

A. I. Nº	- 269353.0010/23-1
AUTUADO	- GOLDMEDIC PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTES	- JOSERITA MARIA SOUSA BELITARDO DE CARVALHO e SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET – 11/09/2024

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0156-03/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal. Em sede de Informação Fiscal, o Autuante refaz o levantamento fiscal com base na documentação fiscal reduzindo o valor da exação. Infração parcialmente caracterizada. Preliminar de nulidade não acatada. Acolhida prejudicial de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2023, exige crédito tributário no valor de R\$ 246.291,06, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da Infração 01 - **02.01.03** - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. Demonstrativos às fls. 10 a 12 e CD à fl. 14.

O Autuado impugna o lançamento, fl. 22 a 38, articulando os argumentos resumidos a seguir.

Informa ser uma empresa que atua no ramo de comércio atacadista e varejista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, que possui, além de sua matriz inscrita no CNPJ sob o nº 05.267.928/0001-50, estabelecida na cidade de Recife/PE, diversas filiais espalhadas também pelo estado de Pernambuco, bem como em outros estados do Brasil, dentre as quais a filial do estado da Bahia, inscrita no CNPJ sob o nº 005.267.928/0002-31.

Assinala que no desenvolvimento de suas atividades, por meio do seu departamento de compras/logística, adquire produtos médicos hospitalares, através da compra realizada junto a seus fornecedores, assim como realiza a venda dessas mesmas mercadorias para consumidores intermediários e finais. Nesse contexto, observa-se que se encontra no meio da cadeia de ICMS.

Pondera que, não obstante o desenvolvimento regular de suas operações, bem como do cumprimento de obrigações para com o fisco estadual, foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração 2693530002/23-9, em que se exigiu ICMS supostamente incidente na entrada de mercadorias no seu estabelecimento.

Cita que em decorrência dessa mesma fiscalização, fora lavrado também o Auto de Infração ora impugnado, o qual está baseado, por seu turno, na suposta incidência de ICMS sobre a saída dos mesmos produtos que foram objeto de outro auto de infração.

Registra que subsidiar a acusação feita, a Autoridade Administrativa elaborou a planilha anexa aos autos (“DEFESA FaltaRec-ICMS-Op.TribComoNaoTrib- ListaNF”), considerando neste levantamento, que os produtos relativos às operações fiscalizadas não seriam submetidos à isenção tributária, não tendo conhecimento esta Impugnante do motivo pelo qual ela chegou a esta conclusão, visto que da simples análise das notas fiscais escrituradas no livro de saída e, consequentemente, do NCM vinculados às mercadorias em questão, infere-se que se tratam, na quase totalidade dos casos, de materiais cirúrgicos (catéteres, agulhas e afins) que estão

abarcados pela isenção tributária decorrente do Convênio ICMS nº 01/99, bem como do inciso XXIV do art. 264, do RIMCS/BA.

Destaca que, no mesmo levantamento feito, para calcular o ICMS supostamente devido, a Autoridade Administrativa utilizou, para todas as operações e notas relacionadas, a aplicação das alíquotas atreladas à venda interna de produtos (18%) e Interestadual (12%), desconsiderando, também, sem qualquer motivo aparente, a necessidade de aplicação da alíquota de 4% em relação às operações de venda interestadual de produtos que foram importados pela Impugnante, os quais deveriam respeitar as condições previstas na Resolução do Senado Federal nº 13/2012 para fins de aplicação dessa redução.

Observa que, diante da inexistência do crédito tributário ora exigido na maioria das operações fiscalizadas, em virtude dos bens estarem plenamente acobertados pela isenção tributária prevista para materiais hospitalares (tal qual apontado no outro auto de infração), bem como da nulidade do Auto de Infração em razão da completa iliquidez do crédito tributário cobrado, visto que a apuração realizada pelo Fisco não considerou a correta alíquota a ser aplicada ao caso, não lhe resta outra solução senão apresentar a presente Impugnação nos moldes das razões expostas a seguir.

**DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM VIRTUDE DA FALTA DE LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO INDEVIDA DE ALIQUITAS COM PERCENTUAIS MAiores QUE OS DEVIDOS NA PRÁTICA.**

Revela que são requisitos basilares da cobrança do crédito tributário que o Fisco se atenha à caracterização, em cada caso, dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, para, assim, realizar os procedimentos pertinentes ao lançamento do crédito tributário.

Afirma que no caso presente, se observa o afastamento desses critérios, uma vez que falta ao crédito tributário o requisito fundamental da liquidez. Como é cediço, nos termos do disposto do parágrafo único do art. 142, do CTN, o ato de lançamento é um ato administrativo vinculado e obrigatório, sob pena inclusive de responsabilidade funcional.

Revela que no ato de lançamento, deverá a autoridade fiscal guardar estrita observância ao disposto na Constituição Federal e na legislação de regência, não lhe sendo permitido praticar atos que não possuam respaldo constitucional/legal.

Menciona que o art. 5º, inciso II, da CF/88 informa o princípio da reserva de lei, enquanto que o art. 37, também da Lei Maior, prescreve o da legalidade administrativa. Tratam-se, portanto, de manifestações distintas de um mesmo preceito: o princípio da legalidade, que desempenha papel de destaque no Direito Administrativo, conferindo a necessidade de observância da lei pelo administrador público em todos os atos por este expedidos.

Registra que no caso dos presentes autos, verifica-se que a Fiscalização não observou o princípio constitucional da legalidade acima descrito, visto que lavrou auto de infração sem atender às exigências legais para a sua lavratura, hajavista que, pautada numa presunção de omissão de saída, utilizou metodologia de cálculo arbitrando o imposto pretensamente devido mediante aplicação da alíquota interna de 18% e alíquota interestadual de 12%, sem realizar o necessário refazimento de sua escrita fiscal, para perceber que a grande maioria dos produtos vendidos foram adquiridos do exterior, o que reclamaría a aplicação da alíquota de 4% no cálculo do suposto valor a recolher.

Lembra que o art. 15, da Lei nº 7.014/96, apesar de a regra ser pela aplicação de 18% de alíquota de ICMS nas operações de venda estadual e de 12% nas vendas interestaduais, em razão da definição do Senado Federal na Resolução nº 13/2012, para os produtos que atendam às condições descritas nesta norma, que tenham sido adquiridos no exterior e posto à revenda interestadual, é aplicável a alíquota de 4%, fls. 27 e 28.

Reafirma que funciona como distribuidora de produtos hospitalares e cirúrgicos e possui clientes que exigem que tais materiais sejam de ponta, com um alto padrão tecnológico, o que

acaba por exigir da Impugnante que esta busque estas mercadorias específicas no exterior.

Prossegue frisando que após a aquisição destas, conforme exemplos de documentos de importação anexos (Doc. 05), realiza a revenda das mesmas para seus clientes localizados em outros estados, conforme notas de vendas em anexo (Doc. 06), especialmente para São Paulo, onde a demanda por esse tipo de produto especializado é maior, não havendo qualquer modificação no produto em si desde sua entrada no estabelecimento da Impugnante até sua respectiva saída, como se percebe do ausência de modificação do NCM constantes nas notas. Cumprindo, portanto, todos os requisitos para a aplicação da alíquota 4% nesses casos, regra inobservada pela Autuação. Destaca que bastava uma simples correlação entre os livros de entrada e saída, da Impugnante para se constatar que as operações em questão estão relacionadas a bens importados, tornando-se, portanto, necessária a aplicação da alíquota reduzida de 4% para fins do cálculo do suposto montante a recolher, o que não foi feito pela Autoridade Administrativa.

Pondera que a Autoridade Fiscal preferiu fiscalizar todas as saídas do período de 2018 e 2019, aplicando o percentual de 18% ou 12%, indiscriminadamente, sobre o valor de todas as operações as quais entendeu não ter sido recolhido o ICMS nesses períodos, revelando a falta de zelo com a própria autuação aqui lavrada, haja vista que sequer realizou cálculo do montante devido aplicando-se as corretas balizas para as situações específicas originadas de importações anteriores. Inclusive, nessa mesma toada, tem-se que o auto de infração lavrado se apresenta viciado quanto à sua motivação, visto que do seu relato não se consegue chegar à conclusão ali apresentada. Isso porque, face às operações ali descritas, não há como se chegar à conclusão de que seria devido ICMS com base na alíquota de 12%, tal qual constou da autuação.

Afirma restar comprovado a total iliquidez e incerteza do débito imputado, bem como o vício de motivação que macula o auto de infração ora combatido, vez que a Autoridade Administrativa sequer elaborou o cálculo do imposto devido com a competente distinção entre as operações de saída, o que acaba por macular totalmente a autuação, visto que se está diante da infração os requisitos básicos da lavratura do crédito tributário, qual seja a robustez da apuração do montante que se entende devido (iliquidez).

Frisa ser este o entendimento consolidado do Tribunal Administrativo Bahiano, como se verifica nos Acórdão CJF Nº 0346-12/19 e JJF Nº 0219-01/17, cujas ementas reproduz às fls. 29 e 30.

Diz restar, por todo o exposto, inequivocamente comprovada a iliquidez e incerteza do crédito tributário ora lançado, diante das incorreções cometidas na própria materialização do valor supostamente devido, já que a Fiscalização deixou de considerar a verdade material atrelada às operações verificadas, notadamente, a necessidade de aplicação de alíquota de 4%, medida esta insubstituível e irreparável, conforme entende este tribunal administrativo, impondo-se, de forma conclusiva, pela nulidade material do Auto de Infração em voga.

#### DA DECADÊNCIA PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Observa que o presente feito decorre de Auto de Infração cuja notificação ocorreu em 03/04/2023 (Doc. 04), razão pela qual resta clara a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos 05 (cinco) anos antes dessa data – ou seja, em momento anterior a 03/04/2018.

Explica ser característica do ICMS ser um tributo sujeito ao lançamento por homologação, razão pela qual o prazo decadencial concedido à Fazenda Pública para constituir o crédito, na hipótese de insuficiência de pagamento, é de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Aduz que, deixando o Fisco de realizar a autuação do contribuinte no prazo de 5 (cinco) anos de que dispõe para tanto, ocorre a homologação tácita, reputando-se, por conseguinte, extinto o crédito tributário, conforme disposição expressa contida no art. 156, inciso VII, do CTN.

Prossegue assinalando que nesse contexto, o que a legislação tributária determina é que, após cinco anos, contados do fato gerador, sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento, e definitivamente extinto o crédito tributário. Ou seja, o que é objeto da homologação tácita não é o pagamento realizado pelo sujeito passivo, e sim o lançamento. A despeito da imprecisão técnica do CTN, ao adotar o termo lançamento, há um consenso de que o sentido de que no lançamento por homologação o sujeito passivo verifica a ocorrência do fato gerador, efetua o cálculo do tributo a ser pago e recolhe o valor apurado como devido.

Lembra que o ICMS possui características específicas, que influem na questão da decadência, entre elas, o dever de integrar sua escrita fiscal e contábil de forma automatizada aos sistemas de informação do Fisco, e o fator da habitualidade da realização do fato gerador pelo contribuinte do ICMS.

Ressalta que a habitualidade do contribuinte de ICMS é característica legalmente prevista no art. 4º, da LC 87/1996 (Lei Kandir). Por sua vez, mesmo antes do início de suas atividades, o contribuinte de ICMS deve inscrever-se em um banco de dados (Cadastro de Contribuintes do Estado) vinculado aos sistemas de informação do Fisco.

Diz que tal panorama resulta na conclusão de que a Fazenda Pública não depende da ocorrência de um pagamento para saber da existência de um fato gerador ou da existência de um contribuinte que - por definição legal - é aquele que pratica regularmente o fato gerador do ICMS. De fato, com o advento da implementação da NFe (nota fiscal eletrônica), e da EFD (escrituração fiscal digital), o Fisco passou a ter meios de conhecer com presteza as operações e prestações realizadas pelo contribuinte.

Cita que sob outra ótica, a Fazenda Pública também tem condições de verificar sem maiores delongas a hipótese de omissão no cumprimento destas obrigações, além de poder cotejar o conteúdo das declarações e o valor do imposto apurado pelo contribuinte e o valor pago por este. A falta de entrega de qualquer documento ou arquivo, por sua vez, demonstra a necessidade de verificar a ocorrência de alguma irregularidade.

Revela que o termo inicial da contagem do prazo decadencial é aquele previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Observa que no caso concreto, portanto, observando-se que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 03.04.2023, tem-se que o imposto cobrado em relação aos fatos geradores realizados em períodos anteriores a 03.04.2018 estão extintos pela decadência, decorrente da homologação tácita, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Aduz que, assim, sendo a decadência uma forma de extinção do crédito tributário, devem ser excluídos da cobrança os valores acima indicados, uma vez que decaiu o direito da Fazenda Pública cobrá-los, o que de logo se requer.

#### DO DIREITO DA IMPETRANTE À ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS NAS SÁIDAS DE PRODUTOS SUJEITOS À ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ACOBERTADAS PELO CONVENIO ICMS Nº 01/99.

Registra que ao analisar a documentação que lastreou o Auto de Infração ora combatido, identificou falhas substanciais no levantamento realizado pela Fiscalização, comprometendo, assim, a legitimidade dos resultados apresentados em sua integralidade, de modo a se concluir pela inexistência de diferença de ICMS a recolher na maioria das operações fiscalizadas.

Frisa que de acordo com a descrição dos fatos acima reproduzida, infere-se que, ao realizar o lançamento do crédito tributário, a Fiscalização lhe acusa de ter se esquivado ao pagamento do ICMS-Normal, na saída de mercadorias, que a Autoridade Fiscal afirma serem tributadas normalmente. Todavia, sequer realiza - em busca da verdade material - a correta análise dos seus documentos contábeis, de seus estoques, de seu livro de registro de inventário, de seu livro de registro entradas e de saídas, tampouco dos documentos fiscais que acobertaram as vendas

realizadas pela empresa durante o período autuado, para verificar se realmente houve, ou não, a infração cometida.

Assinala que, por meio da realização destas simples diligências/verificações, a Autoridade Fiscal poderia ter constatado a regularidade fiscal em relação à imensa maioria das operações fiscalizadas e a consequente insubsistência da pretensão constante do auto de infração. Todavia, preferiu optar pelo caminho mais curto e considerar como verdadeiros e inquestionáveis a sua análise descuidada e unilateral da documentação que carreia os autos, sem, contudo, se desincumbir de seu ônus de comprovar a efetivação da referida infração, ou mesmo de trazer elementos suficientes à admissão da presunção de existência de imposto a recolher por ela considerada, já que, de fato, conforme já adiantado, a maioria das operações praticadas pela Impugnante nos períodos fiscalizados estavam acobertadas por isenção tributária.

Destaca que a Fiscalização não se dirigiu se ao seu estabelecimento em busca de conferir um mínimo de materialidade ao Auto de Infração que lavrou, não tendo suscitado qualquer dúvida ou questionamento quanto às conclusões a que havia chegado. Limitou-se a realizar análise parcial dos livros fiscais e contábeis da empresa, contudo, sem levar em consideração elementos essenciais à verificação da correção dos seus lançamentos fiscais.

Menciona que a Autoridade Fiscal se limita a fazer referência a uma planilha com a relação na qual afirma que constariam todas as informações relativas às Notas Fiscais de saída, porém, de forma totalmente contraditória, já que identifica todos estes elementos, lança o imposto supostamente devido em razão de não ter considerado a latente isenção tributária atrelada aos produtos ali descritos.

Assinala que de acordo com o convênio ICMS nº 01/1999, incorporado pela legislação da Bahia através do inciso XXIV, do art. 264, do RICMS-BA/12, as operações que envolvem os produtos hospitalares (cateteres, agulhas e outros materiais cirúrgicos) constantes das notas de saída da empresa e individualizadas na planilha em anexo (Doc. 06), são acobertadas pela isenção do ICMS, o que acaba por lhe eximir, portanto, de recolher o imposto antecipado em relação às suas operações de aquisição interestadual em relação a tais mercadorias. Conforme se percebe da transcrição que acosta à fl. 34. Como se vê em sua cláusula primeira, dito Convênio relacionou, em seu anexo, todos os medicamentos que usufruem de tal prerrogativa de isenção.

Menciona que, considerando estes dispositivos e as informações acerca das atividades que o estabelecimento autuado desenvolve, conclui-se que, mesmo que o fisco Baiano estabeleça a exigência, aos contribuintes, quanto ao recolhimento do ICMS antecipado nas aquisições interestaduais, quando estas envolverem os produtos relacionados no anexo do Convênio ICMS nº 01/99, estarão favorecidas pelo instituto da isenção tributária, de modo a afastar a referida antecipação.

Destaca ser este é o entendimento da Jurisprudência do CONSEF/BA, reproduzindo a ementa do CJF N°0124-11/20 às fl. 35 e 36.

Afirma que conforme se observa dos exemplos de notas fiscais de venda (Doc. 06), as descrições dos produtos ali relacionados são as mesmas dos produtos que estão expressamente abarcados no anexo do referido convênio, conforme os seguintes NCMS (9018.39.29 e 9018.90.99). Acrescenta que, além dos exemplos das notas anexadas, tratou, igualmente, de elaborar a Planilha em anexo (Doc. 06), identificando, na coluna denominada “Defesa, pintada de amarelo”, os produtos e as notas fiscais correspondentes, que não estariam sujeitas à tributação em razão da isenção tributária.

#### DA CORREÇÃO DE ALÍQUOTAS EM RELAÇÃO AO ICMS INCIDENTE SOBRE OPERAÇÃO DE SAÍDA INSTERESTADUAL DE PRODUTOS IMPORTADOS.

Aduz que, caso seja mantido o posicionamento contido no auto de infração pela tributação de ICMS, deixando de reconhecer, igualmente, a latente nulidade frente à iliquidez do crédito, faz-se necessária a adequação das alíquotas imputadas no Auto de Infração, as quais foram combinadas

utilizando-se a regra geral de alíquota interna e interestadual constante na Lei nº 7.014/1996, vigente à época dos fatos geradores autuados.

Frisa que na remota de prevalecer o raciocínio de que a operações em comento sujeitam-se à incidência de ICMS, deve-se levar em consideração que não se trata de operação interna ou interestadual de produtos adquiridos no Brasil, mas, sim, de operações interestaduais de venda de produtos estrangeiros. Logo, acaso se venha a entender pela incidência de ICMS nas operações de saída em questão (o que não se acredita, mas se admite em atenção ao princípio da eventualidade), deve ser aplicada à hipótese a alíquota de 4% no cálculo em relação as operações destacadas na planilha em anexo (Doc. 06), com a informação “produtos importado” na coluna defesa.

Diante de todo o exposto, requer:

A) Preliminarmente, determinar a suspensão do julgamento do presente feito, até que seja definitivamente julgada o Auto de Infração nº em espeque, ou mesmo a apensação de ditos processos, para que sejam julgados em conjunto, diante da interligação entre ditas demandas (um trata sobre as operações de entrada ao passo que o outro trata sobre as operações de saída das mesmas mercadorias, de modo que a conclusão atingida em um caso impactará diretamente o resultado do outro);

B) Após o julgamento do Auto de Infração que seja a presente impugnação julgada totalmente procedente, extinguindo os créditos tributários ora combatidos em sua integralidade, em face da:

B.1) Nulidade da autuação, em razão da iliquidez e incerteza do crédito tributário, bem como do vício de motivação, os quais maculam a própria materialização do valor do crédito tido como devido;

B.2) Decadência dos créditos tributários relativos aos períodos anteriores a 03/04/2018;

B.3) Reconhecimento da sua total improcedência, diante da não incidência de ICMS sobre as operações de saída em questão, face à isenção aplicada à hipótese;

B.4) Subsidiariamente, determinar a exclusão do auto de infração dos valores relacionados às saídas interestaduais, visto que adotada, equivocadamente, a alíquota de 4%, ou, no mínimo, a exclusão da diferença que superar a cobrança com base nesse percentual de 4%.

Requer a conversão do feito em diligência, para que seja realizada perícia fiscal, nos termos do art. 145, do RPAF-BA/99, a fim de que o Perito a ser nomeado responda os quesitos formulados na presente manifestação, e, ao final, após a conclusão da perícia, seja julgado improcedente o auto de infração, pelas razões expostas.

Requer que todas as publicações sejam efetuadas em nome de Taciana Bradley, inscrita na OAB-PE sob o nº 19.130, sob pena de nulidade, nos termos do art. 272, § 2º, do CPC.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 94 a 118, articulando os seguintes argumentos.

Observa inicialmente que presente Auto de Infração apurou a saída de mercadorias tributadas normalmente pelo ICMS como se fossem isentas do imposto, nos exercícios de 2018 e 2019.

Frisa que no item 2, denominado “Dos Fatos”, a defendente nos informa que é “... uma empresa que atua no ramo de comércio atacadista e varejista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, ...”.

Diz que em seguida cita outro Auto de Infração que lhe foi imputado, e descreve a infração contida no presente Auto de Infração. Agora a defesa tece considerações sobre o lançamento em lide sem, contudo, trazer elementos que sustentem o que alega. Concluindo o item 2, diz que no presente lançamento esta fiscalização deixou de aplicar a alíquota de 4% quando devida, não indicando, entretanto, onde ela deveria ter sido utilizada. Sendo assim, quando a defesa indicar, objetivamente, onde a alíquota de 4% deve ser aplicada analisará o caso concreto.

Frisa que no item 3 da defesa é intitulado Da Nulidade do Auto de Infração em Virtude da Falta de Liquidez do Crédito Tributário. Aplicação Indevida de Alíquotas com Percentuais Maiores que os Devidos na Prática. A autuada inicia trazendo ensinamentos de direito tributário que em nada contribuem para elidir a infração apurada. Na sequência, ainda tratando do uso da alíquota de 4%, a defesa diz que o seu Doc. 05 contém "... exemplos de documentos de importação ..." onde constam produtos que a "... Impugnante realiza a revenda das mesmas para seus clientes localizados em outros estados, conforme notas de vendas em anexo (Doc. 06), ...". Novamente, a defesa deixa de indicar quais seriam as operações constantes do presente lançamento onde caberia a aplicação da alíquota de 4%. Após tecer comentários pouco elogiosos ao trabalho desta fiscalização e citar julgados que não se aplicam ao lançamento em apreço, a defesa conclui o item 03 afirmando, mesmo sem apresentar fatos que o sustentem, estar "... inequivocamente comprovada a iliquidez e incerteza do crédito tributário ora lançado ...".

Observa que no subitem 3.2 a defesa argui a decadência dos lançamentos anteriores a 03 de abril de 2018. Aqui, cabe a esta fiscalização reportar-se ao art. 150, do CTN.

Afirma que da leitura do § 4º do citado artigo do CTN, diz inicialmente que, "Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerado; ...". Consultando o Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, Lei 3.956 de 11/12/1981, pode-se ver que foi fixado um prazo à homologação. É o que vemos no § 1º do art. 28, conforme mostrado à fl. 95. Afirma ter restado provado ser totalmente descabida a pretensão da defesa de considerar decaído o direito da Fazenda Pública de constituir os créditos tributários não lançados pelo contribuinte no período anterior a 03 de abril de 2018.

Quanto ao item 04, que é denominado "DO DIREITO DA IMPETRANTE À ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS NAS SÁIDAS DE PRODUTOS SUJEITOS À ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ACOBERTADAS PELO CONVENIO ICMS Nº 01/99". Inicia dizendo que concluiu "... pela inexistência de diferença de ICMS a recolher na maioria das operações fiscalizadas", ou seja, admite que existem operações tributadas normalmente que foram tratadas pela autuada como isentas. Em seguida, sem trazer qualquer elemento probante, diz a autuada que esta fiscalização não examinou os "... estoques, ... livro de registro de inventário, ... livro de registro entradas e de saídas, tampouco dos documentos fiscais que acobertaram as vendas realizadas pela empresa durante o período autuado, ...", afirmando, ainda, que foi lançado "... o imposto supostamente devido em razão de não ter considerado a latente isenção tributária atrelada aos produtos ali descritos". Totalmente descabidas tais ilações, eis que esta fiscalização, ao contrário do que diz a defesa, examinou com o devido zelo toda a documentação que consta da EFD transmitida pela autuada, bem como examinou cuidadosamente, à luz dos dispositivos legais de outorga de isenção, os produtos envolvidos no lançamento ora discutido. Agora a defesa cita o Convênio ICMS 01/99 para afirmar que o seu Doc. 06 indica "... os produtos hospitalares (cateteres, agulhas e outros materiais cirúrgicos) constantes das notas de saída da empresa ..." que estariam amparados pela isenção prevista no citado Convênio, transcrevendo em seguida partes de legislações que tratam de isenção, trazendo também julgado do CONSEF/BA que não se aplica ao lançamento em apreço. Ainda no item 04 a defesa diz que, "... conforme se observa dos exemplos de notas fiscais de venda emitidas pela Impetrante (Doc. 06), as descrições dos produtos ali relacionados são as mesmas dos produtos que estão ..." no Convênio ICMS 01/99. Frisa que consultando o dito Doc. 06, fls. 71 a 90, da autuada vemos que o mesmo se trata de uma planilha, e não, como afirma a zelosa defesa, de exemplos de notas fiscais de venda emitidas pela Impetrante. Afirma ter constado também, quando da consulta ao Doc. 06, que não é verdade a afirmação de que as descrições dos produtos ali relacionados são as mesmas dos produtos que estão ..." no Convênio ICMS 01/99.

Ressalta que a defesa, apesar da contundência de sua peça, reconhece às fls. 90 do citado Doc. 06 a existência de um considerável valor como efetivamente devido. Por fim a defesa informa que o Autuado elaborou "... a Planilha em anexo (Doc. 06), identificando, na coluna denominada

“Defesa, pintada de amarelo”, os produtos e as notas fiscais correspondentes, ...” que seriam isentos do ICMS. Esclarece que o Doc. 06 da defesa foi elaborado acrescentando à planilha denominada “FaltaRec-ICMS-Op.TribComoNãoTrib-ListaNF”, gravada no CD constante do Anexo II, a coluna “Defesa, pintada de amarelo”. O quadro abaixo traz um resumo do que consta da coluna “Defesa, pintada de amarelo” citada pela defendant. fl. 97.

Analisa a seguir cada uma das observações citadas.

- “Devido 12% ... e DEVIDO 18% ...”. Destaca que a Defesa reconhece que a autuada deu saída a produtos tributados normalmente como se fossem isentos do ICMS.

- “Devido 4% - Produto com origem 1 (importado) e ausente da LESSIN (Lista de Bem Sem Similar Nacional)”. A defesa reconhece que as operações são tributadas, sendo que alega que as mesmas deveriam ter sido tributadas a 4% e não a 12% como consta do presente lançamento. Do total de itens que constam da infração em tela, o zeloso trabalho da defesa encontrou 11 que a mesma diz seriam tributados a 4%. O quadro à fl. 98 traz um resumo dos produtos, com o respectivo código, que a defesa diz se enquadrarem na situação Devido 4%.

Faz a análise das razões da defesa verificando como ela tratou em sua EFD os produtos constantes no quadro à fl. 98.

Produto - COLA GLUBRAN 2 - 0.50ML. Código 4144 – Diz verificar que assiste razão à defesa, de modo que alterarou a alíquota aplicada. Os novos valores da infração em apreço estão nas planilhas denominadas “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ListaNF-INF-FIS” e “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ResDeb-INF-FIS”, fls.119 a 158, também gravadas no CD às fls. 203.

Produto - AGULHA DESCARTAVEL 18GAX15CM. Código 16710 – Diz que consultando o arquivo contendo as notas fiscais de venda do produto em tela, extraído da EFD da autuada, nos exercícios de 2018 e 2019, constatamos que todas as ditas vendas foram feitas com o Código de Situação Tributária iniciado em zero. Ou seja, conforme a própria autuada, a origem das agulhas em tela é nacional. O quadro à fl. 98 traz o resumo das citadas notas fiscais de venda.

Sendo assim, resta provado ser insubstancial o que aduz a defesa, de modo que não pode acatar o que é por ela posto.

Produto - AGULHA DESCARTAVEL BIOPSIA. Código 17084 - Diz constatar que assiste razão à defesa, e que alterou alíquota aplicada. Os novos valores da infração em apreço estão nas planilhas denominadas “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ListaNF-INF-FIS” e “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ResDeb-INF-FIS”, fls.119 a 158, também gravadas no CD às fls. 203.

Produto - EMBOSPHERE MICROESFERA 500-700. Código 19719, e o produto EMBOSPHERE MICROESFERA 700-900 Código 19730- Destaca que estes dois produtos constam, no presente lançamento, em apenas uma nota fiscal. A análise do que argui a defesa mostrou que lhe assiste razão, de modo que faremos a devida correção. Os novos valores da infração em apreço estão nas planilhas denominadas “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ListaNF-INF-FIS” e “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ResDeb-INF-FIS”, fls.119 a 158, também gravadas no CD às fls. 203.

Produto - HEPASPERA 50-100 25MG. Código 20734, e produto HEPASPERA 30-60. Código 20735. Os itens em tela aparecem na apuração ora discutida em apenas duas notas fiscais. Afirma ter verificado que as razões da defesa são reais, de modo que as acatou. Os novos valores da infração em apreço estão nas planilhas denominadas “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ListaNF-INF-FIS” e “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ResDeb-INF-FIS”, fls. 119 a 158, também gravadas no CD às fls. 203.

Produto - AGULHA DESCARTAVEL 20GAX15CM. Código 28222. Observa que arquivo contendo as notas fiscais de venda do produto em tela, extraído da EFD da autuada, nos exercícios de 2018 e 2019, nos mostra que todas as ditas vendas foram feitas com o Código de Situação Tributária iniciado em zero, ou seja, a própria autuada nos mostra que a origem das agulhas em tela é nacional. O quadro à fl. 100, traz o resumo das citadas notas fiscais de venda.

Arremata frisando que, pelo exposto, não pode concordar com o que nos traz a defesa.

Produto - KIT APTUS SA-85 APLI. HELIX-FZ 86C/10. Código 31595. O produto em análise foi vendido nos exercícios de 2018 e 2019, conforme mostrado no quadro à fl. 100, extraído da sua EFD. Diz ser fácil é verificar no quadro acima que todas as vendas foram feitas com o Código de Situação Tributária iniciado em zero, ou seja, a origem do ora discutido KIT APTUS SA-85 APLI. HELIX-FZ 86C/10 CA, segundo o próprio Autuado, é nacional, de modo que não cabe o que pretende a defesa.

Produto - GUIA DEFLECTIVEL APTUS SG-64. Código 31596 e produto GUIA DEFLECTIVEL APTUS HG 16-62-28. Código 31656. Reafirma que como constatado para outras situações, consultando o arquivo contendo as notas fiscais de venda dos produtos em tela, extraído da Escrituração Fiscal Digital – EFD da autuada, nos exercícios de 2018 e 2019, constatamos que todas as ditas vendas foram feitas com o Código de Situação Tributária iniciado em zero. Ou seja, a própria autuada diz que a origem das guias em tela é nacional. O quadro abaixo traz o resumo das citadas notas fiscais de venda. fl. 101

Depois de frisar que concluiu a análise da observação “Devido 4% - Produto com origem 1 (importado) e ausente da LESSIN (Lista de Bem Sem Similar Nacional)” constante da coluna “Defesa, pintada de amarelo” do doc. 06 da peça defensiva, arremata destacando que, sendo assim, só resta a esta fiscalização manter os citados produtos no presente lançamento.

“Produto isento conforme item 25 do Conv. 01/99” constante da coluna “Defesa, pintada de amarelo” do Doc. 06 da defesa. Observa que consultou o item 25, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, fl. 101.

Destaca que o item 25 acima refere-se a Cateter guia para angioplastia. Buscando saber o que seja uma angioplastia, encontramos em [www.einstein.br/especialidades/cardilogia](http://www.einstein.br/especialidades/cardilogia) que a angioplastia é um procedimento em que “...cateteres são inseridos pela perna ou braço e guiados até o coração. Identificado o local da obstrução é inserido um fio guia na artéria coronária que é locado distalmente (posteriormente) à obstrução. Um pequeno balão é guiado até o local da obstrução, progressivamente insuflado, comprimindo a placa contra a parede do vaso e aliviando a obstrução”.

Já os produtos constantes do presente lançamento que a defesa afirma serem “Produto isento conforme item 25 do Conv. 01/99” são conforme consta do quadro à fl. 102.

Destaca que o produto ECHELON 10-90 MICRO CATHETER, código 12446. Informa que constatou no sítio <https://www-medtronic-com> que o “... microcateter Echelon™ destina-se a acessar a vasculatura periférica e neurológica para a infusão seletiva controlada de agentes terapêuticos especificados pelo médico, como materiais de embolização e de materiais de diagnóstico, como meios de contraste”. Do acima exposto vemos que enquanto o “Produto isento conforme item 25 do Conv. 01/99” indicado pela autuada é cateter destinado a angioplastia, que é um procedimento que visa a desobstrução das artérias através da insuflação de um cateter com balão que comprime a “... placa contra a parede do vaso ... aliviando a obstrução.”, o produto em discussão, ECHELON 10-90 MICRO CATHETER, código 12446, é utilizado para “... infusão seletiva controlada de agentes terapêuticos especificados pelo médico, como materiais de embolização e de materiais de diagnóstico, como meios de contraste.”. Ou seja, resta provado que o ECHELON 10-90 MICRO CATHETER, código 12446, jamais poderá ser confundido com o “Produto isento conforme item 25 do Conv. 01/99” indicado pela autuada, eis que possuem descrição e, sobretudo, uso totalmente diferentes. Sendo assim, e considerando a obrigatoriedade de se interpretar literalmente a legislação que trate de outorga de isenção, conforme manda o art.111, do CTN, não pode acatar o que pede o Autuado.

Observa que os outros dois produtos que a defesa diz serem o “Produto isento conforme item 25 do Conv. 01/99”, são o CATETER ANGIOG. IMPRES, código 23380, e CATETER ANGIOGR. INTERNAL MAMMARY, código 23376. Buscaremos esclarecer o que são e qual o uso desses

cateteres. Inicialmente veremos o CATETER ANGIOGR. IMPRES, que como o próprio nome diz é cateter angiográfico. Segundo, vemos em <http://www.medicalexpo.com> que o CATETER ANGIOGR. IMPRES se destina ao uso em procedimentos angiográficos, e na página da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, <https://consultas.anvisa.gov.br/>, vemos no arquivo denominado “Cateter angiográfico Impress-DetalheProdutoSaude”, cópia às fls.159 a 202 e gravado no CD às fls.203, que o produto em tela está registrado sob o número 80740950003 estando disponível em vários modelos, tais como Headhunter, Cerebral, Berenstein, Simmons, Mikaelsson. Ainda sobre CATETER ANGIOGR. IMPRES vemos na mesma ANVISA no arquivo denominado “Cateter angiográfico Impress-DetalheProdutoSaude-INST. USO”, cópia às fls.159 a 202 e gravado no CD às fls.203, que os mesmos “... são cateteres intravasculares de utilização para procedimentos de angiografia periférica, ...”, constando ainda que os “... cateteres angiográficos destinam-se a ser utilizados para introdução de soluções de contraste nos locais selecionados ..., em associação a procedimentos de diagnóstico de rotina. Também é possível utilizar cateteres angiográficos com faixas de marcação para medições anatômicas”. Vejamos agora o CATETER ANGIOGR. INTERNAL MAMMARY, que, novamente, como o próprio nome indica trata-se de cateter para angiografia. Em relação a este cateter vemos na página da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, <https://consultas.anvisa.gov.br/>, no arquivo denominado “Cateter Angiográfico INTERNAL MAMMARY-DetalheProdutoSaude”, cópia às fls.159 a202 e gravado no CD às fls.203, que o produto em tela é um dos modelos de cateter angiográfico registrados sob o número 80740950081, existindo também sob o dito registro, dentre outros, os modelos Judkins Left, Judkins Right, Amplatz, sendo todos eles destinados a procedimentos angiográficos. Inclusive, no arquivo denominado “Cateter Angiográfico INTERNAL MAMMARY-DetalheProdutoSaude-INST. USO”, cópia às fls.159 a 202 e gravado no CD às fls.203, também encontrado na multicitada ANVISA, nos é dito que tais cateteres são angiográficos e “... destinam-se a ser utilizados para proporcionar meios radiopacos a locais selecionados do sistema vascular, em associação a procedimentos de diagnóstico de rotina”. Do acima exposto, relativamente aos produtos CATETER ANGIOGR. IMPRES, código 23380, e CATETER ANGIOGR. INTERNAL MAMMARY, código 23376, não resta qualquer dúvida de que os mesmos são cateteres destinados a procedimentos angiográficos. Analisando a alegação da defesa de que eles são o “Produto isento conforme item 25 do Conv. 01/99” concluímos ser absurda tal tese, conforme demonstraremos a seguir. Como já expôs anteriormente, consultando o item 25, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Explica que buscando saber o que seja uma angioplastia, como visto, o Item 25 acima refere-se a Cateter guia para angioplastia, encontrou no sítio em [www.einstein.br/especialidades/cardiologia](http://www.einstein.br/especialidades/cardiologia) que a angioplastia é um procedimento em que “...cateteres são inseridos pela perna ou braço e guiados até o coração. Identificado o local da obstrução é inserido um fio guia na artéria coronária que é locado distalmente (posteriormente) à obstrução. Um pequeno balão é guiado até o local da obstrução, progressivamente insuflado, comprimindo a placa contra a parede do vaso e aliviando a obstrução”. Definido o que seja a angioplastia, buscaremos esclarecer o que seja uma angiografia. Assim é que encontramos em [pt.wikipedia.org](http://pt.wikipedia.org) que “Angiograma (ou Angiografia) é a visualização por radiografia da anatomia do coração e vasos sanguíneos depois da introdução intravascular de meio de contraste radiopaco (tintura)”, e em [www.abc.med.br/p/exames](http://www.abc.med.br/p/exames) nos é dito que “A arteriografia pode ser um procedimento eletivo ou de urgência/emergência. De maneira eletiva, a arteriografia pode ser usada para ajudar no diagnóstico e avaliação de malformações arteriais, aneurismas ou aterosclerose em diversos territórios orgânicos... Como exame de urgência/emergência a arteriografia é indicada para diagnosticar doenças agudas que podem acometer as artérias, como dissecção aguda, alguns acidentes vasculares cerebrais ou embolias ... ou tromboses (formação de um coágulo ou placas de gordura nas paredes da artéria).” Como visto, enquanto a angioplastia é um procedimento que visa a desobstrução das artérias através da insuflação de um cateter com balão que comprime a “... placa contra a parede do vaso ... aliviando a obstrução.”, a angiografia é “...a visualização por radiografia da anatomia do coração e vasos sanguíneos depois da introdução intravascular de meio de contraste radiopaco

(tintura)” onde o cateter é utilizado tão somente para injetar na parte do corpo a ser radiografada o meio de contraste radiopaco. Portanto, fica demonstrado que os procedimentos são diferentes, bem como os cateteres utilizados nos mesmos, de modo que não há como equiparar os ora discutidos CATETER ANGIOGR. IMPRES, código 23380, e CATETER ANGIOGR. INTERNAL MAMMARY, código 23376, com o “Cateter guia para angioplastia transluminal percuta” constante do item 25 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Por outro lado, consultando o Anexo Único do multicitado Convênio encontramos mais de 12 tipos de cateter, tais como, Cateter balão para embolectomia arterial ou venosa, Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente., Berrmann, Cateter balão para angioplastia transluminal percuta, Cateter guia para angioplastia transluminal percuta, sendo que lá não há qualquer menção que, minimamanete, se aproxime de cateter angiográfico. Reforçando nossa explanação, trouxemos a tabela a seguir, que foi extraída do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e contém todos os cateteres lá informados, fl. 105.

Deste modo, por tudo quanto acima demonstrado, e considerando a obrigação contida no art.111, do CTN de interpretar literalmente a legislação que trate de outorga de isenção, não pode esta fiscalização acatar o que pede a defesa.

“Produto isento conforme item 28 do Conv. 01/99” constante da coluna “Defesa, pintada de amarelo” do Doc. 06 da defesa. Consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, reproduz à fl. 105 o item 28.

Afirma que da análise da alegação da defesa exige que se busque informação sobre o que vem a ser Cateter multipolar destinado a estudo eletrofisiológico/diagnóstico. Assim é que encontramos em [www.biotronik.com/pt-br/](http://www.biotronik.com/pt-br/) que a BIOTRONIK, no intuito de “... transpor os desafios que se apresentam aos eletrofisiologistas, ...”, desenvolveu os “... cateteres multipolares MultiCath para diagnósticos eletrofisiológicos ...” que “... permitem posicionamento rápido, estável e constante, bom contato com o tecido, excelente torqueabilidade e estabilidade longitudinal”. No mesmo endereço eletrônico se vê que os cateteres multipolares MultiCath são como mostrado na figura à fl. 106.

Observa que no Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul, <http://www.cardiologia.org.br/siteConteudo.aspx?id=15>, que lá são oferecidos “... dois serviços que fazem exames para arritmias: o de Eletrofisiologia e o de Holter.”, acrescentando que um dos exames realizados no serviço de Eletrofisiologia é “... o Estudo Eletrofisiológico, ...” que se trata de um “... eletrocardiograma feito diretamente no interior do coração, que permite obter informações detalhadas da atividade elétrica do coração e localizar a origem das arritmias;”. Prosseguindo, o Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul nos ensina que o “... estudo eletrofisiológico complementa o eletrocardiograma na avaliação das arritmias cardíacas, ...”, sendo tal estudo “... método diagnóstico invasivo que utiliza cateteres eletrodos para registrar os eventos elétricos do coração.”, acrescentando que o dito estudo é também “... utilizado para localização e mapeamento detalhado dos circuitos reentrantes e focos ectópicos, para posterior tratamento com ablação por cateter.”, de modo que o dito estudo eletrofisiológico tem “... finalidade diagnóstica, terapêutica e prognóstica.”. Nos informa ainda o multicitado Instituto que o “... estudo eletrofisiológico é realizado ... através do posicionamento de cateteres eletrodos em regiões específicas das cavidades cardíacas” sendo “... um cateter colocado em átrio direito alto, um cateter na região septal da valva tricúspide e um cateter na ponta do ventrículo direito.”, e, por fim, o Instituto do Coração diz que “Tais cateteres são multipolares”. Como visto, o “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico)” citado pela defesa, como o próprio nome sugere, é usado para a realização de “... estudo eletrofisiológico ... realizado ... através do posicionamento de cateteres eletrodos em regiões específicas das cavidades cardíacas.”, que serve para complementar “... o eletrocardiograma na avaliação das arritmias cardíacas, ...”, tendo o dito estudo eletrofisiológico “... finalidade diagnóstica, terapêutica e prognóstica.”.

Visto o que é o “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico)” citado pelo Autuado, destaca os cateteres que a defesa diz serem iguais. Observa que o DOC.06 da defesa indica serem tais cateteres os constantes do quadro abaixo fl. 107.

Esclarece que as denominações desses cateteres estão relacionadas ao tipo de curva que o mesmo tem. Reproduz à fl. 107, figuras mostrando alguns deles.

Pondera que diante da afirmação da defesa de que os cateteres BERENSTEIN, COBRA, HEADHUNTER, MIKAELSSON, PIGTAIL, SIMMONS e VERTEBRAL, constantes do quadro à fl. 107, são o “Produto isento conforme item 28 do Conv. 01/99”, buscou informações para analisar tal assertiva. Assim é que encontrou em [www.cardionef.com/product/cateter](http://www.cardionef.com/product/cateter) que os CATETERES ANGIOGRÁFICOS SIMMONS, COBRA, BERENSTEIN, PIGTAIL, VERTEBRAL e MIKAELSON, da fabricante Merit Medical, são confeccionados em Nylon Pebax® que proporciona uma melhor resistência ao retorcimento. No mesmo endereço eletrônico nos é informado que o CATETER ANGIOGRAFICO HEADHUNTER, também fabricados pela Merit Medical, tem revestimento hidrofílico, que reduz a fricção, proporcionando uma melhor navegação através de uma anatomia tortuosa. Aprofundando a sua busca consultou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, <https://consultas.anvisa.gov.br/>, onde obtivemos os extratos às fls.159 a 202, constatando, então, que todos eles são cateteres angiográficos. Os ditos extratos estão gravados no CD às fls. 203. Relembrar o que é uma angiografia. Como já mostrado nesta Informação Fiscal, encontramos em [pt.wikipedia.org](http://pt.wikipedia.org) que “Angiograma (ou Angiografia) é a visualização por radiografia da anatomia do coração e vasos sanguíneos depois da introdução intravascular de meio de contraste radiopaco (tintura)”, e em [www.abc.med.br/p/exames](http://www.abc.med.br/p/exames) nos é dito que “A arteriografia pode ser um procedimento eletivo ou de urgência/emergência. De maneira eletiva, a arteriografia pode ser usada para ajudar no diagnóstico e avaliação de malformações arteriais, aneurismas ou aterosclerose em diversos territórios orgânicos... Como exame de urgência/emergência a arteriografia é indicada para diagnosticar doenças agudas que podem acometer as artérias, como dissecção aguda, alguns acidentes vasculares cerebrais ou embolias ... ou tromboses (formação de um coágulo ou placas de gordura nas paredes da artéria)”.

Conforme a exposição feita até aqui observa que o “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico)” citado pela defesa, é usado para a realização de “... estudo eletrofisiológico ... realizado ... através do posicionamento de cateteres eletrodos em regiões específicas das cavidades cardíacas.”, que serve para complementar “... o eletrocardiograma na avaliação das arritmias cardíacas, ...”, tendo o dito estudo eletrofisiológico “... finalidade diagnóstica, terapêutica e prognóstica”, enquanto os cateteres angiográficos ora discutidos são utilizados para fazer a angiografia que é “... a visualização por radiografia da anatomia do coração e vasos sanguíneos depois da introdução intravascular de meio de contraste radiopaco (tintura)” onde o cateter é utilizado tão somente para injetar na parte do corpo a ser radiografada o meio de contraste radiopaco. Além disso, os cateteres angiográficos tem formato totalmente diferente do “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico)” trazido pela defesa, conforme imagens dos mesmos mostradas anteriormente. Por outro lado, como já relatado, consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 encontramos mais de 12 tipos de cateter, tais como, Cateter balão para embolectomia arterial ou venosa, Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente., Berrmann, Cateter balão para angioplastia transluminal percutânea, Cateter guia para angioplastia transluminal percutânea, sendo que lá não há qualquer menção que, minimamente, se aproxime de cateter angiográfico. Reforçando nossa explanação, trouxemos a tabela a seguir, que foi extraída do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e contém todos os cateteres lá informados, fl. 109.

Pondera que, por tudo quanto discutido até o presente momento, e considerando que se deve interpretar literalmente a legislação que trate de outorga de isenção, conforme preceitua o art.111, do CTN, não há como acatar o que pede a autuada em relação ao enquadramento dos cateteres angiográficos ora discutidos como sendo o “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico)” constante do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, eis que os

mesmos não guardam qualquer semelhança, seja quanto à descrição, seja quanto ao formato, seja quanto ao uso.

“Produto isento conforme item 29 do Conv. 01/99” constante da coluna “Defesa, pintada de amarelo” do DOC. 06 da defesa. O produto vinculado a tal observação é o CATETER GUIA SUREFIRE COBRA 1, que a defesa diz ser o mesmo descrito no item 29 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Consultando o dito Anexo encontramos lá o produto “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico)”. Repetiremos a seguir o que já expusemos sobre cateter multipolar. Procurando informações sobre cateter multipolar vemos no Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul, <http://www.cardiologia.org.br/siteConteudo.aspx?id=15>, que lá são oferecidos “... dois serviços que fazem exames para arritmias: o de Eletrofisiologia e o de Holter.”, acrescentando que um dos exames realizados no serviço de Eletrofisiologia é “... o Estudo Eletrofisiológico, ...” que se trata de um “... eletrocardiograma feito diretamente no interior do coração, que permite obter informações detalhadas da atividade elétrica do coração e localizar a origem das arritmias;”. Prosseguindo, o Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul nos ensina que o “... estudo eletrofisiológico complementa o eletrocardiograma na avaliação das arritmias cardíacas, ...”, sendo tal estudo “... método diagnóstico invasivo que utiliza cateteres eletrodos para registrar os eventos elétricos do coração.”, acrescentando que o dito estudo é também “... utilizado para localização e mapeamento detalhado dos circuitos reentrantes e focos ectópicos, para posterior tratamento com ablação por cateter.”, de modo que o dito estudo eletrofisiológico tem “... finalidade diagnóstica, terapêutica e prognóstica.”. Nos informa ainda o multicitado Instituto que o “... estudo eletrofisiológico é realizado ... através do posicionamento de cateteres eletrodos em regiões específicas das cavidades cardíacas”, sendo “... um cateter colocado em átrio direito alto, um cateter na região septal da valva tricúspide e um cateter na ponta do ventrículo direito.”, e, por fim, o Instituto do Coração diz que “Tais cateteres são multipolares”. Como visto, o “Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico)” citado pela defesa, como o próprio nome sugere, é usado para a realização de “... estudo eletrofisiológico ... realizado ... através do posicionamento de cateteres eletrodos em regiões específicas das cavidades cardíacas.”, que serve para complementar “... o eletrocardiograma na avaliação das arritmias cardíacas, ...”, tendo o dito estudo eletrofisiológico “... finalidade diagnóstica, terapêutica e prognóstica.”. Já o produto indicado no DOC. 06, o CATETER GUIA SUREFIRE COBRA 1, é abordado [www.yumpu.com/no/document/view/37019137/surefireار-specialty-catheter-surefire-medical](http://www.yumpu.com/no/document/view/37019137/surefireار-specialty-catheter-surefire-medical) como sendo cateter que deve ser utilizado “... quando é indicado diagnóstico angiográfico”. Lembramos aqui que os cateteres angiográficos são utilizados para fazer a angiografia que é “... a visualização por radiografia da anatomia do coração e vasos sanguíneos depois da introdução intravascular de meio de contraste radiopaco (tintura)” onde o cateter é utilizado tão somente para injetar na parte do corpo a ser radiografada o meio de contraste radiopaco. Ou seja, o CATETER GUIA SUREFIRE COBRA em apreço é indicado para procedimentos angiográficos, não sendo, portanto, o cateter multipolar sugerido pela defesa. Desse modo, provado que os cateteres acima discutidos não se confundem, seja quanto a descrição, seja quanto ao uso, e considerando a obrigatoriedade de interpretarmos literalmente legislação que trate de outorga de isenção, conforme exige o CTN, em seu art.111, não pode acatar o que demanda a defesa.

“Produto isento conforme Item 34, do Conv. 01/99” constante da coluna “Defesa, pintada de amarelo” do DOC. 06 da defesa. Consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, logo se vê que o produto citado pela defesa é como o mostrado à fl. 111.

Afirma que a descrição deste cateter, “Cateter total implantável para infusão quimioterápica”, já nos informa bastante sobre o seu uso, contudo, buscaremos mais informações sobre o mesmo. Em <https://www.solusoncologia.com/quimioterapia-por-que-o-cateter-totalmente-implantado-port-a-cath-e-um-aliado/> vemos que os “... medicamentos quimioterápicos são bastante agressivos e a indicação para o Cateter Totalmente Implantado é uma forma de trazer mais segurança para o tratamento.”, sendo acrescentado que “... o Cateter Totalmente

Implantado dispensa as múltiplas tentativas de punção – as agulhadas –, uma vez que permite fácil acesso pelo profissional.”, reduzindo o “... risco de infecção por ser localizado sob a pele.”, sendo dito, ainda, que o Cateter Totalmente Implantado “... tem como vantagem, também, sua alta durabilidade., podendo “... permanecer no corpo por anos e não compromete as atividades cotidianas, ...”. Já em [www.solusoncologia.com/quimioterapia](http://www.solusoncologia.com/quimioterapia) nos é informado que o “... Cateter Totalmente Implantado é um dispositivo intravenoso acoplado em um reservatório que fica sob a pele – na região torácica ou na virilha”, sendo conforme mostrado à fl. 112.

Já os produtos que a defesa diz serem o “Produto isento conforme item 34 do Conv. 01/99” constante da coluna “Defesa, pintada de amarelo” do seu DOC. 06 são os constantes do quadro à fl. 112.

Como visto temos aqui três tipos de produto, o MICROCATETER DE INFUSÃO SUREFIRE, o CATETER DE INFUSÃO FOUNTAIN e o MICROCATETER NEUROSLIDER.

Em relação ao MICROCATETER DE INFUSÃO SUREFIRE afirma ter acatado o que diz a defesa, de modo que excluiu o mesmo da apuração. Os novos valores da infração em apreço estão nas planilhas denominadas “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ListaNF-INF-FIS” e “FaltaRec-ICMS-TribNãoTrib-ResDeb-INF-FIS”, fls.119 a 158, gravadas no CD às fls. 203.

CATETER INFUSAO FOUNTAIN que a defesa afirma ser o “Cateter total implantável para infusão quimioterápica” constante do Item 34 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Consultando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA afirma ter encontrado no arquivo denominado “Cateter Infusão Fountain-DetProdutoSaude-Inst USO”, cópia às fls.159 a 202, gravado também no CD às fls.203, que o CATETER INFUSAO FOUNTAIN destina-se a “... administrar infusões de várias soluções terapêuticas na vasculatura periférica ...”, sendo os mesmos “... cateteres ... para acesso femoral/ artéria femoral”. A dita pagina da ANVISA nos informa ainda que o tempo de uso do ora discutido CATETER INFUSAO FOUNTAIN “... pode variar em função do tempo da infusão, podendo ser desde 30 minutos até 3 horas”. Ou seja, enquanto o “Cateter total implantável para infusão quimioterápica” citado pela defesa é produto que esta “... localizado sob a pele” e pode “... permanecer no corpo por anos”, o ora discutido CATETER INFUSAO FOUNTAIN consta na ANVISA como sendo cateter “... para acesso femoral/ artéria femoral”, cujo tempo de uso “... pode variar em função do tempo da infusão, podendo ser desde 30 minutos até 3 horas”. Como visto, jamais poderemos confundir o CATETER INFUSAO FOUNTAIN com o “Cateter total implantável para infusão quimioterápica” indicado pela defesa, eis que os mesmos, além de possuírem descrição totalmente diferente, são, também, utilizados de modo totalmente diverso.

MICROCATETER NEUROSLIDER, que a defesa afirma também ser o “Cateter total implantável para infusão quimioterápica” descrito no Item 34, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Como fizemos anteriormente procuraremos nos informar sobre o ora discutido MICROCATETER NEUROSLIDER. Em <https://angionautix.com/pt-pt/neuroslider/> somos informados que o “... NEUROSLIDER® é um microcateter concebido para a libertação segura e sem atrito de dispositivos para tratamentos endovasculares intracranianos”. Segundo, vemos em [www.medicalexpo.com](http://www.medicalexpo.com) que o microcateter em tela foi desenvolvido “... para a administração segura e de baixo atrito de agentes terapêuticos e de diagnóstico”, sendo, conforme figura acostada à fl. 114.

Diz aprofundou a busca, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, e lá, consultando as instruções de uso do microcateter em tela, fls.159 a 202, constantes do arquivo “5 - IU Microcateter NeuroSlider” gravado no CD às fls. 203, onde é informado que o MICROCATETER NEUROSLIDER “... destina-se à infusão controlada e seletiva de meios terapêuticos ou de diagnóstico prescritos em vasos periféricos e cerebrais” e a uma “... única utilização.“. Ora, se o MICROCATETER NEUROSLIDER “... destina-se à infusão controlada e seletiva de meios terapêuticos ou de diagnóstico prescritos em vasos periféricos e cerebrais.”, e a uma “... única utilização.“, não há como confundir o mesmo com o “Cateter total implantável para infusão quimioterápica” citado pela defesa, que é exclusivamente indicado para o tratamento com “...

medicamentos quimioterápicos ..." uma vez que tais medicamentos "... são bastante agressivos e a indicação para o Cateter Totalmente Implantado é uma forma de trazer mais segurança para o tratamento.". Além de tudo, enquanto o MICROCATETER NEUROSLIDER tem uma "... única utilização" o "Cateter total implantável para infusão quimioterápica" citado pela defesa pode "... permanecer no corpo por anos e não compromete as atividades cotidianas, ...". Do exposto, e considerando que devemos interpretar literalmente a legislação que trate de outorga de isenção, conforme ,manda o art.111 do Código Tributário Nacional – CTN, não há como acatar o que pede a autuada em relação ao enquadramento do MICROCATETER NEUROSLIDER em apreço como sendo o "Cateter total implantável para infusão quimioterápica" constante do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, eis que, como restou provado, os mesmos não guardam qualquer semelhança, seja quanto à descrição, seja quanto ao formato, seja quanto ao uso.

"Produto isento conforme Item 9 do Conv. 01/99" constante da coluna "Defesa, pintada de amarelo" do Doc. 06 da defesa. Consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 diz verificar que o produto citado pela defesa é como mostrado à fl. 115.

Já o produto que consta do DOC. 06 é o BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM. Consultando as operações de venda do Autuado se constata que ela comercializou alguns tipos do produto em apreço tributando-os, conforme consta no quadro acostado à fl. 115.

Quanto ao produto BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM citado pela defesa, afirma que ele é, na verdade, o GEISTLICH BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM. A análise das razões da autuada exige que nos inteiremos sobre o que vem a ser tal produto. Sendo assim, fomos buscar na página do fabricante na internet, [www.geistlich.com.br/pt/quem-somos/faq/geistlich-faq/](http://www.geistlich.com.br/pt/quem-somos/faq/geistlich-faq/), informação esta conforme se verifica à fl. 115.

Frisa que ainda na página da citada empresa na internet, em <http://loja-geistlich.com.br/produto/> vemos que ela classifica seus produtos conforme abaixo indicado à fl. 116.

Registra que no mesmo endereço eletrônico é informado que Geistlich Bio-Oss® trata-se de "Enxerto ósseo bovino inorgânico esponjoso em grânulos pequenos (0,25mm – 1 mm). ... São recomendados para defeitos alveolares, preenchimento de gap, contorno de implantes de bloco autógeno e outros pequenos defeitos". Para o tamanho dos grânulos variando de 0,25mm a 1,0mm, o produto é disponibilizado em quatro diferentes embalagens, conforme mostrado na tabela acostada à fl. 116.

Depois de esclarecer o que é o GEISTLICH BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM explica que é o "Cimento ortopédico (dose40 g)" indicado no item 9 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Em "macominstrumental.com.br" nos é informado que "O Cimento Ósseo para Ortopedia ... são cimentos radiopacos para uso cirúrgico ..., especificamente formulada para permitir a fixação de dispositivos protéticos no osso vivo.". Em [www.cirurgicabrasil.com.br](http://www.cirurgicabrasil.com.br) nos é dito que cimento ortopédico (dose 40g) é indicado para "Fixação em próteses ortopédicas", sendo um composto químico formado por "Resina de Polimerização e Sulfato de Bário, e Metilmacrilato (Ampola)". De modo semelhante, em "[www.marcosbritto.com/2010/07/cimento-ortopedico](http://www.marcosbritto.com/2010/07/cimento-ortopedico)" ficamos sabendo que o "...cimento ortopédico é o Polimetilmacrilato (PMMA)".

Explica que, enquanto o produto Geistlich Bio-Oss® trata-se de um substituto ósseo natural em grânulos, utilizado para preencher pontos onde houve perda óssea, e que é comercializado em embalagens com peso variando entre 0,25 e 2,0 gramas, o cimento ortopédico trata-se de um produto sintético, Polimetilmacrilato (PMMA), que é utilizado para fixação de dispositivos protéticos no osso vivo, e que é comercializado em embalagem de 40,0 gramas.

Conclui que o produto GEISTLICH BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM, ora em análise, jamais poderá ser tomado pelo "Cimento ortopédico (dose40 g)" constante do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, eis que tem descrições e, sobretudo, usos totalmente diversos. Sendo assim, e considerando que a legislação que trate de outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, conforme nos ensina o art. 111, do - CTN, só nos resta manter o item em apreço no lançamento ora discutido.

Quanto à alegação de “produto tributado, porém a operação retornou, onde não se gerou crédito na entrada” e de “produto tributado, porém a operação retornou dentro do mesmo mês, onde não se gerou crédito na entrada” relativo às notas fiscais que a defesa indica são as de números 26194, 26291, 26298, 26614, 26758, 26771, 26867, 27390, 27525, 27645, 28555 e 35108, destaca que a defesa confessa de modo cristalino o cometimento da infração, eis que reconhece que os produtos são tributados, e também reconhece que os mesmos entraram em seu estabelecimento. Afirma ser dever do contribuinte lançar no seu livro de Registro de Entradas todas as operações que lhe sejam destinadas, lançando também o respectivo crédito destacado no documento fiscal, sendo, do mesmo modo, sua obrigação lançar no livro de Registro de Saídas todas as operações que fizer, com o respectivo lançamento do ICMS devido. Esclarece que não cabe a contribuinte estabelecer a seu critério quando tributar ou não uma operação de saída de mercadorias. Explica que o Autuado faz a apuração do imposto sob o regime de conta-corrente fiscal, de modo que está obrigada a seguir as determinações contidas no art. 305 e seguintes da SEÇÃO II do CAPÍTULO XV do RICMS-BA/12. Sendo assim, afirma que mantém as operações em tela em seu inteiro teor.

Frisa que prosseguindo, a defesa apresenta o subitem 4.1.1, que denomina “Da Correção de Alíquotas em Relação ao ICMS Incidente Sobre Operação de Saída Interestadual de Produtos Importados. Aqui a defesa, reconhecendo a fragilidade da esmagadora maioria de suas alegações, pede que “... acaso se venha a entender pela incidência de ICMS nas operações de saída em questão ..., deve ser aplicada à hipótese a alíquota de 4% no cálculo em relação as operações destacadas na planilha em anexo (Doc. 06), com a informação “produtos importado” na coluna defesa”. Observa que quando tratou do item 04 da Defesa fez a análise dos produtos que o Autuado indicou no seu Doc. 06 como sendo “produtos importado” e, conforme o caso, acatou o que julgamos pertinente.

Conclui pugnando pela procedência total dos valores remanescentes do Auto de Infração ora discutido.

O Autuado apresenta manifestação às fls. 209 a 221, articulando os seguintes argumentos.

Observa que na Informação Fiscal apresentada nos autos, a Autoridade Fiscal informou a sua concordância em relação à necessária aplicação da alíquota de 4% em relação aos produtos: COLA GUBRAN 2 - 0.50MO - Código 4144; AGULHA DESCARTÁVEL BIOPSIA - Código 17084; EMBOSPHERE MICROESFERA 500-700 - Código 19719; produto EMBOSPHERE 700-900 - Código 197300; produto HEPASPHERA 50-100 25MG - Código 20734 e, produto HEPASPHERA 30-60 - Código 20735, em razão de ter identificado, corretamente, que os produtos em questão foram adquiridos do exterior e revendidos por meio de operações interestaduais, o que reclama a utilização da dita alíquota, conforme o inciso III do art. 15 da Lei 7.014/96 e Resolução do Senado Federal nº 13/2012, como bem explana no tópico 4.1.1 da peça de Impugnação.

Destaca que esta concordância, como consequência lógica, finda por derrubar toda a pretensão executória no que tange a tais produtos analisados, dada a completa nulidade do auto de infração combatido, visto que inexiste no auto de infração lavrado fundamentação para cobrança do percentual de 4%. Nesse contexto, tendo restado demonstrado nos autos que a pretensão arrecadatória nos moldes em que realizada pela fiscalização não encontra respaldo fático ou mesmo legal, há de se afastar a integralidade da cobrança realizada a esse título.

Menciona que a Autoridade Fiscal informou não concordar com a aplicação da alíquota de 4% em relação aos outros 4 produtos suscitados na Planilha anexada como Doc. 06, na coluna "Defesa - devido 4%", pintada na cor amarela, informando que a própria autora havia informado nos seus documentos fiscais que tais produtos possuíam origem Nacional, em razão do CST indicado ser iniciado no numeral "0". E teceu comentários, sem qualquer embasamento técnico, sobre os produtos que a Impugnante comercializa, os quais são isentos em razão do Convênio ICMS 01/99, tentando convencer de que estes produtos comercializados não seriam, de fato, beneficiados pelo convênio, pois não se adequavam à especificidade atrelada aos itens constantes no anexo único

do normativo, que relaciona todos os produtos médicos cirúrgicos submetidos ao dito favorecimento fiscal.

Pondera que em face da concordância parcial apresentada pela própria fiscalização, requer, desde logo, a determinação de baixa da parte incontroversa do débito, cancelando-se, por consequência, a integralidade dos valores exigidos no que tange aos produtos cujo reconhecimento do equívoco incorrido quanto à alíquota aplicada já fora realizado pela própria fiscalização. No tocante às demais informações fornecidas pela Autoridade Fiscal, elas não merecem prosperar, consoante restará demonstrado por meio dos argumentos a seguir expostos.

Diz se verificar que a Fiscalização não observou o princípio constitucional da legalidade, visto que lavrou auto de infração sem atender às exigências legais para a sua lavratura, haja vista que, pautada numa presunção de omissão de saída praticada pela Impugnante, utilizou método de cálculo arbitrando o imposto pretensamente devido mediante aplicação da alíquota interestadual de 12%, sem realizar o necessário refazimento da escrita fiscal da Impugnante, para perceber que a grande maioria dos produtos vendidos foram adquiridos do exterior, o que reclamaria a aplicação da alíquota de 4% no cálculo do suposto valor a recolher. Conforme se percebe do art. 15 da Lei nº 7.014/96, apesar de a regra ser pela aplicação de 18% de alíquota de ICMS nas operações de venda estadual e de 12% nas vendas interestaduais, em razão da definição do Senado Federal na Resolução nº 13/2012, para os produtos que atendam às condições descritas nesta norma, que tenham sido adquiridos no exterior e posto à revenda interestadual, é aplicável a alíquota de 4%.

Esclarece que atua como distribuidora de produtos hospitalares e cirúrgicos e possui clientes que exigem que tais materiais sejam de ponta, com um alto padrão tecnológico, o que acaba por exigir da Impugnante que esta busque estas mercadorias específicas no exterior.

Esclarece que após a aquisição destas de fornecedores situados no exterior, realiza a revenda das mesmas para seus clientes localizados em outros estados, especialmente para São Paulo, onde a demanda por esse tipo de produto especializado é maior, não havendo qualquer modificação no produto em si desde a sua entrada no estabelecimento até a sua respectiva saída, cumprindo, portanto, todos os requisitos para a aplicação da alíquota 4% nesses casos, regra inobservada pela Autuação.

Destaca que, bastava uma simples correlação entre seus livros de entrada e saída, para se constatar que as operações em questão estão relacionadas a bens importados, tornando-se, portanto, necessária a aplicação da alíquota reduzida de 4% para fins do cálculo do suposto montante a recolher, o que não foi feito pela Autoridade Administrativa. Tanto não foi feito, que a própria Autoridade Fiscal, ao apreciar seus argumentos quanto a esta tese, concordou com seu erro em relação à quase totalidade dos produtos indicados na tabela do Doc. 06, afirmado que, de fato, no cálculo efetuado, esta não havia levado em consideração a alíquota reduzida determinada pela legislação.

Diz que a Autoridade fiscal insiste em afirmar que alguns outros produtos, também relacionados na dita tabela, não teriam direito à alíquota reduzida de 4%, se baseando na simples informação constante das notas fiscais de venda, de que o Código de Situação Tributária - CST seria iniciado em “0”, e que tal dado ensejaria a conclusão de que as mercadorias em questão não teriam sido importadas, mas sim adquiridas no mercado brasileiro. Ocorre que, mesmo que o CST seja um dos pontos de análise para a verificação automática da comercialização de produto estrangeiro ou nacional, não pode a Autoridade Fiscal se ater apenas a este campo como forma de subsidiar a aplicação de uma alíquota majorada de 12%, sem, contudo, averiguar detidamente como se deu as operações na prática, em busca, portanto, da verdade material, a qual deve nortear os procedimentos e processos administrativos.

Afirma que o que ocorreu, na prática, em algumas situações, foi que, ao invés de indicar o Código de Situação Tributária - CST como sendo “200” ou “700”, aplicável às operações de venda interestadual de mercadorias estrangeiras adquiridas por importação indireta, por um descuido,

registrou as ditas notas com o CST de venda nacional, ou seja “000”. Acontece que esse mero erro formal quanto à indicação do correto SCT não leva à desconsideração da operação como efetivamente realizada, visto que há inúmeros outros elementos de registro contábil/fiscal que podem atestar a correta natureza das operações realizadas, levando à tributação com base na alíquota de 4%. Nesse contexto, inexiste suporte legal para que a fiscalização proceda à tributação com base na alíquota indicada no auto de infração lavrado. Isso porque, o art. 148, do CTN estabelece que o lançamento tributário sempre deve refletir a verdade material relativa aos fatos tributários, devendo ser considerados todos os fatos e provas, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública ou que não tenham sido declarados, desprezando-se as presunções tributárias.

Pondera que o rigor excessivo exigido pelo Fisco deve ser relativizado, principalmente quando comprovado que o contribuinte, agindo de boa-fé, somente não atendeu a um dos inúmeros requisitos formais exigidos, que em nada prejudica o próprio Fisco, já que, de fato, as operações de aquisição das mercadorias sob análise se deram com fornecedores estrangeiros situados no exterior.

Afirma ser evidente que a obrigação acessória tem a função - ou, ao menos, deveria sempre ter - de municiar a administração dos elementos necessários para a apuração do montante tributário e para a fiscalização dos valores arrecadados, criando mecanismos para impedir a sonegação e a evasão tributária. Mas, se, de um lado, a fiscalização é um direito da administração que busca assegurar que todos paguem os tributos devidos, de outro, não há como se permitir que a fiscalização, diante de um mero descumprimento de obrigação acessória, exija o recolhimento do principal, quando ele decerto não é devido. Caso contrário, o princípio da legalidade, apto a embasar a cobrança tributária, restará gravemente violado. Até porque, concretizando-se o princípio da igualdade, não se pode permitir que o direito de fiscalizar perturbe o cidadão a ponto de tolher o livre exercício da atividade econômica, autorizando-se que lhe seja exigido tributo ainda que se saiba da sua não incidência no caso concreto, como vem fazendo a Autoridade Coatora.

Menciona que, em tais casos, há de se observar o princípio da verdade material, pilar fundamental que deve nortear qualquer cobrança tributária, que reflete a necessidade de observância aos fatos ocorridos e provas apresentadas pelo contribuinte. Nesse diapasão, devem tais elementos prevalecerem sobre meros erros formais, sob pena de se estar imputando dívida fiscal a alguém injustamente, coisa que o ordenamento jurídico brasileiro e este Tribunal Administrativo Bahiano veda com veemência. Cita à fl. 215, exemplos de julgados do CONSEF nos quais diz se infere essa concepção.

Frisa não existir motivação plausível para que a autoridade coatora continue com a manutenção da alíquota majorada em relação a operações contestavelmente iniciadas no exterior, somente pelo fato da existência de mero desajuste formal num documento fiscal quanto ao código CST indicado.

Afirma que o que ocorreu no presente caso corresponde a simples equívoco formal quanto à indicação do CST, o qual não pode ensejar a determinação, automática, da aplicação da alíquota de 12% (usual para operações interestaduais nacionais). Como visto, a aplicação da alíquota de 4% é aplicada sempre que se estiver diante de operações de aquisição internacional e venda interestadual de produtos, na medida em que tal redução fora atribuída em razão do interesse público, sobretudo levando em conta a própria existência da Resolução do Senado Federal nº 13/2012.

Ressalta que a comprovação quanto à origem estrangeira dos produtos em questão se encontra devidamente atestada por meio da documentação já juntada aos autos, que comprovam, inclusive, que os importadores utilizaram o CST correto, iniciado em “2 e 7”, conforme as suas notas de aquisição (Doc. 05).

Diz que apesar de restar suficientemente comprovado pela documentação já anexada, a fiscalização insiste em manter a cobrança com base na alíquota majorada, respaldando-se, tão-

somente no código CST indicado na nota fiscal emitida, embora este, como visto, não corresponda à realidade das operações realizadas. Nesse contexto, resta evidente a iliquidez e incerteza do débito imputado à Impugnante, bem como o vício de motivação que macula o auto de infração ora combatido, vez que a Autoridade Administrativa, de fato, elaborou o cálculo do imposto devido com base em alíquota e embasamento legal incorretos, o que acaba por macular totalmente a autuação. Inclusive afirma à fl. 216, ser este o entendimento consolidado do Tribunal Administrativo Bahiano.

Afirma restar, por todo o exposto, comprovada a iliquidez e incerteza do crédito tributário ora lançado, diante das incorreções cometidas na própria materialização do valor supostamente devido, já que a Fiscalização deixou de considerar a verdade material atrelada às operações verificadas, notadamente, a necessidade de aplicação de alíquota de 4% a todos os produtos indicados na tabela do Doc. 06, medida está insubstituível e irreparável, conforme entende este tribunal administrativo, impondo-se, de forma conclusiva, o reconhecimento da nulidade material do Auto de infração em voga e a desconsideração dos argumentos da Autoridade Fiscal em sua informação, já que não possuem o condão de elidir a verdade dos fatos.

Sustenta que, em relação ao seu direito à isenção tributária do ICMS nas saídas de produtos sujeitos à isenção tributária das mercadorias acobertadas pelo Convênio ICMS nº 01/99 que, por falta de respaldo técnico-científico os argumentos da autoridade fiscal não podem ser levados em consideração.

Destaca que não foram aceitas pela Autoridade Fiscal suas alegações relativas à isenção de ICMS para os produtos médicos-cirúrgicos comercializados no período autuado, em razão do entendimento do Autuante, unilateral e atécnico, o qual afirma que tais produtos específicos, apesar de possuírem descrição e NCM idênticos àqueles previstos no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, não estariam submetidos à benefício de isenção, em virtude da suposta diferenciação das características e da destinação/uso destes produtos em relação aos expressamente relacionados no convênio.

Declara que para tentar embasar a sua tese, a Autoridade Fiscal junta literatura obtida em sites de busca na internet e, a partir destas, tece conclusões, frise-se, sem qualquer respaldo técnico-científico, sobre as características e a usabilidade tanto dos produtos das marcas e modelos comercializados pela Impugnante quanto aqueles que supostamente e exclusivamente seriam abarcados pela isenção, criando um cenário meramente hipotético de que os produtos “específicos” não estariam indicados no convênio. Acontece que, como repisado, dada a máxima vénia, não possui a Autoridade Fiscal conhecimento suficiente para avaliar e concluir que um determinado produto médico-cirúrgico possui determinados aspectos ou não possui, nem muito menos se basear somente nisso para sustentar uma autuação fiscal desconsiderando a aplicação de isenção considerando essas premissas unilaterais.

Reafirma ser uma empresa que atua no ramo de comércio atacadista e varejista de instrumentos e materiais para uso cirúrgico e hospitalar, sendo a maior parte de suas vendas destinadas ao atendimento da rede do SUS. Ou seja, está inserida num mercado específico, o qual, considerando o Convênio ICMS 01/99, o inciso XXIV, do art. 264, do RICMS-BA/12 (que incorporou o referido convênio) e a própria Constituição federal, é incentivado por favorecimentos fiscais, dentre eles a isenção aqui discutida, justamente para que os serviços de saúde possam ser prestados à população da maneira mais efetiva possível. Além disso, conforme se infere dos documentos fiscais de venda emitidos pela Impugnante, as descrições dos produtos ali relacionados são as mesmas dos produtos que estão expressamente abarcados no anexo do referido convênio, conforme os seguintes NCMs: 9018.39.29 e 9018.90.99.

Pondera que, considerando que os Autuantes não têm capacidade técnica para definir as especificidades de determinado produto cirúrgico e hospitalar, sobretudo, catéteres e agulhas destinados à realização de exames e procedimento com características muito peculiares, e que os produtos possuem o mesmo NCM daqueles expressamente indicados no anexo único do

convênio, não há como se acolher a pretensão da Autoridade administrativa de tributar tais mercadorias. Destaca que este próprio tribunal, em casos semelhantes, atribuiu o benefício da dúvida ao contribuinte, sobretudo considerando o princípio da razoabilidade, bem como a função essencial que os produtos médico-cirúrgicos desempenham. Cita como exemplo o Acórdão CJF nº 0124-11/20, cuja ementa reproduz à fl. 219.

Prossegue frisando que, embora suficientemente comprovado que os produtos comercializados são, de fato, isentos, especialmente quando se considera a identidade dos NCMS (9018.39.29 e 9018.90.99) constantes das notas fiscais de venda e os relacionados no convênio, a fiscalização entende por afastar a aplicação da isenção no caso concreto, sem que tenha trazido aos autos elementos suficientes à desconsideração da isenção em tela.

Assinala que, caso esta Relatoria entenda pela necessidade de encaminhamento do processo para diligências, embora entenda desnecessária diante dos elementos já constantes dos autos, de qualquer sorte, se compromete, desde já, em atender a qualquer pleito de documentação ou mesmo para esclarecer a especificidade dos seus produtos, tudo para comprovar que, de fato, estes devem ser isentados, e, com isso, que não houve qualquer infração por parte da Impugnante, devendo o Auto de Infração ser julgado totalmente improcedente.

Arremata reiterando todos os termos da Impugnação apresentada *in casu*, requerendo: (i) a determinação da imediata baixa da parte incontroversa do débito, conforme reconhecimento expresso apresentado pela autoridade fiscal autuante; (ii) no mérito, seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, com a consequente extinção integral do crédito tributário lançado de ofício, dada a completa insubsistência da autuação que imputou à tributação produtos sujeitos à isenção tributária; e (iii) alternativamente, que se reconheça a nulidade material do Auto de Infração ora combatido, com o consequente cancelamento do crédito tributário lançado de ofício em sua integralidade, ou no mínimo, que seja determinada a exclusão de todos os valores relacionados às operações tributadas a uma alíquota de 12%, quando deveriam estar submetidas à uma alíquota de 4% em razão da procedência estrangeira destas (iv) por outro lado, apenas a título de argumentação, caso esta Ilma. Secretaria da Fazenda mantenha o posicionamento contido no auto de infração pela tributação de ICMS, deixando de reconhecer, igualmente, a latente nulidade frente à iliquidez do crédito, faz-se necessária, no mínimo, a adequação das alíquotas imputadas no Auto de Infração, as quais foram combinadas utilizando-se a regra geral de alíquota interestadual constante na Lei nº 7.014/1996, quando deveria ter sido considerada a alíquota de 4%.

Pugna pela realização de diligência processual, com o fito de se confirmar a total improcedência do Auto de Infração no que tange à correta aplicação da isenção em relação aos produtos comercializados pela Impugnante.

O Autuante presta nova informação fiscal às fls. 215 a 232, articulando os seguintes argumentos.

Observa que em relação ao item denominado “Da Informação Fiscal”, a Defendente faz um relato da Informação Fiscal produzida por esta fiscalização, fls. 94 a 203, tendo em vista a peça de defesa originalmente apresentada. Após, citando o que foi acatado na Informação Fiscal que prestamos relativamente à aplicação da alíquota de 4%, alega que “... esta concordância, como consequência lógica, finda por derrubar toda a pretensão executória ...”. Afirma nada ser mais absurdo, eis que, como reconhecido pela própria autuada ao contestar apenas a alíquota aplicada na valoração do tributo devido, permanece intocado o cometimento do ilícito, qual seja, a ocorrência de operações de venda de mercadorias tributadas normalmente pelo ICMS como se fossem isentas do imposto. Ainda tratando da aplicação da alíquota de 4% a defesa diz que a “... Autoridade Fiscal informou não concordar com a aplicação da alíquota de 4% em relação aos ...” produtos cujo CST informado pela própria autuada é “iniciado no numeral “0””. Ora, não poderia ter sido outra a posição desta fiscalização, consoante previsão expressa no Ajuste SINIEF 06, de 4 de julho de 2008, cujo teor reproduz à fl. 226.

Frisa que o 1º dígito do CST, com base na Tabela A, indica a origem da mercadoria, enquanto os 2º e 3º dígitos, com base na tabela B, indicam a tributação da mesma pelo ICMS. No presente caso está em discussão a origem do produto PLASMALYTE-CLSOD+GLIC SOD+ASS SOL INJ PH7,4 BOL PL500ML – BAXTER – ANVISA 1068301020031, NCM 30049099, constante da nota fiscal 526780, de modo que consultou a citada Tabela A do Anexo do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970, cujo teor cuja reproduz à fl. 226.

Assevera que, se nas operações ora discutidas o CST da mercadoria inicia com o número “0”, a origem da mesma é Nacional, como bem nos indicam o Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970 e o Ajuste Sinief 06, de 4 de julho de 2008. Sendo assim, provado que a origem da mercadoria é nacional, resta provado também o acerto desta fiscalização ao aplicar a alíquota de 12% nas operações em apreço.

Menciona que a Defesa tece comentários também sobre o posicionamento desta fiscalização relativamente à isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, arguindo que demonstrará que tal posicionamento não merece prosperar.

Quanto ao item 3 da manifestação observa que a Defesa repete tudo que explanou anteriormente sobre a aplicação da alíquota de 4% nas operações de venda que realizou, não apresentando qualquer fato ou fundamento novos capazes de sustentar o que aqui alega. Traz cópia de decisões administrativas que não são aplicáveis ao lançamento em lide. Ademais, sobre a aplicação da alíquota de 4% esta fiscalização já se posicionou ao prestar a Informação Fiscal, fls. 94 a 203, em face da peça defensiva originalmente apresentada, bem como ao discutir o item 2 da presente Manifestação.

Afirma que o Impugnante passa do item 3 ao item 5, destilando comentários, diga-se, pouco elogiosos à qualificação dos Autuantes e à Informação Fiscal prestada em face da defesa originalmente apresentada.

Pondera que o Defendente, contudo, deixa de trazer qualquer argumento técnico ou fundamento de direito capazes de ferir o que produziu esta fiscalização na Informação Fiscal prestada às fls. 94 a 203. Frisa que a Defesa informa sobre a atividade econômica da autuada e sobre seus clientes, sugerindo que tais realidades a habilitariam a usufruir do que consta do Convênio ICMS 01/99. Afirma ser totalmente desarrazoada tal assertiva, eis que a leitura do citado Convênio não mostra qualquer alusão à atividade do contribuinte ou a qualificação de seus clientes. Prosseguindo a defesa diz que “... conforme se infere dos documentos fiscais de venda emitidos pela Impugnante, as descrições dos produtos ali relacionados são as mesmas dos produtos que estão expressamente abarcados no anexo do referido convênio, conforme os seguintes NCMs: 9018.39.29 e 9018.90.99”.

Observa que o quadro que colaciona à fl. 228 à esquerda um resumo dos produtos que constam do presente lançamento com NCMs: 9018.39.29 e 9018.90.99 e do lado direito temos os produtos que constam do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e que tem, também, NCM 9018.39.29 e 9018.90.99.

Esclarece que as descrições dos produtos constantes do presente lançamento não são, como afirma a defesa, “... as mesmas dos produtos que estão expressamente abarcados ...” no Anexo Único do multicitado Convênio ICMS 01/99 com as NCM 9018.39.29 e 9018.90.99. Agora a defesa volta a desqualificar o trabalho desenvolvido por esta fiscalização, sem, contudo, trazer qualquer argumento sério que alicerce o ataque que faz à Informação Fiscal que prestamos em face da defesa originalmente apresentada. Para se ter uma ideia da fragilidade da argumentação da defesa, em que diz às fls. 219 e 220, que determinado produto seria isento do ICMS apenas por ter a sua NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM) elencada no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, citando, especificamente, produtos de NCM 9018.39.29 e 9018.90.99.

Aponta como se relacionam as determinações do Convênio ICMS 01/99 e a NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM):

- A tabela contendo a NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM) e a TARIFA EXTERNA COMUM (TEC), atualizada até a Resolução do Comitê Executivo de Gestão - Gecex Nº 32 de 30/12/2019 (DOU, 10/01/2020) nos informa na Seção XVIII, Capítulo 90, cujo teor reproduz às fls. 229 e 230.

Observa que os produtos sob as NCM 9018.39.29 e 9018.90.99 podem estar sujeitos à Tarifa Externa Comum-TEC, no caso 16%, que nada mais é do que o Imposto de Importação incidente nas transações entre os países do MERCOSUL. Reproduz o teor da Cláusula terceira do Convênio ICMS 01/99, fl. 230. Ou seja, para que determinado produto goze da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, é condição necessária que ele seja isento, também, do imposto de importação. Como demonstrado anteriormente, existe a possibilidade de incidência da Tarifa Externa Comum-TEC / Imposto de Importação sobre produtos com NCM 9018.39.29 e 9018.90.99, e, nestes casos, obviamente, não estaria atendida a exigência posta na Cláusula Terceira do Convênio ICMS 01/99, implicando em que tais produtos não estariam abrigados sob o manto da isenção prevista no multicitado Convênio. Além do que expomos acima, cabe acrescentar que o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 traz, devidamente especificados os produtos constantes das posições NCM 9018.39.29 e 9018.90.99, que estão beneficiados com a isenção do imposto. Reproduz à fl. 231 o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 contendo os produtos com NCM 9018.39.29 e 9018.90.99.

Observa que o legislador especificou quais produtos podem gozar do benefício da isenção prevista no multicitado Convênio ICMS 01/99. Caso o legislador pretendesse conceder a isenção a todos os produtos com as NCM 9018.39.29 e 9018.90.99 não teria se dado ao trabalho de especificá-los, como o fez no Anexo Único em comento.

Diz restar provado ser absurda a afirmação da defesa de que determinado produto seria isento do ICMS apenas por ter a NCM elencada no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Acrescenta destacando que esta fiscalização, ao longo do trabalho de auditoria, examinou, detalhadamente, o enquadramento dos produtos na isenção albergado no multicitado Convênio, consultando a NCM do mesmo e, muito mais do que a sua descrição, o seu uso. Afirma ser o que pode ser visto na Informação Fiscal, fls. 94 a 203, que prestou em razão da peça de defesa inicial da autuada, onde todas as suas contestações foram detalhadamente discutidas, e as nossas posições embasadas nos documentos que anexamos.

Quanto ao item 06 diz que o Impugnante repete aqui tudo que pediu ao longo da sua manifestação. Entretanto, ciente da fragilidade de seus argumentos, pede também que "... caso esta Ilma. Secretaria da Fazenda mantenha o posicionamento contido no Auto de Infração pela tributação de ICMS, ... faz-se necessária, no mínimo, a adequação das alíquotas ...", referindo-se à aplicação da alíquota de 4% nas operações interestaduais com produtos de origem estrangeira.

Conclui pugnando pela manutenção parcial da autuação nos termos do que consta da Informação Fiscal prestada às fls. 94 a 203, no valor remanescente de R\$ 190.681,98, consoante demonstrativo acostado às fls. 119 a 158 e na mídia CD à fl. 203.

Em sustentação oral o patrono do Autuado, Dr., ANDRÉ FELIPE DE COIMBRA PINTO FILHO OAB/PE 47.825, na assentada do julgamento, reiterou todos seus argumentos articulados em sua peça defensiva.

## VOTO

O Autuado pugna pela nulidade do lançamento aduzindo que a Fiscalização não observou o princípio constitucional da legalidade, visto que lavrou o Auto de Infração sem atender às exigências legais para a sua lavratura.

Afirma resta comprovado a total iliquidez e incerteza do débito imputado, bem como o vício de motivação que macula o Auto de Infração, ora combatido, uma vez que a Autoridade Administrativa sequer elaborou o cálculo do imposto devido com a competente distinção entre as operações de saída.

Constato que não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, eis que, ao contrário do afirmado pela Defesa, não vislumbro qualquer ofensa ao princípio da legalidade e muito menos falta de motivação do lançamento. Foi devidamente observada a legislação de regência consoante expresso enquadramento legal aposto no Auto de Infração e lastreado em demonstrativos de apuração indicando e discriminando a origem dos valores apurados. Tanto é assim, que o Impugnante apresentou suas razões de defesa com pertinência e desenvoltura, apontando, inclusive, inconsistências que entendeu pertinentes, as quais foram devidamente analisadas pela Fiscalização e parcialmente acolhidas, sendo devidamente intimado dos ajustes realizados.

Pelo expedito, rejeito a preliminar de nulidade.

Ademais, depois de compulsar os elementos que compõem o presente PAF, verifico que: *i*) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível; *ii*) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; *iii*) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e *iv*) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, bem como no transcurso de sua instrução o lançamento de ofício foi aperfeiçoado diante de documentação apresentada pelo Impugnante e ajustado pelo Autuante e o cientificado na forma da legislação de regência. Portanto, o presente Auto de Infração se afigura revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que concerne a preliminar de decadência aventada pelo Autuado relativa aos meses de janeiro a março de 2018, observo que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o entendimento de que “*Conta-se o prazo decadencial com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato, a partir da data de ocorrência do fato gerador, com jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis, apura o monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”*”.

Os recentes julgados, envolvendo questionamento em torno da contagem do prazo decadencial, prolatados pela Segunda Instância desse CONSEF, têm acompanhado o entendimento esposado no referido Incidente de Uniformização.

Assim, apurando-se débito declarado como no presente caso e não pago aplica-se as disposições do § 4º, do art. 150, do CTN. Ou seja, o prazo decadencial tem início a partir da data de ocorrência do fato gerador. Como o Impugnante tomou ciência da autuação em 03/04/2023, fl. 19, resta evidenciado nos autos que a exação atinente aos meses de janeiro a março de 2018 foi fulminada pela decadência. Portanto, os valores apurados nesses meses devem ser excluídos da exação.

Quanto à solicitação do Impugnante para que o presente auto seja julgado após o julgamento do Auto de Infração de nº 269353.0002/23-9, por ter sido nele exigido ICMS incidentes nas entradas de mercadorias, não acato o pedido da Defesa, uma vez são acusações distintas para as quais não vislumbro óbice algum para defesa, bem como não foi apontada qualquer repercussão na apuração na exação objeto dos presentes autos.

No mérito, o presente lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, consoante demonstrativos às fls. 10 a 12 e CD à fl. 14.

Em sua Defesa, o Autuado refutou a acusação fiscal concentrando sua argumentação em dois eixos distintos. O primeiro, diz respeito à alegação de que todos os produtos arrolados no levantamento fiscal estão sujeitos à isenção do ICMS nas saídas acobertados pelo Convênio ICMS

nº 01/99. Segundo eixo, aduziu que, se mantida a acusação da incidência do imposto deveria ser feita a correção da alíquota aplicada para 4% nas saídas com produtos importados.

Sustentou que de acordo com o convênio ICMS nº 01/1999, incorporado pela legislação da Bahia através do inciso XXIV, do art. 264, do RICMS-BA-12, as operações que envolvem os produtos hospitalares (cateteres, agulhas e outros materiais cirúrgicos) constantes das notas de saída da empresa e individualizadas na planilha em anexo (Doc. 06), são acobertadas pela isenção do ICMS, o que acaba por lhe eximir, portanto, de recolher o imposto antecipado em relação às suas operações de aquisição interestadual em relação a tais mercadorias. Conforme se percebe da transcrição que acosta à fl. 34. Como se vê em sua cláusula primeira, dito Convênio relacionou, em seu anexo, todos os medicamentos que usufruem de tal prerrogativa de isenção.

Explicou que conforme se observa dos exemplos de notas fiscais de venda (Doc. 06), as descrições dos produtos ali relacionados são as mesmas dos produtos que estão expressamente abarcados no anexo do referido convênio, conforme os seguintes NCMs (9018.39.29 e 9018.90.99).

No que concerne à argumentação da incorreção da alíquota em relação ao ICMS incidente sobre as operações de saída interestadual de produtos importados aduziu que, prevalecendo o raciocínio de que essas operações se sujeitam à incidência de ICMS, deve-se levar em consideração que não se trata de operação interna ou interestadual de produtos adquiridos no Brasil, mas, sim, de operações interestaduais de venda de produtos estrangeiros. Logo, acaso se venha a entender pela incidência de ICMS nas operações de saída em questão deve ser aplicada a alíquota de 4% no cálculo em relação às operações destacadas na planilha em anexo (Doc. 06), com a informação “produtos importados” na coluna defesa.

Em suma, essas foram as razões de defesa atinente ao mérito da acusação fiscal.

A dupla de Autuantes em sede informação fiscal declarou inicialmente que o Impugnante reconheceu ter dado saída a produtos tributados normalmente [12% e 18%] como se fossem isentos do ICMS.

No que se refere aos produtos com origem 1 (importado) e ausentes da Lista de Bem Sem Similar Nacional - LESSIN, explicou que a Defesa reconhece que as operações são tributadas, sendo que alega que elas deveriam ter sido tributadas a 4% e não a 12% como consta do presente lançamento. Registrhou que, do total de itens que constam da infração em tela, a defesa encontrou 11 produtos que ela diz seriam tributados a 4%, consoante quadro à fl. 98, com o respectivo código.

Esclareceu que, depois de analisar as razões da defesa verificando como ela tratou em sua EFD todos os produtos constantes no quadro à fl. 98, apontados na Defesa, constatou que somente assiste razão ao Impugnante em relação aos produtos: Cola Glubran 2 - 0.50ml - Código 4144; Agulha Descartável Biopsia - Código 17084; Embosphere Microesfera 500-700 e Hepasphera 50-100 25mg - Código 20734. Declarou expressamente que os demais produtos, fls. 98 a 101, apontados na Defesa todas as vendas foram realizadas, de acordo com a correspondente documentação fiscal, com o Código de Situação Tributária - CST, iniciado com o dígito “0”, ou seja, a origem das mercadorias é nacional. Por isso, elaborou novo demonstrativo de débito, fls. 119 a 158, excluindo da autuação os produtos supracitados, reduzindo o valor do débito para R\$ 190.681,09.

Em relação aos produtos elencados pelo Defendente, como sendo isentos de ICMS pelo Convênio ICMS 01/99, analisou cada um deles, fls. 101 a 117, examinando o teor dos itens 25, 28, 29 e 34 do Anexo Único, demonstrando de forma minudente que, tanto a descrição, quanto a utilização ou uso dos produtos arrolados no levantamento fiscal, apesar de terem o mesmo código NCM - 9018.39.29 e 9018.90.99, não convergem com os respectivos produtos elencado no Anexo Único do referido convênio. Explicou que, diante da previsão expressa do art. 111, do CTN, por se tratar de outorga de isenção a interpretação da legislação aplicável é a literal. Por isso, sustentou não ser possível acatar o pleito da Defesa. Esclareceu ainda que o legislador especificou quais produtos podem gozar do benefício da isenção prevista no multicitado Convênio ICMS 01/99 e, caso o legislador pretendesse conceder a isenção a todos os produtos com as NCM 9018.39.29 e 9018.90.99

não teria se dado ao trabalho de especificá-los, como o fez no Anexo Único em comento. Assinalou restar provado ser absurda a afirmação da defesa de que determinado produto seria isento do ICMS apenas por ter a NCM elencada no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Quanto ao “Produto isento conforme Item 9, do Conv. 01/99” constante da coluna “Defesa, pintada de amarelo” do Doc. 06 da defesa informou que consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 diz verificar que o produto citado pela defesa é como mostrado à fl. 115. Já o produto que consta do Doc. 06 é o BIOS-OSS 2g 0.25MM-1MM, se constata que ela comercializou alguns tipos do produto em preço tributando-os, conforme consta no quadro acostado à fl. 115. Quanto ao produto BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM citado pela defesa, afirma que ele é, na verdade, o GEISTLICH BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM. Destacou que da análise das razões da Defesa na página do fabricante na internet, [www.geistlich.com.br/pt/quem-somos/faq/geistlich-faq/](http://www.geistlich.com.br/pt/quem-somos/faq/geistlich-faq/), fl. 115. Concluiu que o produto GEISTLICH BIOS-OSS 2G 0.25MM-1MM, ora em análise, jamais poderá ser tomado pelo “Cimento ortopédico (dose40 g)” constante do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, eis que tem descrições e, sobretudo, usos totalmente diversos, mantendo a autuação.

Quanto à alegação de “*produto tributado, porém a operação retornou, onde não se gerou crédito na entrada*” e de “*produto tributado, porém a operação retornou dentro do mesmo mês, onde não se gerou crédito na entrada*” relativo às notas fiscais que a defesa indica são as de números 26194, 26291, 26298, 26614, 26758, 26771, 26867, 27390, 27525, 27645, 28555 e 35108, informou que a defesa confessa de modo cristalino o cometimento da infração, eis que reconhece que os produtos são tributados, e também reconheceu que os mesmos entraram em seu estabelecimento. Sendo seu dever lançar no seu livro de Registro de Entradas todas as operações que lhe sejam destinadas, lançando também o respectivo crédito destacado no documento fiscal, do mesmo modo, sua obrigação de lançar no livro de Registro de Saídas todas as operações que fizer, com o respectivo lançamento do ICMS devido. Não cabendo ao contribuinte estabelecer a seu critério quando tributar, ou não, uma operação de saída de mercadorias. Explicou ainda que o Autuado faz a apuração do imposto sob o regime de conta-corrente fiscal, de modo que está obrigado a seguir as determinações contidas no art. 305, e seguintes da Seção II do Capítulo XV do RICMS-BA/12.

Depois de examinar os elementos que instruem os presentes autos, constato que, os ajustes e correções levado a efeito pelo Autuante no refazimento do demonstrativo de débito foi respaldado estritamente na legislação de regência, bem como, na documentação fiscal e nas alegações devidamente comprovadas carreadas aos autos pelo Impugnante em sede de Defesa, fls. 22 a 40.

No que diz respeito especificamente ao questionamento da aplicação da alíquota de 4% nas saídas internas e interestaduais para os produtos arrolados no levantamento fiscal e apontados pelo Defendente (11 produtos consoante tabela acostada à fl. 98) como sendo oriundo de importação ressalto que, como bem explicitou a equipe de Autuantes somente assiste razão ao Impugnante em relação aos produtos: Cola Glubran 2 - 0.50ml - Código 4144; Agulha Descartável Biopsia - Código 17084; Embosphere Microesfera 500-700 e Hepasphera 50-100 25mg - Código 20734, uma vez que as demais as vendas foram realizadas, de acordo com a correspondente documentação fiscal, com o Código de Situação Tributária - CST, iniciado com o dígito “0”, ou seja, operação com mercadoria nacional. A comprovação da operação de importação tem que atender aos dois requisitos: o com o Código de Situação Tributária - CST, iniciado com o dígito “1” e o produto comprovadamente ausente da Lista de Bem Sem Similar Nacional - LESSIN. Aspectos esses não comprovados pelo Impugnante em sua Defesa e Manifestação nos autos.

Em relação a alegação da Defesa de que os itens arrolados no levantamento fiscal estão amparados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, tendo em vista que possuem os mesmos códigos NCMs e as mesmas descrições, não há como prosperar a pretensão do Autuado, eis que, resta claramente evidenciado nos autos exaustiva e analiticamente que as descrições de

todos os produtos possuem teores e aplicações distintas dos itens elencado no Anexo Único, do Convênio ICMS 01/99.

É imperativo salientar que, para ser alcançado pela isenção, não basta o produto possuir o mesmo código de NCM elencado no referido anexo, tem que preencher, univocamente, também o requisito da mesma e integral descrição que corresponde a sua específica utilização, sob pena de perda do objetivo e eficácia do Convênio. Além do que, por se tratar de outorga de isenção, como previsto no art. 111, do CTN, a imposição de que a interpretação da norma tem que ser adstrita a sua literalidade. Isto significa dizer a clara intenção do legislador de coibir interpretações que conduzam a generalizações extensivas, ampliando indevidamente o alcance do benefício da isenção.

Assim, resta evidenciado que o Autuado não carreou aos autos elementos com o condão de elidir integralmente a exigência fiscal que lhe fora imputada.

Por isso, acolho o novo demonstrativo de débito remanescente efetuado pelo Autuante acostado às fls. 119 a 158, reduzindo o valor da exigência fiscal para R\$ 190.681,09.

Considerando ainda o acolhimento da preliminar de decadência atinentes aos meses de janeiro a março de 2018, que de acordo com o novo demonstrativo de débito, fl. 119, corresponde a R\$ 17.244,94 [R\$ 7.508,02, R\$ 1.611,33 e R\$ 8.188,65], o montante remanescente da exação fica reduzido para R\$ 173.437,04.

Concluo pela subsistência parcial da autuação.

Quanto à solicitação para que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam efetuadas em nome de Taciana Bradley, inscrita na OAB-PE sob o nº 19.130, sob pena de nulidade, nos termos do art. 272, § 2º, do CPC, consigno não haver óbice algum para o seu atendimento. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu endereço eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações atinentes ao presente feito.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269353.0010/23-1 lavrado contra **GOLDMEDIC PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 173.437,04, 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, 27 de agosto de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA