

A. I. Nº - 278904.0006/20-1
AUTUADA - PROCIFAR DISTRIBUIDORA DE MATERIAL HOSPITALAR S/A
AUTUANTES - CARLOS RAMOS MIRANDA FILHO e JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.03.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0004-05/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Excluída dessa cobrança as mercadorias sujeitas à tributação normal. Parte dos valores lançados foi reconhecida pelo contribuinte. Infração reduzida. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS.** Parte dos valores lançados foi reconhecida pelo contribuinte. Imputação fiscal revista para excluir da cobrança as operações com produtos sujeitos ao regime da ST ou beneficiadas com a isenção. Reduções efetuadas com fundamento em diligência fiscal determinada pela JJF. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2020, exige ICMS no valor principal de **R\$ 67.831,84**, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.05 - Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária. Ocorrência verificada no período de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. Valor principal exigido: **R\$ 22.500,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Ocorrência verificada no período de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. Valor principal exigido: **R\$ 45.330,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Contribuinte notificado do lançamento através dos Correios em 18/05/2020. Ingressou com defesa administrativa, através da petição apensada aos autos entre as fls. 12 a 19, subscrita por advogados devidamente habilitados a atuar neste PAF através do instrumento de representação juntado à fl. 53.

Em relação a **INFRAÇÃO 01** a defesa reconheceu ser devida a importância de **R\$ 2.256,81**, afirmando ter efetivamente se equivocado ao utilizar indevidamente parte dos créditos fiscais lançados no Auto de Infração.

Pertinente às demais cobranças relacionadas à **Infração 01** afirmou que todos os outros valores são devidos, posto que a Auditoria teria se equivocado ao vedar os créditos de ICMS tomados em relação a mercadorias submetidas, nas operações seguintes, ao regime de tributação normal, conforme detalhamento apresentado na planilha anexada - DOC. 01 – fl. 35.

Na **INFRAÇÃO 02** a impugnante reconheceu ser devida a importância de **R\$ 26.412,96**, dado que – por engano – não considerou que algumas mercadorias seriam tributadas pelo ICMS Normal, de acordo com o previsto no Dec. 13.780/12 (RICMS) e detalhamento exposto na planilha que integra o DOC. 02 – fl. 48.

Pontuou, na sequência, que as demais exigências relativas à **infração 02** são indevidas, na medida em que os autuantes se equivocaram ao tributar mercadorias cujas alíquotas de ICMS foram

reduzidas a zero, além da cobrança abarcar operações com produtos isentos e sujeitos ao pagamento do ICMS pelo regime da substituição tributária.

Quanto à TEMPESTIVIDADE da peça defensiva, o sujeito passivo ressaltou que o auto de infração em testilha fora lavrado no fim do mês de março/2020, época em que houve o surto pandêmico do COVID-19. Em razão deste fato, a SEFAZ-BA, através de múltiplos e sucessivos atos, suspendeu a contagem dos prazos de defesa, por meio dos Decretos nº 19.572/2020 e o nº 19.886/2020). De 26/03/2020 até 15/08/2020, os prazos processuais não poderiam ser contados. Assim sendo, considerando o prazo de 60 dias corridos para apresentação da defesa, teria a impugnante até o dia 14/10/2020 para apresentar resistência à autuação. Discorreu mais a frente que o protocolo da presente peça defensiva se mostra inteiramente tempestivo, posto que deu entrada na repartição fazendária em 09/10/2020.

Ao expor as razões defensivas relacionadas da **infração 01**, o contribuinte pontuou inicialmente que a fiscalização incorreu em erro ao não considerar que parte das mercadorias autuadas está submetida ao ICMS normal e, portanto, nas operações posteriores não se enquadrava na exceção prevista no art. 29, § 4, II, da Lei 7.014/96, que determina o estorno de crédito relativo às mercadorias destinadas a comercialização quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto.

Conforme discriminativo apresentado na planilha acostada na forma do DOC. 01, os créditos fiscais foram apropriados em relação às mercadorias com NCM's 2106.90.90, 2207.20.19, 3307.90.00, 5203.00.00 e 5601.22.99 (exercício de 2018) e NCM's 2712.10.00, 3005.90.90, 3306.90.00, 3307.90.00, 3910.00.90, 3920.20.90, 4802.56.10, 5601.21.90 e 9619.00.00 (exercício de 2019). Afirmou ser absolutamente correto o procedimento adotado, visto que as operações com as referidas mercadorias estão submetidas ao regime tributação normal, nas saídas subsequentes realizadas após às aquisições. Ressaltou que os referidos NCM's não se encontram listados no ANEXO I do Decreto 13.780/2012, que elenca as mercadorias submetidas ao regime da ST, na redação vigente nos anos de 2018 e 2019.

Ponderou, portanto, que grande parte das mercadorias descritas na peça defensiva não se enquadram na exceção do art. 29 § 4º, II da Lei 7.014/96, razão pela qual a defesa sustenta que os valores principais de R\$ 6.168,31 e R\$ 12.954,81 – nos anos de 2018 e 2019, respectivamente – estão sendo cobrados indevidamente a título de crédito indevido.

Conforme já destacado linhas acima, o restante dos valores lançados foi reconhecido pela impugnante e pago antes do encerramento do prazo para a apresentação da defesa.

Na **INFRAÇÃO 02**, segundo a defesa, a Auditoria desconsiderou a existência:

- i) de mercadorias beneficiadas com a ISENÇÃO do ICMS, conforme Convênios 01/99 e 02/99, prorrogados pelo Conv. ICMS 49/17, na redação vigente entre 08/04/2016 a 30/09/2019, combinados com o art. 264, XXIV do RICMS); e,
- ii) de mercadorias sujeitas ao ICMS ST, ou seja, com a tributação já encerrada, conforme ANEXO I do RICMS-Ba.

Argumentou que os valores exigidos devem ser reduzidos na forma do quanto especificado na planilha acostada nos autos como DOC. 02 e de acordo com os sub tópicos abaixo reproduzidos, para os seguintes produtos:

- a) FIXADOR PARA CÂNULAS DE TRAQUEOSTOMIA – NCM 9018.39.29; MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO (NCM 9021.90.99); e, INFUSOR DE DUAS VIAS COM CLAMP (NCM 9018.90.99) – EXERCÍCIOS DE 2018 E 2019. De acordo com o Convênio ICMS 01/99, notadamente do item 41 do seu anexo único, as cânulas para traqueostomia, comercializadas pela impugnante, que integram ao código de NCM 9018.39.29, são isentas de ICMS. Não poderiam, portanto, sofrer tributação de 18%, tal como pretendeu a Auditoria.

O mesmo se aplica às *micropartículas* para embolização e *os infusores de duas vias com clamp*, indevidamente autuadas para cobrança de ICMS pelas alíquotas de 12% e 18%.

Acrescentou que as referidas mercadorias são ISENTAS de ICMS, à luz do art. 264, inc. XXIV do RICMS/Ba, combinado com o Convênio ICMS 01/99, que lista expressamente os NCM's de tais produtos. Registrou ainda que redução da alíquota a zero foi prorrogada até 30/09/2019 pela Cláusula Segunda, inciso XLVII do Convênio ICMS 49/17.

- b) PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA (EEG) – NCM 3006.30.19 – MERCADORIA SUBMETIDA AO ICMS-ST, QUE NÃO PODERIA SER TRIBUTADA NA SAÍDA SUBSEQUENTE, À LUZ DO ANEXO I DO RICMS Conforme consta no subitem 9.7.0 do ANEXO I do RICMS (vigência em 2019), a mercadoria comercializada pela impugnante sob o código NCM 3006.30.19 está submetida à antecipação tributária (ICMS-ST), descabendo a cobrança de tributo, lançado no Auto de Infração, à alíquota de 18%.

Em relação às demais ocorrências que compõem a **Infração 02**, conforme já referenciamos linhas acima, o contribuinte informou ter procedido o pagamento do imposto lançado no Auto de Infração antes do encerramento do prazo para a apresentação da peça impugnatória.

Ao finalizar a inicial defensiva o contribuinte protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, tais como perícias, juntada posterior de documentos, pareceres e decisões de Tribunais Administrativos e Judiciais, além de revisão do lançamento, em especial, reexame do PAF pelo auditor Autuante e por outro, estranho ao feito, especialmente as planilhas que integram o DOC. 01 e DOC. 02, além da escrita fiscal da empresa.

Concluiu formulando pedido para que Auto de Infração seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Informativo Fiscal prestado pelos autuantes, através da peça processual juntada entre as fls. 59 a 63, subscrita em 30/11/2021.

Os autuantes registraram, inicialmente, que a auditoria fiscal foi executada de forma regular, com a devida ciência do ato fiscalizatório, mediante termo de início, recebido pelo contribuinte por meio do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE.

Fiscalização concluída com a lavratura do Auto de Infração, devidamente notificado ao sujeito passivo, conforme se observa à fl. 08 do presente processo. As infrações apontadas foram perfeitamente caracterizadas, sendo possível se determinar sua natureza, data de ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário, nos termos do que dispõe o RPAF/99, e documentos anexos ao A.I., apensados entre as folhas 01 e 04 do PAF.

Ultrapassadas as questões formais, os autuantes passaram a abordar na sequência as argumentações trazidas pela Autuada em sua peça defensiva.

No tocante à **Infração 01**, ao adentrarem no mérito, procederam à identificação das mercadorias que foram objeto de glosa dos créditos fiscais, verificando o respectivo tratamento conferido pela Impugnante em suas operações de saídas (NCMs, CFOPs, carga tributária), conforme apresentado na tabela abaixo:

EXERCÍCIO 2018			
NCM	Produtos considerados	CFOP	Crédito
21069090	COLACT 667MG/ML LIQ AMEIXA X120ML- UNIAO	5102	Devido
22072019	ALCOOL 70% GEL 500 MG – RICIE	5102	Devido
30049099	TORAGESIC INJ 30MG/ML C/10 - UNIAO QUÍMICA	5405	Indevido
30059090	COMPRESSA DE GAZE ALGOD 15X30 EST CREMER	5405	Indevido
33069000	COMBO W. HP COM TOP DAM+VITTRA APS EA21G	5102	Devido
33079000	SOL.FISIOLOGICO.0.9% 100ML SORIMAX – FAR SOL.FISIOLOGICO.0.9% 500ML SORIMAX – FAR	5102	Devido
52030000	ALGODAO HIDROFILO BOLAS 100GR – NATHALYA ALGODAO HIDROFILO BOLAS 500GR – NATHALYA	5102	Devido
56012299	SWAB EM-TUBO - 23125 - SECO (TUBO) – CRA	5102	Devido
EXERCÍCIO 2019			

NCM	Produtos considerados	CFOP	Crédito
27121000	VASELINA SOLIDA (POMADA) 30G – RIOQUIMI	5102	Devido
30049047	CLOREXIDINA RIOHEX 1% AQUOSA 100ML TWIST	5405	Indevido
30059090	COMPRESSA DE GAZE 7.5 X 7.5 9F – KARINA	5405	Indevido
30061090 (30059090)	COMPRESSA EST 7.5 X 7.5 13F C/5 - AMERICA COMPRESSA EST 7.5X7.5 11F C/10 –AMERICA	5102	Devido
33069000	COMBO PERFECT 16% KIT +NECESSAIRE+2 SERI COMBO PERFECT 22% KIT +NECESSAIRE+2 SERI COMBO W. PERFECT 22% KIT + 2 APLICADORES COMBO WHITENESS HP MAXX – FGM DESENSIBILIZE KF 2% SERINGA C/2.5 G- FGM WHITENESS HP BLUE 35 KIT WHITENESS HP COM TOP DAM	5102	Devido
33079000	SOL.FISIOLOGICO.0.9% 500ML SORIMAX – FAR	5102	Devido
39100090	COMBO PERFIL SELL OUT (1PUTTY.ILIGHT BODY	5102	Devido
39202090	PAPEL TERMICO UPP 210HD ULTRASON – SONY	5102	Devido
48025610	PAPEL OFICIO 75G 210X297 BR A4 – HP	5102	Devido
56012190	PALINETE HASTE FLEXIVEIS C/75 – CREMER	5102	Devido
96190000	ABSORV MISS LONGO C/ABAS – ALWAYS FRALDA ADULTO SLIP SUPER G C/20 – TENA FRALDA DESC SOFT ECONOMICO TAM EG C/26 FRALDA DESC. GERIATRICA SLIM EG C/07 FRALDA DESC. INFANTIL PLUS G C/8 – DRY FRALDA DESC. INFANTIL PLUS M C/9 – DRY FRALDA DESC. INFANTIL PLUS P C/10 – DRY FRALDA DESC. INFANTIL WILLY P C/10- BABY FRALDA DESC. SOFT ECONOMICO TAM G C/30 FRALDA DESC. SUPER ECONOMICO TAM G C/50 FRALDA DESC.ADULTO SOFT TAM G C/8 – MAST FRALDA DESCARTAVEL TAM G C/8 – MODERATE FRALDA DESCARTAVEL TAM G C/8 – SLIM	5102	Devido

Com base na classificação fiscal apurada na referida tabela, foram elaborados pelos autuantes novos demonstrativos de débito da **Infração 01**, de modo a excluir do rol dessa exigência fiscal as operações cujo crédito do ICMS é devido, considerando que as operações estavam submetidas ao regime normal de tributação.

Relativamente à **Infração 02**, os autuantes afirmaram que o produto PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA (EEG) - NCM **3006.3019** - apontado pela Impugnante como produto isento, não se encontrava contemplado nas disposições do Convênio ICMS 01/99, à época da ocorrência dos fatos geradores.

Da mesma forma, os produtos FIXADOR DE CÂNULAS DE TRAQUEOSTOMIA (NCM **90183929**), MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO (NCM **90219099**) e INFUSOR DE DUAS VIAS CLAMP (NCM **90189099**), apontados pela Impugnante como sujeitos ao regime de substituição tributária, não se encontravam contemplados no Anexo 1 do RICMS/Ba, texto normativo vigente nos exercícios de 2018 e 2019.

Após análise dos produtos e respectivas operações questionadas, remanesceu a cobrança do ICMS apresentada no resumo abaixo e nos demonstrativos apensados na peça informativa, às fls. 64 a 71 (**Infração 01**); e, às fls. 72 a 77 (**Infração 02**):

Ano	Infração	Valor devido ICMS (R\$)
2018	Utilização indevida de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias cujo imposto foi recolhido pelo regime de antecipação tributária	2.130,38
2019	Utilização indevida de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias cujo imposto foi recolhido pelo regime de antecipação tributária	709,21
2018	Lançamento e consequente recolhimento a menor do ICMS devido sobre operações de saídas de mercadorias em decorrência de erro na aplicação da alíquota prevista na legislação	33.729,71
2019	Lançamento e consequente recolhimento a menor do ICMS devido sobre operações de saídas de mercadorias em decorrência de erro na aplicação da alíquota prevista na legislação	11.601,16
Valor total		48.170,46

Ao concluírem a peça informativa os autuantes formularam pedido para que o Auto de Infração seja mantido nas infrações 01 e 02, nas quantias apuradas no informativo fiscal, que totalizam o valor histórico de **R\$ 48.170,46**, acrescido dos consectários legais cabíveis.

O contribuinte, em nova intervenção nos autos, às fls. 82/84, reiterou os argumentos expostos na inicial defensiva, discorrendo que:

- a) Na **infração 01** os autuantes não indicaram os motivos pelos quais mantiveram as glosas dos créditos de ICMS das mercadorias apontadas na Informação Fiscal;
- b) Na **Infração 02**, restou configurada divergência de interpretação entre a impugnante e as autoridades fiscais.

Os autuantes, em novo informativo fiscal, inserido à fl. 87, mantiveram o mesmo entendimento exposto na manifestação anterior, reiterando o pedido de PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento no valor principal de **R\$ 48.170,46**.

Às fls. 92/94 foram anexados aos autos relatórios extraídos do sistema interno da SEFAZ-Ba, com o detalhamento das parcelas reconhecidas e pagas pelo contribuinte.

Na assentada de julgamento ocorrida em 10/06/2022, o presente feito foi convertido em diligência aos autuantes, considerando que na última peça informativa houve a inversão da abordagem apresentada na peça defensiva, ao tratar as mercadorias apontadas pelo contribuinte como isentas como se estivessem no regime da ST e as mercadorias em que a defesa sustentou o enquadramento no regime da antecipação total como se fossem beneficiadas com isenção. Em decorrência do referido equívoco o colegiado desta 5ª JJF formulou quesitos de ordem saneadora do feito, a seguir reproduzidos, todos eles dirigidos aos autuantes:

QUESITO 1 – prestar nova informação fiscal abordando os reclamados da defesa quanto aos produtos listados abaixo, nos respectivos regimes de tributação:

- a) PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA - EEG (NCM 30063019), informar se o referido produto está ou não inserido no Anexo 1 do RICMS/Ba, que lista a mercadorias enquadrados no regime da ST, texto vigente nos exercícios de 2018 e 2019.
- b) FIXADOR DE CÂNULAS DE TRAQUEOSTOMIA (NCM 90183929), MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO (NCM 90219099) e INFUSOR DE DUAS VIAS CLAMP (NCM 90189099). Informar se essas mercadorias são ou não beneficiadas com a isenção do ICMS prevista no Convênio ICMS nº 01/1999 c/c o art. 264, inc. XXIV, do RICMS/Ba, nos exercícios de 2018 e 2019.

QUESITO 2 – Apresentar, na sequência, Demonstrativo específico, totalizando mês a mês os valores que foram lançados na **Infração 02**, exclusivamente para os produtos elencados nos itens “a” e “b”, que fazem parte do QUESITO 1.

Na sequência determinou-se que:

- 1) o órgão de preparo de Inspeção Fiscal certificasse o contribuinte e os seus defensores constituídos nos autos do inteiro teor da diligência e do seu resultado, incluindo os respectivos Demonstrativos;
- 2) em seguida, fosse concedido prazo de 10 (dez) dias para Manifestação Defensiva.

Através do expediente apensado aos autos entre as fls. 112 a 116, os autuantes, em novo informativo fiscal, declararam que:

- a) o produto PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA - EEG (NCM 30063019), não está enquadrado no rol das mercadorias listadas no Anexo I do RICMS-Ba, na redação vigente nos exercícios de 2018 e 2019;

- b) da mesma forma, os produtos: FIXADOR DE CÂNULAS DE TRAQUEOSTOMIA (NCM 90183929), MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO (NCM 90219099) e INFUSOR DE DUAS VIAS CLAMP (NCM 90189099), não estão inseridos nas disposições do **Conv. ICMS 01/99**, que trata da **isenção do ICMS nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde**, na redação vigente entre os exercícios de 2018 e 2019.

Declararam, ao final da nova peça informativa, que os reclamos defensivos quanto às exclusões das operações com aqueles produtos não merecem ser acolhidos. Mantido o entendimento manifestado no último informativo fiscal, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação, nos valores, por período mensal, apontados nos Demonstrativos juntados ao PAF entre as fls. 117 a 124, reproduzidos na mídia apensada à fl. 125.

Após ser devidamente notificado do resultado da diligência o contribuinte atravessou petição nos autos (doc. fls. 130/134), subscrita por seu advogado para se contrapor às conclusões apresentadas pelas autoridades fiscais na diligência determinada por esta 5ª JJF.

Quanto ao produto “PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA – EEG” de NCM 3006.30.19, afirmou não ter compreendido o motivo pelo qual os autuantes foram incapazes de admitir que tal mercadoria é uma “preparação para exame radiográfico”, que está inserido na posição 9.7.0.1 do ANEXO I do RICMS/Ba.

O mesmo entendimento é aplicável aos demais produtos que estão previstos e caracterizados na legislação de regência, tal como a contribuinte apontou na sua última manifestação nos autos. Destacou, na sequência, que o Fisco nada ganha ao manter um processo administrativo fiscal ativo sem que haja crédito tributário passível de constituição.

Enumerou mais uma vez os produtos que entende não estarem submetidos ao regime de tributação do ICMS em razão do benefício da isenção:

1 - BEAD BLOCK - MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO (NCM 9021.90.99) – ENQUADRAMENTO NO ITEM 186 DO CONVÊNIO ICMS 01/99

O produto em questão é composto de micropartículas inorgânicas injetadas por via arterial (cf. imagem reproduzida à fl. 132 dos autos). Tais micropartículas aderem ao tumor criando um tecido que causa embolia e morte das células doentes ou danificadas. Embora em inglês, o material da aplicação do produto foi anexado ao presente expediente (doc. fls. 135/138), conforme informações do fabricante passível de consulta nos seguintes sites:

<https://www.bostonscientific.com/en-US/products/embolization/bead-block/bead-block-brief-summary.html>

<https://www.bostonscientific.com/en-US/products/embolization/bead-block.html>

Trata-se, portanto, segundo a defesa, de produto que consta do Convênio 01/99, descrito no item 186, conforme imagem abaixo:

186	9021.90.99	Substituto temporário de pele (biológica/sinética) (por cm2)
187	9021.90.99	Enxerto tubular de ptfe (por cm2)
188	9021.90.99	Enxerto arterial tubular inorgânico
189	9021.90.99	Botão para crânio

2 INFUSOR DE DUAS VIAS COM CLAMP (NCM 9018.90.99) - ENQUADRAMENTO NO ITEM 54 DO CONVÊNIO ICMS 01/99

O infusor de duas vias com *clamp* é um dispositivo descartável que permite a infusão de soro ou medicamento no paciente de maneira controlada, ou seja, assistida (imagem do produto reproduzida à fl. 133). O fluxo é controlado pelo *clamp* (quanto mais apertado, menor o fluxo). Assim sendo, tem ele previsão no item 54 do Convênio ICMS 01/99, tal como exposto na inicial defensiva, conforme quadro abaixo:

52	9018.90.99	Bolsa para drenagem
53	9018.90.99	Linhas arteriais
Nova redação dada ao item 54 pelo Conv. ICMS 75/21, efeitos a partir de 01.08.21.		
54	9018.90.99	Conjunto de circulação assistida; equipo cassete.
Redação original, efeitos até 31.07.21		
54	9018.90.99	Conjunto descartável de circulação assistida
55	9018.90.99	Conjunto descartável de balão intra-aórtico

Em razão do acima exposto o contribuinte ratificou os termos da sua impugnação na íntegra.

Em 30/11/2022, os autuantes prestaram novo Informativo Fiscal, através da peça processual juntada à fl. 142 dos autos, ocasião em que refutaram as razões apresentadas na última Manifestação Defensiva, mantendo o entendimento pela manutenção das cobranças lançadas no Auto de Infração nos valores apurados na última intervenção dos mesmos neste processo.

Em despacho exarado à fl. 149 deste PAF, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

Na assentada de julgamento ocorrida no dia 24/01/2023 o Consº Vladimir Miranda Morgado pediu vistas do processo, sendo suspenso o andamento do julgamento e transferido para o dia 26/01/2023.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas ocorrências fiscais relacionadas a utilização indevida de créditos de ICMS (**infração 01**) e recolhimento a menor do imposto por erro na aplicação de alíquotas em operações regularmente escrituradas pelo contribuinte (**infração 02**). O detalhamento das infrações consta do Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

De início, cabe destacar que não foram suscitadas nulidades do procedimento fiscal. Nenhuma desconformidade ou vício formal foi apurado por esta Relatoria na fase de instrução do feito.

Assegurados ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa. Auto de Infração lavrado em conformidade com os requisitos exigidos no art. 39 do RPAF/99, notadamente, a correta identificação do sujeito passivo; a descrição dos fatos considerados infração, de forma clara e sucinta; a indicação dos dispositivos considerados infringidos; e, a multa aplicável, além da identificação e assinatura das autoridades fiscais responsáveis pelo lançamento.

O contribuinte, ainda na fase defesa, reconheceu a procedência de parte dos valores lançados no Auto de Infração, nos seguintes termos:

INFRAÇÃO 01 – a importância de **R\$ 2.256,81**, sob o argumento de que se equivocou ao utilizar indevidamente parte dos créditos fiscais.

INFRAÇÃO 02 - a importância de **R\$ 26.412,96**, visto não ter considerado em sua escrita fiscal que algumas mercadorias seriam tributadas pelo ICMS Normal, conforme regras expressas do Dec. 13.780/12 (RICMS/Ba).

Na fase de Informação Fiscal, relativamente à **Infração 01**, os autuantes excluíram da exigência fiscal os estornos de crédito do imposto de mercadorias cujas saídas subsequentes estavam submetidas ao regime de tributação normal. Mantido, portanto, em relação a essas operações o direito ao lançamento do crédito na escrita fiscal.

Para a **Infração 02** os reclamos defensivos, em relação à parte remanescente da autuação, não foram acolhidos pela autoridade fiscal, sendo mantida a exigência fiscal no valor total histórico de **R\$ 45.330,87**.

Assim após o devido saneamento deste PAF, através das intervenções da defesa e do informativo fiscal prestado pelo autuantes, remanesceu em discussão nesta lide algumas questões, todas elas relacionadas ao tratamento tributário a ser dispensado a determinadas mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo, conforme detalhamento abaixo:

Infração 01 – A vedação dos créditos fiscais, após Informação Fiscal, se restringiu às operações de aquisição dos produtos abaixo listados, que segundo os autuantes, estavam sujeitos em 2018 e 2019 ao regime da substituição tributária:

- a) NCM 30049099 - TORAGESIC INJ 30MG/ML C/10 - UNIAO QUÍMICA (exercício de 2018);
- b) NCM 30059090 - COMPRESSA DE GAZE ALGOD 15X30 EST CREMER (exercício de 2018);
- c) NCM 30049047 - CLOREXIDINA RIOHEX 1% AQUOSA 100ML TWIST (exercício de 2019);
- d) NCM 30059090 - COMPRESSA DE GAZE 7.5 X 7.5 9F – KARINA (exercício de 2019).

Infração 02 – Excluídas as parcelas reconhecidas pelo sujeito passivo, os valores remanescentes abarcam operações com os produtos a seguir descritos:

- a) PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA (EEG), NCM 30063019, apontado na defesa como sujeitos ao regime de substituição tributária e considerado na ação fiscal sujeito à tributação normal, por não se encontrar contemplado no Anexo 1 do RICMS/Ba, vigente nos exercícios de 2018 e 2019.
- b) FIXADOR DE CÂNULAS DE TRAQUEOSTOMIA, NCM 90183929, MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO, NCM 90219099 e INFUSOR DE DUAS VIAS CLAMP, NCM 90189099, que a defesa sustenta serem beneficiados com a isenção do ICMS por disposição contidas no Convênio ICMS nº 01/1999 c/c o art. 264, inc. XXIV, do RICMS/Ba, nos exercícios de 2018 e 2019.

Em relação às demais contendas, conforme já exposto linhas acima, após o acolhimento de parte das razões defensivas cessaram as pendências entre o contribuinte e o fisco.

Porém, ainda na fase de instrução do feito, foi constatado que os autuantes se equivocaram ao prestarem o primeiro Informativo Fiscal, visto que houve a inversão da abordagem apresentada na peça defensiva, ao tratar as mercadorias apontadas pelo contribuinte como isentas como se estivessem no regime da ST e as mercadorias em que a defesa sustentou o enquadramento no regime da antecipação total como se fossem beneficiadas com isenção. Em decorrência do referido equívoco o colegiado desta 5ª JJF formulou quesitos de ordem saneadora do feito, convertendo o PAF em diligência aos autuantes.

Saneado o PAF com a devida correção do equívoco cometido pelas autoridades fiscais, torna-se desnecessária a remessa dos autos para a realização de novas diligências fiscais, considerando que a matéria fática está devidamente esclarecida após as intervenções do autuado e dos autuantes.

As questões a serem enfrentadas por esta Relatoria se concentram exclusivamente na aplicação da legislação tributária, sendo, portanto, controvérsia situada tão somente no âmbito do direito.

Passemos então a decidir a matéria que ainda remanesce controvertida neste processo.

Infração 01 - Os produtos classificados nas posições código NCM **3004.90.47** e **NCM 3004.90.90**, estão listados no Anexo I, do RICMS-Ba (Dec. 13.780/2012), na redação vigente nos exercícios de 2018 e 2019, nos subitens **9.1.0, 9.1.1, 9.1.2, 9.2.0, 9.2.1, 9.2.2, 9.3.0, 9.3.1, 9.3.2, 9.4.0, 9.4.1, e 9.4.2**. São medicamentos da linha humana, das referências positiva, negativa e neutra, abarcando inclusive os medicamentos genéricos e similares, todos eles inseridos no regime de substituição tributária nas operações realizadas pela empresa autuada nos exercícios fiscais objeto da ação fiscal.

Já o produto atadura, classificado na posição o código NCM **3005.90.90** (COMPRESSAS DE GAZE), também se encontra listado no Anexo I do RICMS/Ba, no subitem item 9.11, igualmente inserido no regime da substituição tributária nas operações internas realizadas nos exercícios de 2018 e 2019.

Dessa forma, assiste razão aos autuantes no que se refere à glosa dos créditos dos produtos que remanesceram na cobrança que faz parte da **Infração 01**, todos eles enquadrados no regime da ST, totalizando a quantia principal de **R\$ 2.130,38 (no exercício de 2018)** e de **R\$ 709,21 (no Exercício 2019)**, conforme demonstrativos mensais reproduzidos, respectivamente, às fls. 67 e 69 deste PAF, Caberá a homologação dos valores reconhecidos e recolhidos pelo contribuinte, no importe principal de **R\$ 2.256,81**.

Deve, portanto, o autuado ainda recolher na **Infração 01** a importância de **R\$ 582,78**.

Apresentamos a seguir o novo Demonstrativo de Débito da **Infração 01**, por período mensal, restrito os valores efetivamente devidos, incluindo a parcelas reconhecidas pelo sujeito passivo na peça de defesa e os valores ainda pendentes de recolhimento:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Vl. Julgado
30/06/2018	09/07/2018	60%	39,79
30/09/2018	09/10/2018	60%	2.090,59
28/02/2019	09/03/2019	60%	709,21
			2.839,59

Infração 02:

I) PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA (EEG) - NCM 3006.30.19: Trata-se de produto que a defesa interpreta estar submetido ao regime de substituição tributária.

Ao verificar o Anexo 1 do RICMS/Ba (Dec. 13.780/2012), na redação vigente nos exercícios de 2018 e 2019, constato que na previsão do regime da ST estão inseridas as mercadorias da **NCM 3006.3**, com a denominação *“Preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente – Lista Positiva e Lista Negativa”*. Neste rol está incluída a PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAMA (EEG), considerando que a NCM deste produto faz parte do grupo de mercadorias cuja classificação fiscal abriga o código NCM 3006.3. Na nossa avaliação, portanto, o referido produto está submetido ao regime de pagamento do imposto por substituição tributária. Com razão o contribuinte.

Por sua vez, em relação ao pedido defensivo de exclusão das cobranças amparadas em normas de isenção, observo que o RICMS-Ba, estabelece no art. 264, inc. XXIV, que:

Art. 264 – São isentas do ICMS:

(...)

XXIV - as entradas decorrentes de importação e as saídas de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, observadas as condições previstas no referido acordo interestadual;

Seguindo o prescritivo regulamentar, as condições do benefício isencional e o rol produtos inseridos na benesse fiscal tem por fonte originária o Convênio ICMS 01/1999. A questão em lide no presente PAF abrange a discussão em torno da inserção ou não dos produtos mantidos no lançamento na regra da isenção estabelecida no citado Convênio, de acordo com a redação vigente nos exercícios de 2018 e 2019.

Na sequência apresentamos a nossa interpretação e solução acerca desses produtos.

II) FIXADOR DE CÂNULAS DE TRAQUEOSTOMIA, NCM 9018.39.29:

Reproduzimos abaixo a descritivo dessa mercadoria no Anexo único do Conv. ICMS 01/99:

41	9018.39.29	Cânula para traqueostomia sem balão
----	------------	-------------------------------------

A NCM 9018.39.29 está expressamente prevista no Conv. ICMS 01/99, fazendo referência à Cânula para Traqueostomia, que abarca também o respectivo fixador. Segundo pesquisa realizada no Google: O Fixador para Cânulas de Traqueostomia **é destinado à fixação segura e confortável das cânulas de traqueostomia em pacientes traqueostomizados, sob ventilação mecânica**. Já a cânula é o **tubo que acessa a incisão feita na traqueia e vai até o pulmão do paciente**. É pela cânula que entra o oxigênio necessário para a respiração. A funcionalidade desse equipamento envolve todas as peças e componentes que compõem a sua estrutura. Trata-se, portanto, de produto beneficiado com a isenção do ICMS.

Com razão o contribuinte.

III) MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO, NCM 9021.90.99:

Não há no Anexo único do Convênio ICMS 01/99 qualquer item com o descritivo “**Micropartículas para Embolização**”, integrante da NCM 9021.90.99. O produto descrito na peça defensiva é outro, que faz parte do item 186 do citado Convênio, com a seguinte denominação: “**Substituto temporário de pele (biológica/sinética) (por cm quadrado)**”, classificado na NCM 9021.90.99.

Com razão o Estado.

IV) INFUSOR DE DUAS VIAS CLAMP, NCM 9018.90.99:

Conforme exposto na peça defensiva o infusor de duas vias com *clamp* é um dispositivo descartável que permite a infusão de soro ou medicamento no paciente de maneira controlada, ou seja, assistida (imagem do produto reproduzida à fl. 133 deste PAF). O fluxo do medicamento é controlado pelo *clamp* (quanto mais apertado, menor o fluxo). Esse descritivo se enquadra perfeitamente no item 54 do Convênio ICMS 01/99, tal como exposto na inicial defensiva, conforme quadro abaixo:

Redação original, efeitos até 31.07.21
Conjunto descartável de circulação assistida

Com razão o contribuinte.

Portanto, deve ser excluída da **Infração 02** as cobranças relacionadas aos **produtos PASTA PARA ELETROENCEFALOGRAFA (EEG) - NCM 3006.30.19; FIXADOR DE CÂNULAS DE TRAQUEOSTOMIA, NCM 9018.39.29; e, INFUSOR DE DUAS VIAS CLAMP, NCM 9018.90.99**. Mantida

a exigência fiscal em relação ao produto **MICROPARTÍCULAS PARA EMBOLIZAÇÃO**, além dos valores já reconhecidos pelo contribuinte na peça de defesa.

Após a exclusão das operações não submetidas à tributação nas saídas, a **Infração 02** passa a ter a composição, por período mensal, descrita no Demonstrativo de Débito abaixo reproduzido, totalizando a quantia de **R\$ 30.383,90**.

INFRAÇÃO 02 - 03.02.02

Ocorrência	Vencimento	Multa	VI. Histórico	VI. Julgado
31/01/2018	09/02/2018	60%	1.804,94	472,43
28/02/2018	09/03/2018	60%	537,48	524,23
31/03/2018	09/04/2018	60%	1.876,91	1.066,91
30/04/2018	09/05/2018	60%	13.144,56	10.074,11
31/05/2018	09/06/2018	60%	1.195,31	871,31
30/06/2018	09/07/2018	60%	1.371,20	1.368,39
31/07/2018	09/08/2018	60%	3.261,72	2.312,32
31/08/2018	09/09/2018	60%	3.046,47	3.038,98
30/09/2018	09/10/2018	60%	5.105,99	4.160,60
31/10/2018	09/11/2018	60%	387,32	240,17
30/11/2018	09/12/2018	60%	1.206,29	701,09
31/12/2018	09/01/2019	60%	791,52	766,77
31/01/2019	09/02/2019	60%	1.231,47	338,26
28/02/2019	09/03/2019	60%	1.591,48	1.032,81
31/03/2019	09/04/2019	60%	1.647,76	383,41
30/04/2019	09/05/2019	60%	1.626,14	524,82
31/05/2019	09/06/2019	60%	340,29	161,46
30/06/2019	09/07/2019	60%	480,52	272,26
31/07/2019	09/08/2019	60%	416,21	277,77
31/08/2019	09/09/2019	60%	885,95	136,29
30/09/2019	09/10/2019	60%	889,89	581,73
31/10/2019	09/11/2019	60%	526,18	400,04
30/11/2019	09/12/2019	60%	1.171,24	401,14
31/12/2019	09/01/2020	60%	794,03	275,59
TOTAL			45.330,87	30.382,89

O valor recolhido pelo contribuinte, no importe de **R\$ 26.412,96**, deverá ser homologado pela autoridade fiscal competente.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0006/20-1**, lavrado contra **PROCIFAR DISTRIBUIDORA DE MATERIAL HOSPITALAR S/A.**, devendo ser intimado o

autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 33.222,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” e inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR