

A. I. N° - 299430.0093/16-7  
AUTUADO - VIPMEDIC SALVADOR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.  
AUTUANTES - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/12/2016

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0197-01/16**

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

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2016, exige o valor de R\$1.153.110,71, acrescido da multa de 60%, em decorrência das infrações a seguir descritos:

**INFRAÇÃO 1** - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Valor R\$1.123.097,20. Consta que se trata de mercadorias, cujas saídas ocorreu sem tributação e mediante a análise de cada produto restou constatado que os mesmos não se enquadravam no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Informa ainda que os exames foram realizados considerando as NF-e e períodos fiscalizados.

**INFRAÇÃO 2** - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2011. Valor R\$30.013,51. Consta que se refere a mercadorias, cujas saídas não foram tributadas pelo contribuinte e que as análises dos documentos revelaram que os mesmos foram remetidos pelos fornecedores com tributação do ICMS.

O sujeito passivo, por intermédio de seu representante legal, fls. 225 a 249, destaca a tempestividade das suas alegações, faz uma síntese das infrações, anuindo que não praticou nenhuma das penalidades que lhe são imputadas.

Diz que na infração 01, o Atuante lhe imputou o fato de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis. Contudo, não observou os Auditores Fiscais, que os produtos comercializados pela Empresa Autuada tratam-se de produtos destinados à prestação de serviço de saúde, portanto, de característica essencial, e tratados como isentos segundo pelo Convênio ICMS 01/99, do Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”).

Diz que os produtos comercializados no ano de 2011 são os mesmos isentos de ICMS previstos no Convênio ICMS 01/99. Lista tais produtos. Afirma que o mesmo aconteceu com os produtos comercializados no ano de 2012, vez que eles também se enquadram na isenção de ICMS do mesmo acordo.

Reitera que todas as operações realizadas e objeto da presente autuação são isentas de ICMS, equipamentos e insumos previstos no Anexo Único ao Convênio ICMS 01/99. Ressalva que a isenção ou a alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”) ou do Imposto de Importação (“II”) de tais equipamentos e insumos são requisitos do citado Convênio para a fruição do benefício.

Reclama que também na infração 2 foi imputado o fato de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis. Repete que também são produtos que os Auditores Fiscais deixaram de observar que os produtos comercializados são destinados à prestação de serviço de saúde, portanto, de característica essencial, e tratados como isentos segundo pelo Convênio ICMS 01/99, do Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”).

Reitera que todas as operações, objeto da presente autuação, são isentas de ICMS, equipamentos e insumos previstos no Anexo Único ao Convênio ICMS 01/99, ressalvando que a isenção ou a alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”) ou do Imposto de Importação (“II”) de tais equipamentos e insumos são requisitos do Convênio para a fruição do benefício.

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

No caso em tela, afirma que a intenção do legislador é clara em assegurar o acesso de todos aos tratamentos disponíveis de saúde. Tal finalidade é alcançada através da ausência de acréscimo tributário sobre os equipamentos e insumos do tratamento, justificando assim a referida isenção.

Vislumbra que tal isenção vem pautada na necessidade de garantir acesso à saúde com um menor custo, notadamente em razão de ser o Poder Público, isto é, o SUS – Sistema Único de Saúde, o principal cliente e comprador dos equipamentos e insumos destinados à prestação de saúde. O Convênio ICMS 01/99 almeja proteger o interesse público, que se sobrepõe, inclusive, ao interesse de arrecadar tributo dos entes tributantes, como no caso, o Estado da Bahia.

Argumenta que os auditores não realizaram a correta correlação dos produtos comercializados pelo contribuinte autuado com isenção de ICMS, com aqueles descritos no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, sob alegação de ausência de literalidade na descrição dos produtos comercializados pelo autuado e a descrição no Convênio ICMS 01/99, com a invocação do artigo 111 do CTN.

Discorre sobre a interpretação da legislação tributária (art. 111, CTN), a doutrina especializada em hermenêutica, no direito tributário, a jurisprudência (REsp. 734.541/STJ), a processualística de Odete Meduar e sobre o princípio da verdade material (art. 2º Decreto nº 7.629/99).

Aduz que a simples descrição do equipamento ou insumo médico na Nota Fiscal de forma diferente da constante do Anexo Único do aludido Convênio não é suficiente para descharacterizar e modificar a natureza dos equipamentos e insumos comercializados pelo autuado, muito menos para afastar a incidência da norma isentiva. Acrescenta a isso, o fato de ter lançado nas Notas Fiscais, para cada descrição de equipamento ou insumo médico, o correspondente NCM, previsto no Anexo Único ao convênio, de forma a permitir a correta identificação das operações isentas de ICMS pela autoridade fiscal.

Insiste que há correlação exata entre os códigos de NCM dos produtos comercializados e os códigos extraídos do referido convênio, o que evidencia veementemente que não há razões para que o Auto de Infração possa subsistir quanto aos produtos detalhados nas tabelas acima.

Tanto é verdade que todos os produtos foram adquiridos com a isenção conferida pelo Convênio em alusão, conforme se extraí das Notas Fiscais de entrada, não havendo razão para que fossem retransmitidos sem tal benefício fiscal, sob pena de configurar-se grave disparidade no concernente à atuação da Administração Fiscal, que deve estar sempre adstrita à legalidade.

Em síntese, diz que a autuação indevida poderia ter sido evitada se o Fisco tivesse observado que

os códigos NCM dos equipamentos e insumos médicos lançados nas notas fiscais são os mesmos NCM que constam do Anexo Único ao Convênio ICMS 01/99 e, portanto, referentes a operações com equipamentos e insumos médicos isentos de ICMS; e ainda que os equipamentos e insumos médicos lançados nas Notas Fiscais e descritos no Anexo Único ao Convênio ICMS 01/99 são de idêntica natureza, utilização e finalidade, embora a descrição em uma e em outra nota fiscal não seja a mesma do referido convênio para melhor atender as exigências de mercado.

Diz que não é possível a exigência de o contribuinte fazer constar nas notas fiscais por ela emitidas a exata literalidade constante do Convênio ICMS 01/99, sob pena de inviabilizar por completo a correta identificação dos produtos e, por conseguinte, a sua comercialização. Isto porque a nomenclatura que se depreende do aludido acordo interestadual espelha tão somente os tipos genéricos dos produtos e suas respectivas funções, o que é insuficiente para a correta especificação técnica das particularidades de cada produto e das individualidades do seu uso.

Esclarece que a descrição dos equipamentos e insumos médicos contidas nas Notas Fiscais é feita justamente para atender a uma exigência de mercado, que impõe a detalhada descrição de cada importante característica e finalidade de cada equipamento e/ou insumo comercializado, e não apenas a descrição genérica, não especificada e nem detalhada do mesmo, como ocorre no Anexo Único do mencionado Convênio.

Reitera que a busca da verdade material é dever da Administração Pública, haja vista o interesse público envolvido na questão, sendo que o Estado, inclusive, disponibiliza e prevê diversos meios de provas, para fins de o julgador formar o seu convencimento a partir do verdadeiro fato tributário. Destaca que houve o pagamento do ICMS referente ao produto agulha introdutora de fio guia - NCM 90183910.

Explica que a Nota de Saída nº 4953 vendida para a pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 03.376.102/0001-02, pelo valor de item R\$ 250,00 teve o seu tributo recolhido mediante a alíquota de 17%, totalizando o valor de R\$42,50;

No mesmo sentido, a Nota de Saída nº 5346 vendida para a pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 10.456.298/0001-00, pelo valor do item R\$270,00, teve o seu tributo recolhido mediante a alíquota de 12%, totalizando o valor de R\$32,40;

Ainda, a Nota de Saída nº 5722 vendida para a pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 10.456.298/0001-00, pelo valor de item R\$270,00 teve o seu tributo recolhido mediante a alíquota de 12%, totalizando o valor de R\$32,40 (trinta e dois reais e quarenta centavos).

Desta forma, totaliza-se o recolhimento da quantia total de R\$107,30 (cento e sete reais e trinta centavos), a título de ICMS, cobrado de forma indevida, visto que procedeu tributação duplicada, impondo-se o seu abatimento do valor total da suposta infração.

Com relação à infração 2, no entanto, reconhece a existência de produtos que foram erroneamente vendidos sem tributação, quando deveria ter sido recolhido o mencionado imposto. Relaciona tais produtos e admite suas exclusões do benefício da isenção, totalizando R\$5.717,68. Elabora detalhamentos das exclusões mês a mês (fls.245/246).

Diz que fará o pagamento de R\$5.717,68, além da multa de equivalente a 60%, com o desconto previsto no art. 45 da Lei nº 7.014/96, no total de R\$8.897,34.

Finaliza pedindo o reconhecimento da improcedência da infração 1 uma vez que os produtos vendidos pela empresa Autuada são isentos do recolhimento do mencionado tributo, pois tiveram como base o Convênio ICMS 01/99.

Descreve os produtos sobre os quais reconhece devida a cobrança do ICMS, na infração 02: 27050 F 27 CH - ALCA DE RESSECCAO 24FR 1 HASTE, AFASTADOR CIRURGICO DESC LINA SEA STAR, AFASTADOR CIRURGICO DESC LINA SEA STAR, AGULHA DE PUNCAO 18GA X 20CM LT U2037822 VL 02/2014, AGULHA DE PUNCAO 18GA X 20CM LT UF2032229 VL 02/2014, ALCA DE RESSECCAO 24FR 01 POLO LT 24227 VL 04/2015, ALCA DE RESSECCAO 24FR 01 POLO LT H H STORZ, ALCA DE RESSECCAO 24FR 01 POLO LT HH, ALCA DE RESSECCAO 24FR 01 POLO LT HH, ALCA DE RESSECCAO 24FR 02 POLOS LT 15903 VL 07/2011 STORZ, ALCA ROLLERBOOL 1 HASTE, ALCA ROLLERBOOL 1

HASTE LT CA, ALCA ROLLERBOOL 2 HASTES, EXTENSOR DE PROTESE PENIANA LT 630049001 VL 15/12/2014 AMS Q4/2009, FACA KARL STORZ TIPO RETA DE SACHASE PARA URETROTOMIA, LAPSAC 8.0 X 10 LT U1788962 VL 11/2011, MAXIFLEX SEMIFLEX SCOPE TM - REF. S 02102202, PINCA BIOPSIA FORCEPS LT C580174 VL 08/2013, PINCA BIOPSIA FORCEPS LT C580174 VL 08/2013, PINCA BIOPSIA FORCEPS LT C580174 VL 08/2013, SIST. CONT. URINARIO AMS - BALAO DE PRESSAO 61 - 70 LT 621724011 VL 02/11/2014 AMS Q2/2009, SIST. CONT. URINARIO AMS - CUFF 4.0 LT 621693002 VL 03/11/2014 AMS Q2/2009, SIST. CONT. URINARIO AMS - CUFF 4.5 LT 623000018 VL 10/11/2014 AMS Q2/2009, SIST. CONT. URINARIO AMS - KIT DE ACESSO LT 624184005 VL 11/11/2014 AMS Q2/2009, SIST. CONT. URINARIO AMS - PUMP LT 608412019 VL 12/08/2014 AMS Q3/2009. Totalizou o valor supra referido de R\$8.897,34, conforme guia anexo.

Por outro lado, diz que é indevida a exigência, em relação aos produtos a seguir relacionados: FIO DE SUTURA 3-0 14CM X 14CM 18MM 3/8 CIRCLE D.P. LT M699510, FIO SUTURA 3-0 14CMX14CM 18MM 3/8 CIRCLE D.P.LT M699510 Q1/2009, KIT DE ACESSO AMS 700TM LT 630045002 VL 18/12/2014 AMS Q4/2009, KIT DE ACESSO AMS 700TM LT 630045001 VL 18/12/2014 AMS Q4/2009, KIT DE ACESSO AMS 700TM NCM 90219089 / LT 630045006 Q4/2009, KIT DE ACESSO AMS 700TM NCM 90219089 / LT 630045007 Q4/2009, PROTESE PENIANA AMS 700CX - 18MM X 12CM LT 497897006, PROTESE PENIANA AMS AMBICOR - 18MM X 11CM LT 659535005, KIT DE ACESSO AMS 700TM LT 630045008 VL 18/12/2014 MAS Q4/2009, KIT DE ACESSO AMS 700TM LT 630045022 VL 18/12/2014 AMS Q4/2009, KIT DE ACESSO AMS 700TM LT 630045023 VL 18/12/2014 AMS Q4/2009, vez que os mesmos são isentos do recolhimento do mencionado tributo, pois tiveram como base o Convênio ICMS 01/99.

Os Auditores Fiscais prestam Informação (fls. 591/626). Dizem que o autuado é contribuinte que atua no ramo atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratório.

Explicam que a ação fiscal foi executada com base nos livros fiscais, nos arquivos do SINTEGRA e nas Notas Fiscais Eletrônicas-NFE,s constantes no banco de dados da SEFAZ-BA. Observam que o contribuinte, além desse, já acumula outros débitos, inclusive já inscritos em dívida. Todos os autos até então lavrados contra este contribuinte resultam da prática reiterada pelo autuado de enquadrar certos produtos que comercializa no benefício de isenção do ICMS previsto no Convênio ICMS 01/99.

Assinalam que a síntese da defesa é que “os produtos comercializados pela autuada são produtos destinados à prestação de serviços de saúde, portanto, de característica essencial e tratados como isentos pelo Convênio ICMS 01/99”.

Informam que o Convênio ICMS 01/99, desde quando foi celebrado em março de 1999 e ratificado nacionalmente pelo Ato COTEPE-ICMS 03/99, os Estados signatários sempre relacionaram os equipamentos e insumos destinados à prestação dos serviços de saúde que devem ser beneficiados com isenção, nunca deixando de exigir rigoroso exame sobre o enquadramento dos produtos descritos nas notas fiscais na relação do Anexo Único do referido Convênio.

Portanto, os signatários do Convênio nunca pretendem conceder isenção a todos os produtos destinados à prestação de serviço, conforme absurdamente pretende o autuado, tanto é assim que a Cláusula primeira é expressa ao dispor:

“*Cláusula primeira: Ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH.*”

Indagam se assim não fosse, qual seria a razão de existir o Anexo único do convênio relacionando as diferentes espécies de produtos? Bastaria que citasse o NCM e como descrição os gêneros dos itens, por exemplo: cateteres, sondas, próteses, stentes.

Sobre a forma de interpretação contida no art. 111 do Código Tributário Nacional, dizem que em relação à outorga de isenção, o artigo é claro quando exige sua interpretação literal. Por exemplo, se o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 elenca no item 41 que a cânula para traqueostomia sem balão, cujo NCM é 9018.39.29, como isenta do ICMS, a cânula para traqueostomia com balão, que tem o mesmo NCM, não é porque não tem a mesma descrição, embora ambas se destinem a procedimento médico semelhante. Da mesma forma, os itens 23 a 25 concedem isenção para cateteres para angioplastia (NCM 9018.39.29), mas o mencionado Convênio não adotada o mesmo tratamento para os cateteres para angiografia, muito embora a utilização do segundo (realizar

exame radiológico para detectar obstrução de vasos sanguíneos, conhecido com cateterismo) é essencial para os procedimentos realizados com o primeiro (desobstrução de artérias com deficiente fluxo de sangue causado por placas de colesterol em sua parede), porque assim não quis o legislador.

Observam, contudo, que os exames que procederam não se pautaram exclusivamente nesta premissa, porque se assim fossem todos os produtos comercializados pelo autuado seriam considerados tributados, pois nenhum deles tem a descrição idêntica a qualquer dos itens do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, muito embora as respectivas NCM façam parte do Anexo.

Noram que intimaram o contribuinte (fls. 19 a 28) para que informasse os itens do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, nos quais se enquadrariam as mercadorias consideradas isentas de tributação nos exercícios de 2011 e 2012. Em resposta (fls. 29 e 30), o autuado se limitou a informar que a indicação/enquadramento das mercadorias que comercializa aos NCMs respectivos e que a definição das nomenclaturas "*é realizada/referenciada pela ANVISA Federal no momento de registro pelo fabricante*" e, no caso de importação ou nacionalização, passa "*pelo crivo dos órgãos federais e estaduais no momento do desembarque aduaneiro*". Diz que tais processos são por ele acompanhados apenas quando se trata de importação direta, cabendo aos seus fornecedores nacionais este papel nas suas importações.

Informam que como as informações do contribuinte não foram satisfatórias, aprofundaram-se na conferência da fidedignidade do tratamento tributário oferecido pelo contribuinte às suas mercadorias. O resultado destes estudos permitiu concluir pelas impropriedades lançadas neste auto de infração. Concluem que tais infrações não decorreram de "*meras presunções*" e nem de "*falta de correspondência literal entre a descrição do produto nas notas fiscais e o item correspondente do Anexo Único do Convênio*", como asseverou o autuado (fls. 240/242).

Ressaltam que somente na defesa o autuado apresentou planilhas tentando vincular seus produtos aos itens do citado Anexo Único.

Sobre a alegação defensiva de "*ter lançado nas notas fiscais, para cada descrição de equipamento ou insumo médico, o correspondente NCM, previsto no Anexo Único ao convênio, de forma a permitir a correta indicação das operações isentas de ICMS pela autoridade autuante*", explicam que produtos com mesmo NCM têm tratamento diferenciado pelo legislador, ou seja, uns foram isentados do ICMS, outros, não. Reiteram que a cláusula primeira do Convênio nº 01/99 é taxativa quando isenta do ICMS somente os equipamentos e insumos "*indicados no anexo a este convênio*", ou seja, ele elenca a espécie dentro daquele NCM, e não todos os produtos que possuem o mesmo NCM.

Acentuam que, nas suas razões de defesa, o contribuinte limitou-se a apresentar um quadro no qual relaciona os produtos que tratou como isentos e, em seguida, correlacionou estes itens com o que ele considera ser o item correspondente do Convênio ICMS 01/99. Nenhum comentário a respeito da natureza ou da utilização do produto descrito na nota e o respectivo item do Convênio ICMS 01/99 foi apresentado.

Contradicam o enquadramento efetuado no mérito de sua defesa (fls. 227 a 231), abrangendo os produtos comercializados sem recolhimento de ICMS, nos exercícios de 2011 e 2012.

Juntam quadro que relaciona os equipamentos e insumos das operações de saída sem tributação por considerar que se enquadram no item 29 do convênio, descrito como Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico). Sobre tal produto prestam a seguinte informação:

*"Conforme a própria descrição do produto demonstra, o cateter multipolar destina-se ao estudo eletrofisiológico. A Eletrofisiologia é um braço da Cardiologia que envolve o diagnóstico e tratamento das arritmias cardíacas. Sobre o item 29, encontramos na literatura relacionada ao assunto o seguinte: "O estudo eletrofisiológico complementa o eletrocardiograma na avaliação das arritmias cardíacas, ... O estudo eletrofisiológico é realizado em laboratório de eletrofisiologia através do posicionamento de cateteres eletrodos em regiões específicas das cavidades cardíacas".*

Dizem que após consulta em sites especializados, constataram que o estudo eletrofisiológico terapêutico é um procedimento que consiste na ablação por cateter, ou seja, cauterização do foco

das arritmias como estratégia de tratamento com o objetivo de cura.

*Contam ainda que: "Tais cateteres são multipolares, sendo que os pares de eletrodos distais são utilizados para estimulações elétricas e os pares proximais para registrar os eletroogramas intracavitários."* Ou seja, o Cateter Multipolar é utilizado em estudos/terapêutico cardíacos.

Mesmo considerando que o autuado limitou-se a relacionar os diversos materiais que saíram sem tributação como itens do convênio, e respectivo NCM, sem tecer nenhum comentário sobre a espécie, a composição ou destinação, dizem que comentarão cada material para demonstrar que diferentes fatores concorrem para restar comprovado que nenhum desses itens está relacionado no Anexo único do Convênio ICMS 01/99.

DATA	NCM	DESCRIÇÃO
03/01/11	90183929	FIO GUIA HI-WIRE STD RETO 0,035 INCH 150CM LT U1921969 VL 02/2013

Conforme demonstrado acima, além do Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico) constituir uma categoria de produtos completamente diversa do Fio Guia HI-WIRE, o Guia Hidrofílico é formado por uma liga de níquel e titânio contendo ainda o revestimento hidrofílico, o que o diferencia dos guias constantes no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Explicam que o Fio-Guia Hi-Wire é indicado para obtenção de acesso ureteral em casos de rotina ou casos mais exigentes que requeiram controle preciso. Uma vez posicionado, o fio-guia Hi-Wire reto pode ser usado para facilitar a troca ou colocação de instrumentos conforme figura, constante dos autos e de acordo com o link: [http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/REL/REL\[29652-1-1\].PDF](http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/REL/REL[29652-1-1].PDF). Concluindo que o Fio Guia Hidrofílico HI-WIRE reto não tem nenhuma relação com o item 29, não está relacionado no Anexo Único do Convênio e, portanto, não tem benefício de isenção.

DATA	NCM	DESCRIÇÃO
03/01/11	90183929	FIBRA LASER PARA HOLMIUM USO UNICO LT U1799965 VL 12/2011
06/01/12	90189099	27750177 - FIBRA LASER STORZ 230/253
03/01/11	90183929	FHL 273 - FIBRA LASER USO UNICO

Da mesma forma, a exemplo da fibra laser para holmium uso único e da fibra laser storz que são utilizadas no sistema Holmium Laser para eliminação de cálculos. Assinalam que a defesa se equivoca ao relacionar tais produtos com o tratamento de problemas de arritmia cardíaca.

Apresentam características do Sistema Holmium Laser, destacado entre os urologistas pela alta tecnologia e inovação prática na busca pela qualidade de vida de seus pacientes. Além das fibras de Laser que se combinam com o sistema acima mencionado.

Relacionam um grupo de produtos descritos como extratores de cálculos das vias renais ou biliares, que também não estão relacionados no convênio, nem dizem respeito a nenhum procedimento de tratamento de arritmias cardíacas, informações extraídas do endereço eletrônico <http://www.handle.com.br/urologia/produtos/categoria/4/floxor>. Dizem que, conforme o próprio site, o bainha dilatadora flexor é um sofisticado instrumento para acesso uretral. Transcrevem a figura do aparelho.

Explicam sobre o desempenho e função dos diversos tipos de bainha Flexor, produtos destinados a procedimentos de dilatação do trato urinário, que não caberia nenhuma correlação com cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico); bainha dilatadora p/ ureteroscopia flexor 12FR/35cm, produto que se destina a estabelecer um canal de procedimentos urológicos por endoscopia, facilitando a passagem de endoscópios e outros instrumentos nas vias urinárias; também não estão relacionados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Assim também são os produtos Cateter Ureteral que não podem ser confundidos com cateter multipolar (destinado ao tratamento das arritmias cardíacas).

Dizem que o kit cateter nefrostomia percut. Pigtail set 12FR foi mais um dos equipamentos com NCM 9018.39.29 que o autuado relacionou ao item 29 do convênio. Os sites especializados dizem que a nefrostomia é uma intervenção cirúrgica que consiste em realizar uma abertura num rim, com o objetivo procurar um cálculo ou de drená-lo. Permite a resolução da obstrução ureteral e recuperação da função renal em pacientes com uropatia obstrutiva. Não tem como relacionar este

produto com o item que foi indicado pelo contribuinte.

Explicam que algumas pessoas apresentam um estreitamento (estenose) na região que liga o rim ao ureter, alteração que pode ocasionar alguns problemas: infecção, dor e perda da função renal.

Aduzem que existem vários métodos para tratamento desse problema, no entanto o mais utilizado, e que apresenta as melhores taxas de sucesso, é a pieloplastia. Esta técnica consiste em retirar a região de estreitamento, criando nova ligação entre o ureter e o rim com pontos e colocação de um cateter (duplo J), que facilitará e moldará a cicatrização. Esta cirurgia é realizada preferencialmente por videolaparoscopia, na qual são realizadas pequenas incisões para introdução da câmera e dos instrumentos utilizados durante o procedimento.

Destacam que o produto descrito como stent para pieloplastia intraoperatório está cadastrado na Anvisa com o nº 10330710055 e descrito como cateter intraoperatório para pieloplastia (SIPSF-050018-59), mas não se relaciona com o item 29 do Convênio 01/99 porque é um instrumento para procedimentos urológicos e não procedimentos cardíacos.

Dizem que no site do fabricante Handle (<http://www.handle.com.br/urologia/produtos/categoria/21/cateter-para-pieloplastia>), o produto é apresentado como um item do Kit composto de fio guia, estilete, cateter, stent, adaptador, disco de retenção e tubo de conexão.

Demonstram a figura do cateter tipo grasping pinça tridente 3.2FR, que é uma pinça utilizada em procedimentos realizados com pequenos furos realizados no abdome. Método que diminui bastante o tempo e a dor da recuperação, a exemplo na cirurgia *laparoscópica da vesícula biliar*. Caracteriza-se por ser uma pinça de aço inoxidável de alta qualidade, cuidadosamente desenhada para captura de litíasis, fragmentos, sedimentos de corpos estranhos. Cateter que também não está relacionada no Convênio ICMS 01/99 e, também, não tem com o produto Cateter multipolar.

Contestadas as vinculações que o autuado fez dos diversos produtos com o item 29 do Anexo Único (cateter multipolar - estudo eletrofisiológico/terapêutico), passam a analisar as demais vinculações que o contribuinte realizou entre os demais itens do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Descrevem tais produtos e a forma como estão descritos no aludido Convênio (fls. 612/613), procedendo à análise de cada produto.

Com relação ao CATETER BALÃO DE OCLUSÃO relacionado pelo contribuinte como CATETER BALÃO PARA ANGIOPLASTIA TRANSLUMINAL PERCUTA.

Explicam que a angioplastia é um procedimento no qual um pequeno dispositivo é inserido em vasos sanguíneos estreitados que fornecem sangue ao coração com o objectivo de dilatar as artérias e aumentar o fluxo de sangue; que na angioplastia com balão, também conhecida por angioplastia coronária transluminal percutânea (PTCA), utiliza-se um tubo pequeno e fino (denominado cateter) com um balão minúsculo na sua ponta que é inserido na circulação através de um grande vaso no braço ou na perna. Com verificação da progressão por radiosкопia, o tubo é orientado até ao coração e inserido numa artéria coronária estreitada. O pequeno balão é então insuflado para dilatar a área estreitada.

Por outro lado, argumentam que o CATETER BALÃO DE OCLUSÃO 6FR/75CM LT UF1858558 VL 07/2012, NCM 90183929, é, segundo o fabricante, utilizado para a oclusão temporária da junção ureteropélvica com o objetivo de impedir que os fragmentos de pedra entrem no ureter durante litotripsia percutânea e para a injeção do meio de contraste. Concluem que não é preciso ser especialista na área para saber que um procedimentos em nada se relaciona com o outro.

Pontua que o produto STENT URETERAL MULTILOOP E KIT STENT RESSONANCE METÁLICO P/COMP URETERAL relacionado com o produto CATETER URETERAL DUPLO "RABO DE PORCO", NCM 90183929, conforme a tabela que elaboraram.

Explica que o produto se destina a facilitar temporariamente a drenagem da urina do rim para a bexiga. Acomoda comprimentos ureterais de 22 a 30 centímetros.

Explicam, ainda, que o CATETER DUPLO J é o mesmo que SONDA URETERAL RABO DE PORCO, e esta denominação se refere às suas extremidades aneladas que alguns chamam de *rabo de porco*.

*Trata-se de um* Cateter Ureteral duplo “J” em poliuretano, com extremidades aberta/fechada ou aberta/aberta, orifícios de drenagem em toda sua extensão, radiopaco, graduado em centímetros, linha contínua de posicionamento de cor preta; guia de introdução azul de 45 centímetros de comprimento; mandril (guia) em espiral confeccionado em aço inox de aproximadamente 150 cm de comprimento revestido de teflon com ponta flexível para segurança do extremo rígido; 2 pinças de fixação. Sintetizam que o cateter duplo J é o cateter utilizado para livre drenagem de urina do rim até a bexiga, em condições adversas. Uma extremidade do J ancola-se na pelve renal e a outra extremidade curva-se no interior da bexiga.

Definem que tais STENT,s não estão relacionados no Anexo Único e não se enquadram como produto do item 18.

Por sua vez, o CATETER URETERAL MONO J foi correlacionado ao CONJUNTO DE CATETER DE DRENAGEM EXTERNA.

Esclarecem novamente que o cateter ureteral mono J é um tubo fino com capacidade de auto-retenção para drenagem de urina do rim para a bexiga ou para o exterior. A auto-retenção é conseguida pela forma das extremidades, que geralmente consiste numa volta com formato semelhante a uma letra J, de tamanho e enrolamento variáveis. A forma mais frequente é um duplo J, ou seja, com uma volta em cada extremidade. Enquanto que o mono J, conforme a própria denominação indica, tem volta em apenas uma das extremidades. Trata-se de produto especial, com características únicas; contém aberturas de renagem no eixo ao longo de um comprimento de 30 cm a partir do pigtail do cateter.

Aduzem, contudo, que o conjunto de cateter para drenagem externa é um conjunto fechado completo formado por um cateter de silicone, mandril e todos os acessórios para sua utilização: conector para preenchimento do sistema, reservatório de duas câmaras tipo bolsa plástica com “conector para equipo, conector em Y, conector reto, tunelizador”, tampinhas “safety cap” (sistema fechado opcional que permite a infusão de drogas sem o uso de agulhas). Portanto, é constituído por um conjunto de dispositivos para drenagem líquórica lombar externa, ou seja, drenagem do líquor através do espaço subaracnóideo lombar, em pacientes enfermos, denominado vulgarmente “Kit de cateter de drenagem lombar II” e tecnicamente “Conjunto de cateter de drenagem externa lombar”.

Explicam que o líquor (líquido cefalorraquidiano) é conhecido popularmente por “líquido da espinha”. Através dele é possível investigar diversas doenças infecciosas, parasitárias, tumorais e degenerativas, conforme verifica a ilustração anexada aos autos.

Concluem que o conjunto de cateter para drenagem externa é indicado exclusivamente para o uso do neuro-cirurgião para a drenagem, coleta, controle e monitorização da pressão do fluido cérebro-espinhal (FCE). Por seu lado, o cateter ureteral mono J não está relacionado no Anexo Único do convênio, por isto não é isento e em nada se relaciona conjunto de cateter de drenagem externa, de acordo com a tabela, que elaboram.

No que tange ao CATETER PARA CISTOTOMIA CYSTOCATH que foi correlacionado com o DRENO PARA SUCÇÃO, sublinham que a análise nesse item foi feita a partir do material que se encontra no endereço <http://www.doutoraranha.com.br/blog/sonda-na-barriga-cistostomia/>. Transcrevem o significado de CISTOSTOMIA (abertura temporária ou definitiva na bexiga, em casos de retenção urinária) e a função do cateter de cistostomia.

Explicam que após anestesia local com auxílio de sedação anestésica, é feita uma pequena incisão através da qual é inserido um trocáter (semelhante aos furadores de coco) que vai até a bexiga. Por este trocáter é inserido uma sonda para dentro da bexiga e o balão existente na extremidade da sonda que fica dentro da bexiga é insuflado evitando que a sonda saia.

O dreno de sucção é indicado para drenagem de fluidos (sangue, secreções ou soluções) por aspiração durante procedimentos cirúrgicos. Ele é composto por uma ponteira acoplada a uma extensão flexível e um adaptador de vácuo na extremidade oposta. Dizem que o produto funciona conectado à uma fonte de vácuo, resultando em um efeito de sucção que possibilita a

aspiração e drenagem de fluidos através da ponteira.

Transcrevem até as imagens de cada produto enfatizando que o cateter para cistostomia cystocath não pode ser confundido ou considerado como dreno de sucção (item 40 do Anexo Único), não é um produto relacionado ou acobertados pelo benefício da isenção.

Destaca que o FIO GUIA HIDROFÍLICO relacionado como GUIA DE TROCA PARA ANGIOPLASTIA.

Dizem que a empresa autuada relacionou em sua defesa, diversos materiais descritos como "*fio guia*": Fio Guia Hidrofilo Roadrunner Nitinol 0,35, Fio guia reto teflonado 0,035 inch 145cm 3cm, Fio guia teflonado 0,038 inch 145cm 4 cm LT U1844856 VL 06/2012, Fio guia hidrofilo roadrunner nitinol 0,38, Fio guia reto amplatz extra stiff teflon LT UF1867167 VL 08/2012, Fio guia hidrofilico 0.035 150cm lt P10E06-03 VL 04/2015, Fio guia revestido com teflon 150cm x 0,035" LT P10E12-04 VL 04/2015, Fio guia MSB HYDRO 0,032/150cm reto standard LT 000104D1 VL 04/2016. Completam que todos os produtos foram descritos com o NCM 90183929, como guia de troca para angioplastia, item 27 do Anexo do Convênio 01/99.

Explicam que o guia hidrofílico constitui outra espécie de produto, eis que é formado por uma liga de níquel e titânio (Nitinol) contendo ainda o revestimento hidrofílico; projetado para reduzir possíveis danos, minimizando o atrito e facilitando a troca rápida de cateteres, normalmente utilizado em cardiologia para facilitar o posicionamento de dispositivos durante procedimentos de diagnóstico e intervenção. Definem que é justamente isso o que o diferencia dos guias constantes dos itens 27 e 20 do Anexo Único do Convênio. Buscado no endereço: <http://www.biomedical.com.br/produto.php?merit-medical---laureate----fio-guia-hidrofilico-40>.

Dizem que o fio guia com revestimento hidrofílico possui uma camada microfina de polímero hidrofílico que, quando ativado, atrai e retém água e outros líquidos para o stent, criando uma superfície de menor fricção, sendo mais deslizante que o fio guia teflonado.

Conforme a própria descrição indica, o guia de troca se destina ao procedimento de angioplastia, que é, geralmente, seguido da colocação de um stent para evitar que uma nova obstrução da artéria coronária impeça o fluxo adequado de sangue para o músculo cardíaco (miocárdio).

Rejeitam a tese da autuada de que os materiais listados acima se enquadrem em qualquer dos dois tipos de guia listados no Convênio nos itens 20 e 27 do anexo único.

Junta tabela que relaciona com prótese de silicone (item 73 do Anexo Único).

Sobre a PRÓTESE PENIANA MALEÁVEL que foi correlacionada como PROTESE DE SILICONE, informam que o próprio contribuinte já vem efetuando a saída de todas as próteses penianas do NCM 90213980 tributando normalmente. Tal procedimento está correto porque o citado NCM não consta no anexo do convênio. Dizem que a informação pode ser constatada nas notas fiscais de saída de 2011 e 2012, cujos arquivos eletrônicos encontram-se em mídia eletrônica anexa ao auto de infração objeto do recurso ora impugnado.

Sublinham que, em 2011, algumas próteses penianas do mesmo NCM 90213980 e de número 90213990 foram vendidas pelo autuado sem recolhimento do ICMS na saída, mesmo considerando que todas foram adquiridas com tributação e que o contribuinte inclusive se utilizou dos créditos fiscais destacados nas notas.

No caso do NCM 90213190, sustentam que há claro entendimento do seu fornecedor de que não se trata de "prótese de silicone". Conforme a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), o NCM 90213190 diz respeito a próteses articulares - outras, diversas das próteses penianas.

Juntam cópia dos DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas de Entradas nºs 002576, de 05/05/2011 e 007277, de 13/05/2011 (fls. 627 e 628), portanto com datas de aquisição anteriores às respectivas saídas. Sublinham que se pode verificar, inclusive, que os códigos dos produtos indicados nas vendas são semelhantes aos mesmos códigos utilizados nestas notas fiscais de entradas. Portanto, nenhuma prótese peniana comercializada pelo contribuinte autuado tem benefício de isenção do Convênio ICMS 01/99.

Quanto ao CATETER TRANSILUMINAÇÃO também relacionado como CATETER GUIA PARA ANGIOPLASTIA TRANSLUMINIAL, esclarecem que na literatura consultada ([pt.healthline.com/health/diafanoscopia-ou-transiluminacao](http://pt.healthline.com/health/diafanoscopia-ou-transiluminacao)), não foram constatadas informações sobre um produto com essa descrição, embora o procedimento de transiluminação exista, e consiste em um exame utilizado para identificar anomalias em um órgão ou cavidade do corpo. O exame é realizado em uma sala escura. O médico colocará uma luz brilhante em uma parte específica do corpo para visualizar estruturas sob a pele.

Informam, ainda que a venda deste produto por parte do contribuinte somente ocorreu em 30/10/2012, através da NF-e nº 14313, associado ao código 084120 (cópia do DANFE, fl. 629), inserido no campo de descrição do produto. Completa que não foi identificada nenhuma aquisição de produto com a mesma descrição de "cateter transiluminação" nos exercícios de 2011 e 2012.

Explicam que no mês de outubro de 2012, no entanto, identificaram a compra de um produto com descrição genérica de "cateter ureteral", fornecido pela Handle Com. de Equip. Médicos Ltda., conforme NFe nº 059806, de 11/10/2012, com mesmo código do produto 084120 (cópia do DANFE, fl. 630).

Associam o cateter guia para angioplastia transluminial percuta (item 25 do Anexo Único) a um produto, cuja descrição não está suficientemente clara para que possam efetuar uma análise mais profunda. Garantem que não consta no Anexo do Convênio 01/99 um produto com NCM 90183929 e com a descrição "cateter transiluminação", portanto, tal produto também não pode ser isento.

Sobre a condição para isenção: "*há regulamentação que a isenção ou a alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) ou do Imposto de Importação (II) de tais equipamentos e insumos ...*" (fls. 231), admitem que o requisito é verdadeiro, mas como condição necessária para o reconhecimento da isenção e não suficiente. Assim, se o produto importado tem alíquota zero ou isenção do IPI ou II e não se enquadra em nenhum dos itens relacionados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, não há que se falar em isenção de ICMS.

Destacam que a autuada afirmou genericamente que "*todas as operações realizadas pela Empresa Impugnante e objeto de autuação que ora contesta, são isentas de ICMS*", mas não trouxe para sua defesa nenhuma comprovação concreta desta afirmação.

No que se refere ao equipamento agulha introdutora de fio guia lt P10E05-06 VL 04/2015, NCM 90183910, acatam a abordagem feita no item 6 (fls. 243). Sendo assim, o valor da infração no mês de abril de 2011 é reduzido em R\$74,90, enquanto que a do mês de maio de 2011, em R\$32,40.

Com relação à infração 2, analisam os produtos relacionados nas planilhas de fls. 157/158, que a autuada não reconheceu como produtos tributados, baseada nos mesmos argumentos utilizados na infração 1, alegando que são "*produtos destinados à prestação de serviço de saúde, portanto, de característica essencial, e tratados como isentos segundo pelo Convênio ICMS 01/99*". Elabora relação com NCMs.

Explicam que o fio de sutura 3-0 14CM circle D.P. LT M699510 e o Fio sutura 3-0 14CMX14CM 18MM 3/8 circle D.P.LT M699510 Q1/2009, ambos do NCM 90211020, foram relacionados com produto do item 147 do convênio, com descrição fio maleável (sutura ou cerclagem diâmetro  $\geq$  1,00 mm por metro). Fica comprovado que as descrições não trazem as informações necessárias para se poder atestar que os produtos atendem aos requisitos do item 147 do Convênio.

Quanto ao produto kit de acesso ams 700TM, juntam cópia do DANFE da NF-e nº 4.954, de 01/04/2011 (fls. 631/632), emitida pela autuada, com saída tributada deste produto para fora do Estado. Juntaram cópia do DANFE da NF-e nº 7885 (fls. 633/634), emitido pelo próprio contribuinte, comprovando que o NCM da citada mercadoria é 90213999 e não 90213190, conforme informação da defesa. Não há falar em isenção dos produtos, nos termos do Anexo Único do Convênio 01/99.

Como relação às próteses penianas, reiteram o entendimento manifestado na análise da infração 1, acrescentando como prova, além da cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica nº 002576, de 05/05/2011, o DANFE da NF-e nº 004693, de 08/04/2011 (fls. 635). Dizem que os códigos dos produtos e os lotes indicados nas vendas correspondem aos mesmos números indicados em ambas notas

fiscais de entradas.

Afirmam que o próprio autuado reconheceu que efetuou venda de alguns produtos sem o efetivo recolhimento do ICMS, ao anexar relação deles nos quadros do item 7 (fls. 244/246). Dizem que não acatam o valor reconhecido pelo autuado (R\$5.717,68), recolhendo à Fazenda Estadual o valor de R\$8.897,36 em 25/05/2016), confirmando o valor contido na inicial dos autos.

Pedem a Procedência das suas informações.

O contribuinte autuado volta a se manifestar (fls. 643/662) sobre a Informação Fiscal prestada pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal. E o faz nesses termos:

Diz que é tempestiva a presente peça, argumentando sobre a identidade dos produtos com os itens do Convênio ICMS 01/99. Assevera que, em contrário do afirmado pelos Auditores Fiscais autuantes, os produtos comercializados pela Autuada e que foram objeto da vergastada fiscalização, independentemente da Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM) que lhes foi atribuída, são idênticos ou possuem função idêntica aos produtos relacionados pelo Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e, indubitavelmente, são beneficiados da isenção tributária de ICMS.

Retifica a classificação anteriormente realizada na peça defensiva, por meio da qual vários materiais foram equivocadamente enquadrados no item 29 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, referente ao “cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico)”, tendo em vista que esses mesmos produtos são idênticos ou possuem função idêntica a outros itens relacionados na aludida norma de isenção fiscal, o que também restará detalhado na presente manifestação.

Contesta todas as informações aduzidas pelos Auditores Fiscais autuantes, em sua manifestação, entendendo que as fizeram na pretensa tentativa de desconstituir a correlação dos materiais objeto de fiscalização com aqueles constantes do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, haja vista que tais profissionais não possuem qualificação ou propriedade técnica e científica para suscitem tais alegações, que sequer tiveram suas referências bibliográficas e fontes devidamente indicadas, pelo que não podem ser consideradas idôneas para infirmar a defesa apresentada pela Autuada.

Combatte a afirmação fiscal que o cateter “Duplo J” é o mesmo que a *sonda ureteral “rabo de porco”* e que esta denominação se refere ou faz alusão às suas extremidades aneladas. Dizem que o mesmo raciocínio pode ser aplicado a todos os itens correlacionados com este material (item 18 – cateter ureteral duplo “rabo de porco”) na peça defensiva, especificamente os seguintes:

- STENT URETERAL MULTILoop 4.7FR 22-30CM LT P10F25-02 VL 05/2015
- STENT URETERAL MULTILoop 6.0FR 22-30CM LT P10F25-03 VL 05/2015
- SIPSF 050018 59 - STENT PARA PIELOPLASTIA INTRAOPERATIVO 4,7FRX12-18CM
- RMS 060026 R - KIT STENT RESSONANCE METALICO P/ COMP URETERAL 6FR 26CM

Afirma que os materiais acima indicados apenas recebem a denominação de “*stent*” por serem confeccionados em um material mais rígido, possuindo uma força radial maior, perfundindo, assim, o ureter, para atender aos casos de estenose, decorrentes de tumores, o que não descaracteriza a sua natureza de cateter ureteral duplo “*rabo de porco*”, correspondente ao item 18 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Tanto é assim que a literatura especializada considera o “Duplo J” como sendo um dos mais diversos tipos de cateteres ureterais existentes, com enrolamento nas extremidades, em forma de “*rabo de porco*”. Transcreve trecho de um artigo científico sobre o tema:

*“Os stents ureterais estão presentes no dia-a-dia da Urologia e são indispensáveis no tratamento dos doentes com patologia renal e ureteral. Um stent é um tubo fino com capacidade de auto-retenção para drenagem de urina do rim para a bexiga ou para o exterior. A auto-retenção é conseguida pela forma das extremidades, que geralmente consiste numa ansa de tamanho e enrolamento variáveis. A forma mais frequente é um duplo J, ou seja, com uma ansa em cada extremidade. O stent moderno foi desenvolvido em 1978” (LEITÃO, Tito Palmela et al. Stents ureterais: revisão. Acta Urológica, volume 26, nº 3, p. 16.)*

Conclui que não restam dúvidas, que os materiais acima relacionados e denominados stents se enquadram perfeitamente à descrição do item 18 do Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99,

referente ao cateter ureteral duplo “rabo de porco”.

Apresenta igual contestação ao posicionamento dos Auditores Fiscais de que os produtos comercializados pela Autuada como não tributados não estariam beneficiados pela isenção de ICMS (Convênio ICMS 01/99), em relação aos materiais antes correlacionados com o item 29 do Anexo Único - “*cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico)*”, retificados com as respectivas justificativas:

Explica que os materiais descritos como “BAINHA DILATADORA FLEXOR” e como “BAINHA DILATADORA FLEXOR DUPLO LUMEN” em verdade, ao invés de corresponderem ao item 29 (cateter multipolar para estudo eletrofisiológico/terapêutico), equivalem ao item 21 (dilatador para implante de cateter duplo lumen) do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, uma vez que a bainha de acesso ureteral Flexor proporciona a dilatação do ureter, formando um canal contínuo para a introdução de dispositivos e instrumentos durante os procedimentos de acesso ureteral e a bainha Flexor duplo lumen protege o ureter durante trocas repetidas de instrumentos, reduzindo o risco de trauma.

Da mesma forma, explica que o “CATETER BALÃO URETERAL” é utilizado para dilatar o ureter em casos de estenose, durante o procedimento de ureterorrenolitotripsia flexível, para posterior introdução da bainha dilatadora, utilizada para passagem do ureterorenoscópio flexível.

Acrescenta que o “CATETER BALÃO ULTRAXX” é utilizado para dilatar o rim, durante o procedimento de nefrolitotripsia percutânea, para posterior introdução da bainha dilatadora, utilizada para introdução do nefroscópio.

Diz que tais materiais também guardam identidade com o item 21 (dilatador para implante de cateter duplo lumen) do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Pontua, em suma, que todos os materiais descritos, possuem a função de dilatar uma determinada área para introdução de um dispositivo, tendo função idêntica ao item 21 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, referente ao dilatador para implante de cateter duplo lumen, utilizado para dilatar um vaso para posterior introdução do cateter duplo lumen.

Reitera que os materiais que, na peça defensiva, foram anteriormente correlacionados com o cateter multipolar para estudo eletrofisiológico/terapêutico (item 29), mas, em verdade, são idênticos ou possuem função idêntica ao conjunto de cateter para drenagem externa (item 32) são os seguintes: “CATETER URETERAL”, “CATETER BALÃO DE OCLUSÃO”, “CATETER PARA CISTOSTOMIA” e o “KIT CATETER NEFROSTOMIA”.

Frisa que o “CATETER URETERAL” é utilizado para drenagem urinária, como também para injeção de contraste, durante o procedimento de ureterorrenolitotripsia e/ou nefrolitotripsia percutânea.

Argumenta que o “CATETER BALÃO DE OCLUSÃO” é um cateter ureteral com balão de oclusão da JUP, que é utilizado para a oclusão temporária da junção ureteropélvica para realizar a drenagem da urina, como também impedir que os fragmentos de pedra entrem no ureter durante o procedimento de nefrolitotripsia percutânea.

Já o “CATETER PARA CISTOSTOMIA”, esclarece que é utilizado no procedimento de cistostomia, sendo colocado no interior da bexiga através de punção supra púbica para drenagem de urina.

Para o produto “KIT CATETER NEFROSTOMIA”, afirma que é um conjunto de acesso, utilizado para colocação de cateter Pigtail na pélvis renal, durante o procedimento de nefrostomia, promovendo a drenagem de urina para o meio externo.

Afirma, novamente, que de acordo com as definições acima, fica claro que esses materiais possuem a função de drenagem de fluidos corpóreos para o meio externo, e se enquadram, portanto, no conjunto de cateter de drenagem externa, item 32 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Elabora um quadro com produtos vendidos em 2011 e faz a correlação com o Convênio ICMS 01/99, firmando que no que se refere a tais produtos, verifica-se que os mesmos, apesar de

corresponderem ao NCM 9018.39.29, são equivalentes, na verdade, ao item 38 do referido anexo, referente ao Kit Cânula, notadamente, pelo fato de que tais produtos mantém função análoga ao referido produto. Junta relação dos produtos vendidos em 2011 - Correlação ao Convênio ICMS 01/99 – Anexo Único juntamente com respectivos NCM,s.

Explica que os produtos “CATETER DORMIA” e “CATETER TIPO GRASPING PINÇA TRIDENTE” são extratores de cálculos renais e ureterais utilizados durante os procedimentos de acesso ureteral. Tais extratores são compostos por uma cânula que possui em seu interior fios de nitinol, os quais formam uma cesta coletora, que permite a captura dos fragmentos.

Assevera que o “CATETER TRANSILUMINAÇÃO”, por sua vez, é um kit com duas cânulas de vinil transparentes, para introdução de fibras ópticas durante os procedimentos laparoscópicos ou em cirurgias abertas, tendo como função a iluminação dos ureteres, identificando-os durante o procedimento, minimizando assim o potencial traumatismo. Já o produto “FIBRA LASER” consiste em uma cânula de vinil flexível, contendo uma fibra óptica em seu interior e tendo como função a emissão de laser para fragmentação de cálculos renais.

Evidencia que os produtos acima correlacionados com o “Kit Cânula” tem a mesma função das cânulas, que são tubos de dimensões e materiais variados, flexíveis ou não, retos ou curvos, usados em intervenções cirúrgicas com as mais diversas finalidades.

Diz que se pode afirmar, sem sombra de dúvidas, que os materiais comercializados pela Autuada, especificadamente o CATETER DORMIA, CATETER TIPO GRASPING PINÇA TRIDENTE, CATETER TRANSILUMINAÇÃO e FIBRA LASER, enquadram-se no Item 38 “Kit Cânula” do NCM 9018.39.29, notadamente por terem funções idênticas, sendo imperioso conferir aos mesmos a disciplina legal relativa ao Kit Cânula.

No que diz respeito ao produto “FIO GUIA” comercializado pela Autuada, diz que o mesmo se trata de Guia metálico para introdução de cateter duplo lumen, Item 20 do NCM 9018.39.29, constante no Convênio ICMS 01/99 – Anexo único, devendo, portanto ser abarcado pela isenção prevista. Apresenta uma correlação para tais produtos.

Assevera que os produtos descritos como “FIO GUIA” são guias metálicos, confeccionados em aço inox, revestidos por diversos materiais, a depender da finalidade do uso. Explica que sua função é a de guiar dispositivos e instrumentos durante os procedimentos de acesso ureteral, assim como o Guia metálico para introdução de cateter duplo lumen, o qual é utilizado para guiar o cateter durante o procedimento.

Define que considerando a real função exercida por um FIO GUIA e a função do Guia metálico para introdução de cateter duplo lumen é notório que ambos exercem as mesmas funções, sendo o enquadramento realizado pela Autuada plenamente seguro e com base na realidade.

Quanto ao produto “PRÓTESE PENIANA MALEÁVEL”, ressalta que seja em parte da infração 1, quer seja em parte da infração 2, que os mesmos foram importados com a isenção de ICMS baseada no Convênio ICMS 01/99, uma vez que, no momento da aquisição, o mesmo era classificado no item 73, NCM 9021.31.90, especificadamente como “*prótese de silicone*”. Apresenta quadro de correlação para as infrações 1 e 2. Tais aquisições ocorreram em 2010, tendo sido alterada tal classificação após este período.

Apresenta como prova a Nota Fiscal nº 28 (anexo 23) que demonstra com clareza solar que a aquisição de tais produtos se deram com a isenção de ICMS, notadamente por estarem acobertadas pelo NCM 9021.31.90, item 73, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Nessa perspectiva, contesta a alegação dos Auditores Fiscais, no sentido de que as próteses penianas comercializadas dizem respeito às próteses articulares, que somente poderiam ser beneficiadas com a isenção, nos períodos posteriores a esta fiscalização; ressalvando que logo após a mudança da classificação de NCM e descrição dos produtos, passou a realizar a tributação devida.

Chama a atenção para o fato de os produtos terem sido adquiridos com isenção de ICMS -

Importação deveria garantir que os produtos também fossem vendidos com a mesma isenção de ICMS. Isso porque houve uma expectativa, um direito adquirido, no sentido de comercializar os seus produtos sem o pagamento do mencionado tributo.

Reclama que os Auditores deixaram de analisar devidamente os documentos juntados, mormente quando há provas de que a aquisição das próteses penianas maleáveis foi realizada no período em que ainda gozavam da norma isentiva, pois, enquadradas como próteses de silicone.

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

Insiste que, se observada a real e verdadeira natureza e funções dos equipamentos ou insumos comercializados pela Autuada, por óbvio, teriam os Autuantes chegado à conclusão de que se tratam de operações isentas do ICMS e, portanto, em estrita observância à norma isentiva.

Discorre sobre a busca da verdade material; diz que caberia aos autuantes, de forma fundamentada, e não apenas com presunções retiradas de sites de busca, sem qualquer comprovação científica, a demonstração de que os equipamentos e insumos comercializados pela Autuada não eram os mesmos previstos no convênio em questão. Definem que o Auto de Infração encontra-se baseado em meras premissas.

Discorre sobre a finalidade do Convênio que é a isenção para toda e qualquer operação com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços à saúde, notadamente em razão da necessidade de garantir os direitos sociais constantes na Constituição Federal Brasileira, dentre eles, o direito à saúde. Diz que o Convênio ICMS 01/99 estabelece uma lista de produtos, equipamentos e insumos, com base no NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul – que estariam sujeitos ao benefício fiscal, com isenção de diversos tributos, entre eles o ICMS.

Entre esses produtos estão os que foram classificados com NCMs 9018.39.29 e 9021.31.90, comercializados pela Autuada e que foram alvos das Infrações 1 e 2 no já mencionado Auto de Infração. Tais NCMs prevêem uma série de produtos e materiais que se destinam especificamente à prestação de serviços de saúde, incluindo todos os produtos abaixo destacados e objeto do presente processo fiscal. Descreve os produtos e respectivas NCM:

*“9018.39.29 - Instrumentos e aparelhos de óptica, fotografia ou cinematografia, medida, controle ou de precisão; instrumentos e aparelhos médico-cirúrgicos; suas partes e acessórios - Instrumentos e aparelhos para medicina, cirurgia, odontologia e veterinária, incluídos os aparelhos para cintilografia e outros aparelhos eletromédicos, bem como os aparelhos para testes visuais - Seringas, agulhas, cateteres, cânulas e instrumentos semelhantes: - Outros - Sondas, cateteres e cânulas - Outros*

*XVII.I - Instrumentos e aparelhos de óptica, fotografia ou cinematografia, medida, controle ou de precisão; instrumentos e aparelhos médico-cirúrgicos; aparelhos de relojoaria; instrumentos musicais; suas partes e acessórios.*

*90 - Instrumentos e aparelhos de óptica, fotografia ou cinematografia, medida, controle ou de precisão; instrumentos e aparelhos médico-cirúrgicos; suas partes e acessórios*

*9018 - Instrumentos e aparelhos para medicina, cirurgia, odontologia e veterinária, incluídos os aparelhos para cintilografia e outros aparelhos eletromédicos, bem como os aparelhos para testes visuais*

*9018.3 - Seringas, agulhas, cateteres, cânulas e instrumentos semelhantes:*

*9018.39 - Outros*

*9018.39.2 - Sondas, cateteres e cânulas*

*9018.39.29 - Outros*

*NCM 9021.31.90*

*9021.31.90 - Instrumentos e aparelhos de óptica, fotografia ou cinematografia, medida, controle ou de precisão; instrumentos e aparelhos médico-cirúrgicos; suas partes e acessórios - Artigos e aparelhos ortopédicos, incluídas as cintas e fundas médicocirúrgicas e as muletas; talas, goteiras e outros artigos e*

*aparelhos para fraturas; artigos e aparelhos de prótese; aparelhos para facilitar a audição dos surdos e outros aparelhos para compensar deficiências ou enfermidades, que se destinam a ser transportados à mão ou sobre as pessoas ou a ser implantados no organismo - Outros artigos e aparelhos de prótese: - Próteses articulares - Outras*

*XVII.I - Instrumentos e aparelhos de óptica, fotografia ou cinematografia, medida, controle ou de precisão; instrumentos e aparelhos médico-cirúrgicos; aparelhos de relojoaria; instrumentos musicais; suas partes e acessórios*

*90 - Instrumentos e aparelhos de óptica, fotografia ou cinematografia, medida, controle ou de precisão; instrumentos e aparelhos médico-cirúrgicos; suas partes e acessórios*

*9021 - Artigos e aparelhos ortopédicos, incluídas as cintas e fundas médicocirúrgicas e as muletas; talas, goteiras e outros artigos e aparelhos para fraturas; artigos e aparelhos de prótese; aparelhos para facilitar a audição dos surdos e outros aparelhos para compensar deficiências ou enfermidades, que se destinam a ser transportados à mão ou sobre as pessoas ou a ser implantados no organismo*

*9021.3 - Outros artigos e aparelhos de prótese:*

*9021.31 - Próteses articulares*

*9021.31.90 – Outras”*

Observa que o objeto principal da discussão não é o nome técnico que é atribuído ao produto/insumo, mas sim a finalidade, principalmente porque o legislador não detém conhecimento técnico suficiente para descrever à minúcia todos os produtos com esse fim. Por tal motivo, a isenção de ICMS para equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde tem a intenção clara de assegurar o acesso de todos aos tratamentos disponíveis de saúde. Tal finalidade é alcançada através da ausência de acréscimo tributário sobre os equipamentos e insumos do tratamento, justificando assim a referida isenção.

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

Conclui que os produtos comercializados têm a finalidade e o destino à prestação do serviço de saúde, devem ser isentos de ICMS, sendo abarcados pelo Convênio ICMS 01/99.

Insiste que não bastando a finalidade específica e geral dos produtos comercializados, o Convênio ICMS 01/99 tem relação com a isenção de outros tributos, como o II e o IPI, como prevê expressamente a sua Cláusula Terceira; As isenções também estão presentes Também o RICMS-BA, no artigo 264, XXIV.

Diz ainda que a isenção do II tem previsão na Resolução CAMEX nº 22, de 20 de julho de 2004, que determina em seu anexo tarifa de importação e exportação zero para qualquer produto classificado no código NCM nº 9018.39.29, exceto sondas e cânulas endotraqueais descartáveis, e cateter intravenoso de uso periférico sobre agulha e de uso único. Também tem tarifa zero os produtos com código NCM 9021.31.90, apenas na subcategoria “Outras”.

São isentos de Imposto de Importação todos e quaisquer produtos classificados com o código NCM 9018.39.29, salvo a exceção apontada, e as próteses de silicone que se encaixam na categoria “Outras” do código NCM nº 9021.31.90. Cabendo observar que os produtos comercializados pelo autor não se encaixam nas hipóteses de tributação.

Define que o fato de o importador ser isento de imposto de importação (importar com alíquota zero) qualquer produto com código de NCM, 9018.39.29 e 9021.31.90 denota o direito ao incentivo.

Sublinha, no caso, os produtos denominados de “PRÓTESE PENIANA MALEÁVEL”, importados como próteses de silicone e com isenção de II, mas que, no momento da comercialização foram tributados pelo governo do Estado da Bahia, sob a alegação de que não mais haveria isenção.

Argumenta que se o produto foi importado com isenção de II e de ICMS - Importação, tendo com

base o Convênio ICMS 01/99, a sua comercialização também deveria ser isenta, não podendo haver alteração na forma da tributação no meio da cadeia produtiva, pontuando, inclusive, que tais produtos também são tributados com alíquota zero de PIS/COFINS (Decreto nº 6.426/2008).

Reforça esse entendimento com uma consulta feito no Estado de Santa Catarina. Discorre sobre a elaboração do Convênio ICMS 01/99, que visa garantir e proporcionar, independente de eventual guerra fiscal, acesso à saída com um custo menor. Diz que não pode o Estado da Bahia, de acordo com a sua conveniência de arrecadação escolher os produtos que vão ser isentos ou não. Tal atitude fere o pacto federativo e não está de acordo com a finalidade das normas jurídicas.

Pede que seja reconhecida como indevida a autuação das infrações 1 e 2, do Auto de Infração nº 299430.0093/16-7, uma vez que os produtos vendidos são isentos do recolhimento do mencionado tributo, pois tiveram como base o Convênio ICMS 01/99; requer a homologação do recolhimento já realizado pela Autuada, no montante de R\$10.001,41.

Os Auditores prestam nova Informação (fls. 674/675), aduzindo que prestaram a devida Informação contestando todos os argumentos apresentados na defesa, no final, reduzindo a exigência em R\$107,30.

Reclamam que, sendo dispensada a ciência do autuado, em face ao refazimento do demonstrativo, foi dada indevidamente, nova ciência ao autuado que apresentou os mesmos argumentos contra as mesmas infrações.

Por considerar indevidas as novas argumentações, afirmam que não farão acréscimos.

## VOTO

O Auto de Infração em lide acusa o sujeito passivo da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, consoante notas fiscais de saídas relacionadas nos demonstrativos de apuração acostados às fls. 36 a 156 (infração 1) e fls. 157 a 158 (infração 2).

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

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

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

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

Insistiu que para a norma, interessante é a destinação e finalidade específica de uso no tratamento de saúde, uma vez que a norma não conseguiria descrever detalhada e de forma pormenorizada a característica de cada tipo. Questiona a aplicação do art. 111 do Código Tributário Nacional (interpretação literal) deduzido pelo Auditores, considerando que a modernidade exige

o estabelecimento de uma interpretação interligada das regras e dos princípios.

Os Auditores Fiscais ao prestar Informação Fiscal, nos termos do § 6º, art.127, RPAF BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99) refutaram largamente todos os argumentos aduzidos pelo impugnante, em sua defesa, e mantiveram a autuação sob o fundamento de que, comprovadamente, os equipamentos e insumos arrolados no levantamento fiscal que alicerçam a exigência fiscal, de fato, não correspondem aos elencados expressamente no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e, portanto, não estão amparados pela isenção prevista no Acordo interestadual. Sustentaram que a imposição de interpretação literal expressamente determinada no art. 111 do CTN de dispositivo legal que outorga isenção, como ocorre no presente caso, descarta a possibilidade do benefício alcançar operações com produtos que não estejam expressamente indicados na norma instituidora.

Da análise dos termos presentes no presente Auto de Infração, constato que o fulcro da autuação repousa na exigência do ICMS sobre as operações com os produtos arrolados no demonstrativos de apuração, que o autuado entendeu amparadas pela isenção preconizada pelo Convênio ICMS 01/99 em seu Anexo Único, recepcionada que se encontra pela legislação tributária baiana no inciso XX do art. 32 do RICMS-BA/97 e seu Anexo 93, e inciso XXIV do art. 264, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores.

Compete ressalvar, antes, que a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de isenção tributária, pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição constantes da norma respectiva; na ausência desta adequação, prevalece a tributação normal incidente sobre a operação. No caso em concreto, o Convênio ICMS 01/99 especifica, em seu Anexo Único, os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde que se encontram amparados pelo benefício da isenção do imposto, apresentando a NCM e a descrição correspondentes.

Nesse contexto, ainda que esteja correto o contribuinte autuado ao destacar que a isenção do ICMS das operações com equipamentos e insumos médicos destinados a prestação de serviços de saúde, estatuídas no aludido Convênio ICMS 01/99, seja de grande relevância jurídica e social, pois tem como caráter finalístico assegurar o acesso aos tratamentos de saúde, promovendo valores sociais constitucionalmente assegurados (direito à saúde), na busca da realização do interesse público, o benefício da isenção deverá ser aplicado de forma restritiva, em face da exclusão do crédito tributário (art. 156, I, CTN), para que não alargue o alcance da matéria desabonando a expressão dos produtos e atingindo operações que não estejam expressamente indicados na norma instituidora da própria exclusão (princípio da legalidade).

E isso, porque, a isenção decorre, sempre, de lei que regule exclusivamente a matéria conforme exigência expressa do art. 150, §6º, da Constituição Federal.

Assim, parece inverossímil a sustentação da defesa. Grita o impugnante que na interpretação do art 111, CTN, a fim de manter harmonia com os preceitos constitucionais pautado na construção de uma sociedade mais justa, intentou para seus produtos uma espécie de isenção finalística, teleológica. E que o Fisco atuou em presunção.

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

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

*[...]  
II - outorga de isenção;”*

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

O RICMS-BA/97, vigente à época da ocorrência de parte dos fatos geradores, ao recepcionar o benefício instituído pelo multicitado convênio, assim dispõe, *in verbis*:

*“Art. 32. São isentas do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias:*

[...]

*XX - até 30/04/14, nas entradas decorrentes de importação e saídas de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no anexo 93, classificados pela NBM/SH, desde que a operação não seja tributada ou tenha tributação com alíquota reduzida a zero, relativamente ao imposto sobre produtos industrializados ou ao imposto de importação (Conv. ICMS 01/99);”*

O RICMS-BA/12, reitera o mesmo benefício, conforme abaixo traduzido:

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

*XXIV - as entradas decorrentes de importação e as saídas de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no anexo único do Conv. ICMS01/99, desde que as operações não sejam tributadas ou tenham tributação com alíquota reduzida a zero, relativamente ao IPI ou ao imposto de importação;*

O direito não lhe assiste. Em termos práticos e concreto, não me parece lógico, nem ao encontro da finalidade da norma, por exemplo, a emissão da Nota Fiscal Eletrônica nº 38.249 (fls. 390) para o CATETER PARA CISTOSTOMIA com NCM 9018.3929, com a isenção do ICMS, quando o Convênio ICMS 01/99 prevê o mesmo NCM 9018.3929 para o CATETER URETERAL DUPLO "RABO DE PORCO", produtos completamente diversos.

Numa crise renal, a pedra formada no rim, fica impactada em uma região do trato urinário, obstruindo a passagem da urina. A obstrução pode ocorrer dentro do próprio rim, mas é mais comum nos ureteres, o ducto que leva a urina do rim à bexiga. Com qualquer comprometimento do ureter ele pode apresentar um grau de edema secundário a reação inflamatória, que assim poderá obstruir a passagem de urina e de restos de cálculos. Aqui entra o cateter com o nome de DUPLO J para garantir a permeabilidade da via. Este cateter também é chamado de *rabo de porco* (pig-tail em inglês). O cateter apresenta as duas extremidades em forma parecida com a letra J, daí o seu nome. O duplo J apresenta furos em seu trajeto que permitem o escoamento da urina. Esse cateter está descrito no Convênio ICMS 01/99, NCM 9018.3929.

Não é razoável, contudo, em nome dessa interpretação teleológica, defendida pelo contribuinte autuado, pretender que o CATETER URETERAL METÁLICO RESONANCE, ainda que lhe tenha oferecido o mesmo NCMC, admitir como o produto equivalente e dar saída como um produto beneficiado com isenção do ICMS, com fundamento no aludido convênio. Trata-se de um outro produto. Projetado para oferecer uma solução alternativa aos tradicionais stents plásticos tradicionais ou cateteres de nefrostomia para pacientes com compressão ureteral extrínseca.

Ainda à guisa de exemplo, com relação às próteses de pênis, que surgem nas infrações 1 e 2, de fato, não há previsão legal de isenção para as próteses de pênis. O código NBM/SH 9021.31.90 se refere a outros produtos dentro da sub posição NBM/SH 9021.31 que trata de próteses articulares. portanto, a prótese de silicone, código NBM/SH 9021.31.90 prevista no item 73 do anexo do CONVENIO ICMS 01/99 e se refere à prótese de silicone articular.

Em síntese, o Convênio ICMS 01/99, que dispõe sobre a isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, especifica, em seu anexo único, os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde que se encontram amparados pelo benefício da isenção do imposto, apresentando a NCM e a descrição correspondentes. Esse entendimento foi recepcionado pela legislação do Estado da Bahia (art. 264, XXIV do RICMS-BA/12; art. 32, XX do art. 32 do RICMS-BA/97 e seu Anexo 93). Registre-se que a aplicação do aludido benefício a determinada mercadoria pressupõe, necessariamente, a sua adequação à NCM e à descrição constantes da norma respectiva. Na ausência desta adequação, prevalece a tributação normal incidente sobre a operação.

Para o Professor Ricardo Lobo Torres (2007), a interpretação literal é um limite para atividade do intérprete, ou seja, tendo por início o texto do direito positivo, o intérprete encontra o seu limite no *sentido possível* daquela expressão lingüística. Ir além do sentido possível das *palavras da lei*, é adentrar o intérprete no campo da *integração* e da *complementação do direito*.

A contribuição do CTN, no seu art. 111, é impedir o uso de *analogia e equidade* ao prescrever a interpretação literal para as isenções, homenageando assim o princípio da legalidade e não apenas uma interpretação restritiva, como entendeu o autuado.

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

Ainda que os produtos questionados pelo autuado, descritos no levantamento do Auditores, ostentem as NCM,s elencadas no Anexo Único, a descrição desses produtos estampada nas correspondentes notas fiscais não coincide com o produto expressamente indicadas no Acordo. Devendo ser de todo sublinhado o ostensivo trabalho fiscal de pesquisa e descrição pormenorizada acerca do função, destinação, características dos produtos, objeto da presente processo administrativo fiscal - PAF, objetivando identificar o núcleo caracterizado pela indicação expressa dos produtos alcançados pelo benefício, instituído pelo dispositivo legal que o caracteriza no mundo jurídico.

Dessa forma, resta indubioso que os equipamentos e insumos para serem alcançados pelo benefício da isenção, em virtude da interpretação legal que se impõe, devem estar expressa e inexoravelmente indicados no Anexo do Convênio ICMS 01/99. Por conseguinte, afigura-se inteiramente descabida a interpretação ampliada como pretendeu o impugnante, ao atribuir aos produtos nas operações de saídas, arroladas no levantamento fiscal, o usufruto do benefício, sem que tivesse o atributo de ordem legal para fazê-lo.

Vale observar que o acordo identifica e discrimina os produtos, objeto do beneplácito da isenção, justamente para que não alongue, a mercê do entendimento fiscal ou do contribuinte. Isso é tão verdadeiro que, tomando-se como exemplo os itens 18, 19, 22, 23, 24, 25 e 26, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, vê-se que para a mesma NCM - 9018.39.29, discrimina-se a exclusiva característica e tipologia de cada um dos cateteres alcançados pelo benefício fiscal, quais sejam: *Cateter ureteral duplo “rabo de porco”*; *Cateter para subclavia duplo lumen para hemodiálise*; *Cateter balão para septostomia*; *Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente., Berrmann*, *Cateter balão para angioplastia transluminal percuta*; *Cateter guia para angioplastia transluminal percuta*; e *Cateter balão para valvoplastia*.

A especificidade do produto a ser concedido o benefício é ponto fulcral nesse convênio. Destaco outros exemplos: o produto “*Cateter para angioplastia transluminal percuta*”, ostenta a mesma NCM (9018.3929), mas se encontra elencado no Anexo Único em dois itens distintos: o de número 24, para identificar a especificidade “*Balão*” e o de número 25, para “*Guia*”.

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

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

Assim, não pode surtir efeito o objetivo pretendido pelo autuado haja vista a clara divergência entre a descrição das mercadorias consignadas nas notas fiscais e os itens indicados no Anexo

Único do Convênio ICMS 01/99, não obstante o esforço do contribuinte na afirmação de que relevante não é o nome técnico que é atribuído ao produto, mas a sua finalidade de assegurar o acesso de todos aos tratamentos disponíveis de saúde. A norma isentiva deve, em obediência ao próprio princípio da legalidade, ser interpretado de acordo com a legislação que rege a espécie e não deve abranger matéria que não esteja devidamente prevista no dispositivo legal.

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

Assim, concluo restarem caracterizadas integralmente as infrações 1 e 2, objeto da autuação, minuciosamente discutidas, com a homologação dos valores acatados, reconhecidos e recolhidos pelo sujeito passivo.

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

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0093/16-7**, lavrado contra **VIPMEDIC SALVADOR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.153.110,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ DOMINGUEZ - JULGADOR