os fatos geradores dos períodos de janeiro a agosto de 2010.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente visando modificar a Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em epigrafe.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa.

Passo a analisar os supostos erros aventados pela recorrente:

- Com relação ao primeiro erro levantado, verifico nos fólios processuais que consta na informação fiscal fls. 363 e 373 exatamente o que foi relatado na decisão de piso.
- Com relação ao segundo erro levantado, verifico nos fólios processuais que consta na informação fiscal fls. 363 exatamente o que foi relatado na decisão de piso.
- Com relação ao terceiro erro levantado, verifico nos fólios processuais que consta na informação fiscal fls. 306 exatamente o que foi relatado na decisão de piso.

Cabe ressaltar que o voto foi conhecido quando do recebimento do inteiro teor da Decisão de piso, conforme confirmação de recebimento fl. 414 e 416 dos cadernos processuais, sendo aberto novo prazo para interpor Recurso Voluntário na forma do art. 169, “b” do RPAF, no prazo de 20 (vinte dias), conforme art. 171 do RPAF/99.

Por tudo acima exposto acima afastado a preliminar de nulidade.

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal formulado pelo recorrente, entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a” do RPAF/99). Além disso, este colegiado converteu os autos para a devida revisão que foram sanadas através das informações prestadas pelas partes envolvidas e, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada, como teve oportunidade para tal ato, não o fez.

Passo ao mérito da infração.

Verifico que a infração acusa infringência do Convênio ICMS 01/99 e o contribuinte se defendeu argumentando aplicação às operações praticadas, daquele Convênio e do Convênio ICMS 47/97.

O cerne da irresignação do recorrente é se as mercadorias autuadas estão abarcadas pelo Convênio ICMS 01/99, bem como qual a interpretação a ser dada ao referido convênio.

Assim, cabe verificar se a interpretação da norma isentiva deverá ser literal ou permite a análise considerando a interpretação histórica, teleológica e sistemática.

O art. 111 do CTN ao determinar que as isenções em matéria tributária devam ser interpretadas literalmente, veda a possibilidade de concessão dessa causa de exclusão do crédito tributário por analogia ou interpretação extensiva.

Isto porque o art. 107 do CTN prevê que a legislação tributária será interpretada conforme o disposto naquele Capítulo.

Nessa medida, se o art. 111 menciona que as causas de exclusão do crédito tributário devem ser “literalmente” interpretadas, tal comando normativo traz à baila o princípio da exclusividade dos critérios de interpretação, ao representar balizamentos no trabalho hermenêutico, sendo defeso ao hermeneuta a aplicação da interpretação extensiva àquele comando.

Considero que interpretar o art. 111 do CTN letra morta da Lei, traria uma enorme insegurança jurídica, na medida em que, deixaria a cargo do particular a opção de enquadrar ou não determinada mercadoria na norma isentiva.

Em coerência à entendimentos esposados anteriormente me filio a tese de que devemos buscar uma interpretação razoável às normas instituidoras de benefícios fiscais, todavia nunca de modo extensivo ou ampliativo.

Sobre o tema, convém transcrever a lição de Hugo de Brito Machado, *in verbis*:

“O direito excepcional deve ser interpretado literalmente, e este princípio de hermenêutica justifica a regra do art. 111 do CTN, impondo a interpretação literal. Ocorre que o elemento literal, como por nós já várias vezes afirmado, é absolutamente insuficiente. Assim, a regra do art. 111 do Código Tributário Nacional há de ser

entendida no sentido de que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliativa nem integração por equidade. Sendo possível mais de uma interpretação, todas razoáveis, ajustadas aos elementos sistemático e teleológico, deve prevalecer aquela que mais se aproximar do elemento literal. É inadequado o entendimento segundo o qual a interpretação das normas reguladoras das matérias previstas no art. 111 do Código Tributário não admite outros métodos, ou elementos de interpretação, além do literal. O elemento literal é de pobreza franciscana, e utilizado isoladamente pode levar a verdades absurdas, de sorte que o hermenêuta pode e deve utilizar todos os elementos da interpretação, especialmente o elemento sistemático, absolutamente indispensável em qualquer trabalho sério de interpretação, e ainda o elemento teleológico, de notável valia na determinação do significado das normas jurídicas.” (Hugo de Brito Machado. Curso de Direito Tributário, 15.ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pp. 88 e 89.)

É relevante fazer tal ponderação porque o presente caso não se trata de fazer uma interpretação razoável da norma, mas sim ampliar a isenção para mercadorias que não foram contempladas com tal benefício.

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

Constam da informação fiscal as seguintes informações:

- 1. Que entre os produtos listados, encontram-se aqueles que foram objeto da autuação fiscal: artigos e aparelhos para fraturas, classificados originalmente na NBM/SH 9021.19.20 e atualizada tal classificação para NCM 9021.10.20 pelo Convênio ICMS 38/05.*
- 2. Que somente a partir da vigência do Convênio 126/2010, as operações com artigos e aparelhos para fraturas comercializados pelo autuado, passaram a ser isentos, independente da destinação dos mesmos, razão pela qual, tal isenção não atinge o período fiscalizado, de 01 de janeiro a 30 de novembro de 2010, conforme demonstrativo de débito, fls. 06 a 41. Afirmou que a pretensão do autuado ultrapassa os limites impostos pelo Convênio ICMS 47/07 e item 30, Parte I do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.*

A Decisão de piso assim se posicionou:

- 1. Observo que o Convênio 01/99, concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, estando previsto na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH, incluindo Parafuso cortical, diâmetro de 4,5 mm e Parafuso cortical diâmetro \geq a 4,5 mm.*
- 2. O Convênio 47/97, concede isenção do ICMS às operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva e exclui produtos da lista anexa ao Convênio ICMS 38/91, que concede isenção do ICMS nas aquisições de equipamentos e acessórios destinados às instituições que atendam aos portadores de deficiência física, auditiva, mental, visual e múltipla.*
- 3. O defendente apresentou um Parecer Técnico afirmando que os produtos listados no levantamento fiscal “são utilizados ou destinados em operações ortopédicas de fraturas e para uso ou atendimento em pessoas portadoras de deficiência física. Entendo que o referido Parecer não constitui prova irrefutável da efetiva da condição dos destinatários dos produtos.*

Com base no Parecer Técnico acostado aos autos sob as fls. 306, podemos inferir que os materiais constantes na autuação servem tanto para o uso em Operações Ortopédicas, quando são utilizados em portadores de deficiência física ou auditiva.

Assim para fruição do benefício de isenção, e que neste caso está condicionada a utilização em portadores de deficiência física ou auditiva.

Desta forma, me filio a Decisão a “*quo*” com o posicionamento do autuante de que, só haverá isenção do ICMS se comprovado que os artigos e aparelhos foram utilizados em portadores de deficiência física ou auditiva, e “*considerando a ausência de comprovação mencionada pelo autuante e o fato de os parafusos corticais objeto da autuação apresentar diâmetros inferiores a 4,5 mm, se conclui que aos materiais objeto da autuação não se aplica a isenção pretendida pelo defendente, estando correta a exigência do imposto no presente lançamento, concordando com o posicionamento do autuante de que não se aplica ao presente caso os convênios comentados pelo autuado para dar apoio à tese defensiva.*”

Verifico que, em busca da verdade material, a PGE/BA, através do Parecer Jurídico sob as fls. 586/590, impõe o pedido de diligência ao recorrente para que traga aos autos outros elementos que possibilitem o cumprimento dos requisitos definidos para o benefício.

Dá análise da manifestação da autuada sob as fls. 603/659, em relação a diligência solicitada pela PGE verifico que, o recorrente não traz aos autos novas provas ou fundamento de direito que possa elidir a lide, tomando como base os argumentos já apresentados, a decisão de piso. Dito isto, comungo do entendimento do fiscal estranho ao feito que proferiu a informação fiscal sob às fls. 664/66, onde assim pronunciou:

“Após tomar ciência do Parecer da PGE/PROFIS, a recorrente, se manifestou indicando a inexistência de qualquer fato o fundamento de direito que já não tenham sido apreciados anteriormente, tomando como base os argumentos já apresentados, a decisão de piso, bem como o Parecer exarado PGE/PROFIS, pugna pela manutenção da autuação”.

Em relação a alegação aventada em sua sustentação oral, o patrono da recorrente na assentada de julgamento, tratou da alegação de decadência para os fatos gerados dos meses janeiro a agosto de 2010. Neste quesito, verifico que a alegação suscitada socorre ao sujeito passivo, tendo em vista que a ciência da lavratura ocorreu em 25.09.2015, portanto, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, concluo pela decadência, de ofício, para excluir do lançamento as operações com fatos geradores já citados, conforme demonstrativo a seguir:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR LANÇADO	VLR JULGADO
31/01/2010	09/02/2010	8.036,73	0,00
28/02/2010	09/03/2010	11.506,16	0,00
31/03/2010	09/04/2010	9.356,02	0,00
30/04/2010	09/05/2010	9.057,41	0,00
31/05/2010	09/06/2010	14.065,96	0,00
30/06/2010	09/07/2010	9.258,65	0,00
31/07/2010	09/08/2010	8.608,07	0,00
31/08/2010	09/09/2010	10.948,61	0,00
30/09/2010	09/10/2010	7.227,78	7.227,78
31/10/2010	09/11/2010	9.488,47	9.488,47
30/11/2010	09/12/2010	14.845,51	14.845,51
TOTAL		112.399,37	31.561,76

Posto isto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, modificar a Decisão recorrida atendendo ao instituto da decadência para o período (janeiro a agosto de 2010), tornando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, onde reduz o valor da autuação para R\$ 31.561,76.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206855.0001/15-8, lavrado contra **ORTHEK COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 31.561,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS