

A. I. Nº - 299430.0014/22-4
AUTUADO - VIPMEDIC PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALAR LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/11/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0201-03/23-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OUTORGA DE ISENÇÃO. MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS PELA NÃO INCIDÊNCIA QUALIFICADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Operações de saídas de produtos médicos não beneficiadas, com a isenção do Convênio ICMS 01/99. Interpretação restritiva da isenção, para alcançar, tão-somente, os itens listados na norma isentiva. Do confronto dos documentos anexos ao PAF, ficou comprovado que os produtos relacionados com a exigência fiscal, não possuem a mesma descrição daqueles constantes no Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99. Interpretação literal imposta pelo art. 111, do CTN. Indeferido pedido de perícia. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2022, exige o valor de R\$ 408.904,07, acrescido da multa de 60%, sob acusação do cometimento da **Infração - 002.001.003**. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019, conforme demonstrativos às fls. 12 a 56 e CD a fl. 57.

O sujeito passivo, por intermédio de seu representante legal, fls. 66 a 80, apresenta Impugnação na qual, após destacar a sua tempestividade articula as seguintes ponderações.

Observa que se trata de Auto de Infração lavrado, o qual lhe imputa a prática de infrações relacionadas ao não recolhimento de ICMS, ante a prática de operações tributáveis como não tributáveis, imputando a Infração 01 - *Referente a fatos ocorridos de 01.01.2018 à 31.12.2019, retrata o fato de ter a Empresa Autuada deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

Afirma que se trata de mercadorias cuja saída ocorreu sem tributação e mediante análise de cada produto, restou constatado que os mesmos supostamente não se enquadravam no anexo único do Convênio ICMS 01/99. Diz que as mercadorias autuadas dizem respeito aos seguintes produtos anexos cujo NCM em debate é o de número 9018.39.29 *“cateter guia para angioplastia transluminal percutânea”* e 9021.39.99 que não teria correlação com a isenção dada no convênio.

Sustenta que nesse caso, houve um erro material no preenchimento da nota fiscal pela fornecedora do produto o que não retira, como será demonstrado, a isenção dos produtos comercializados já que existe correlação no convênio.

Registra que não praticou qualquer penalidade que lhe foi imputada, já que os itens são isentos no recolhimento do ICMS, motivo pelo qual não tem qualquer procedência a lavratura do Auto de Infração e das punições aplicadas.

DA NÃO OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO. CORRELAÇÃO NCM 9018.39.29 AO ITEM 25 DO CONVÊNIO

Como descrito, observa que o Autuante lhe imputou o fato de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis. Entretanto, deixou de observar, que os produtos comercializados se tratam de produtos destinados à prestação de serviço de saúde, portanto, de característica essencial, e tratados como isentos segundo pelo Convênio ICMS 01/99, do Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”).

Observa que os produtos comercializados entre 01.01.2018 à 31.12.2019, como se observa no quadro abaixo, são os mesmos isentos de ICMS previstos no Convênio 01/99.

Assinala que no caso em tela, a empresa comercializou cateteres angiográficos, quais sejam: *RADIFOCUS® GLIDECATH - CATETER ANGIOGRÁFICO - TERUMO E O RADIFOCUS® OPTITORQUE CATETER ANGIOGRÁFICO - TERUMO*. Esses produtos são considerados CATETERES ANGIOGRAFICOS, CONHECIDOS TECNICAMENTE NA MEDICINA COMO: CATETERES GUIAS para angioplastia TRANSLUMINAL PERCUTÂNEA. Ou seja, contemplam ao Item 25 do Convênio 01/99, NCM 9018.39.29, conforme laudo técnico em anexo.

25	9018.39.29	Cateter guia para angioplastia transluminal percuta
----	------------	---

Destaca que, em relação ao item DISP P/ SELAMENTO PUNCAO ANGIO-SEAL 8FR, é um produto utilizado para fechamento do orifício em artéria após a punção da mesma.

Afirma ser classificado no convênio conforme descrito à fl. 68.

Por isso, afirma que todas as operações realizadas pela Empresa Impugnante e objeto da autuação que ora contesta, são isentas de ICMS, pois referem-se a equipamentos e insumos previstos no Anexo Único ao Convênio ICMS 01/99, inclusive, há regulamentação que a isenção ou a alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”) ou do Imposto de Importação (“II”) de tais equipamentos e insumos, estando, portanto, preenchidos todos os requisitos do citado Convênio para a fruição do benefício.

DA CLASSIFICAÇÃO DOS ITENS COMO NCM 9021.39.99. FLAGRANTE ISENÇÃO

Revela que, conforme se depreende do relatório de saídas em anexo, a fiscalização autuou as seguintes mercadorias, classificadas com o NCM 9021.39.99: BALÃO DE PRESSÃO - 61-70CM PARA ESFINCTER URINÁRIO ARTIFICIAL AMS BOMBA DE CONTROLE PARA ESFINCTER URINARIO ARTIFICIAL AMS800 e KIT DE ACESSO PARA ESFINCTER URINARIO ARTIFICIAL AMS800.

Afirma que essas mercadorias acima foram adquiridas da empresa “Boston Scientific do Brasil Ltda.”, estabelecida em São Paulo, que emite as notas fiscais de venda consignando os componentes de forma individualizada, classificando os itens principais do Sistema de Controle Urinário AMS-800 (manguito, balão de regulagem de pressão e bomba de controle e kit de acesso para esfíncter), no código NCM 9021.39.99, com a isenção do ICMS prevista no Convênio ICMS 126/2010 e art. 16, do Anexo I, do RICMS/SP/2002.

Revela que para a utilização desta prótese em cirurgia, a VIPMEDIC emite NF-e para remessa de seus componentes em suas diversas grades de tamanho e gamas, sendo a bomba de controle em tamanho padrão, o manguito oclusivo nos tamanhos que variam de 3,5 a 5,5 cm e o balão de regulação de pressão, sendo os mais utilizados 61-70 cm e 71-80 cm, para que o cirurgião possa determinar o tamanho adequado a ser usado no paciente, medindo a circunferência da uretra bulbar durante a cirurgia.

Afirma que essa nota fiscal de simples remessa é emitida conforme art. 588, da Parte 1, do Anexo IX, do RICMS/2002, com CFOP 5.949, com a isenção do imposto prevista no item 165 da Parte 13 c/c

item 107 da Parte 1, do Anexo I, do RICMS-SP/2002 e item 73, do Convênio ICMS 01/99, em relação aos componentes bomba, manguito e balão regulador de pressão, classificados na NCM 9021.39.99, e tributando o componente kit de acessórios classificado na NCM 9018.90.99.

Observa que os procedimentos adotados estão previstos nos arts. 588 e 590 da Parte 1, do Anexo IX, do RICMS-SP/2002, cujo teor reproduz.

Revela que, após a realização do ato cirúrgico e definidos os componentes que foram utilizados na montagem da prótese, é emitida a nota fiscal eletrônica de entrada de devolução dos componentes não utilizados e outra nota fiscal eletrônica de entrada simbólica dos componentes utilizados, com CFOP 1.949, referenciando a nota fiscal eletrônica de simples remessa e mantendo a mesma tributação da nota fiscal de remessa.

Observa que os itens autuados são fabricados no exterior, sendo importados e comercializados no Brasil pela empresa Boston Scientific do Brasil Ltda que detém o registro na ANVISA sob o nº 10341350881, sob a denominação de Dispositivo de Controle Urinário AMS800 e nome técnico como Implante Esfínter. A American Medical Systems consultou a Receita Federal do Brasil para a classificação de mercadorias para prótese peniana AMS700, que guarda as mesmas características da prótese Dispositivo de Controle Urinário AMS800, ou seja, ambas são próteses à base de elastômero, conforme ementa consolidada

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 3 DE 22 de Fevereiro de 2013

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: Código NCM 9021.39.80. MERCADORIA: Prótese peniana, à base de elastômero de silicone, consistindo num par de cilindros, uma bomba e um reservatório para líquidos, apresentada em embalagem individual estéril, marca AMS700. FABRICANTE: American Medical Systems. PAIS DE ORIGEM: EUA

Afirma seu entendimento de que, da mesma forma, a prótese AMS800, sendo à base de elastômero de silicone, se constituindo de manguito oclusivo, uma bomba e balão regulador de pressão, guardando extrema semelhança com a prótese AMS700, esta última segue a mesma classificação fiscal e que, classificado o produto principal, todas as suas partes e peças classificam-se no respectivo subitem, ou seja, 9021.39.99.

Traz à colação, sobre o código NCM a ser utilizado para a classificação desta mercadoria, excerto da exposição de mérito proferido pelo Conselheiro Relator Sr. Eduardo de Souza Assis, no julgamento do PTA 01.000416444-74, Acórdão 22.235/16/3ª, que, ao fundamentar sua decisão na correta classificação do código NCM da prótese “esfínter urinário artificial” assim se manifestou.

Explica que a prótese de silicone não articulada se enquadra no código NBM/SH 90213980 - “Outros”, que, por sua vez, faz parte da subposição NBM/SH 902139 - “Outros”, que englobam os demais produtos não relacionados na posição 9021 de forma genérica.

Nova redação dada ao item 73 do Anexo Único pelo Conv. ICMS 212/17, efeitos a partir de 01.03.18

73	9021.39.80	Prótese de silicone
----	------------	---------------------

Revela que no caso em tela, os itens autuados, embora estejam classificados com o NCM 9021.39.99, tem correlação no convênio com o item 73 e NCM 9021.39.80, acima descrito, de sorte que a autuação foi indevidamente realizada, conforme se verifica do laudo técnico em anexo, onde é explicado todo o procedimento e os seus componentes, é cristalino que estamos diante de

uma prótese de silicone enquadrada no Convênio como isenta, conforme foto do produto que colaciona à fl. 93.

Observa que ao longo do relatório, inclusive, em diversos trechos é possível verificar a correlação dos itens com o NCM 9021.39.80.

“Colocar os tubos de silicone branco e preto do Pump dentro da Cuba Rim com soro fisiológico apertar o Pump até que seja retirado todo o ar do sistema fechar com a Pinça Mosquito, e colocar no soro fisiológico com o antibiótico até o implante.”

Registra que, diante do fato de realizar a remessa dos componentes da prótese em grades e tamanhos diversos para colocação à disposição do cirurgião, que determinará, durante o ato cirúrgico, qual o tamanho do manguito oclusivo e a pressão do balão de regulação adequados ao paciente, isso não a descaracteriza para fins de aplicação do procedimento previsto nos dispositivos retro citados, mas, tendo em vista que, após o ato cirúrgico, parte dos componentes remetidos foi utilizada e parte não foi, a Consulente emite 2 (duas) notas fiscais de entrada, uma de devolução real para os componentes não utilizados e outra de devolução simbólica para os componentes que foram utilizados na cirurgia.

Declara que, após a emissão dessas notas fiscais, emite uma outra de faturamento consignando os componentes utilizados na cirurgia que foram objeto de devolução simbólica com os requisitos previstos no citado art. 590, da Parte 1, do Anexo IX, do RICMS- BA/2002.

Ressalta que diante disso e para controle de estoque, na emissão das notas fiscais de remessa para os hospitais e de faturamento, procede da mesma forma que seu fornecedor.

Afirma que a isenção prevista no inciso VI, da cláusula primeira do Convênio ICMS 126/2010 alcança todas as partes e peças que compõem a prótese utilizada na cirurgia, inclusive o kit de acessórios que, conforme informações do prospecto anexado ao processo, é item indispensável na conexão dos componentes da prótese, fazendo parte do produto, de sorte que é devido o reconhecimento de isenção ora em debate.

DA INOCORRÊNCIA DAS INFRAÇÕES. OPERAÇÕES ISENTAS POR FORÇA DO CONVÊNIO ICMS Nº 01/99. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL DOS FATOS

Afirma que o Convênio ICMS 01/99 prevê a isenção para toda e qualquer operação com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços à saúde, notadamente em razão da necessidade de garantir os direitos sociais constantes na Constituição Federal Brasileira, dentre eles, o direito à saúde.

Frisa que o legislador, ao se deparar com a realidade social enfrentada por determinado Estado, principalmente o seu panorama social, econômico e político, tem o dever de editar convênios, os quais passam a isentar alguns tributos, no caso o ICMS, com a finalidade de coadunar os interesses do Estado com a prestação de serviços essenciais ao cidadão, como é o caso das isenções de ICMS conferidas aos produtos da cesta básica e aos de saúde.

No que concerne a isenção de ICMS para equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, como é o caso do Auto de Infração em questão, a intenção do legislador é clara: assegurar o acesso de todos aos tratamentos disponíveis de saúde. Tal finalidade é alcançada através da ausência de acréscimo tributário sobre os equipamentos e insumos do tratamento, justificando assim a referida isenção.

Pondera que, nessa perspectiva, é possível se vislumbrar, de forma cristalina, que tal isenção vem pautada na necessidade de garantia do acesso à saúde com um menor custo, notadamente em razão de ser o Poder Público, isto é, o SUS - Sistema Único de Saúde, o principal cliente e comprador dos equipamentos e insumos destinados à prestação de saúde. Portanto, o Convênio ICMS nº 01/99 almeja proteger o interesse público, o qual se sobrepõe, inclusive, ao interesse de arrecadar tributo dos entes tributantes, como no caso o Estado da Bahia.

Menciona que no presente caso o Autuante, por equívoco, e como demonstrado nas planilhas, não realizaram a correta correlação dos produtos comercializados com isenção de ICMS, com aqueles descritos no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Afirma ser improcedente a alegação da fiscalização de que não há literalidade entre os produtos comercializados e descritos nas notas fiscais, com a invocação do art. 111, do CTN, e os descritos no Convênio ICMS 01/99.

Cita que nesse aspecto, Robert Alexy, em sua obra *Constitucionalismo Discursivo*, estabelece a distinção entre princípios e regras, considerando os primeiros como mandados de otimização, isto é, normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios, por sua vez, podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Primeiramente em relação a verdade real.

Dito isso, assinala que Daniel Ferreira de Lira, em seu texto “Isenção tributária: a interpretação literal das isenções subjetivas e o princípio da dignidade da pessoa humana”, destaca que “todas as leis, sem exceção alguma, necessitam de interpretação. É considerada absolutamente ultrapassada a ideia medieval de que somente as normas jurídicas obscuras ou duvidosas poderiam ser objeto de interpretação. Consubstanciava-se essa tese no brocardo “*in claris cessat interpretatio*”, que pode ser traduzido como “disposições claras não comportam interpretação”, repita-se, há muito superada.”

Sustenta que o art. 111, do CTN necessita de uma interpretação hermenêutica, de acordo com sua regra esculpida e os princípios orientadores do direito, onde se extrai a importância de observância da busca da verdade real, no alcance do que realmente aconteceu ou acontece.

Observa que o *caput* do art. 111, do CTN fala em interpretação literal e sobre esse termo, Sacha Calmon Navarro Coêlho, no Curso de Direito Tributário Brasileiro, destaca que não significa interpretação mesquinha ou meramente gramatical, mas, sim, interpretação estrita sem utilização de interpretação extensiva. As exceções devem ser compreendidas com extrema rigidez.

Destaca que neste sentido também Hugo de Brito Machado, em seu Curso de Direito Tributário, afirma que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliativa nem integração por equidade. Sendo possível mais de uma interpretação, razoáveis e ajustadas aos elementos sistemático e teleológico, deve prevalecer aquela que mais se aproximar do elemento literal.

Observa que o CTN, no seu art. 111, ao dispor sobre a interpretação literal para a isenções fiscais, tem o claro objetivo de impedir o uso de analogia e equidade na aplicação de tais benefícios, homenageando assim o princípio da legalidade.

Afirma ser esse é o entendimento não só da doutrina, mas também dos Tribunais brasileiros, especificamente do Superior Tribunal de Justiça, como observado em diversos julgados cuja ementas reproduz às fls. 74 e 75.

Menciona que também cabe verificar o mesmo entendimento no julgado - (REsp nº 411.704 - SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ: 07/04/2003).

Diz se tornar evidente que a interpretação literal das normas que conferem isenções não afasta o dever de o intérprete da norma se utilizar de princípios, notadamente pela necessidade de ponderação dos elementos hermenêuticos essenciais para correta aplicação do direito.

Revela que ao afirmar que a interpretação do art. 111, do CTN deve levar em consideração o elemento literal e os demais elementos, não está se negando vigência à norma. Pelo contrário, considerando que o CTN (Lei nº 5.172) foi publicado antes da CF/88, torna-se necessária a sua interpretação à luz da Carta Magna, notadamente pelo fato de ter sido recepcionada com o status de Lei Complementar.

Continua destacando que nessa perspectiva, a interpretação do art. 111, do CTN deve manter harmonia com os preceitos constitucionais, especialmente aqueles pautados na construção de uma sociedade mais justa. Assim, deve ser observado na interpretação das normas que preveem isenção outros elementos, como o lógico, sistêmico, finalístico ou teleológico, a fim de se conferir à norma uma interpretação conforme a Constituição.

Diz que se aplicando-se o correto entendimento do art. 111, do CTN ao caso em tela, mostra-se completamente absurdo e destoado de razoabilidade o não reconhecimento da isenção do ICMS a que faz jus pelo simples fato do descritivo dos equipamentos e insumos médicos nas Notas Fiscais não corresponder, literalmente, ao descritivo do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Afirma que esse posicionamento da Administração além de ferir a necessária interpretação do art. 111, do CTN, por considerar somente o elemento literal, viola também o princípio da busca pela verdade real, ignorando, de igual forma a finalidade da norma isentiva vergastada, qual seja, o barateamento e o acesso dos serviços médicos de saúde.

Revela que se sabe que os princípios regem as relações processuais, constituindo-se como verdadeiras diretrizes a serem seguidas pelas partes e pelo responsável na aplicação do direito, devendo ser respeitados tanto na esfera judicial, como na esfera administrativa, como no caso dos autos.

Lembra que na esfera administrativa, inclusive, existem princípios que são considerados vetores da condução de procedimentos administrativos, como é o caso do princípio da busca pela verdade real, ou como preferem alguns, princípio da busca pela verdade material. Sobre o tema, reproduz trecho de ensinamentos da jurista pátria Odete Medauar

Salienta que por esse princípio, que se diga de passagem decorre diretamente da regra da legalidade, a administração não pode agir baseada apenas em presunções, sempre que lhe for possível descobrir a efetiva ocorrência dos fatos correspondentes. Diz que tanto é verdade que tal princípio tem aplicabilidade nos procedimentos administrativos, que o art. 2º, do RPAF-BA/99.

Aduz que apesar de ser reconhecida, inclusive por lei, a aplicabilidade do princípio da verdade material aos procedimentos administrativos, os Autuantes, em que pesa as suas capacidades, violaram tal princípio durante o processo de fiscalização que acarretou na lavratura do presente Auto de Infração, ora impugnado.

Assevera que, ao não reconhecer como isentas do ICMS as operações efetuadas pela Autuada com equipamentos e insumos previstos no Anexo Único do Convênio 01/99, pelo simples fato de a descrição das Notas Fiscais não corresponder, *ipsis litteris*, ao descritivo legal, os Autuantes incorreram em grave equívoco, lavrando o presente Auto de Infração baseado em presunções. Sustenta que, caso fosse observada a real e verdadeira natureza dos equipamentos ou insumos de comercializados pela Autuada, por óbvio, teriam os Autuantes chegado à conclusão de que se trata de operações isentas do ICMS e, portanto, em estrita observância à norma isentiva.

Ressalta que a busca da verdade material se constitui como um dever da Administração Pública, haja vista o interesse público envolvido na questão, sendo que o Estado, inclusive, disponibiliza e prevê diversos meios de provas, para fins de a Autoridade Fiscal formar o seu convencimento a partir do verdadeiro fato tributário.

Frisa que se a autoridade presumiu a ocorrência de um fato que não ocorreu, como no caso em tela em que foi presumida a realização de operações tributáveis pela Autuada, a Administração terminou por deixar de aplicar ao caso o Convênio no ICMS 01/99, como a tanto obrigada.

Afirma que descabe a alegação de que o Auto de Infração foi lavrado em razão da ausência de provas, por parte do Autuado, de que as suas operações, especialmente a comercialização dos equipamentos e insumos médicos, estavam relacionados no Anexo Único ao Convênio nº 01/99 e, portanto, isentos do ICMS.

Destaca que caberia aos Autuantes, de forma fundamentada, a demonstração de que os equipamentos e insumos comercializados pelo Autuado não eram os mesmos previstos no convênio em questão. Tal comprovação não foi realizada, sendo o Auto de Infração baseado em meras premissas, e assim não poderia ser diferente, pois, caso houvesse uma análise e pesquisa por parte da Administração, chegaria à conclusão, sem qualquer percalço, de que se trata dos mesmos equipamentos e insumos previstos no Anexo Único ao Convênio nº 01/99.

DA MULTA APLICADA. EFEITO CONFISCATÓRIO. DA NÃO EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. VIOLAÇÃO A PRECEDENTES DO STF

Observa que a referida autuação aplicou multa de ofício de 60%, no lançamento tributário, configurando um verdadeiro *BIS IN IDEM*, o que revela manifesto caráter confiscatório da referida multa, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal.

Diz que, considerando que lançamento equivocado do ICMS, já que os produtos mencionados são isentos pelo Convênio ICMS 01/99 como acima demonstrado, não há que se falar em diferença de imposto à pagar e, tampouco, a aplicação de multa de 60% sobre o valor devido já que inexistente fato gerador a ensejar a cobrança. Isso porque, conforme dispositivo legal já descrito, para que a multa possa ser elevada é necessário que no lançamento seja indicado, como motivo, além da ocorrência do fato gerador da obrigação principal e seus descumprimentos pelo sujeito passivo, também, qualquer uma dentre as ocorrências previstas nos artigos 71 a 73, da Lei 4.502/64, cujo teor reproduz.

Observa que o Conselho Administrativo Fiscal - CARF, com a edição da Súmula 14, pacificou entendimento sobre a necessidade de a Autoridade Lançadora, quando do lançamento, comprovar evidente intuito de fraude do sujeito passivo, inclusive na situação de omissão de receitas (que não é a hipótese de incidência para fins de lançamento tributário indicado nos autos, ressalte-se), conforme estabelece o art. 150, inciso IV, da CF/88.

Afirma que o montante excessivo em relação à infração tributária não se coaduna com o nosso sistema jurídico, que já prevê a incidência de juros moratórios (com a finalidade de indenizar o erário pela indisponibilidade do montante do tributo durante certo lapso de tempo em que o contribuinte beneficiou dessa mesma disponibilidade) e correção monetária (para manter o poder aquisitivo do valor).

Pondera que a multa teria o efeito de apenas penalizar o contribuinte pelo fato de não obedecer à legislação vigente. Sustenta não restar dúvida de que a imposição de multas elevadas e reiteradas leva o verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte.

Frisa que de fato, evidencia-se efeitos de confisco na imposição da multa aplicada, pelo fato de que os valores são vultosos. Dessa maneira, está se penalizando as atividades da empresa, que não pode abrir mão de seu capital de giro para satisfazer a sanha fiscal do Estado. Em última análise admitir como legítimo o dever de adimplemento de tal obrigação, seria o mesmo que condenar a propriedade privada a ser efetivamente consumida por via de um ato estatal.

Menciona que a Carta Magna de 1988 é clara em reprimir o efeito confiscatório da carga tributária, assim entendido aquele decorrente de ato que vise apreender ou adjudicar, sem indenização, bens pertencentes aos particulares em favor do fisco.

Lembra que os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva do contribuinte constam atualmente no texto constitucional, na parte relativa ao Sistema Tributário Nacional. Diz ser bem verdade que a parcela ora impugnada com esta ação não seja tributo em si, mas, em que pese se dirijam expressamente aos tributos, não se pode negar que os mencionados paradigmas constitucionais atingem, tanto os próprios tributos como as penas fiscais.

Assinala ser importante observar que as multas são aplicáveis pela administração tributária em razão de serem instituídas por lei. No entanto, seria louvável que sua graduação fosse efetuada conforme natureza e a importância da infração, e não indistintamente num percentual sobre o

montante do imposto, muitas vezes, como se deu no caso concreto, imputando valores que extrapolam o bom senso inerente ao direito.

Prossegue destacando que a equidade recomenda a exclusão do abuso do direito revelado pela aplicação de multas vultosas, porque estas representam, indubitavelmente, sanção confiscatória, ferindo de morte a razoabilidade e proporcionalidade.

Registra que as DRJs já possui decisões pacificadas bem como o CARF, da redução da gradação destas multas elevadas, devendo ao ínlito Julgador a observância destas decisões visando o contribuinte, principalmente dentro do histórico dos recolhimentos do contribuinte, devido a regularidade dos pagamentos das suas obrigações tributárias perante o INSS e à RFB.

Revela que, na fase em que se encontra o presente processo, ainda não houve a constituição do débito e tampouco a inscrição do mesmo em dívida ativa já que a simples entrega de declaração retificadora sanará o erro apontado.

Frisa que diante da ausência de prejuízo ao fisco é a inexigibilidade da multa aplicada é medida que se impõe especialmente porque, a aplicação da referida multa em percentual de 60% sobre o valor, fere a constituição federal já que tem nítido caráter confiscatório e totalmente desproporcional.

Assinala que, caso assim não se entenda, pela anulação do Auto de Infração já que indevido pugna pela redução da multa à um percentual não superior a 20% é medida, com base na jurisprudência consolidada do STF, consoante jugado, (AI 682983 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 26.8.2015), cuja ementa reproduz.

Assevera que a multa punitiva aplicada de 60% se mostra desproporcional e com efeitos confiscatórios, de modo que a penalidade aplicada pelo Fisco foi excessiva, ultrapassando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já que a multa não pode ser de um valor que inviabilize as atividades da empresa.

Pugna pela inexigibilidade da multa aplicada, ou supletivamente, reduzida a um patamar que não exceda 20%, do valor tido como devido.

Requer ainda seja alterado o termo inicial dos juros incidentes sobre a multa, a fim de que recaia a partir do 2º mês subsequente a lavratura do Auto de Infração ora impugnado.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito.

DOS PEDIDOS:

Por todo o exposto, requer que seja provida a presente defesa para reconhecer o seguinte:

Indevida a autuação consignada no Auto de Infração e indevida a cobrança do quanto cobrado a título de ICMS para o período de 01.01.2018 à 31.12.2019, uma vez que os produtos vendidos pela empresa Autuada são isentos do recolhimento do mencionado tributo, pois tiveram como base o Convênio ICMS 01/99.

Consequentemente, requer seja determinada a inexigibilidade da multa aplicada de 60% sobre o suposto débito, ou supletivamente, reduzida a um patamar que não exceda 20%, do valor tido como devido.

Na informação fiscal prestada às fls. 205 a 211, o Autuante depois resumir todas as exemplificações e ponderações carreadas aos autos pelo impugnante, articula os seguintes argumentos com fito de manter os termos da autuação.

Observa que o presente trabalho foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFES) constantes no banco de dados da SEFAZ-Ba, durante o segundo trimestre de 2022, abrangendo o período de 01/01/2018 a 31/12/2019, tendo resultado o presente auto de infração com valor total de R\$ 727.603,21, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis

ANÁLISE DA DEFESA DO AUTO

Lembra que é regra geral a incidência do ICMS nas mercadorias e serviços previstos na legislação deste imposto. A exceção é a isenção. É por isto que a Constituição Federal, em seu art. 150, parágrafo 6º, dispõe que:

Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica...

E esta lei ou documento por ela autorizado deve ter interpretação literal, conforme art. 111, do Código Tributário Nacional, transcrito a seguir:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

[...]

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias;”

Pondera que não se pode considerar isentos produtos somente porque o contribuinte assim o acha, sem demonstrar claramente a base técnica e legal deste entendimento.

Informa que a questão aqui discutida não se trata de direito à saúde nem evolução tecnológica de materiais médicos, mas da legislação do ICMS que trata da isenção desses materiais médicos.

Frisa que a fiscalização não se pautou simplesmente no cotejamento entre o NCM e a descrição utilizada pelo contribuinte em seus produtos comercializados com a lista de itens constantes do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Para tanto, para iniciar a fiscalização intimou o contribuinte, fl. 06, para que informasse em qual item do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, ou em outro dispositivo legal que trata de isenção do ICMS, se enquadram os 432 (quatrocentos e trinta e dois) produtos listados em planilha anexa à Intimação, os quais tiveram saídas sem a incidência do imposto.

Diz que a partir do início do mês de maio/2022, o Autuado começou a nos enviar, por e-mail, seu entendimento de cada item. Depois de discussões com o representante do contribuinte, discordou do entendimento apenas do “cateter angiográfico”, que sua equipe classificava como “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico)”, item 28 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, conforme extrato do e-mail que recebi, fl. 192), o que não é o caso.

Frisa que na defesa o contribuinte primeiro alega, fl. 67, que os produtos constantes deste Auto de Infração se trata de “cateter guia para angioplastia transluminal percutânea”, e que houve um “erro material no preenchimento da nota fiscal pela fornecedora do produto”. Explica que nos autos existem não só o “cateter angiográfico”, mas também “AGULHA P/ ACESSO PERCUTANEO”, “BALAO DE PRESSAO”, “BOCAL PARA ENDOSCOPIA ADULTO”, “BOMBA DE CONTROLE PARA ESFINCTER URINARIO ARTIFICIAL”, CINTO OCLUSIVO”, entre outros. Indaga se o fornecedor cometeu este tamanho “erro”.?

Diz que a defesa segue especificando que “a empresa comercializou cateteres angiográficos”, e que esses produtos são “conhecidos tecnicamente na medicina como: cateteres guias para angioplastia transluminal percutânea”, isenta conforme item 25, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, NCM 9018.39.29.

Registra que a palavra “angiografia” é decorrente de “angio”, que significa artéria coronária, e “grafia”, ou visualizar o problema.

Assinala que, segundo Dr. Renato Tosello, “a angiografia é um exame minimamente invasivo que usa raios-x e uma substância de contraste contendo iodo para produzir imagens dos vasos sanguíneos. Um tubo fino de plástico (cateter) é inserido em uma artéria. Usando a orientação de raio-x, o médico conduz o cateter até a área que está sendo examinada, onde o contraste é injetado e são capturadas imagens da circulação sanguínea local”.

Prossegue assinalando que a angiografia, também conhecida como “cateterismo cardíaco diagnóstico”, “é um dos principais métodos diagnósticos para detectar a presença de doenças neurovasculares, que são anormalidades nos vasos sanguíneos do cérebro e estruturas próximas a ele”, a exemplo de aneurisma, Aterosclerose, AVC etc. Através dela é possível avaliar se há problemas como obstruções que interferem no fluxo sanguíneo para o músculo cardíaco.

Arremata destacando que a angiografia é o procedimento para diagnóstico de uma doença. Ela consiste na introdução de um cateter (tubo flexível) em uma artéria ou veia através da virilha (acesso femoral) ou do pulso (acesso radial), utilizando-se um introdutor para possibilitar a entrada do cateter. Chegando ao coração é injetado um contraste nas artérias do coração do paciente para verificar a situação da artéria.

Pondera que a palavra “angioplastia” decorre de angio, que significa artéria coronária, e plastia, ou correção cirúrgica.

Acrescenta ainda que, segundo o site (<https://www.einstein.br/especialidades/cardiologia/exames-tratamento/angioplastia...>), a “angioplastia coronária ou intervenção coronária percutânea (também conhecida como cateterismo cardíaco terapêutico) é o tratamento não cirúrgico das obstruções das artérias coronárias por meio de cateter balão, com o objetivo de aumentar o fluxo de sangue para o coração”.

Frisa que este mesmo site diz que “após a realização do cateterismo para diagnóstico e documentada a obstrução coronariana, será discutido com o paciente, com médico e com o cardiologista intervencionista a opção pelo tratamento imediato ou o agendamento para dias subsequentes conforme o quadro clínico, grau de obstrução coronariana e vontade do paciente”. Estas mesmas considerações são feitas, fl. 96, no “Laudo” que o contribuinte juntou a este processo, que deixa bem claro que angiografia é procedimento diferente da angioplastia.

Arremata destacando que, em suma, a angiografia é o exame para se detectar a doença cardíaca, enquanto o tratamento é feito através da angioplastia.

Explica que o cateter angiográfico adquirido pelo contribuinte (o Terumo), segundo suas especificações técnicas (fls. 193 a 195), consiste principalmente de um cateter tubular (o cateter angiográfico propriamente dito), um suporte, um introdutor ou um tubo antidobra. Ele “é indicado para uso em procedimentos angiográficos. Através dele pode-se fornecer meio radiopaco para locais selecionados no sistema vascular”. O Radifocus® Optitorque Cateter Angiográfico Terumo “tem um lúmen grande para permitir ao meio de contraste ser injetado a taxas de fluxos altos de tal forma que é projetado para exibir bom controle de torque”. Ou seja, suas características demonstram que se presta exclusivamente para a angiografia, já que se destina a injeção de contraste para diagnosticar doenças.

Observa que item 7 das “Instruções de Uso” diz claramente que após confirmar a “localização da ponta do cateter sob fluoroscopia, avançar o cateter ao local desejado e executar a angiografia”.

Pondera que, nada nas suas especificações técnicas levam a crer que se trata de “cateteres guias para angioplastia transluminal percutânea”.

Assinala que como não dispõe de recursos para contratar um perito para emitir parecer técnico sobre este “Radifocus® Optitorque Cateter Angiográfico Terumo”, como fez o contribuinte (fls. 93 a 107), solicitamos a um médico amigo meu, o Dr. Leonardo Augusto Santos Pereira Paixão, CRM nº 28682, especializado em anestesia e que trabalha no Hospital Roberto Santos, entre outros, que obtivesse opinião de colega(s) cardiologista(s) hemodinamicista(s) (área de atuação da cardiologia que diagnostica e trata doenças do coração e dos vasos sanguíneos através de cateteres) sobre este produto. Para tanto, forneci-lhe cópia das mesmas especificações técnicas de fls. 193 a 195.

Destaca que ele me informou que consultou um destes profissionais, e este lhe informou que tal cateter serve exclusivamente para angiografia, e não como “cateter guia para angioplastia

translumial percutânea”. Sendo assim, sugiro que essa Junta submeta o processo em diligência para que médico(s) cardiologista(s) hemodinamicista(s) emita(m) opinião sobre o Radifocus® Optitorque Cateter Angiográfico Terumo.

Para feito comparativo, observa que identificou outro contribuinte neste Estado que comercializa cateter angiográfico e junta às fls. 196 a 204, notas fiscais de aquisições e saídas deste produto, demonstrando que o cateter angiográfico foi tributado pelo ICMS tanto pelos seus fornecedores como pelo próprio contribuinte. Portanto, afirma que se deve tratar os iguais com igualdade.

Outro produto que o contribuinte questiona é o “DISP P/ SELAMENTO PUNCAO ANGIO-SEAL 6FR” (fl. 68), mas não informa o motivo do questionamento.

Observa que o laudo pericial juntado ao processo, fls. 108 a 115, informa que “a mercadoria vistoriada é um instrumento médico cirúrgico” e que a “função deste dispositivo serve para aplicar um Selo mecânico e bioquímico para fechar o orifício realizado após a punção na artéria”.

Diz que na fl. 05 do Laudo (fl. 112) são listados os itens 24, 25, 26, 27 e 35 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e, em seguida, há a informação de que “o instrumento médico cirúrgico em análise neste laudo, ‘dispositivo para selamento de punção hemostática Angio-Seal VIP também é utilizado no procedimento de angioplastia para fechamento do orifício da artéria no final do procedimento, entende-se que tem a mesma funcionalidade, que justifica a correlação com a descrição do convênio do ICMS”.

Reafirma que a regra da isenção exige a interpretação literal da legislação, logo não basta informar que é o entendimento do contribuinte que o produto é isento. Ele lista os itens 24, 25, 26, 27 e 35 já citados, mas não informa em qual deles o dispositivo para selamento de punção hemostática Angio-Seal VIP. Pode-se afirmar com absoluta confiança que em nenhum deles.

Frisa que na fl. 69 há a indicação de dois novos produtos questionados pelo autuado: o BALÃO DE PRESSAO - 61-70CM PARA ESFINCTER URINARIO ARTIFICIAL AMS 800 e o KIT DE ACESSO PARA ESFINCTER URINARIO ARTIFICIAL AMS 800.

Diz que para ambos, ele informa que possuem a NCM 9021.39.99, e que para utilização “desta prótese em cirurgia” a empresa emite nota fiscal para remessa destes produtos em diversas grades e tamanhos “para que o cirurgião possa determinar o tamanho adequado a ser usado no paciente”. Diz que “essa NF de simples remessa é emitida conforme art. 588, da Parte 1, do Anexo IX, do RICMS-SP/2002, com CFOP 5.949, com isenção do imposto, com CFOP 5.949”.

Afirma que procurou, mas não encontrou o tal do “art. 588, da Parte 1, do Anexo IX, do RICMS-SP/2002”. Em primeiro lugar, explica que o Regulamento em vigor na data das operações do contribuinte é o aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780, de 16/03/2012, e este só tem 495 artigos. Pondera que ele deve estar se referindo ao art. 398-A do mencionado Decreto, que trata do regime especial nas remessas de implantes e próteses para hospitais ou clínicas, e indica que os procedimentos relativos a estas operações estão no Ajuste SINIEF 11/14. Neste Ajuste, os procedimentos descritos são basicamente os mesmo que o contribuinte elenca na fl. 69.

Prossegue destacando que acontece que lá não há a orientação de se usar o CFOP 5.949. A remessa de implantes e próteses trata-se de uma operação de consignação, portanto o CFOP mais adequado é do 5.917, o qual o contribuinte utilizou nos exercícios fiscalizados em todas as remessas. Quando da efetiva venda, o contribuinte utilizou o CFOP de saídas 5.102.

Esclarece que na infração relativa a estes itens há somente uma operação na qual o contribuinte utilizou o CFOP 5.949, que foi a NFE 64.828. Nas informações complementares desta NFE há a informação de que ela substitui a de nº 57.367, porém esta não foi localizada na escrita fiscal do contribuinte. Logo, como se trata de uma operação de saída de mercadorias, foi incluída na infração.

Argumenta que a NCM 9021.39.99 se assemelha ao 9021.39.80, junta uma Solução de Consulta da Receita Federal e diz que os produtos são isentos conforme item 73, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Por fim apresenta o entendimento de que somente com a NCM 9021.39.80 os produtos são isentos, porque esta é a interpretação literal da legislação. Ademais, destaca que o contribuinte, ora usa a NCM 9021.39.99 ou a 9018.99.99 para classificar o KIT DE ACESSO PARA ESFINCTER URINARIO ARTIFICIAL AMS 800.

Conclui pugnando pela manutenção da autuação.

Na assentada do julgamento a Patrona do Autuado Dra. Isabela Carra Schiochet - OAB/BA Nº 49.995, em sustentação oral, reiterou os argumentos articulados na Defesa do Impugnante.

VOTO

O Auto de Infração em lide acusa o sujeito passivo da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, consoante notas fiscais de saídas relacionadas nos demonstrativos de apuração acostados às fls. 12 a 56 - exercícios de 2018 e de 2019.

De início, constato, ao compulsar os elementos e peças que compõem os autos, que o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18, do RPAF-BA/99, eis que, inexistente óbice algum que possa inquiná-lo de nulidade.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria, ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide. Assim, indefiro o pedido de realização de perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99.

O sujeito passivo em suas razões de defesa sustentou que a autuação equivocadamente considerou operações não tributáveis regularmente realizadas como tributáveis.

Asseverou que o autuante deixou de considerar isentas do ICMS as operações de compra e venda realizadas pelo simples fato de a descrição nas Notas Fiscais dos equipamentos e insumos, destinados à prestação de serviços de saúde, não se subsumir, *ipsis litteris*, à descrição contida no Anexo Único ao Convênio ICMS nº 01/99, muito embora os códigos de NCM lançados nas Notas Fiscais sejam exatamente os mesmos que constam do referido Anexo Único.

Observou que a descrição dos equipamentos e insumos médicos, contidas nas Notas Fiscais é feita justamente para atender a uma exigência de mercado, que impõe a detalhada descrição de cada importante característica e finalidade de cada equipamento e/ou insumo comercializado, e não apenas a descrição genérica, não específica e nem detalhada do mesmo, como ocorre no Anexo Único. Aduziu que em decorrência dessas diferentes formas de descrição dos produtos de saúde envolvidos nas operações próprias de compra e venda realizadas pelos diversos operadores no mercado, inclusive no seu caso específico, com a constante no Anexo Único ao Convênio, é que não pode, nem exige a norma isentiva, que se guarde exata literalidade ou, melhor, gramaticalidade de redação.

Apresentou seu entendimento de que para a norma interessa é que o produto, a exemplo de um “cateter”, objeto da operação, qualquer que sejam as suas detalhadas características, tenha destinação e finalidade específica de uso no tratamento de saúde, conforme indicado no Anexo Único.

Reconheceu que os tribunais administrativos têm aplicado a interpretação restritiva em casos semelhante, com base no art. 111, do CTN, prejudicando a aplicação de outros métodos de

interpretação e integração da legislação tributária.

Sustentou que a isenção do ICMS das operações com equipamentos e insumos médicos destinados a prestação de serviços de saúde, estatuídas no Convênio ICMS nº 01/99, é de grande relevância jurídica e social, pois tem como caráter finalístico assegurar o acesso aos tratamentos de saúde, promovendo valores sociais constitucionalmente assegurados a todos - direito à saúde, na busca da realização do interesse público e da justiça social, em detrimento inclusive do mero interesse de arrecadar dos entes políticos tributantes.

Enalteceu a finalidade social da saúde pública para defender a extensão à todos os itens arrolados no levantamento, vez que os equipamentos e insumos, apesar de possuírem descrição idênticas às indicadas no Anexo Único do Convênio nº 01/99, possuem o mesmo código de NCM têm a mesma destinação nos serviços médicos, para asseverar sua convicção de que a autuação é improcedente.

O Autuante ao proceder a informação fiscal refutou todos aos argumentos aduzidos pelo impugnante em sua defesa e manteve a autuação sob o fundamento de que, comprovadamente, todos os equipamentos e insumos arrolados no levantamento fiscal que alicerçam a exigência fiscal não correspondem aos elencados expressamente no Anexo Único, portanto, não estão amparados pela isenção prevista no Convênio ICMS nº 01/99. Sustentou o Autuante que a imposição de interpretação literal expressamente determinada no art. 111, do CTN de dispositivo legal que outorga isenção, como ocorre no presente caso, descarta a possibilidade de o benefício alcançar operações com produtos que não estejam expressamente indicados na norma instituidora.

No tocante à alegação defensiva de que o fornecedor, remetente das mercadorias, cometeu um erro material no preenchimento da nota fiscal, entendo que essa mera alegação, desprovida de qualquer efetiva comprovação, não deve ser acolhida, haja vista ser imprescindível, que em se tratando de mercadorias beneficiadas por isenção, o controle da operação deve ser rigoroso para evitar excessos na extensão e no alcance indevidos do benefício.

Logo, remanesce evidenciado nos presentes autos, que a questão central a ser deslindada é se as operações com os produtos arrolados nos demonstrativos de apuração da exigência fiscal estão amparadas pela isenção preconizada pelo Convênio ICMS nº 01/99, em seu Anexo Único, recepcionada que se encontra pela legislação tributária baiana no inciso XXIV, do art. 264, do RICMS-BA/12, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Em sua Cláusula primeira o Convênio ICMS nº 01/99 e alterações posteriores concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no seu Anexo Único e classificados pelas NCMs.

Remanesce patente, no transcurso do contraditório instalado e sem controvérsia alguma, que, apesar de os produtos questionados ostentarem NCM elencada no Anexo Único, a descrição desses produtos estampada nas correspondentes notas fiscais não coincide com a expressamente indicadas no Anexo. Logo, os produtos arrolados no levantamento fiscal e objeto da autuação não possuem descrição univocamente convergente com os indicados no Anexo Único do Convênio.

Emerge, portanto, o questionamento acerca da outorga de isenção, ora em lide, se é cabível a interpretação expandindo-se o núcleo caracterizado pela indicação expressa dos produtos alcançados pelo benefício, instituído pelo dispositivo legal que o caracteriza no mundo jurídico.

Em se tratando de outorga de isenção, a interpretação e integração da legislação tributária é preconizada expressamente pelo art. 111, o Código Tributário Nacional - CTN, *in verbis*:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

[...]

II - outorga de isenção;”

Logo, da inteligência do dispositivo acima claramente se depreende que se impõe a interpretação literal quando se trata de isenção.

O RICMS-BA/12, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, ora em lide, ao recepcionar o benefício instituído pelo multicitado convênio, assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

[...]

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 Conv. ICMS 01/99, observadas as condições previstas no referido acordo interestadual;”

Assim, é indubitoso que os equipamentos e insumos para serem alcançados pelo benefício da isenção, em virtude da interpretação literal que se impõe, devem estar expressa e inexoravelmente indicados no Anexo Único, do Conv. ICMS 01/99.

Afigura-se, por conseguinte, inteiramente descabida a interpretação ampliada que pretende o Impugnante atribuir aos produtos arrolados no levantamento fiscal para usufruto do benefício ora em lide, mesmo que possuam a mesma NCM.

Tanto é assim, que os itens do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, para a mesma NCM - 9018.39.29, discrimina a exclusiva característica e tipologia de cada um dos cateteres alcançados pelo benefício fiscal.

Ademais, resta patente a pretensão incisiva e objetiva na especificidade do produto a ser concedido o benefício que o legislador, certamente para evitar qualquer aplicação extensiva da norma em questão, distingue pormenorizadamente cada item indicado, a exemplo do produto “*Cateter para angioplastia transluminal percuta*”, mesmo ostentando o mesmo código NCM - 9018.39.29, consta elencado no Anexo Único em dois itens distintos: o de número 24, para identificar a especificidade “*Balão*” e o de número 25, para “*Guia*”.

Ressalto, por importante que o teor expresso na Cláusula primeira do Convênio: “*Ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH.*” Ou seja, a primazia do alcance da norma se concentra nas operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo, cabendo à classificação pela NBM/SH(NCM) uma mera função de vinculação sistemática, justamente para evitar desvio de aplicação do benefício. Noutras palavras, é necessário que o produto para ser alcançado pelo benefício da isenção, além estar elencado no Anexo deve constar a correspondente NCM expressa no documento fiscal. Sendo, portanto, inconcebível que, a partir de uma NCM constante no anexo, seja inseridos no benefício equipamentos e insumos nele não expressamente indicados, sob pena de gerar insegurança jurídica para ambos os pólos da relação tributária, desestabilizando, tanto a sujeição ativa, quanto a passiva.

Remanesce evidenciado, por obvio, que se o legislador pretendesse dotar o alcance do benefício em amplitude, além dos equipamentos e insumos expressamente elencados, teria estatuído no dispositivo legal parâmetros minimamente norteadores de sua abrangência, a exemplo da indicação de similitude ou correlata aplicação finalística.

Logo, consigno se afigurar destituído de eficácia o argumento do impugnante de se socorrer de declaração de médicos especialistas com o fito de demonstrar a mesma aplicação dos produtos glosados na autuação com os elencados no Anexo Único do multicitado convênio.

Ademais, é nessa mesma direção que têm trilhado as decisões reiteradas proferidas pelas Câmaras deste CONSEF ao enfrentarem a matéria, ora em lide, a exemplo dos Acórdãos de CJF Nº 0134-13/13, CJF Nº 0028-11/14, CJF Nº 0325-11/14 e CJF Nº 0335-11/14, têm adotado a interpretação restritiva da isenção, para alcançar, tão-somente, os itens expressamente listados na norma do benefício.

O Autuado sustentou ainda, que a multa aplicada no presente lançamento de ofício, possui efeito confiscatório ultrapassando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, alegou a inexistência de má-fé e violação a precedentes do STF, pugnando pela redução da multa a um percentual não superior a 20%.

Saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99. Ademais, observo que este Órgão julgador não possui competência para cancelar ou reduzir penalidade aplicada por descumprimento de obrigação tributária.

No que concerne à solicitação para alteração do termo inicial dos juros incidentes sobre a multa, a fim de que recaia a partir do 2º mês subsequente a lavratura do Auto de Infração, consigno que, ante a inexistência de previsão legal, não há como ser atendida.

Assim, pelo expendido, concluo restar caracterizada a infração objeto da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0014/22-4**, lavrado contra **VIPMEDIC PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 408.904,07**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA