

**A. I. Nº.** - 298945.0014/20-7  
**AUTUADO** - EMO – COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICOS EIRELI  
**AUTUANTES** - JOSERITA MARIA SOUSA B. DE CARVALHO e SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 24/08/2022

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0132-03/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. PRODUTOS MÉDICOS. Os insumos e equipamentos descritos nos demonstrativos de débito da infração não estão indicados no anexo único do Convênio ICMS 01/99, texto vigente à época dos exercícios fiscalizados. Não comprovada a isenção. Ajuste realizado pelos Autuantes em sede de informação fiscal ante argumentos e prova defensiva apresentados, reduz valor originalmente cobrado. Infração caracterizada parcialmente. Não acatada nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2020, exige ICMS no valor de R\$ 641.874,84, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta que o Autuado deu saídas nas mercadorias como se fossem isentas, sem o destaque no documento fiscal, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. (Infração 002.001.003).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.38/67. Afirma ser pessoa jurídica de direito privado, e por seu advogado, constituído na forma do instrumento de mandato, com escritório profissional no endereço indicado no rodapé da defesa, onde receberá os atos de comunicação processual, cientificada, vem, no prazo de lei e com espeque no art. 123, do RPAF/99, apresentar defesa, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir delineados. Registra a tempestividade de sua peça defensiva.

Requer que sejam os atos processuais de comunicação dirigidos, também, ao seu patrono (*e-mail: fabio@mblaw.com.br*), signatário do presente, através de mensagem eletrônica e carta registrada com Aviso de Recebimento, para o endereço indicado no rodapé desta petição, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Repete a acusação que lhe foi imputada, apontando que o preposto fiscal deixou de detalhar na acusação, o motivo pelo qual considerou que as operações realizadas como isentas, na verdade, estariam dentro do âmbito de incidência do ICMS devido ao Estado da Bahia, como determina o art. 39, III, do RPAF/99. Aduz que sem essas informações, toda a defesa apresentada pelo sujeito passivo, em seu mérito, partirá de especulações.

Ademais, entende que foi indevida e arbitrariamente invertido o ônus da prova: ao invés da autoridade fiscalizadora demonstrar e provar os fatos arguidos contra o contribuinte, como impõe

o art. 40, II, do RPAF/99, é este que terá de demonstrar e provar a licitude de sua conduta, e o pior de tudo é que terá de fazer isso, sem saber ao certo onde reside a alegada ilicitude.

Acerca do dever de provar atribuído à Administração Pública no âmbito dos Autos de Infração, cita doutrina de Fabiana Del Padre Tomé, em sua obra intitulada *A Prova no Direito Tributário*, sobre a constituição de créditos originários de tributos.

Ademais, comenta que sendo a motivação um elemento do ato administrativo, este não subsiste sem aquela. Nos termos do art. 10, III, do Decreto nº 70.235/72, o auto de infração conterá, obrigatoriamente, a descrição do fato, relato linguístico este que, no contexto em que se insere, não tem como advir, sem as corresponsivas provas nas quais esteja pautado.

O atributo da presunção de legitimidade, inerente aos atos administrativos, não dispensa a construção probatória por parte do agente fiscal. Além disso, o sistema tributário brasileiro é único, tendo suas regras gerais definidas na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, o que explica o fato de nosso RPAF/99, possuir normas de conteúdos idênticos àquelas citadas pela Autora, como se observa no seu art.18, IV, 39 e 41, que reproduz.

Observa que as operações isentas por ele realizadas, decorrem da incidência das normas contidas no Convênio ICMS 01/99, que estabelece hipóteses de isenção em *operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde*. Por intermédio desse Convênio, criou-se benefício para os equipamentos e insumos indicados no Anexo, classificados na NBM/SH, além de haver regra condicionando o benefício *ao estabelecimento de isenção ou alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados ou do Imposto de Importação, para os equipamentos e acessórios indicados no anexo*.

Portanto, diz que é de se perquirir qual o vício encontrado pelo preposto fiscal, que impede o contribuinte de fazer incidir, nas operações autuadas, o benefício da isenção previsto no Convênio ICMS 01/99. Teria ele entendido que não se tratam de insumos e equipamentos destinados à prestação de serviços à saúde? Ou a acusação é no sentido de que não há desoneração quanto ao IPI ou Imposto de Importação? Ou será ainda, porque os códigos de NCM indicados nos documentos fiscais do Autuado não estão contemplados no Convênio? Ou porque o autuante considerou que não eram os equipamentos listados no Convênio? Ou será por outro motivo desconhecido/não revelado? Aponta que sem uma descrição detalhada dos motivos que ensejaram a autuação, impossível para a Autuada defender-se.

Nas circunstâncias, com espeque no art. 18, II e IV, "a", do RPAF/99, uma vez caracterizada a fragilidade da acusação, pela falta de motivação, o que igualmente caracteriza cerceamento ao direito de defesa, requer seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, explica que atua há mais de quinze anos, no comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, cumprindo, ao longo desse período, com todas as suas obrigações perante os Órgãos Públicos, inclusive os fazendários.

Nesse contexto, diz que recebeu com preocupação, pelo valor e pela tese envolvida, o Auto de Infração em análise, que considerou indevida a fruição do benefício isencional que utiliza com espeque nas normas do Convênio ICMS nº 01/99. O referido Convênio, editado no âmbito do CONFAZ, tem o objetivo, como dito anteriormente, de conceder *isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde*, desempenhando, aliás, importantíssimo papel social e de promoção da saúde.

Explica que a edição dessa norma levou em consideração a histórica incapacidade de atendimento dos Órgãos vinculados ao Sistema Único de Saúde; o baixo poder aquisitivo de grande parte da população brasileira, que não possui condições de arcar com os elevados custos de tratamentos particulares; e os preços altos de todo e qualquer equipamento e insumo destinado à utilização na área de saúde.

Aduz que, mesmo em se considerando os planos de seguro saúde privados, a manutenção do Convênio ICMS 01/99, inclusive no que concerne aos seus âmbitos de alcance e incidência, revela-

se imperiosa à contenção dos aumentos abusivos desejados pelas operadoras - menores custos dos procedimentos impactam diretamente na taxa de sinistralidade que, por sua vez, é o dado utilizado pelas Operadoras de Plano de Saúde para majorar as mensalidades dos planos individuais e coletivos. É a nítida utilização da função extrafiscal do ICMS, definida constitucionalmente como seletividade (art. 155, § 2º, III, da Carta Maior), visando onerar menos determinados produtos em função de sua essencialidade.

Sustenta ser imprescindível que o Convênio ICMS 01/99 seja lido sob essa ótica da extrafiscalidade/seletividade, de modo a que se atinja o seu *mens legis*, a verdadeira intenção do legislador, que não foi e jamais será obstar a utilização de novas tecnologias em benefício dos consumidores ou promover-se a revogação dos benefícios concedidos em virtude de formalismos inférteis e contrários aos propósitos da renúncia fiscal promovida pela referida norma.

Frisa que a interpretação teleológica é fundamental para a integração de qualquer norma jurídica, inclusive aquelas excepcionais que instituem benefícios fiscais, a despeito do que prevê o art. 111 do CTN. Isso porque, malgrado o mencionado art. 111, do CTN, eleja a interpretação literal como método para se extrair o sentido das normas excepcionais de benefício fiscal, isso não impede que o aplicador do direito utilize outros métodos hermenêuticos para compor o melhor entendimento, sobretudo diante de eventual dúvida existente quanto ao texto legal.

Em verdade, diz que o legislador quis ressaltar que as matérias insertas no citado artigo não podem ser objeto de ilações ampliativas, com o objetivo de estender os benefícios fiscais a hipóteses não contempladas na lei. Sobre o tema, transcreve o magistério de Hugo de Brito Machado e jurisprudência do STJ.

Entende que na aplicação das normas do Convênio ICMS 01/99, esteja-se sempre atento às peculiaridades e às finalidades da norma de benefício, sem fechar os olhos à dinâmica estabelecida pelas constantes pesquisas na área da saúde, que podem, por vezes, modificar as características de determinados produtos, sem, contudo, alterar as funções e usos principais.

Informa que esse Conselho de Fazenda, aliás, não tem se furtado a garantir aplicabilidade às normas do Convênio ICMS 01/99. Traz-se como inspiração, o acórdão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal nº 0230-12/12, que foi prolatado à unanimidade de votos e, ainda, contou a chancela de irretocável parecer oriundo da Procuradoria Geral do Estado, que transcreve.

Assevera que o Judiciário Baiano a quem compete dar a última palavra em termos de interpretação da norma tributária local, já se manifestou sobre o assunto, em acórdão da Segunda Câmara Cível do TJBA, de relatoria do Desembargador Maurício Kertzman Szporer, cuja ementa transcreve. Cita também, outros precedentes do TJBA a respeito do assunto. (Apelação 0561048-94.2014.8.05.0001). Entende que essas premissas devem, sempre, nortear a interpretação das cláusulas inseridas no Convênio ICMS 01/99, de modo a não haver restrição indevida de seu alcance e prejuízos aos benefícios que o CONFAZ pretendeu conceder. Mais, há de se atentar à seletividade e aos objetivos estabelecidos pela norma isencional, para que se dê cumprimento às decisões emanadas pelo TJBA em torno do assunto, consoante exposto anteriormente.

Esclarece que a defesa de mérito apresentada, está limitada ante a ausência de motivação clara para o auto de infração ora respondido. Reiterando os termos da preliminar, a empresa Autuada não sabe ao certo, o que motivou a desconsideração, por parte do agente fiscal, da isenção aplicada nas operações de vendas de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde. Diz que tentará demonstrar de forma ampla o preenchimento dos requisitos previstos no Convênio ICMS 01/99, não podendo, entretanto, ser acusada de incúria caso algum fato ou fundamento oculto deixe de ser abordado.

Registra que o Convênio ICMS nº 01/99, de forma bastante simples, estabeleceu, em três de suas quatro cláusulas, as diretrizes gerais para a concessão de isenção nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, conforme reproduz.

Consoante se extrai da leitura destas cláusulas, diz que dois regramentos básicos devem ser observados pelo contribuinte na fruição da norma de isenção: os equipamentos e insumos devem estar indicados no anexo e deve haver isenção ou alíquota zero do IPI ou do Imposto de Importação para os mesmos produtos.

Frisa que o gozo do benefício não está atrelado à descrição que foi lançada pelo contribuinte, no documento fiscal; é necessário perquirir-se qual é efetivamente, o equipamento/insumo objeto da operação, para que se possa saber, se está ou não, acobertado pelo benefício, sendo suficiente, pelo entendimento pacificado no âmbito do TJBA, que a NCM esteja corretamente enquadrada no Convênio e que o uso do material seja aquele que a norma isencional pretende amparar (serviços de saúde). Entende que a mera descrição lançada na nota fiscal, portanto, nada diz a respeito da ilegalidade dos procedimentos adotados pela Autuada.

Afirma que a par disso, é importante também registrar que, via de regra, todos os códigos NCM indicados no Convênio, já estão amparados por isenção de IPI, expressamente prevista na Tabela do referido imposto.

Nesse contexto, aduz que demonstrará o preenchimento dos requisitos necessários à fruição do benefício, fazendo a análise dos produtos agrupados por NCM. Cuidará, também, de interpretar a norma da NCM, sempre que for possível, de modo a fazer a relação dos produtos, com sua finalidade e aplicação, dados imprescindíveis para que se possa apreender a exata extensão da norma isentiva.

#### **I - NCM n° 3006.40.20:**

No Convênio ICMS 01/99, esse é o 9° item da lista, que compõe o anexo e está descrito como “*cimento ortopédico (dose 40 g)*”. Reproduz como esse item é descrito na Tabela do Sistema Harmonizado. Explica que a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na lista de nomes técnicos para produtos de saúde, traz a definição de duas espécies de cimentos ortopédicos: com medicamento e sem medicamento, consoante se observa em informação extraída da página da internet:

[http://portal.anvisa.gov.br/documents/33912/447870/Nomenclatura+de+Produtos+para+Sa%C3%](http://portal.anvisa.gov.br/documents/33912/447870/Nomenclatura+de+Produtos+para+Sa%C3%9A)

Aponta que no Auto de Infração, o preposto fiscal entendeu que as operações realizadas com os produtos que especifica não estariam enquadradas na regra isencional do Convênio ICMS 01/99. São eles: *Enxerto 1.71 Mm 5 G, Enxerto Granulado Procell 10g, Enxerto Granulado Procell 5g, Enxerto Osseo Procell Bloco, Graftys Bcp Bast 5x5x20 2und, Graftys Bcp Enxerto Cunha, Graftys Bcp Enxerto Osseo, Graftys Bcp Enxerto Osseo, Graftys Bcp Grânulos 10g, Graftys Bcp Grânulos 5 ½, Graftys Hbs Enxerto Osseo 5cc, Graftys Hbs Enxerto Osseo 8cc, Graftys Hbs Enxertob Osseo 8cc, Graftys Hbs Enxertob Osseo 5cc.*

Sustenta que o entendimento do preposto fiscal, todavia, não procede. Em primeiro lugar, é válido registrar que todos esses produtos estão indicados na Tabela do IPI como submetidos à alíquota zero, restando, assim, cumprido o requisito previsto na cláusula terceira do Convênio ICMS 01/99.

Depois, diz ser inegável que a NCM n° 3006.40.20 encontra-se inserida no Anexo Único do mencionado Convênio, restando apenas o questionamento se, a despeito da descrição lançada nos documentos fiscais, os produtos listados são ou não cimentos ortopédicos.

Assevera que a resposta é afirmativa. Diz que todos os produtos indicados são enquadrados no gênero cimento ortopédico, desempenhando aquelas mesmas funções características desse material descritas pela ANVISA. É certo que caberia ao autuante, ao desclassificar as operações realizadas pela empresa, dizer onde residiria o suposta equívoco, contudo isso seria impossível porque não há, na Tabela do Sistema Harmonizado, nenhum outro código em que os produtos comercializados possam ser enquadrados; a vedação de enquadramento em outro código, aliás,

consta da própria nota 4, da Tabela do Sistema Harmonizado, quando diz que tais produtos devem ser classificados nessa posição e não em qualquer outra da Nomenclatura.

Analisa a função de cada um dos produtos, especificamente:

**a) Graftys BCP:** do gênero cimento ortopédico, essa cerâmica óssea bifásica de fosfato de cálcio tem aplicação no preenchimento de cavidades ósseas fechadas, fraturas com perda óssea, artrodese vertebral, pseudoartrose, artroplastia, levantamento de seio, implante, osteotomia de tibia, entre outras;

**b) Graftys HBS:** do gênero cimento ortopédico, esse produto é composto de Fosfato de Cálcio e é formado através da mistura de parte sólida em forma de pó (sais de fosfato de cálcio e polissacarídeos) com parte líquida (solução aquosa de fosfato de sódio  $\text{Na}_2\text{PO}_4$ ). Tem indicação para preenchimento ósseo de cavidades, fraturas com perda óssea, artrodese vertebral, pseudoartrodese, artroplastia e odontologia em geral. Sua apresentação se dá em seringa de câmara dupla. Registra que todos os produtos Graftys são importados pela empresa LAS - Latim American Solutions Imp. Exp. Ltda., sendo que conseguiu desse fornecedor, a Guia emitida pelo Estado de São Paulo concedendo-lhe a liberação da mercadoria, sem o pagamento de ICMS, com base no Convênio ICMS 01/99, *printa* a citada guia;

**c) HIDROXIAPATITA:** aduz que algumas operações com essa mercadoria foram equivocadamente atreladas ao NCM 9018.90.99, o que, todavia, consiste mero erro material e não interfere na incidência da norma isentiva. Essa substância formada de fosfato de cálcio consiste num cimento ortopédico com aplicação em procedimentos de implantodontia, bucomaxilofacial e cirurgias ósseas em geral, tais como enchimento de alvéolos; patologias intraósseas; ancoragem em implantes imediatos; tratamentos cirúrgicos periimplantares; lesões ósseas periodontais e cirurgias parendodônticas; recobrimento de espiras expostas, dentre outros;

**d) Enxerto 1.71mm / Enxerto Granulado Procell / Enxerto Ósseo Procell:** Cimento ortopédico de altíssimo grau de pureza, para aplicação como substituto ósseo em operações de implante ou reposição de perda óssea. Sua composição produz um substrato de grande semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas.

## **II - NCM nº 9018.39.29:**

Informa que segundo o Convênio ICMS 01/99, estão incluídos no benefício os seguintes produtos: Cateter ureteral duplo "rabo de porco", Cateter para subclávia duplo lúmen para hemodiálise, Guia metálico para introdução de cateter duplo lúmen, Dilatador para implante de cateter duplo lúmen, Cateter balão para septostomia, Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente Berrmann, Cateter balão para angioplastia transluminal percutânea, Cateter balão para valvoplastia, Guia de troca para angioplastia, Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/diagnóstico), Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico), Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico), Cateter atrial/peritoneal, Cateter ventricular com reservatório, Conjunto de cateter de drenagem externa, Cateter ventricular isolado, Cateter total implantável para infusão quimioterápica, Introduzidor para cateter com e sem válvula, Cateter de termodiluição, Cateter tenckhoff ou similar de longa permanência para diálise peritoneal, Kit cânula, Conjunto para autotransfusão, Dreno para sucção, Cânula para traqueostomia sem balão, Sistema de drenagem mediastinal.

Registra a descrição dos produtos com NCM 9018 na Tabela do Sistema Harmonizado. Cita os produtos no Auto de Infração, em que o preposto fiscal desclassificou como isentas: Cateter Curvo Splint Nasal, Eletrodo Flexível Bip Disk Fx, Equipos de Irrigação Perfurador, Equipos de Irrigação Tipo, Equipos Tipo L, Equipos Tipo L Lote (S): L 0477II5, Equipos Tipo L Lote (S): L0477i15.

Mais uma vez, registra que todos esses produtos estão indicados na Tabela do IPI, como submetidos à alíquota zero, restando, assim, cumprido o requisito previsto na Cláusula Terceira do Convênio ICMS 01/99. Esclarece que no que concerne especificamente a tais produtos, tem-se:

- a) *Equipo de Irrigação*: Kit de cânulas que tem como objetivo injetar solução salina (soro), nas articulações, para proporcionar distensão e facilitar a visibilidade durante um procedimento cirúrgico por vídeo;
- b) *Kit GPS*: Kit de cânulas destinado a extração de PRP (plasma rico em plaquetas) do sangue;
- c) *Sistema Expansor Para Ossos BMK10*: esse sistema compõe o kit de cifoplastia, que é um procedimento ambulatorial usado para tratar fraturas por compressão dolorosa na coluna vertebral. O procedimento também é chamado cifoplastia com balão e é feito injetando cimento acrílico ortopédico (polimetilmetacrilato ou PMMA) no interior da vértebra. Sintetiza no que consiste o Sistema Expansor. Conclui que por se tratar de um introdutor de cateter, seja porque se trata de equipamento indispensável na aplicação cirúrgica do cimento ortopédico, é inquestionável que se trata de produto acobertado pela isenção do Convênio ICMS 01/99;
- d) *Splint Nasal / Cateter Curvo Splint Nasal*. Esse produto, pertencente ao gênero cânula, consiste num kit de tubos em silicone com formato anatômico, utilizado no pós-operatório da cirurgia de correção de desvio de septo nasal. O produto é inserido nas narinas por período determinado pelo cirurgião, sendo, posteriormente, descartado;
- e) *Eletrodo Flexível*: Kit cânula eletro-cirúrgica, que tem como objetivo a redução de hérnias de disco através de ondas de radiofrequência.
- f) *Equipo / Equipo Tipo L*: Kit de cânulas que tem como objetivo injetar solução salina (soro), nas articulações, para proporcionar distensão e facilitar a visibilidade durante um procedimento cirúrgico por vídeo.
- g) *Estimulador Para Nervos Neuro-Pulse*: eletrodo que sinaliza para o cirurgião onde estão as enervações, para evitar danos durante o ato cirúrgico;
- h) *Kit Atroplan de Agulhas*: Kit com cânulas descartáveis que permite ao cirurgião acessar a articulação temporomandibular, de forma minimamente invasiva.
- i) *Kit Descartável Subcondrop Joelho*: Kit com cânulas descartáveis que permite ao cirurgião a determinadas localizações do joelho, para tratamento de joelho, no procedimento de subcondroplastia.

### III - NCM nº 9018.90.10:

Registra os produtos que segundo o Convênio ICMS 01/99, estão incluídos no benefício e descreve como registrados na Tabela do Sistema Harmonizado.

Comenta que no Auto de Infração, o preposto fiscal desclassificou como isentas as operações com os seguintes produtos: *Equipo Extensor Irrigação e Aspirador e Equipo Extensor ASP Ultrasson*, que são *Kits de cânulas* cujo objetivo é injetar solução salina (soro), nas articulações, para proporcionar distensão e facilitar a visibilidade durante um procedimento cirúrgico por vídeo. Frisa que houve equívoco da autuada ao indicar a NCM, que deve ser 9018.39.29;

### IV - NCM nº 9018.90.99

Esse código, descreve os produtos listados segundo a Tabela do Sistema Harmonizado. De acordo com o Convênio ICMS 01/99, são isentas as seguintes mercadorias: *Bolsa para drenagem, Linhas arteriais, Conjunto descartável de circulação assistida, Conjunto descartável de balão intra-aórtico*. Entende que, consoante se infere da planilha que instrui o Auto de Infração, houve equívoco por parte da empresa Autuada na emissão de alguns documentos fiscais, tendo sido indicada a referida NCM para produtos que estão albergados pela isenção, mas por outro código. Sintetiza em que consiste os seguintes produtos:

- a) *Fios Guias*: é um dispositivo cirúrgico metálico e descartável, destinado à aplicação de um implante e/ou de um instrumental. Esses fios são os fios implantáveis de Kirschner e de Steinmann, indicados para aplicação em inúmeras cirurgias ortopédicas fixação de fraturas

(fêmur, tíbia, fíbula, úmero, rádio, ulna, clavícula, calcânhar etc.), ou utilizados como fio guia para auxiliar na instrumentação cirúrgica. NCM correta 9021.10.20;

**b) *Equipo de Irrigação / Equipo Tipo L*:** Kit de cânulas que tem como objetivo injetar solução salina (soro), nas articulações, para proporcionar distensão e facilitar a visibilidade durante um procedimento cirúrgico por vídeo. NCM correta 9018.39.29;

**c) *HIDROXIAPATITA*:** essa substância formada de fosfato de cálcio consiste num cimento ortopédico com aplicação em procedimentos de implantodontia, bucomaxilofacial e cirurgias ósseas em geral, tais como enchimento de alvéolos; patologias intraósseas; ancoragem em implantes imediatos; tratamentos cirúrgicos periimplantares; lesões ósseas periodontais e cirurgias parodontais; recobrimento de espiras expostas, dentre outros. NCM correta 3006.40.20;

**d) *Graftys BCP*:** do gênero cimento ortopédico, essa cerâmica óssea bifásica de fosfato de cálcio tem aplicação no preenchimento de cavidades ósseas fechadas, fraturas com perda óssea, artrodese vertebral, pseudoartrose, artroplastia, levantamento de seio, implante, osteotomia de tíbia, entre outras. NCM correta 3006.40.20;

**e) *Espaçador Coflex*:** dispositivo cirúrgico implantável, cujo objetivo é reposicionar vértebras da coluna danificadas por lesões traumáticas ou patológicas. NCM correta 9021.10.20;

**f) *Lâmina Razek Mini*:** lâmina cortante descartável, que tem a função de cortar tecido rígido de uma forma geral (mão, joelho, ombro etc.);

**g) *Rhinocell Nasal*:** uma espécie de hemostático que é introduzido após procedimento cirúrgico, com o objetivo de controlar sangramento. NCM correta 3006.10.90;

Afirma que a conclusão a que se chega é de que as operações realizadas pela Autuada estão amparadas pela isenção estabelecida no Convênio ICMS 01/99, devendo ser julgado improcedente este Auto de Infração.

#### **V - NCM nº 3006.10.90:**

Nesse código, explica que segundo a Tabela do Sistema Harmonizado, e de acordo com o Convênio ICMS 01/99, são isentas as mercadorias que transcreve. Comenta que, consoante se infere da planilha que instrui o Auto de Infração, houve equívoco por parte da empresa Autuada na emissão de alguns documentos fiscais, tendo sido indicada a referida NCM para produtos que estão albergados pela isenção, mas por outro código:

**a) *Orthogen Bloco-Enxerto Ósseo Baumer*:** Substituto ósseo sintético, do gênero cimento cirúrgico. NCM correta 3006.40.20;

**b) *Selante Cirúrgico Glubran*:** Material adesivo utilizado em tecidos sensíveis a sutura mecânica;

**c) *Esponja Surgidry*:** Material hemostático à base de colágeno purificado;

Prossegue afirmando, que ainda que se entenda que algum valor é devido pela empresa, fará ela jus ao crédito fiscal decorrente das operações anteriores, por força do primado da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Comenta que esse direito ao crédito, além de possuir fundamento constitucional, visa a evitar a cobrança em duplicidade do imposto pelo Estado da Bahia. No caso das operações de aquisição internas, a cobrança do imposto integralmente devido em face da empresa Autuada não impede que o Estado da Bahia constitua crédito fiscal também, contra o remetente das mercadorias, que igualmente deu às operações tratamento de isenção. Isso se configura como *bis in idem*.

Sustenta que no caso das operações originárias de outros Estados, o Fisco baiano estaria perseguindo crédito tributário muito superior ao que lhe compete, invadindo, inclusive, a competência tributária de outro ente da Federação, incorrendo em ilícita bitributação. O RICMS, inclusive, para as hipóteses de operações interestaduais, traz regra clara admitindo o creditamento na entrada das mercadorias e fixando os percentuais que devem ser utilizados, conforme art. 309, § 8º, incisos I a III, que reproduz.

Nesse contexto, ressalta que acaso algum valor seja entendido devido pela Autuada, deverão ser apurados os créditos que lhe competem, disponibilizando-se, desde já, a defendente a apresentar os documentos fiscais e contábeis necessários para apuração dos valores devidos. Ante o exposto, requer:

- a) sejam os atos processuais de intimação dirigidos, também, ao patrono do sujeito passivo, signatário do presente, através de mensagem eletrônica e carta registrada com Aviso de Recebimento dirigida ao endereço indicado no rodapé, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte;
- b) o acolhimento da preliminar de nulidade da autuação;
- c) acaso superadas as prefaciais, no mérito, que se julgue improcedente este Auto de Infração.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde já, a juntada posterior de documentos e a realização de perícia, acaso surjam dúvidas a respeito das informações técnicas apresentadas na defesa. Coloca-se, desde já, à disposição para fornecer qualquer outro documento imprescindível ao deslinde do presente Auto de Infração, caso entendido necessário pelo Órgão de Julgamento.

A dupla de Autuantes presta a informação fiscal fls. 131/165. Diz que no prazo regulamentar o autuado apresentou defesa contra o Auto de Infração, contestando os lançamentos efetuados. O Auto de Infração em tela exige o ICMS que deixou de ser recolhido, em razão de ter a autuada praticado operações tributadas normalmente, como se fossem isentas do imposto. Sintetiza os argumentos defensivos.

Afirma que a defesa pede preliminarmente, a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que não há descrição detalhada do lançamento. Rebate afirmando que a infração cometida foi descrita de forma cristalina, conforme fl.01 do PAF e reproduz a infração e a descrição dos fatos constantes na citada folha inicial do auto de infração.

Afirma que ao longo da análise do restante da peça defensiva ficará patente, que a autuada não teve qualquer dificuldade para entender perfeitamente o ilícito tributário que praticou.

A respeito das alegações sobre o Convênio ICMS 01/99 e posicionamento do TJBA, explica que os Acórdãos citados tratam, especificamente, de um único tipo de produto, a saber, o STENT, sendo que, tal produto não consta do lançamento ora combatido. De qualquer modo, comenta que analisará os argumentos da defendente.

Informa que o *STENT* consta do item 191 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e trazia a seguinte descrição: *Implantes expandíveis de aço inoxidável, para dilatar artérias "Stents"*. Posteriormente, com a alteração dada pelo Convênio ICMS 30/09, efeitos a partir de 27.04.09, o item 191 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 passou a ter a seguinte redação: *"Implantes expansíveis, de aço inoxidável e de cromo cobalto, para dilatar artérias "Stents"*. Ou seja, os *stents de cromo cobalto* passaram a integrar o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, a partir de 27/04/2009.

Sobre o citado Acórdão CJF Nº 0230-12/12 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF/BA, diz que ali foi discutido, se as operações mercantis envolvendo *stents de cromo cobalto*, anteriores a edição do Convênio ICMS 30/09, estariam amparadas pela isenção albergada no Convênio ICMS 01/99. Na ocasião, amparada em Parecer da PGE/PROFIS exarado pelo Procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF/BA, considerou que como os *stents*



de cromo cobalto, além de também conterem aço inoxidável, tem a mesma função que o *stent* de aço inoxidável, estão também amparados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

Do mesmo modo, os Acórdãos do TJBA citados pela defesa se posicionaram, como bem pode ser visto no “*acórdão da Segunda Câmara Cível do TJBA, de relatoria do Desembargador Maurício Kertzman Szporer*”, fls.48 e 49, estatuinto em suma, que não se pode deixar “... de conceder isenção aos produtos, que possuem os mesmos NCM's dos constantes na lista anexa, ... (ou seja, produtos constantes do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99) em razão de suas “...descrições não corresponderem exatamente, ...”. Como visto, o acórdão diz que na análise sobre o gozo da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, não devemos nos ater à exata correspondência entre as descrições dos produtos nos documentos fiscais e no citado Convênio, sem, contudo, autorizar o gozo da isenção tomando por base apenas a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM.

Esclarece também, que a fiscalização analisou os produtos envolvidos na presente apuração considerando, principalmente, seu uso, seu formato, sua constituição, sua Nomenclatura Comum do Mercosul- NCM, à vista do que dispõe o Convênio ICMS 01/99, de modo que, ao considerar determinado produto fora da abrangência do benefício previsto no Convênio, o fez quando ficou demonstrado, de modo inequívoco, a falta de correspondência entre tais produtos e aqueles com a mesma Nomenclatura Comum do Mercosul- NCM constantes do Anexo Único do multicitado Convênio ICMS 01/99. Ou seja, a fiscalização não utilizou a descrição literal dos produtos envolvidos na presente apuração, como critério para definir se os mesmos estão sob o manto da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

Sobre os requisitos para gozo da isenção, a defesa reitera a descabida alegação, de que falta clareza ao lançamento ora discutido. Esclarece que fará a análise dos produtos tomando por base a NCM, como fez a defesa e discutirá cada uma destas NCM.

#### **I – NCM nº 3006.40.20 – Cimento Ortopédico.**

Aduz que há definição de duas espécies de cimentos ortopédico, a saber: com medicamento e sem medicamento. Descreve cada uma delas, registrando que, depois de ser usado, estes dispositivos não podem ser reutilizados.

Explica que como demonstrado pela própria autuada, a NCM 3006.40.20, constante do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, refere-se a apenas um produto, que é o “Cimento ortopédico (dose 40 g)”. Reproduz a descrição deste produto segundo a citada ANVISA.

Sobre a alegação da defesa de que os produtos constantes da planilha do Anexo I, que estão com a citada NCM, afirmando que os mesmos são o “Cimento ortopédico (dose 40 g)”, e que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, analisará tais argumentos para os seguintes produtos:

**a) - Graftys BCP:** a defesa diz que este produto é “...cerâmica óssea bifásica de fosfato de cálcio...”, ao mesmo tempo em que afirmou que é também o “Cimento ortopédico (dose 40g)” que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Frisa ser impossível serem o mesmo produto, ou mesmo produtos similares. Salienta a composição físico químico deste produto, conforme pode ser visto em “//www.lasbrasil.com.br/slider/graftys-bcp-enxerto-ósseo/”. Ainda no mesmo site, [www.lasbrasil.com](http://www.lasbrasil.com), e no registro da ANVISA sob o número 80517190002, além de ter como um de seus “Diferenciais e vantagens” a sua composição. Portanto, entende que resta provado, que o produto *Graftys BCP* jamais poderá ser tomado como sendo o “Cimento ortopédico (dose 40 g)”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Ressalta ainda, que o *cimento ortopédico (dose 40g)* é apresentado contendo dois componentes, sendo um líquido (*Metil metacrilato* e o outro pó) conforme podemos ver em “[www.biomecanica.com.br/2011/portugues/produtos/hotsistes/cimento/index.asp](http://www.biomecanica.com.br/2011/portugues/produtos/hotsistes/cimento/index.asp)”, enquanto o produto *Graftys BCP* é apresentado em “Grânulos, Bastonete, Cunha, Cone,

*Cilindro e Bloco.*”, o que, mais uma vez, demonstra de modo inequívoco, que os produtos em tela são completamente diferentes. Por outro lado, aponta a informação da empresa Macom Instrumental Cirúrgico Indústria Ltda., CNPJ: 59.650.556/0001-76, em “[macominstrumental.com.br](http://macominstrumental.com.br)”, que o “*Cimento ortopédico (dose 40g)*”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, “...*são cimentos radiopacos para uso cirúrgico ...., especificamente formulada para permitir a fixação de dispositivos protéticos no osso vivo.*”, e, de modo semelhante, vemos em [www.cirurgicabrasil.com.br](http://www.cirurgicabrasil.com.br), que cimento ortopédico (dose 40g) é indicado para “*Fixação em próteses ortopédicas*”, sendo um composto químico formado por “*Resina de Polimerização e Sulfato de Bário, e Metilmetacrilato (Ampola)*”. Já quanto ao uso do produto Graftys BCP ora discutido, vemos em [www.lasbrasil.com.br/slider/graftys-bcp-enxerto-osseo/](http://www.lasbrasil.com.br/slider/graftys-bcp-enxerto-osseo/) que o mesmo é indicado para uso “*Preenchimento de cavidades ósseas fechadas, fraturas com perda óssea, artrodese vertebral, pseudoartrose, artroplastia, levantamento de seio, implante, osteotomia de tibia, entre outras.* ”, como nos informa também, a própria autuada à fl.56.

Entende ter demonstrado, que o produto *Graftys BCP* jamais poderá ser tomado como sendo o “Cimento ortopédico (dose 40g) ”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, eis que, diferem totalmente, tanto em relação à formulação química, quanto em relação ao tipo de uso. Do exposto, e considerando que a legislação que trata de outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, como manda o art. 111 – II, do Código Tributário Nacional- CTN, assevera ser impossível acatar as alegações da autuada.

**b) - Graftys HBS:** considerando que a ANVISA, como posto pela própria autuada, nos informa que cimento ortopédico, não há como concordar com o que afirma a defesa, eis que salta aos olhos, serem produtos com formulações químicas totalmente diferentes. Sobre a apresentação de cópia de uma guia para liberação de mercadoria estrangeira, sem comprovação do recolhimento do ICMS, emitida pelo estado de São Paulo, aponta que na dita guia, não consta a especificação da mercadoria liberada. Além de tudo, esclarece que decisões deste tipo, do fisco do estado de São Paulo, não vinculam o estado da Bahia, eis que cada ente Federado tem a competência para legislar sobre o ICMS. Nota que não há como confundir o *Graftys HBS* com o “Cimento ortopédico (dose 40g) ”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Tudo conforme nos informam a ANVISA e a própria autuada.

Quanto ao uso deste produto *Graftys HBS*, vemos em [www.lasbrasil.med.br/portfolio/graftys-hbs/](http://www.lasbrasil.med.br/portfolio/graftys-hbs/) que o mesmo é “*Substituto Ósseo em Pasta Injetável e Reabsorvível de Fosfato de Cálcio*”, sendo indicado para “... *preenchimento ósseo de cavidades, em fraturas com perda óssea ...*”. Já o “Cimento ortopédico (dose 40g)”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, conforme “[macominstrumental.com.br](http://macominstrumental.com.br)”, “...*são cimentos radiopacos para uso cirúrgico ...., especificamente formulada para permitir a fixação de dispositivos protéticos no osso vivo.*”, e, de modo semelhante, vemos em [www.cirurgicabrasil.com.br](http://www.cirurgicabrasil.com.br) que cimento ortopédico (dose 40g) é indicado para “*Fixação em próteses ortopédicas*”, sendo um composto químico formado por “*Resina de Polimerização e Sulfato de Bário, e Metilmetacrilato (Ampola)*”.

Demonstrado que o produto ora discutido, não é *cimento ortopédico*, eis que dele difere tanto quanto à formulação química, quanto ao uso, logo, não está amparado pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99;

**c) - HIDROXIAPATITA:** segundo a defesa este produto é “.... *Formada de fosfato de cálcio...*”, afirmando em seguida que é “...*cimento ortopédico.* ”. Ora, se o produto em tela é formado por fosfato de cálcio, jamais poderá ser confundido com o “Cimento ortopédico (dose 40g) ”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Reproduz informação da ANVISA.

Quanto ao uso, a *HIDROXIAPATITA A HAP-91* é “... *indicada em cirurgias médicas e odontológicas para recuperação, substituição parcial, preenchimento e reconstrução do tecido ósseo, ...*”, conforme nos é mostrado em [jhs.med.br/produtos/hap-91/](http://jhs.med.br/produtos/hap-91/). Como vemos, uso totalmente distinto daquele a que se destina o “Cimento ortopédico (dose 40g) ”, que está no item 09 do Anexo Único

do Convênio ICMS 01/99. Sendo assim, conclui que este produto é completamente diferente do “*Cimento ortopédico (dose 40g)*”, que está amparado pela isenção.

**d)** - *Enxerto 1.71mm / Enxerto Granulado Procell / Enxerto Ósseo Procell*: a defesa trata aqui, dos produtos Enxerto Ósseos fabricados pela empresa PROCELL, afirmando que são o “*Cimento ortopédico (dose 40g)*”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Assevera que pesquisando sobre a empresa PROCELL, verifica que a mesma tem por razão social a descrição Procell Ind. Com Imp. e Exp. de Bio e Prod., CNPJ 09.048.457/0001-40. Consultando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, [portal.anvisa.gov.br](http://portal.anvisa.gov.br), extrato às fl.166, vemos que os itens referidos pela defesa tem nome técnico de *Enxerto Ósseo*, sendo o tipo de produto descrito como BETA PRO. Os produtos Beta Pro/Enxerto Ósseo estão registrados na ANVISA sob o número o 80492000002, e podem ser encontrados em diversos modelos, como, por exemplo, Grânulos, Blocos, Cunha Porosa, etc., tudo conforme extrato da ANVISA à fl.166. Reproduz descrição da Procell Ind. Com. Imp. e Exp. de Bio e Prod., fabricante dos Enxertos Ósseos acima referido, sobre o dito produto. No endereço do citado fabricante na internet, [www.procell.ind.br/produtos/](http://www.procell.ind.br/produtos/), está posto a que se referem os produtos “*Beta-Pro*” que podem ser dos tipos “*Beta-Pro Grão; Beta-Pro Bloco; Beta-Pro Inject; Beta-Pro 3D*”, de modo que, jamais poderão ser tomados como sendo produtos semelhantes, quanto mais como sendo o mesmo produto.

Ademais, acrescenta que os produtos diferem, também, diametralmente, quanto ao uso, eis que, como mostrado em [www.cirurgicabrasil.com.br](http://www.cirurgicabrasil.com.br), o cimento ortopédico (dose 40g) é indicado para “*Fixação em próteses ortopédicas*”, enquanto que, como visto [www.procell.ind.br/produtos/](http://www.procell.ind.br/produtos/), os produtos Beta Pro/Enxerto Ósseo são “... *material ...*, para aplicação como substituto ósseo *em operações de implante ou reposição de perda óssea*”..

Sendo assim, é totalmente descabida a tese da defesa de que os produtos *Enxerto Ósseo* em apreço, podem ser tratados como *cimento ortopédico*, pois, como bem demonstrado, os mesmos têm uso e composição química totalmente diferentes. Com base no exposto, e considerando a obrigação de interpretar literalmente a legislação que trata de outorga de isenção, artigo 111 do CTN, não há como concordar com o que prega a defesa.

## **II – NCM nº 9018.39.29:**

Esclarece que, tratando dos produtos com a citada NCM, a autuada reproduz em sua defesa, parte do Anexo Único do Convênio 01/99 e em seguida lista os produtos, conforme subitens “a” a “f” e “h” a “j”, que tem a dita NCM e que constam do presente Auto de Infração. Diz estranhar a posição da defesa, quanto aos produtos Equipo de Irrigação, Kit Gps, Splint Nasal / Cateter Curvo Splint Nasal, Eletrodo Flexível, Equipo / Equipo tipo L, Kit Atroplan de Agulhas e Kit Descartável Subcondrop Joelho, subitens “a”, “b”, “d”, “e”, “f”, “i” e “j”, eis que considerou, todos, como sendo o Kit Cânula que está no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Passa a apreciar as razões da defesa:

**a)** O Autuado trata do produto “*Equipo de Irrigação*”, afirmando tratar-se de “*Kit de cânulas que tem como objetivo injetar solução salina (soro), nas articulações, para proporcionar distensão e facilitar a visibilidade durante um procedimento cirúrgico por vídeo.*”. Inicialmente, esclarece que a autuada comercializou diversas unidades do produto *Kit Cânula*, conforme pode ser visto, em inúmeras outras, nas notas fiscais de números 4802, 4811, 5161, 5333, 5690, 5811, 5925, 5924 e 5946, descrevendo-os como *Kit Cânula*. Ou seja, caso o produto *Equipo de Irrigação* fosse o *kit cânula* alegado pela defesa, ela o teria comercializado como tal, cabendo, ainda, ressaltar que quando a autuada vendeu Equipo de Irrigação, o descreveu desta forma. *Printa* parte da nota fiscal 4802, onde constam os dois produtos para comprovar o que expôs.

Quanto aos fornecedores da autuada, quando lhe venderam o produto “*kit cânula*”, também o descreveram como “*kit cânula*”, conforme inúmeras outras notas fiscais como as de nº 32039,

34064, 2192, 39851, 36271, 40284 e 43034, e quando tais fornecedores da autuada lhe venderem o produto “*Equipo de Irrigação*” também o descreveram como “*Equipo de Irrigação*”, conforme, dentre várias outras, vemos nas notas fiscais 2631, 2645, 1002, 1535, 1623, 1890 e 1891.

Sustenta que buscando eliminar quaisquer dúvidas, foi verificar o que seja uma cânula, encontrando em [www.dicio.com.br/canula/](http://www.dicio.com.br/canula/) tratar-se de “*Pequeno tubo, rígido ou semirrígido, que, adaptado ou não a uma seringa, se introduz num orifício ou num órgão, para injetar medicamento ou aspirar material.*”. Ampliando a investigação constata que existem diversos tipos de kit cânula. Sobre este produto reproduz descrição do site [www.biomedical.ind.br/desc\\_kitcanula\\_cirurgia.asp](http://www.biomedical.ind.br/desc_kitcanula_cirurgia.asp) consta que “*Kit-Cânula é um conjunto de cânulas, cateteres e seus respectivos acessórios para cirurgias cardíacas. É apresentado em vários tamanhos e configurações.*”.

Em <http://www.razek.com.br/razek/Pagina.do?idSecao=20&idProduto=1940> informa-se que “*Kit Cânula de Punção Razek tem por finalidade fornecer ao cirurgião os instrumentos para realizar a perfuração e auxiliar na condução de instrumentos por um trajeto previamente determinado pelo cirurgião em procedimentos cirúrgicos.*”, sendo o mesmo, conforme ilustra.

Passa a informar o que seja o Equipo de Irrigação ora discutido. Diz que no endereço [www.razek.com.br/razek/Pagina.do?idSecao=12&idProduto=2422](http://www.razek.com.br/razek/Pagina.do?idSecao=12&idProduto=2422) verifica que “*O Equipo de Irrigação Razek Pump deve ser utilizado em conjunto com o Equipamento Razek Pump em procedimentos cirúrgicos artroscópicos, a fim de proporcionar a distensão e irrigação das articulações.*”. Ou seja, diferentemente do que já vimos sobre kit cânula, o produto ora discutido requer uma bomba para ser utilizado. Tal fato mostra, claramente, ser o produto Equipo de Irrigação diferente de kit cânula. O equipo ora descrito, conforme ilustração trazida aos autos, é bem diferente das descrições e ilustrações que mostram o que seja um kit cânula.

Ou seja, o equipo de irrigação é constituído de um dispositivo e não de uma série de itens que formariam um kit, além de que é produto que requer uma bomba para poder ser utilizado. Deste modo, não há como confundir *equipo de irrigação* com *kit cânula*.

Por fim, entende que provado que não há como se confundir *Equipo de Irrigação* com *kit cânula*, além do fato de não existir no Anexo único do Convênio ICMS 01/99, qualquer produto cuja descrição ou uso, possa ser tomado por aqueles do *Equipo de Irrigação* ora discutido, considerando que a outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, só resta a fiscalização manter integralmente o lançamento ora combatido;

**b)** sobre as alegações defensivas do produto “*KIT GPS*”, de que é um “*Kit de cânulas destinado a extração de PRP (plasma rico em plaquetas) do sangue.*”. Diante de tal afirmativa foi verificar como é obtido o citado PRP. Em “[www.unifesp.br/dcir/cirtrans/discente/egressos/Biblioteca/mestrado/2011-06-mestrado-carlos-alberto-calixto.pdf](http://www.unifesp.br/dcir/cirtrans/discente/egressos/Biblioteca/mestrado/2011-06-mestrado-carlos-alberto-calixto.pdf)” encontramos que “*plasma rico em plaquetas (PRP) é a concentração autóloga de plaquetas em pequeno volume de plasma, obtido por centrifugação do sangue total,...*”. Já o KIT CÂNULA tem descrições que jamais poderão ser confundidas com centrifuga. Em <http://www.razek.com.br/razek/Pagina.do?idSecao=20&idProduto=1940> somos informados que “*Kit Cânula de Punção Razek tem por finalidade fornecer ao cirurgião, os instrumentos para realizar a perfuração e auxiliar na condução de instrumentos por um trajeto previamente determinado pelo cirurgião em procedimentos cirúrgicos.*”, ilustra o referido aparelho.

Em <http://catalogohospitalar.com.br/kit-canula-para-circulacao-extracorporea-adulto-infantil.html> temos a descrição do *Kit Cânula para Circulação Extracorpórea Adulto / Infantil* do seguinte modo: “*O kit Cânula para CEC é composto de dois estojos. Um estajo contém cânulas de diferentes formatos (reto, curvo e multiperfurado), constituídas de tubos de PVC atóxicos e biocompatíveis, conectores retos de acrílico e ponteiros de sucção de PVC. O outro estajo contém acessórios como pasa-fio (em aço inoxidável e tubo de PVC), cordonê, protetores de pinça Kelly (em silicone) cadarço e tampões rhumel (em polietileno)*”.

Como visto, afirma que o produto KIT GPS, é, na realidade, um equipamento com centrífuga utilizado para obter o plasma rico em plaquetas (PRP) e a fibrina rica em plaquetas (PRF), não cabendo, de modo algum, a sua equiparação a *Kit Cânula*.

Por fim diz ter consultado o Anexo único do Convênio ICMS 01/99, e lá não encontra referência a qualquer produto que, minimamente, se aproxime do que seja um KIT GPS, implicando que o produto em tela, não está amparado pela isenção concedida pelo Convênio citado. Além de tudo, frisa que a autuada comercializou diversas unidades do produto *Kit Cânula*, conforme pode ser visto nas notas fiscais de números 4802, 4811, 5161, 5333, 5690, 5811, 5925, 5924 e 5946, descrevendo-o como *Kit Cânula*. Ou seja, caso o produto *KIT GPS* fosse o “*kit cânula*” alegado pela defesa, a autuada o teria comercializado como tal. Sendo assim, impossível concordar com a suposição posta pela defesa;

c) produto “*Sistema Expansor para Ossos BMK10*” - faz uma breve descrição e afirma que se trata de um introdutor para cateter. Busca a descrição de introdutor de cateter em [www.biomedical.ind.br/desc\\_cateter\\_hemod\\_Peelaway\\_sv.asp](http://www.biomedical.ind.br/desc_cateter_hemod_Peelaway_sv.asp). Acrescenta uma fotografia do referido aparelho. Para este mesmo produto encontramos em <http://lifeximplantes.com.br/sem-categoria/sistema-expansor-osseo-inflavel-guardian> que o mesmo “*É um sistema composto por instrumentais, compressores e balões de alta resistência indicados para expansão de fraturas ou diferentes tipos lesões ósseas.*”. Este endereço eletrônico traz também, uma foto do produto, que reproduz.

Conclui que como visto, são produtos totalmente diferentes, cabendo ressaltar, ainda, que o multicitado Sistema Expansor para Ossos BMK10, não está no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, não existindo lá, também, qualquer produto que a ele se assemelhe, o que implica sua exclusão das hipóteses de isenção previstas no citado Convênio. Deste modo, aduz que só resta a fiscalização manter integralmente o lançamento ora combatido.

d) produto “*Splint Nasal / Cateter Curvo Splint Nasal*” – a defesa afirma que “*Esse produto, pertencente ao gênero cânula, consiste num kit de tubos em silicone com formato anatômico, utilizado no pós-operatório da cirurgia de correção de desvio de septo nasal.*”. Afirma que pesquisando o que é o produto em tela, diz encontrar em [www.volmed.com.br/portfolio/splint-nasal/](http://www.volmed.com.br/portfolio/splint-nasal/) que “*Consiste em um pequeno tubo de silicone que é posicionado junto ao septo nasal (dentro do nariz) ao final da cirurgia. A função do Splint nasal é garantir uma boa cicatrização do septo e do corneto operado, ele é removido...*”. Ilustra com figura do aparelho.

Já em [sartori.ind.br/perfil-produto/splint-nasal/41](http://sartori.ind.br/perfil-produto/splint-nasal/41), consta que “*O Splint Nasal é um produto médico especialmente projetado para ser usado na sustentação da cartilagem do septo nasal a fim de evitar a formação de edemas e hematomas depois da cirurgia, ...*”, sendo indicado “*... para uso do paciente depois da cirurgia de septo nasal.*”. No citado endereço eletrônico nos é informado, ainda, que o *splint nasal* é feito de silicone e “*... tem como finalidade a sustentação e reconstituição anatômica da cavidade nasal além da prevenção de aderências, sangramentos e sinéquias em procedimentos cirúrgicos de Otorrinolaringologia.*”, sendo o mesmo como mostrado conforme figura ilustrativa.

Como visto, sustenta que o *splint nasal* consiste de um único tubo e não de um conjunto de tubos, ou kit, como afirma a defesa. No endereço <http://www.razek.com.br/razek/Pagina.do?idSecao=20&idProduto=1940> nos é informado que o “*O Kit Cânula de Punção Razek tem por finalidade fornecer ao cirurgião os instrumentos para realizar a perfuração e auxiliar na condução de instrumentos por um trajeto previamente determinado pelo cirurgião em procedimentos cirúrgicos.*”, conforme figura ilustrativa que traz ao processo.

Conclui que o produto *splint nasal* jamais poderá ser tratado como *kit cânula*, até porque, tal produto consiste de um único tubo, e não de um conjunto de peças que se possa caracterizar como um kit. Lembra, mais uma vez, que a autuada ao vender o produto ora discutido, o descreveu como *splint nasal*, não trazendo nos documentos fiscais que emitiu qualquer indicação, mínima que seja, de que o produto ora discutido seja “*kit cânula*”.

Por fim, verifica que o produto em tela não está no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, não havendo também, no dito Anexo, qualquer produto que minimamente possa ser tomado por *Splint Nasal*, o que implica sua exclusão das hipóteses de isenção previstas no citado Convênio.

e) o produto “*Eletrodo Flexível*”, dizendo que o mesmo, tem NCM 9018.39.29. Consultando as aquisições do produto Eletro feitas pela autuada, diz chegar às operações de compras constantes do quadro que elabora. Mostra que como bem pode se ver no quadro, nenhum dos fornecedores, diferentemente da autuada, atribui ao produto eletrodo a NCM 9018.39.29.

Sendo assim, considerando que a NCM do eletrodo citado pela defesa não pode ter NCM 9018.39.29, não há como considera-lo sob o manto da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99. Por outro lado, tomando por base as aquisições de eletrodos feitas pela autuada, e considerando que o eletrodo ora discutido é Eletrodo Flexível, pode afirmar que o produto em tela se trata, na verdade, do produto Eletrodo Flexível Razek 315, vendido à atuada através da nota fiscal 34.940, cópia à fl.167, emitida pelo fabricante Razek Equipamentos Ltda, CNPJ 07.489.080/0001-30, e normalmente tributado. Ainda, quando a autuada vendeu produtos descritos como Eletrodo, ela o fez, assim os denominando, conforme podemos ver, dentre inúmeras outras, nas notas fiscais de números 5531, 5593, 6792, 4903, 4979. Caso o produto ora discutido fosse “*kit cânula*” a autuada teria, no mínimo, feito uma referência sobre o assunto no documento fiscal que emitiu ao vende-lo, cabendo também lembrar, que a dita autuada ao vender “*kit cânula*” sempre o fez, assim o denominando. Desse modo, diz que não há como acatar o que pede a defesa.

f) produto “*Equipo / Equipo Tipo L*”, afirmando ser o mesmo “*Kit cânula*”. A autuada adquiriu o “*Equipo Tipo L*” através, dentre outras, das notas fiscais de números 8718, 9780, 9903, 12552, que nos mostram estar o dito produto registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, <http://portal.anvisa.gov.br/>, sob o número 80777280044. Consultando a página da ANVISA na internet, encontra que o produto em tela é o “*Equipo para Artroscopia Setormed*”, conforme extrato à fl.167, sendo Setormed a sua fabricante. No endereço do citado fabricante na internet, [setormed.com.br](http://setormed.com.br), é informado que o *Equipo Tipo L* é utilizado para “*Aplicar líquido em uma articulação no diagnóstico e/ou procedimento cirúrgico.*”, conforme figura do aparelho apensada ao processo.

Aduz que em nenhum momento o fabricante do produto *Equipo Tipo L* refere-se ao mesmo, como “*kit cânula*”. Do mesmo modo, consultando o extrato da ANVISA, fl.168, para o produto em tela, lá vemos que o mesmo em “*Detalhes do Produto*” é descrito como *Equipo Para Artroscopia Setormed* e no campo “*Nome Técnico*” é denominado “*Equipos*”, não existindo qualquer observação de que o *Equipo Tipo L* possa ser tratado como “*kit cânula*”.

Ressalta, ainda, que pesquisando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 lá não encontramos qualquer produto que, minimamente, possa ser tomado por um *Equipo Tipo L*. Sendo assim, provado que *Equipo Tipo L* não é um “*kit cânula*”, bem como o dito EQUIPO, e considerando que a legislação que trate de outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, mantém o lançamento ora combatido em sua íntegra.

h) produto *Estimulador para Nervos Neuro-Pulse* – explica tratar-se de “*Eletrodo que sinaliza para o cirurgião onde estão as enervações, para evitar danos durante o ato cirúrgico.*”. Pesquisando o que venha a ser este produto, vem em <http://osteum.com.br/neuro-pulse/> que os “*... Neuro-Pulse foram projetados para identificar os nervos motores expostos, ao mesmo tempo em que reduzem a possibilidade de danos ou severidade acidental do nervo.*”, e que tais aparelhos são “*... autoalimentados são portáteis e operam com bateria. Ideal para aplicações de cabeça, pescoço, mão, plástico e facial.*”. Já na página da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, <http://portal.anvisa.gov.br/>, na internet, cópia à fl.169, o produto em tela no quadro “*Detalhes do Produto*”, campo “*Produto*”, é descrito como *Neuro-Pulse Estimulador de Nervos* e no campo “*Nome Técnico*” é denominado “*Estimulador Neuromuscular*”, não existindo qualquer observação que sugira uma descrição diferente.

Reitera que consultando o Anexo Único do citado Convênio ICMS 01/99, não encontra qualquer produto com NCM 9018.39.29 que possa ser tomado por eletrodo. Contudo, ao pesquisar no multicitado Anexo Único produtos descritos como *Eletrodo* encontra resultados conforme quadro que elabora, todos com NCM 9021.90.91, nenhum eletrodo ora discutido, com a NCM 9018.39.29 e, como visto anteriormente, é usado “...para identificar os nervos motores expostos, ao mesmo tempo em que reduzem a possibilidade de danos ou severidade acidental do nervo. ”, os eletrodos constantes do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 tem NCM 9021.90.91 e tem uso no músculo cardíaco. Portanto, não há como concordar com o pleito da defesa.

i) produto *Kit Atroplan de Agulhas* – a defesa diz ser “*Kit com cânulas descartáveis que permite ao cirurgião acessar a articulação temporomandibular, de forma minimamente invasiva.*”. O dito produto tem registro na ANVISA sob o número 10208610062, e lá consta que se trata de “*kit cânulas*, de sorte, que o excluirá do presente lançamento. As planilhas com os novos valores apurados estão à fl.173 a 191. Neste item a defesa conclui a discussão dos produtos que, alega, tem NCM 9018.39.29, e que estariam amparados pela isenção albergada no Convênio ICMS 01/99.

j) produto *Kit Descartável Subcondrop Joelho*, que segundo a autuada é “*Kit com cânulas descartáveis que permite ao cirurgião a determinadas localizações do joelho, para tratamento de joelho, no procedimento de subcondroplastia.*”. Analisa se assiste razão à autuada.

Diz que o produto ora discutido está registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, cópia às fl.170, sob o número 10243070056, e é descrito no quadro “Detalhes do Produto”, campo “Produto”, como *Kit Descartável para Subcondroplastia de Joelho* e no campo “Nome Técnico” é denominado “*Kit Cirúrgico*”, não existindo qualquer observação que sugira tratar-se o mesmo de “*Kit cânula*”, até porque, há de se convir, um “*Kit cânula*” deve ser formado por CÂNULAS, enquanto no *Kit Descartável para Subcondroplastia de Joelho*, temos itens como *Conector 3 Vias, 01 - Bisturi Descartável nº 11, 01 - Caneta Marcadora de pele, 01 - Régua, 05 - Injetores de enxerto de 1ml*, conforme pode ser visto no extrato obtido junto à ANVISA. Verifica, ainda, se no Anexo Único do multicitado Convênio ICMS 01/99 existe, com NCM 9018.39.29, algum produto médico que seja assemelhado a este produto. Constata, então, que lá não existe qualquer produto que possa ser tomado pelo ora discutido.

Ressalta, ainda, que a autuada ao vender “*kit cânula*” sempre o descreve como tal e, ao vender o produto ora discutido não fez, nos documentos fiscais, qualquer observação sobre ser o mesmo um kit cânula. Sendo assim, demonstrado que o *Kit Descartável para Subcondroplastia de Joelho* não pode ser tomado por *kit cânula*, e considerando que a legislação que trate de outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, como determina o art. 111 – II do CTN, discorda da tese da autuada.

### III – NCM nº 9018.90.10:

A defesa traz os produtos *Equipo Extensor Irrig e Aspir e Equipo Extensor Asp Ultra Son*. Inicialmente esclarece que o produto *Equipo Extensor Asp Ultra Son* não consta do presente lançamento, de sorte que se deterá na análise do produto *Equipo Extensor Irrig E Aspir*. Aduz que a defesa alega que o produto *Equipo Extensor E Irrigador Aspiração* é um *kit cânula*. Em seguida, diz que usou indevidamente a NCM 9018.90.10 quando comercializou o dito *Equipo Extensor e Irrigador Aspiração*, afirmando então que a NCM correta seria a 9018.39.29. Diante de tal alegação foi verificar como os fornecedores de tal produto o classificaram. Elaborou quadro contendo as aquisições do produto em tela feitas pela autuada. Demonstra que como visto, o fornecedor, contrariando o que afirma a autuada, classificou o produto em tela com a NCM 9018.19.80, de modo que não pode aceitar a alegação da defesa quanto à real NCM do *Equipo Extensor e Irrigador Aspiração*.

Quanto à alegação de que o produto em tela é *kit cânula*, cabe lembrar que a autuada o descreveu em suas operações de venda como *Equipo Extensor Irrig. e Aspir*, inexistindo nos documentos fiscais por ela então emitidos, qualquer menção indicando que o mesmo seria “*kit cânula*”. Ou

seja, caso o produto *Equipo Extensor e Irrigador Aspiração* fosse o *kit cânula* alegado pela defesa a autuada o teria comercializado como tal.

Por outro lado, o fornecedor da autuada, informa nos documentos fiscais, que o produto em tela está registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA sob o número 10252420063. Consultando este registro na página da ANVISA na internet, <http://portal.anvisa.gov.br/>, cópia à fl.171, vemos que o produto em análise é descrito no quadro “Detalhes do Produto”, campo “Produto”, como *Equipo Extensor Irrigador e Aspiração Embramed* e no campo “Nome Técnico” é denominado “*Equipos*”, não existindo qualquer observação que sugira tratar-se o mesmo de “*Kit cânula*”. Diz que apesar de já ter demonstrado que o produto *Equipo Extensor e Irrigador Aspiração* não pode ser tomado por “*kit cânula*”, foi verificar o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e, com a NCM 9018.39.29 indicada pela autuada, não encontrou qualquer produto que possa ser classificado como EQUIPO. Quanto à NCM 9018.19.80 indicada pelo fornecedor da autuada para o *Equipo Extensor e Irrigador Aspiração*, verifica que não consta do Anexo Único do multicitado Convênio ICMS 01/99. Deste modo, não pode acatar o que pleiteia a defesa.

#### IV - NCM nº 9018.90.99:

Como sempre, a defesa diz que “...houve equívoco por parte da empresa Autuada na emissão de alguns documentos fiscais, tendo sido indicada a referida NCM para produtos que estão albergados pela isenção, mas por outro código. ”. Em seguida passa a tratar dos produtos que julga serem isentos do ICMS, cuja análise faz a seguir.

a) “*Fios Guias* – a defesa diz que: *É um dispositivo cirúrgico metálico e descartável, destinado à aplicação de um implante e/ou de um instrumental. Esses fios são os fios implantáveis de Kirschner e de Steinmann*”, acrescentando em seguida que a NCM correta deste produto é a de número 9021.10.20. Estranha tal afirmativa da defesa, eis que a autuada quando comercializou o fio de Kirschner, conforme pode ser visto na nota fiscal de número 5536, o descreveu como Fio Osso Kirschner e não, simplesmente, como *Fio Guia*. Na verdade, conforme podemos ver à fl.26, o fio que consta do presente lançamento é o *Fio Guia Calibrado 1.0 X 1.50*, que foi adquirido pela autuada nas operações constantes do quadro que elabora.

Como visto, diz que a NCM atribuída pelo fornecedor da autuada para o produto ora discutido é realmente a 9018.90.99, e não a NCM 9021.10.20 como alega a defesa. Além de tudo, o citado fornecedor tributa normalmente as operações com o citado fio guia. Do mesmo modo procedeu a autuada ao efetuar várias de suas operações de venda, conforme quadro que elabora. Ou seja, mostra que tanto a autuada, como seu fornecedor trataram o produto Fio Guia Calibrado 1.0X150 como tendo NCM 9018.90.99 e, exceto por uma operação efetuada pela autuada, o tributaram normalmente. Diz verificar o que são os *Fios Guia*, bem como, o que são os *fios de Kirschner e de Steinmann*, em <http://eptca.com/fio-guia/> informa que “*O fio guia é indicado para procedimentos que necessitem guiar um cateter pelo sistema vascular, permitindo que seja direcionado, trocado e deslizado sobre a guia até o local desejado. Já em http://www.ortocir.com.br/produto/fio-de-kirschner/ é dito que os fios de kirschner “...estão disponíveis em aço e titânio, sendo utilizados para a fixação óssea definitiva e/ou temporária. ”, e em http://www.sartori.ind.br/instrucao\_uso/bulas/80083650038%20Rev.00.pdf as “Indicações Específicas de Fio de Kirschner...” São para “... a fixação de fraturas. Como visto, conclui que contrariando frontalmente o que argui a defesa, Fio Guia tem descrição e uso bem diverso daqueles dados aos fios de Kirschner e de Steinmann.*

Em consulta ao Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 para verificar se lá estão produtos descritos como fio guia, com a NCM 9018.90.99, ou, como quer a defesa, com a NCM 9021.10.20. Como esperado, no citado Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 não consta nenhum produto que tenha por nome fio guia, o que, mais uma vez, confirma a correção do lançamento ora combatido.

Deste modo, tendo provado que o *Fio Guia* constante do presente lançamento não está ao abrigo da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, estando, assim, sujeito à tributação normal pelo



ICMS, bem como tendo demonstrado que tal *Fio Guia* não é *fio de Kirschner ou de Steinmann* e, considerando ainda, que devemos interpretar literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, conforme manda o Código Tributário Nacional, só resta a esta fiscalização manter o lançamento ora discutidos em seu inteiro teor.

**b)** a autuada repete dois itens da parte II – NCM 9018.39.29, fls.28 a 62, a saber: item “a” - *Equipo de Irrigação*, e item “f” - *Equipo Tipo L*. Diz que, anteriormente, analisou os citados itens, provando estarem os mesmos sujeitos à tributação normal pelo ICMS.

**c)** O produto aqui apresentado pela autuada é a *HIDROXIAPATITA*. Este mesmo produto foi trazido pela autuada como o item “c” da parte I – NCM 3006.40.20, fls.53 a 58. Já analisado e provado que este produto é tributado normalmente pelo ICMS.

**d)** o produto *Graftys BCP*, sendo que tal produto é o mesmo que já foi detalhadamente discutido por esta fiscalização. Provado ser o produto em tela tributado normalmente pelo ICMS.

**e)** o *Espaçador Coflex*, a defesa diz ser “*Dispositivo cirúrgico implantável, cujo objetivo é reposicionar vértebras da coluna danificadas por lesões traumáticas ou patológicas. NCM correta 9021.10.20.*”. Verifica as alegações da autuada constata que os seus fornecedores lhe venderam o citado produto com a NCM 9018.90.99. Constata, ainda, que em todas as operações de venda que fez do *Espaçador Coflex* a autuada também utilizou a NCM 9018.90.99, tendo inclusive tributado normalmente algumas destas operações conforme mostrado quadro que elabora.

Após as constatações referidas, verifica no Convênio ICMS 01/99 se o *Espaçador Coflex* está entre os produtos com a NCM 9018.90.99. No Anexo Único do citado Convênio, com a NCM 9018.90.99, encontra apenas os produtos que lista. Aduz que como visto, os produtos listados jamais poderão ser tomados pelo *Espaçador Coflex* aqui discutido. Sendo assim, por tudo quanto acima discutido, só resta a fiscalização manter o lançamento ora discutidos em seu inteiro teor.

**f)** o produto *Lâmina Razek Mini-* a autuada apenas informa que o produto em tela é “*Lâmina cortante descartável, que tem a função de cortar tecido rígido de uma forma geral (mão, joelho, ombro etc.)*”, deixando de trazer qualquer justificativa que ampare a pleiteada isenção. Buscando mais informações sobre o produto em tela, verifica em [razek.com.br](http://razek.com.br) que a *LÂMINA RAZEK* “... *tem a função de realizar cortes com precisão em procedimentos cirúrgicos em geral*”, e que está registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA sob o número 80356130145. Consultando este registro na página da ANVISA na internet, <http://portal.anvisa.gov.br/>, cópia à fl.172, vemos que o produto em análise é descrito no quadro “Detalhes do Produto”, campo “Produto”, como *Lâmina Para Bisturi Razek* e no campo “Nome Técnico” é denominado “*Laminas de Bisturi Descartáveis*”.

Consultando o Convênio ICMS 01/99, não encontra no seu Anexo Único, com a NCM 9018.90.99, qualquer produto que, minimamente, possa ser tomado por uma *Lâmina*. Sendo assim, resta discordar da tese da autuada.

**g)** A defesa finda a discussão dos produtos a que atribuiu a NCM 9018.90.99. Aqui, a defesa diz que o produto *Rhinocell Nasal* é uma espécie de *hemostático que é introduzido após procedimento cirúrgico, com o objetivo de controlar sangramento. NCM correta 3006.10.90.*”. Consultando o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, encontramos a mercadoria, NCM 3006.10.90 - Hemostático (base celulose ou colágeno).

Descreve o que são os hemostáticos, conforme página na internet, [rmmg.org/artigo/detalhes/413](http://rmmg.org/artigo/detalhes/413). Frisa que após os esclarecimentos sobre os vários tipos de hemostáticos, resta classificar o produto *Rhinocell Nasal* ora discutido. Em [www.primesurgery.com.br/](http://www.primesurgery.com.br/), de modo bem diferente do que afirma a defesa, nos é informado que “*Rhinocell Nasal é utilizado para imobilizar o septo nasal e minimizar o risco de aderência entre o septo e a parede nasal lateral após septoplastia e septorrinoplastia.*”. Nos é dito, também, que o produto em tela é feito de “*silicone*”.

Com base no explanado afirma que o *Rhinocell Nasal* não pode, como quer fazer crer a defesa, ser confundido com o Hemostático (base celulose ou colágeno), item 5 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, eis que o dito *Rhinocell Nasal* é confeccionado em silicone, ou seja, não contém celulose ou colágeno, além de não ser hemostático.

Deste modo, provado que a *Rhinocell Nasal* não é o Hemostático (base celulose ou colágeno) constante do item 5 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e considerando o imperativo de se interpretar literalmente legislação que trate de outorga de isenção, conforme vemos no artigo 111 do Código tributário Nacional – CTN, não há como esta fiscalização concordar com o pleito da defesa.

**V - NCM nº 3006.10.90:**

Aduz que neste item, a defesa inicia transcrevendo o que a Tabela do Sistema Harmonizado e nos informa sobre a NCM acima referida, afirmando constar no Convênio ICMS 01/99. Seguindo, e repetindo o que asseverou anteriormente para outros produtos, a defesa diz que “...*houve equívoco por parte da empresa Autuada na emissão de alguns documentos fiscais, tendo sido indicada a referida NCM para produtos que estão albergados pela isenção, mas com outro código.*”. Em seguida passa a tratar dos produtos que julga serem isentos do ICMS, cuja análise faz a seguir.

a) o produto *Orthogen Bloco-Enxerto Ósseo Baumer*, afirmando ser o mesmo “*Substituto ósseo sintético, do gênero cimento cirúrgico. NCM correta 3006.40.20.*”. Esclarece que consultando as notas fiscais de aquisição, e de venda, do produto em tela, constatamos que tanto os fornecedores da autuada, quanto ela própria, sempre lhe atribuíram a NCM 3006.10.90. Esse produto está registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA sob o número 10345500098, como pode ser visto na nota fiscal de entrada 139862, e é fabricado pela empresa Baumer S/A – Brasil. Em [www.dentalcremer.com.br](http://www.dentalcremer.com.br) somos informados que o *Orthogen Bloco-Enxerto Ósseo Baumer* trata-se de “*Enxerto Ósseo Bovino Mineralizado*” e que é indicado para “...*perdas ósseas extensas ou localizadas com a indicação de reconstrução por meio de substitutos ósseos em bloco.*”. Já no endereço [www.suryadental.com.br/enxerto-osseo-bovino-orthogen](http://www.suryadental.com.br/enxerto-osseo-bovino-orthogen) está posto que o produto *Orthogen Bloco-Enxerto Ósseo Baumer* é disponibilizado em embalagens contendo uma unidade, podendo os blocos ter as medidas de 05 x 15 x 15 mm, 08 x 20 x 20 mm, 08 x 20 x 30 mm, 10 x 20 x 20 mm e 10 x 20 x 30 mm. Neste mesmo endereço nos é informado também, que o multicitado produto é indicado para “*Procedimentos cirúrgicos com perdas ósseas extensas ou localizadas, com a indicação de reconstrução por meio de enxertos ou substitutos ósseos estruturais...*”. Já no endereço da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA na internet, encontramos que o produto registrado sob o número 10345500098, é descrito em “Detalhes do Produto” como *Enxerto Ósseo Baumer – Integral* e no campo “Nome Técnico” é denominado *Enxerto para Ossos e Dispositivos Associados*, conforme mostrado no extrato denominado “*DetProd-Enxerto Ósseo Baumer-Integral*” gravado no CD à fl.192. A alegação da defesa é que o produto *Orthogen Bloco-Enxerto Ósseo Baumer* é “*Substituto ósseo sintético*”, enquanto nos vários endereços acima referidos encontramos que o dito produto é originado de osso bovino. Também, no mesmo sentido, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA que o produto ora discutido é “*um produto natural, de origem bovina*”, conforme consta do extrato denominado “*DetProd-Enxerto Ósseo Baumer-Integral- Ins.Uso*” gravado no CD à fl.192. A outra alegação da defesa é que o *Orthogen Bloco-Enxerto Ósseo Baumer* seria o cimento cirúrgico que consta do Anexo Único do Convênio 01/99 com a NCM 3006.40.20. Este cimento cirúrgico, como disse a própria autuada à fl.54, Como visto, não há qualquer semelhança entre o “*Cimento ortopédico (dose 40g)*”, que está no item 09 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e o *Orthogen Bloco-Enxerto Ósseo Baumer*. Sendo assim, não pode esta fiscalização acatar o que expôs a defesa.

b) produto “*Selante Cirúrgico Glubran*”. Diz a autuada que tal produto é “*Material adesivo utilizado em tecidos sensíveis a sutura mecânica.*”. O produto em tela tem Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM 3006.10.90. A defesa alega que o mesmo está amparado pela isenção prevista

no Convênio ICMS 01/99. Consultando o Anexo Único do Convênio citado, para a NCM 3006.10.90 tem os produtos que descreve, *telas inorgânicas*.

Como o produto em análise não se trata de *Telas*, certamente a defesa o considera como sendo o *Hemostático (base celulose ou colágeno)*. Descreve o que seja os hemostáticos. Feitos os esclarecimentos sobre os vários tipos de hemostáticos, descreve como se classifica este produto. Com base no explanado, diz que a *Selante Cirúrgico Glubran*, apesar de ter ação hemostática, é, na verdade, “*cola cirúrgica sintética de base cianoacrilica*”, não contendo colágeno ou celulose, classificado como pertencente a uma terceira categoria de hemostáticos. Ou seja, frisa que o produto em tela não pode ser confundido com aquele constante do item 5 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, que é o Hemostático (base celulose ou colágeno), que, como mostrado, é hemostático classificado como passivo ou mecânico.

Deste modo, provado que a *Selante Cirúrgico Glubran* não é o *Hemostático (base celulose ou colágeno)* constante do item 5 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, não há como a fiscalização concordar com o pleito da defesa.

c) Concluindo a discussão sobre os produtos constantes do presente Auto de Infração, a defesa traz suas considerações sobre o “*Esponja Surgidry*”. Afirmar que tal produto é “*Material hemostático à base de colágeno purificado*”. A análise do que alega a autuada mostrou que lhe assiste razão, de modo que excluirá o produto em tela da presente apuração. As planilhas com os novos valores apurados estão às fls.173 a 191.

Concluída a análise da defesa, denominada “*Os Créditos Decorrentes das Operações Anteriores*”. Neste ponto, ciente da fragilidade da argumentação que apresentou, a defesa diz que caso “*...se entenda que algum valor é devido pela empresa Autuada, fará ela jus ao crédito fiscal decorrente das operações anteriores, por força do primado da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal*”. Lembra à defendente que o uso extemporâneo de crédito fiscal deverá ser feito como determinado no artigo 315 do Regulamento do ICMS/Bahia. Comenta que foi requerido ainda que as intimações sejam também dirigidas “*...ao patrono do sujeito passivo*” e, sem apresentar novos fatos ou fundamentos capazes de sustentar suas demandas, a defesa pede a nulidade da autuação ou que se julgue o presente Auto de Infração improcedente.

Por tudo quanto exposto na Informação Fiscal, ressalvado o ajuste realizado, diz que restou provado não existir na defesa apresentada fatos ou fundamentos de direito, capazes de elidir os lançamentos efetuados, de modo que, pede, sejam estes lançamentos julgados procedentes.

Cabe registrar, a presença do patrono do autuado, Dr. Fábio de Andrade Moura, OAB nº 18.376, que realizou a sustentação oral.

## VOTO

Preliminarmente, o defendente alegou, que o preposto fiscal deixou de detalhar na acusação, o motivo pelo qual considerou que as operações realizadas como isentas, na verdade, estariam dentro do âmbito de incidência do ICMS devido ao Estado da Bahia. Disse que sem essas informações, toda a defesa apresentada pelo sujeito passivo, em seu mérito, partirá de especulações. Acrescentou que sem uma descrição detalhada dos motivos que ensejaram a autuação, impossível para a Autuada defender-se. Arguiu que uma vez caracterizada a fragilidade da acusação, pela falta de motivação, o que igualmente caracteriza cerceamento ao direito de defesa, requer seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração.

Analisando os elementos que compõem o presente processo, verifico que tais alegações não procedem. Não vislumbro qualquer defeito quanto as formalidades a serem seguidas para lavratura do Auto de Infração que caracterizam sua legitimidade, pois verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes,

demonstrativos entregues ao autuado, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento, em absoluta consonância com o estabelecido no art. 39 do RPAF/99.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando dados concretos da planilha que sustenta a autuação e afirmando que não concorda com o levantamento fiscal. O defendente tomou conhecimento do lançamento efetuado, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas na impugnação.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade suscitada, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante a Lei nº 7014/96 e o RICMS/2012.

Assim, constato que não se encontram no presente processo, os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente processo exige ICMS do Autuado, sob acusação de falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis, como não tributáveis regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos, que o Autuado deu saídas nas mercadorias como se fossem isentas, sem o destaque no documento fiscal, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. (Infração 002.001.003).

O defendente alegou que a acusação fiscal não se sustenta, visto que as operações isentas por ele realizadas, decorrem da incidência das normas contidas no Convênio ICMS 01/99, que estabelece hipóteses de isenção em operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde.

Sobre a matéria, observo que estas operações são reguladas pelas disposições do Convênio ICMS 01/99, que para melhor esclarecimento reproduzo, *in verbis*:

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

*Cláusula segunda - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir o estorno de crédito fiscal de que trata o artigo 21 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.*

*Cláusula terceira - A fruição do benefício previsto neste convênio fica condicionada ao estabelecimento de isenção ou alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados ou do Imposto de Importação, para os equipamentos e acessórios indicados no anexo.*

Observo que o autuado não questiona aspectos numéricos da apuração do imposto lançado. Em toda a sua defesa, não é indicado qualquer erro de cálculo, duplicidade de lançamento ou outro eventual equívoco na quantificação do imposto. Propugna, porém, pela improcedência da autuação, sob o argumento de que as operações relacionadas na autuação não são tributáveis, pois gozam da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99.

Dessa forma, conforme reproduzida acima, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 01/99 prevê que ficam isentas da incidência do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no seu Anexo Único. Por sua vez, o art. 111, II, do CTN determina que será interpretada literalmente a legislação tributária que disponha sobre a outorga de isenção.

Em sua defesa, em apertada síntese, o autuado afirmou que todas as operações em comento se referem a equipamentos e insumos previstos no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99. Disse que as NCMs desses equipamentos e insumos estão relacionadas no citado Anexo Único, porém o

mesmo não ocorre com a descrição deles. Sustentou que a isenção em comento deve ser interpretada considerando a finalidade da norma, que é reduzir o custo com os tratamentos que envolvam esses produtos. Ressaltou que os equipamentos e insumos em tela são de idêntica natureza, gênero e têm a mesma destinação daqueles previstos no multicitado Anexo Único.

No caso da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, que trata das operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, o posicionamento assente neste Conselho de Fazenda é que a aplicação desse benefício exige a perfeita adequação desses equipamentos e insumos à NCM e à descrição constante da norma que outorga a isenção. Portanto, a interpretação da norma será literal, de forma que haja coincidência de NCM e de descrição do produto. Efetivamente, a interpretação literal da legislação que outorga isenção, em algumas situações específicas, poderá utilizar outros elementos interpretativos que venham a possibilitar a aplicação mais equilibrada da norma. Contudo, no caso concreto em análise, os produtos beneficiados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99 são apenas aqueles discriminados no Anexo Único do citado Convênio, sendo que para a fruição dessa isenção é necessário que a NCM e a descrição desses produtos coincidam com os relacionados no Anexo Único.

Nesse cenário, a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no Parecer nº 28751/2013, de 13 de novembro de 2013, ao responder consulta formulada por outro contribuinte, assim se pronunciou sobre a matéria: [...] *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 também é aplicado à isenção de que trata o RICMS-BA/12, art. 264, Inciso XXIV. Registre-se que a aplicação do benefício ora sob exame a determinada mercadoria pressupõe, necessariamente, a sua adequação à NCM e à descrição constante da norma respectiva. Na ausência desta adequação, prevalece a tributação normal incidente sobre a operação. Realizado o cotejo das mercadorias relacionadas na petição, acima referidas, classificadas nas posições da NCM 9018.39.29 e 9018.90.99, com o rol dos produtos albergados pelo benefício em tela, constante no anexo único do Convênio ICMS 01/99, constata-se que, conquanto estejam classificadas nas mesmas posições da NCM, as descrições apresentadas pela Consulente não correspondem àquelas contidas no referido anexo único, o que afasta a aplicabilidade da isenção em tela. Dessa forma, conclui-se que as operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, acima descritos, não estão alcançados pela isenção disciplinada no Convênio ICMS 01/99, devendo sofrer tributação normal.* [...]

Dessa forma, não basta que haja coincidência de NCM, pois também é necessário que exista coincidência na descrição dos produtos. Tomando por base a descrição dos produtos feitos pelo próprio autuado em sua defesa, a fiscalização considerou que os seguintes produtos não gozam do benefício isencional descritos literalmente no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, portanto devem ser tributados normalmente. São eles: *Enxerto 1.71 Mm 5 G, Enxerto Granulado Procell 10g, Enxerto Granulado Procell 5g, Enxerto Osseo Procell Bloco, Graftys BCP BAST 5X5X20 2und, Graftys BCP Enxerto Cunha, Graftys BCP Enxerto Osseo, Graftys BCP Enxerto Osseo, Graftys BCP Grânulos 10g, Graftys BCP Grânulos 5 1/2, Graftys HBS Enxerto Osseo 5cc, Graftys HBS Enxerto Osseo 8cc, Graftys HBS Enxerto b Osseo 8cc, Graftys HBS Enxerto b Osseo 5cc.*

Nas razões defensivas o próprio Autuado declarou, que nas operações ora discutidas atende a primeira hipótese para usufruir da isenção do Convênio ICMS 01/99, visto que todos esses produtos estão indicados na Tabela do IPI como submetidos à alíquota zero. Afirmar ser inegável que a NCM nº 3006.40.20 encontra-se inserida no Anexo Único do mencionado Convênio, restando apenas o questionamento se, a despeito da descrição lançada nos documentos fiscais, os produtos listados são aqueles do Anexo Único. Em outras palavras, o defendente reconhece que embora algumas notas fiscais tenham coincidência no código da NCM, a descrição da mercadoria é dissonante daquelas descritas pelo Anexo do Convênio.

Nessa linha de entendimento, essas divergências na descrição e até mesmo na função dos equipamentos e insumos estão sobejamente demonstradas pelos Autuantes na informação fiscal, no seu “estudo comparativo”. Nesse ponto, saliento que a fiscalização realizou um estudo comparativo minucioso e detalhado da composição, descrição, finalidade das mercadorias alvo da autuação, com auxílio de documentos coletados na *Internet*, em *sites* oficiais e das empresas fornecedoras das mercadorias arroladas nos demonstrativos e em documentos fiscais que se encontram acostados ao processo. Os documentos obtidos na *Internet* apenas visam a auxiliar a formação do convencimento dos julgadores.

Reitero que o entendimento do Conselho de Fazenda é de que para que os produtos sejam considerados isentos e enquadrados no Convênio ICMS 01/99, é necessário que exista uma perfeita correlação entre a NCM e a descrição do produto constante no seu Anexo Único, o que não ocorreu no presente caso.

Por fim, foram citados alguns julgamentos do Conselho onde se acatou a tese finalística defendida pelo Autuado. Devo, contudo, observar que a tese prevalente no âmbito deste Conselho, é a jurisprudência apontando que é preciso haver, não apenas correspondência quanto ao número da NCM, mas ao menos razoável grau de correspondência com a descrição e função. Se porventura o legislador quisesse que todas as mercadorias das NCM que constam neste processo tivessem o benefício fiscal, não precisaria se dar ao trabalho de elaborar mais de uma centena de itens com sua descrição, mas apenas citar algumas nomenclaturas. Ademais, a jurisprudência citada na defesa trata de situações que não se ajustam com perfeição ao caso concreto em análise, além de as decisões a que fez alusão o defendente, não vincularem o presente julgamento.

Em face ao exposto, restou demonstrado que os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviço de saúde, apesar de algumas operações possuírem NCMs idênticas às constantes no Anexo Único do Conv. ICMS 01/99, apresentavam descrições que divergiam das constantes na norma que concedia a isenção. Dessa forma, os produtos relacionados na autuação são tributáveis normalmente e, portanto, a infração imputada ao autuado subsiste parcialmente, com as exclusões realizadas pelos Autuantes em sede de informação fiscal, nos termos do demonstrativo ajustado fls. 173 a 191, o valor remanesce em R\$ 629.292,07.

Por fim, ressalto que a matéria em análise, já foi objeto de reiteradas decisões deste Conselho de Fazenda e, como exemplo, cito o Acórdão CJF Nº 0377-12/19, que manteve inalterada a decisão de primeira instância que julgou procedente Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em razão de idêntica infração.

O defendente alegou ainda, que caso se entenda que algum valor é devido pela empresa, fará ela *jus* ao crédito fiscal decorrente das operações anteriores, por força do primado da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Sobre este pleito do defendente, observo da impossibilidade de atende-lo nesta fase processual. Além disso, pela falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, são devidos os acréscimos tributários, o que não seria pago pelo defendente se feita a compensação nesta fase, e na forma pretendida pela defesa, inexistindo previsão legal para que, nesta situação, não sejam cobrados os acréscimos moratórios e multa.

No caso em exame, conforme ponderou acertadamente um dos Autuantes em sede de informação fiscal, o defendente poderá requerer a escrituração extemporânea dos créditos fiscais e sua utilização, devendo observar os procedimentos estabelecidos no art. 315 do RICMS/BA.

O defendente requereu também, que todas as intimações e notificações relativas ao presente PAF sejam direcionadas ao seu advogado, no endereço indicado nas razões de defesa. No que diz respeito à solicitação do autuado, no sentido de que as intimações relativas ao presente feito sejam encaminhadas ao endereço do seu patrono indicado na peça defensiva, informo que nada impede que o mesmo seja atendido, entretanto, ressalto que as intimações decorrentes de

processo administrativo fiscal se processam em conformidade com o que dispõe o art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, portanto, seu eventual não atendimento, não é causa de nulidade processual. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

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

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298945.0014/20-7**, lavrado contra **EMO – COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 629.292,07**, acrescido da multa de 60%, prevista alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR