

A. I. N° - 299430.0015/18-2
AUTUADO - JDR COMÉRCIO DE PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2019

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0124-01/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Os produtos comercializados pelo autuado possuem NCM/SH relacionadas no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e no Convênio ICMS 126/10, porém não correspondem as descrições mencionadas nos citados Convênios. Dessa forma, as operações de saídas realizadas pelo contribuinte, referentes às mercadorias arroladas na infração, não estão amparadas por isenção, sendo, desse modo, tributadas. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/11/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$2.134.268,77, mais multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS):

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 a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017.

Enquadramento Legal: art. 2º, inciso I e art. 32, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 26/11/18, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 17/01/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 153 a 159. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus representantes legais, os quais possuem os devidos poderes, conforme Contrato Social e Alteração nº 08, constantes nos Autos às fls. 163 a 170.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, a imputação que deu origem ao Auto de Infração, o valor do crédito tributário lançado e os dispositivos legais infringidos.

Em seguida contesta a autuação, dizendo que os produtos fiscalizados não estão sujeitos a cobrança em lide, de acordo com alguns convênios e particularidades sobre o débito em questão.

Alega a ocorrência de alguns erros sobre os NCM's informados em Notas Fiscais eletrônicas, e aduz que com base nesta informação a empresa vem analisando criticamente os NCM's de seus produtos, pretendendo contratar uma consultoria e um Parecer de um Perito Médico Ortopedista para validarem suas classificações fiscais. Acrescenta que, mesmo assim, vem analisando tecnicamente as classificações diante das Regras Gerais de Interpretação - RGI, Tabela TIPI, Produtos Importados e Soluções de Consulta e Divergência da RFB.

Declara que muitos dos itens referentes ao NCM 9018.90.99, foram descritos em sua grande maioria incorretamente, a exemplo dos Fios Guias que são indicados para procedimentos que necessitem guiar uma fresa pelo sistema vascular, permitindo que seja direcionado, trocado e deslizado sobre a guia até o local desejado.

Explica que o princípio de funcionamento dos Fios e Pinos Implantáveis é atuar como estabilizador, um guia ou fixador, mantendo ou restabelecendo a estabilidade na região afetada pela lesão, no intuito de impedir ou corrigir as lesões de etiologias variadas ou ser utilizado como fio guia para auxílio na instrumentação cirúrgica. Diz que, dessa forma, a família de Fios e Pinos Implantáveis é utilizada em procedimentos de fixação óssea e de partes moles, agindo como estabilizador em diversos tipos de fraturas e lesões em diferentes regiões do corpo, sendo, portanto, utilizados na viabilização dos procedimentos cirúrgicos.

Ao reconhecer este erro, informa que os NCM's corretos para estes tipos de materiais seriam os NCM's classificação 9021.10.10 / 9021.10.20 / 9021.10.91, que são os apropriados aos produtos e instrumentos cirúrgicos ortopédicos.

Frisa que tais documentos fiscais, na época, não tinham sido corretamente preenchidos, nem foram feitos os necessários procedimentos retificadores, a exemplo da carta de correção, mas que é certo que existem outros meios de consulta pela fiscalização, onde ela poderia comprovar a não existência do débito em questão.

Argui a busca da verdade material e cita o artigo 264, inciso XXIV, do RICMS/BA, dizendo que o mesmo dispõe que são isentas do ICMS as entradas decorrentes de importação e as saídas, de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no Anexo único do Convênio ICMS 01/99, desde que as operações não sejam tributadas ou tenham tributação com alíquota reduzida a zero, relativamente ao IPI e ao imposto de importação.

Acrescenta que, no mesmo sentido, fica admitida a manutenção de crédito nas entradas em estabelecimento desses produtos objeto da isenção de que cuida o dispositivo. Assevera que o entendimento é pela concessão do benefício fiscal da manutenção de crédito para o estabelecimento atacadista de produtos ortopédicos, ligados à saúde, quando adquirirem os produtos "insumos", indicados no Convênio ICMS 01/99, recebidos com tributação, independentemente de suas operações subsequentes de saídas dos produtos finais serem isentas ou tributadas.

Enfatiza que o Convênio ICMS 163/2013, em sua cláusula primeira, prorroga até 30 de abril de 2016 as disposições contidas no Convênio ICMS 01/99, que concede isenção de todas as operações com equipamentos e insumos destinados ao atendimento médico hospitalar, e que posteriormente o Convênio ICMS 49/2017, prorrogou até 30 de setembro de 2019, no inciso XLVII da cláusula segunda. Apresenta, abaixo, relação de itens do Anexo Único do Convenio ICMS 01/99, afirmando serem os mesmos utilizados pela empresa:

ITEM	NCM	EQUIPAMENTOS E INSUMOS
131	9021.10.20	Pino de Kknowles
132	9021.10.20	Prio tipo Barr e Tibiais
133	9021.10.20	PmodeGouffon
141	9021.10.20	Fio liso de Kirschner
142	902110.20	Fio liso de Steinmann
143	9021.10.20	Prego intramedular "rush"
144	9021.10.20	Fio rosqueado de Kirschner
145	9021.10.20	Fio rosqueado de Steinmann
146	9021.10.20	Fio maleável {sutura ou cerclagem diâmetro menor 1,00 mm por
147	9021.10.20	Fio maleável (sutura ou cerclagem diâmetro >= 1,00 mm por
148	902110.20	Fio maleável tipo luque diâmetro => 1,00 mm

Entende que os materiais, aparelhos e equipamentos, acima descritos, possuem as mesmas finalidades dos fios guias e pinos presentes nesse Auto de Infração, que por sua vez, são aparelhos para compensar deficiências, enfermidades, sustentar e reparar partes do corpo na sequência de uma doença de uma operação ou se uma lesão e implantados diretamente no corpo humano.

Dando continuidade, aos produtos relacionados, discorre que as Lâminas são Corte de Ósseo/ Ressecção Óssea em cirurgias ortopédicas, utilizadas nas cirurgias artroscópicas em ressecção de tecidos macios, ressecção de ossos e meniscectomia e projetado para aplicações de exsucção geral, mais agressivas do tecido mole, ao mesmo tempo deixando bordas de tecido macias, para utilização no menisco, sinóvio, cartilagem, dobras e outras partes do corpo e nas cirurgias de joelho, osso externo, mão, pé, etc.

Explica que a Ponteira Coolcut serve para Corte/ Ressecção de tecidos, cauterização/ coagulação sanguínea em cirurgias ortopédicas, sendo um material de uso médico, utilizada como acessório em Sistema Eletro cirúrgico de Procedimento Ortopédico, ou Geradores Eletro cirúrgicos Valleylab ou CONMED, para processos cirúrgicos artroscópicos de joelho, punho, tornozelo, ombro, cotovelo e quadril. Acrescenta que este aparelho, facilita a inserção tanto através de cânulas em operação quanto de tecido subcutâneo e são utilizadas em conjunto com o Sistema Eletro cirúrgico de Procedimento Ortopédico - registro ANVISA 80023450043.

Em relação ao Flipcutter, informa que serve para perfuração óssea para criação de cavidades minimamente invasivas de dentro para fora em cirurgias ortopédicas, ou seja, que o Flipcutter é um pino de guia tudo-em-um e alargador que permite a criação de soquete minimamente invasiva de dentro para fora, sendo ideal para áreas de difícil acesso, na criação de soquete femoral anatômico e outros. Acrescenta que ele torna a “retroperfuração” mais rápida e simples.

Com base nessas descrições, considera que tais produtos possuem isenção, por se tratarem de aparelhos ortopédicos, e transcreve a Cláusula primeira do Convênio 126/2010, “in verbis”:

Cláusula primeira: Ficam isentas do ICMS as operações com as mercadorias a seguir indicadas com respectivas classificações da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM:

IV - Próteses articulares e outros aparelhos de ortopedia ou para fraturas:

a) próteses articulares:

- 1. femurais, 9021.31.10;*
- 2. mioelétricas, 9021.31.20;*
- 3. outras, 9021.31.90;*

b) outros:

- 1. artigos e aparelhos ortopédicos, 9021.10.10;*
- 2. artigos e aparelhos para fraturas, 9021.10.20;*

c) partes e acessórios:

- 1. de artigos e aparelhos de ortopedia, articulados, 9021.10.91;*
- 2. outros, 9021.10.99;*

V- partes de próteses modulares que substituem membros superiores ou inferiores, 9021.39.91;

VI - outras partes e acessórios, 9021.39.99;

Afirma que este Convênio isenta as operações questionadas, entendendo que o mesmo deixa evidente que o benefício fiscal alcança toda a etapa de circulação das mercadorias ortopédicas, desde a sua entrada até a destinação final.

Ressalta que diante da subjetividade das classificações dos produtos acima, foi buscar informações perante as Regras Gerais de Interpretação do NCM – RGI. A seguir transcreve a Nota 6 do capítulo 90, Seção XVIII da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI e transcritos na Solução de Divergência nº 98030 - CONSIT sobre classificação de Mercadorias, e a Solução de Divergência nº 98033 - CONSIT, que diz ser aplicado, subsidiariamente, aos processos específicos:

Na acepção da posição 90.21, consideram-se “artigos e aparelhos ortopédicos”, os artigos e aparelhos utilizados:

- seja para prevenir ou corrigir determinadas deformidades corporais;*
- seja para sustentar ou manter partes do corpo na sequência de uma doença, de uma operação ou de uma lesão.*

Menciona que, em continuidade ao tópico, a Coordenação-geral de Tributação, quanto a interpretação de classificação das mercadorias, esclarece que a subposição 9021.10 apresenta a classificação nos desdobramentos “Artigos e aparelhos ortopédicos ou para fraturas”, comandada pela Regra Geral Complementar 1 da NCM. Aduz que essa regra que determina, em nível de itens e subitens, como a classificação é realizada pelas Regras gerais do Sistema Harmonizado. Considera que com base nos termos da Nota 6 do Capítulo 90, o artigo sob consulta inclui-se no item 9021.10.20, dando total garantia e isenção de ICMS e demais impostos dos produtos supracitados.

Conclui arguindo o princípio da busca da verdade material, visando o julgamento pela improcedência da autuação.

Por fim, solicita que quaisquer correspondências devam ser encaminhadas à JDR MEDICINA ESPECIALIZADA, sediada na Alameda das Mongubas, 97, Caminho das Árvores.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 184 a 189, inicialmente dizendo que o presente trabalho foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFE's) constantes no banco de dados da SEFAZ-BA.

Explica que se trata de contribuinte que tem como atividade econômica o comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso cirúrgico, e que como ele comercializa produtos tributados e isentos, já na Intimação Fiscal, foi solicitado que informasse “os itens do Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/1999 nos quais se enquadrariam as mercadorias que foram consideradas isentas de tributação nos exercícios a serem fiscalizados” (fls. 7).

Relata que, em resposta, o contribuinte enviou, através de correspondência datada de 09/10/2018 (cópia às fls. 190), uma relação, em meio físico e digital, contendo os produtos isentos e seu enquadramento no citado Anexo Único.

Aduz que após a análise desta relação e algumas discussões com o contribuinte, concluiu pela emissão do presente Auto de Infração.

Em relação aos quatro itens em que o autuado discordou da inclusão, rebate as alegações defensivas da seguinte forma:

a) Fios guias e pino de broca

Expõe que segundo o fabricante Implanfix (fls. 194 a 199), fios guias “são instrumentais especialmente projetados para assistir o médico cirurgião em procedimentos cirúrgicos ortopédicos”. Que eles são fabricados “com variações no diâmetro e cumprimento relativamente finos e de cumprimento alongado, permitindo ao profissional da área médico hospitalar (cirurgião) a escolha do modelo com característica adequada de acordo com o tipo de cirurgia a ser realizada”. Apresenta fotos à fl. 185, dizendo que são exemplos de fio guia desse fabricante.

Enfatiza que a fabricante Smith & Nephew descreve seu fio guia (fls. 200 a 217) como um “dispositivo destinado para a utilização em cirurgias ortopédicas, fornecendo a orientação necessária para o cirurgião durante o procedimento cirúrgico”. Diz também que ele “é um dispositivo destinado para a utilização em cirurgias ortopédicas, para condução de instrumentos e implantes por um trajeto previamente determinado pelo cirurgião”. Aduz que há várias utilizações de fio guia na instrução de uso de fios e pinos implantáveis que junta às fls. 218 a 232.

Conclui que este fio guia é um instrumento de auxílio nas cirurgias, utilizado como apoio para a colocação dos fios de sutura, enquanto os fios de Steinmann ou de Kirschner são indicados para fixação de fraturas. Acrescenta que estes últimos têm a finalidade de propiciar o fragmento do osso com a sua principal parte para, a partir daí, iniciar a síntese óssea, fazendo o osso voltar ao seu elemento único.

Acrescenta que às fls. 218 a 231 está uma descrição destes fios, bem como os instrumentos de apoio, que incluem os fios guias (fls. 232).

Discorda da alegação defensiva de que além dos fios Steinmann ou de Kirschner, os pinos de

Kknowles, tipo Barr e Tibiais e de Gouffon e prego intramedular “rush”, “possuem as mesmas finalidades dos fios guias e pinos persentes nesse Auto de Infração”. Explica que tais pinos foram desenvolvidos para serem utilizados em conjunto aos fixadores externos com a finalidade de estabilizar as fraturas ósseas. Que este produto foi desenvolvido unicamente para promover a estabilização e fixação óssea e não para substituir a estrutura normal do corpo humano, e que sua aplicação depende da indicação médica.

Expõe que os cirurgiões ortopédicos utilizam estes produtos em cirurgias para ajudar a corrigir problemas com os ossos do corpo, como as mãos, ombros, joelhos e tornozelos e coluna vertebral, reparando também lesões, como fraturas e deformidades. Diz que os pinos são usados quando uma fratura ou insuficiência não pode curar por si, quando o osso lesionado penetra na pele ou dor não aliviada após terapia física, e outros tratamentos não cirúrgicos. Aduz que a maioria dos pinos ortopédicos são feitos de aço inoxidável ou liga de titânio, colacionando foto à fl. 187, visando demonstrar que os fios guias nada têm haver com os pinos mencionados pelo autuado.

Enfatiza que o único pino cobrado na autuação é o pino de broca, pois este instrumento facilita a preparação do soquete femoral através do portal medial e também permitem uma maior flexibilidade na colocação do soquete femoral em procedimentos transtibiais. Ensina que os pinos de broca também atuam como um guia de profundidade, diminuindo a quantidade de passos cirúrgicos e com precisão a medição do comprimento intra-ósseo. Ressalta que o próprio contribuinte, em resposta à Intimação, informou que este produto é um instrumento utilizado para a colocação de algum implante, e que não está no Convênio ICMS 01/1999 (fls. 233).

Afirma que tanto os fios guias como o pino de broca não gozam de isenção prevista no citado Convênio. Anexa (fls. 234 a 243) cópias de DANFES de NFE's de fornecedores de fios guias e de pino de broca onde o NCM desses produtos inicia em 9018 e são tributáveis.

b) Ponteira Coolcut e Flipcutter

Ressalta que em resposta à Intimação, o contribuinte declarou que a Ponteira Coolcut tratava-se de “Conjunto descartável de circulação assistida, isento pelo convênio 01/99” (fls. 244) e que o Flipcutter era classificado como “Fio liso de Steinmann - NCM 90211020 - isento pelo convênio 01/99” (fls. 245), sendo que na sua defesa diz outra coisa.

Diz que realmente, a Ponteira Coolcut é “produto para ressecção e estudo de imagens”, e que seu dispositivo de Ablação por Radiofrequência possui um cabo ergonômico inovador com controles sensíveis ao toque. Explica que ela facilita a inserção tanto através de cânulas em operação quanto de tecido subcutâneo e apresenta foto à fl. 188 da Ponteira Coolcut da marca Arthrex.

Dessa forma conclui que esta ponteira não pode ser classificada como “Conjunto descartável de circulação assistida” nem na NCM iniciada 9021, pois não se destina a “prevenir ou corrigir determinadas deformidades corporais” nem “para sustentar ou manter partes do corpo na sequência de uma doença, de uma operação ou de uma lesão”. Informa anexar (fls. 246 a 252) cópias de Danfe's de NFE's de fornecedores deste produto que indicam que o NCM inicia em 9018 e são tributáveis, e que quando indicam o NCM 9021 também tributam.

Assevera que o Flipcutter realmente “serve para perfuração óssea para criação de cavidades minimamente invasiva”, e que ele é um pino e mandril guia multifuncional que permite a criação de soquete minimamente invasivo de dentro para fora. Expõe que o FlipCutter possibilita um nível totalmente novo de liberdade no posicionamento do soquete e é ideal para áreas de difícil alcance, como a criação do soquete tibial para PCLR e a criação do soquete femoral anatômico para ACLR. Ou seja, ele possibilita a criação de túneis artroscópicos para a introdução do fio guia nas operações ortopédicas. Enfatiza que após sua utilização no paciente, é que é passado o fio da sutura, conforme encarte de utilização do produto que anexa às fls. 253 a 262. Diz que sendo assim, não pode concordar que o “flipcutter seja “Fio liso de Steinmann” nem para prevenir ou corrigir determinadas deformidades corporais” ou “para sustentar ou manter partes do corpo na sequência de uma doença, de uma operação ou de uma lesão”. Apresenta, às fls. 263 a 266, cópias

de DANFE's de NFE's de fornecedores deste produto que indicam que o NCM dos mesmos inicia em 9018 e são tributáveis, e que mesmo quando indicam o NCM 9021 também há tributação.

Ao final, mantém na íntegra o Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos, considerados como infrações das obrigações, foram apresentados de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, relativo a falta de recolhimento do referido imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017.

O defensor contestou a autuação, alegando inicialmente que houve classificação de NCM indevida dos produtos nos documentos fiscais, pois as corretas deveriam ser 9021.10.10, 9021.10.20 e 9021.10.91.

Insurgiu-se contra a cobrança do imposto apontando mais especificamente quatro produtos (Fios Guias, Pino de Broca, Ponteira Coolcut e Flipcutter). Reclamou que o autuante não conferiu a natureza das mercadorias em evidência, e que as mesmas são isentas, por força dos Convênios ICMS 01/99 e 126/2010, fazendo, ainda, uma descrição do uso de cada uma com vistas a sustentar sua argumentação.

O autuante, por sua vez, rebateu os argumentos defensivos e também descreveu cada mercadoria questionada, visando demonstrar que as mesmas não estão elencadas nos Convênios supracitados.

Para deslinde da controvérsia, primeiramente devemos observar que o Convênio ICMS 01/99, concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, estando previsto na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH.

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

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

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

Inexistindo adequação entre a NCM e a descrição do produto, prevalece a tributação normal incidente sobre a operação.

Em relação aos produtos questionados, verifica-se o que segue.

a) Fios guias e pino de broca

O autuado alegou que os Fios Guias são indicados para procedimentos que necessitem guiar uma fresa pelo sistema vascular, permitindo que seja direcionado, trocado e deslizado sobre a guia até o local desejado. Explicou que o princípio de funcionamento dos Fios e Pinos Implantáveis é atuar como estabilizador, como guia ou fixador, mantendo ou restabelecendo a estabilidade na região afetada pela lesão, no intuito de impedir ou corrigir as lesões de etiologias variadas ou ser utilizado como fio guia para auxílio na instrumentação cirúrgica. Arrematou que a família de Fios e Pinos Implantáveis é utilizada em procedimentos de fixação óssea e de partes moles, agindo como estabilizador em diversos tipos de fraturas e lesões em diferentes regiões do corpo.

Todavia, na relação de enquadramento enviada pelo autuado para o autuante (fls. 191 a 193), consta que estes fios guias são equivalentes ao Fio liso de Steinmann, Fio rosqueado de Steinmann ou Fio liso de Kirschner, todos com NCM 9021.10.20, e constante das posições 142, 145 e 141, respectivamente, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Ocorre que além dos fios guias não constarem nas descrições do Anexo Único acima mencionado, foram acostados aos autos elementos (informes de fabricantes – fls. 194/199 e 200/217) que evidenciam que tal produto na realidade é um instrumental especialmente projetado para assistir o médico cirurgião em procedimentos cirúrgicos ortopédicos, em outras palavras, um dispositivo que fornece a orientação necessária para o cirurgião na condução de instrumentos e implantes por um trajeto previamente determinado pelo médico.

Portanto, o fio guia é um instrumento de auxílio nas cirurgias, utilizado como apoio para a colocação dos fios de sutura, enquanto os fios de Steinmann ou de Kirschner são indicados para fixação de fraturas por serem produtos implantáveis.

Vale ainda mencionar que consta nos autos, às fls. 218 a 232, material informativo com a descrição destes fios e os instrumentos de apoio, que incluem os fios guias.

Também descabe a alegação defensiva de que os pinos de Kknowles, tipo Barr e Tibiais e de Gouffon e prego intramedular “rush”, possuem as mesmas finalidades dos pinos que foram objeto da autuação. Os pinos mencionados pelo autuado e que constam no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 foram desenvolvidos para serem utilizados em conjunto aos fixadores externos com a finalidade de estabilizar as fraturas ósseas. São utilizados para reparar lesões, como fraturas e deformidades, sendo material implantável, feito de aço inoxidável ou liga de titânio.

O pino cobrado na infração em exame é o pino de broca, utilizado para facilitar a preparação do soquete femoral através do portal medial e, também, para permitir uma maior flexibilidade na colocação do soquete femoral em procedimentos transtibiais, ou mesmo como guia de profundidade na medição do comprimento intra-ósseo.

Vale frisar que o próprio contribuinte informou na planilha enviada para o autuante (fl. 233), que este produto é um instrumento utilizado para a colocação de algum implante, e que não está no Convênio ICMS 01/1999.

Destarte, tanto os fios guias como o pino de broca não gozam de isenção prevista no citado Convênio, constando, ainda, nos autos (fls. 234 a 243) cópias de DANFE'S de fornecedores de fios guias e de pino de broca que indicam que esses produtos são tributáveis.

b) Ponteira Coolcut e Flipcutter

O autuado alegou que a Ponteira Coolcut “serve para corte/ressecção de tecidos, cauterização/coagulação sanguínea em cirurgias ortopédicas” e, assim, é um material de uso médico em procedimento ortopédico. Em relação ao Flipcutter argumentou que “serve para perfuração óssea para criação de cavidades minimamente invasivas de dentro para fora em cirurgias ortopédicas”. Entende que estes produtos possuem isenção prevista no Convênio 126/2010, por se tratarem de aparelhos ortopédicos.

No entanto, o contribuinte declarou nas planilhas enviadas para o autuante (fls. 244 e 245) que a Ponteira Coolcut tratava-se de “Conjunto descartável de circulação assistida, isento pelo convênio

01/99”, e que o Flipcutter era classificado como “Fio liso de Steinmann - NCM 90211020 - isento pelo Convênio ICMS 01/99”.

Ademais, a Ponteira Coolcut não é um produto que se destine a prevenir ou corrigir determinadas deformidades corporais nem para sustentar ou manter partes do corpo na sequência de uma doença, de uma operação ou de uma lesão, não se enquadrando como os aparelhos ortopédicos indicados no Convênio ICMS 126/2010.

Vale ainda ressaltar que as cópias dos DANFE'S de fornecedores deste produto, constantes às fls. fls. 246 a 252, indicam que o produto analisado é tributado.

Quanto ao Flipcutter, esse produto realmente serve para perfuração óssea para criação de cavidades minimamente invasiva. Trata-se de um pino e mandril guia multifuncional que possibilita a criação de túneis artroscópicos para a introdução do fio guia nas operações ortopédicas (encarte de utilização do produto às fls. 253 a 262).

Nessas condições não há como concordar que o flipcutter seja “Fio liso de Steinmann” nem mesmo se trate de produto que se enquadre no Convênio ICMS 126/2010, como aparelho ortopédico.

Ademais, a exemplo dos materiais anteriores, o flipcutter também é tributado, de acordo com as cópias dos DANFE's acostados às fls. 263 a 266.

Portanto, de acordo com os elementos constantes nos autos, foi possível fazer uma análise detalhada de cada produto objeto da lide, confrontando-se a sua descrição com o respectivo código de NCM, para se apurar quanto à isenção ou não da mercadoria. Ou seja, foi analisado o enquadramento dos produtos de acordo com a descrição constante nos Convênios e o respectivo código de NCM.

Dessa forma, embora as mercadorias, que foram objeto da autuação, estejam indicando NCM's que constam nos Convênios ICMS 01/99 e/ou 126/10, as descrições constantes nos documentos fiscais não correspondem àquelas contidas na norma específica, ficando afastada sua aplicabilidade à isenção pretendida pelo deficiente.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299430.0015/18-2, lavrado contra **JDR COMÉRCIO DE PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.134.268,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR