

PROCESSO	- A. I. Nº 298945.0014/20-7
RECORRENTE	- EMO – COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICOS EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0132-03/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/04/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0087-12/23-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, conforme texto vigente à época dos exercícios fiscalizados. Não comprovada a isenção. Ajuste realizado pelos Autuantes em sede de informação fiscal ante argumentos e provas defensivas apresentados, reduziu o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente caracterizada. Não acatada a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/12/2020, em razão da seguinte irregularidade:

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 2016 e 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 641.874,84, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0132-03/22-VD (fls. 197 a 219), com base no voto a seguir transcrito:

“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.

Analizando 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 comprehensível, 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 defensor 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, específica, 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 isACIONAL 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. Afirma 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 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 N° 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.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 229 a 256), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual informou que atua há mais de 15 (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 Órgão Públicos, inclusive os fazendários, tendo recebido o Auto de Infração com preocupação, pelo valor e pela tese envolvida, que considerou indevida a fruição do benefício isencional que utiliza com espeque nas normas do Convênio ICMS 01/99.

Explicou que o referido Convênio tem o objetivo de conceder isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, levando 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 e os preços altos de todo e qualquer equipamento e insumo destinado à utilização na área de saúde, bem como a contenção dos aumentos abusivos desejados pelas operadoras de planos de saúde privados, já que menores custos dos procedimentos impactam diretamente na taxa de sinistralidade que, por sua vez, é o dado utilizado para majorar as mensalidades dos planos individuais e coletivos.

Entendeu ser imprescindível que o Convênio seja lido sob a ótica da seletividade do ICMS, previsto no Art. 155, § 2º, III da CF/88, de modo a atingir a verdadeira intenção do legislador, que não foi obstar a utilização de novas tecnologias em benefício dos consumidores em virtude de formalismos contrários aos propósitos da renúncia fiscal promovida pela referida norma.

Asseverou 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, que apenas quis ressalvar ilações ampliativas, com o objetivo de evitar estender os benefícios fiscais a hipóteses não contempladas na lei, conforme posicionamento já exposto na Doutrina de Hugo de Brito Machado e em Decisões do TJ/BA, do STJ e deste CONSEF, no Acórdão CJF nº 0230-12/12, por unanimidade, contando com chancela de parecer da PGE.

Aduziu que os julgados prolatados pelo TJ/BA se aplicam perfeitamente ao caso concreto, havendo clara orientação no sentido que a adequação do NCM do produto comercializado é suficiente para a fruição dos benefícios do Convênio ICMS 01/99, tendo a Decisão recorrida negligenciado totalmente a análise do produto em si e sua efetiva aplicação e finalidade, se baseando apenas em informações dos Autuantes extraídas da rede mundial de computadores.

Leccionou que o Convênio ICMS 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, estabelecendo 2 (dois) regramentos básicos: os equipamentos e insumos devem possuir isenção ou alíquota zero do IPI ou do Imposto de Importação e estar relacionados no seu Anexo Único.

Acrescentou que todos os códigos NCM indicados no Convênio já estão amparados por isenção de IPI e que o gozo do benefício não está atrelado à descrição que foi lançada pelo contribuinte no documento fiscal, sendo suficiente que a NCM esteja corretamente enquadrada no Convênio e o material seja utilizado em prestação de serviços de saúde, consoante os seguintes códigos NCM:

1. NCM 3006.40.20 (item 9 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, com a descrição *cimento ortopédico (dose 40 g)*) - todos os produtos abaixo relacionados, exigidos na autuação, são enquadrados no gênero cimento ortopédico, desempenhando as mesmas funções características desse material, conforme descrição da ANVISA:
 - 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 tíbia, entre outras.

- b) GRAFTYS HBS:** do gênero cimento ortopédico, esse produto, composto de Fosfato de Cálcio e 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), tem indicação para preenchimento ósseo de cavidades, fraturas com perda óssea, artrodese vertebral, pseudoartrodese, artroplastia e odontologia em geral, sendo apresentado em seringa de câmara dupla.
- 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 parendodônticas, recobrimento de espiras expostas, dentre outros.

Assinalou que algumas operações com essa mercadoria foram equivocadamente atrelada ao NCM 9018.90.99, o que consiste em mero erro material, sem interferir na incidência da norma isentiva.

- 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, sendo que sua composição produz um substrato de grande semelhança com as diversas formas de matrizes minerais ósseas humanas.

Registrado que todos os produtos GRAFTYS são importados pela empresa LAS - LATIM AMERICAN SOLUTIONS IMP EXP LTDA., cuja Guia emitida pelo Estado de São Paulo concedendo-lhe a liberação da mercadoria sem o pagamento de ICMS, teve por base o Convênio ICMS nº 01/99.

Disse que a Decisão recorrida, que acompanhou a informação prestada pelos Autuantes, de forma bem simplória, considerou que tais produtos não se adequam à definição de cimento ortopédico da ANVISA, ou seja, um produto “geralmente feito de metacrilato de metilom polimetacrilato de metilo (PMMA), ésteres de ácido metacrílico ou copolímeros contendo polimetacrilato de metilo e poliestireno”, mas esta descrição não exclui a possibilidade de se ter um produto da mesma espécie com composição distinta.

2. NCM 9018.39.29 (itens 18 a 42 do Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99, com diversas descrições como *cateter, conjunto de cateter, conjunto para autotransfusão, guia, dilatador, introdutor, cânula, kit cânula, dreno e sistema de drenagem*) - todos os produtos abaixo relacionados, exigidos na autuação, tem as seguintes descrições e funções:

- 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:** compõe o kit de cifoplastia, que é um procedimento ambulatorial usado para tratar fraturas por compressão dolorosa na coluna vertebral, também chamado cifoplastia com balão, realizado com a injeção de cimento acrílico ortopédico (polimetilmetacrilato, ou PMMA) no interior da vértebra. É o introdutor para cateter utilizado no referido procedimento, que permite se chegar ao local desejado pelo cirurgião, onde é inserido um balão para dentro do osso por meio de uma agulha, que é inflado, para recuperar a altura das vértebras e, com a coluna na posição correta, é colocado cimento ortopédico dentro da vértebra.
- d. SPLINT NASAL / CATETER CURVO SPLINT NASAL:** 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 qual é inserido nas narinas por período

determinado pelo cirurgião, sendo, posteriormente, descartado.

- e. ELETRODO FLEXÍVEL: *kit* de cânulas eletro-cirúrgicas, 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 temporo-mandibular, de forma minimamente invasiva.
 - i. KIT DESCARTÁVEL SUBCONDROP JOELHO: *kit* com cânulas descartáveis que permite ao cirurgião acesso a determinadas localizações do joelho, no procedimento de subcondroplastia.
3. NCM 9018.90.10 (itens 56 a 59 do Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99, com diversas descrições como *oxigenador de bolha*, *oxigenador de membrana*, *hemoconcentrador* e *reservatório para cardioplegia*) – não foram consideradas isentas as operações com os produtos EQUIPO EXTENSOR IRRIG E ASPIR e EQUIPO EXTENSOR ASP ULTRA SON, 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, tendo se equivocado ao indicar a NCM, sendo correta a NCM 9018.39.29.
4. NCM 9018.90.99 (itens 52 a 55 do Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99, com diversas descrições como *bolsa para drenagem*, *linhas arteriais* e *conjuntos descartáveis de circulação assistida e de balão intra-aórtico*) – não foram consideradas isentas as operações com os seguintes produtos, tendo se equivocado ao indicar a NCM, isentos por outros códigos NCM:
- a. FIOS GUIAS: dispositivo cirúrgico metálico e descartável, destinado à aplicação de um implante e/ou de um instrumental, são os fios implantáveis de Kirschner e de Steinmann, indicados para aplicação em inúmeras cirurgias ortopédicas para fixação de fraturas (fêmur, tíbia, fíbula, úmero, rádio, ulna, clavícula, calcaneo, etc.) ou utilizados como fio guia para auxiliar na instrumentação cirúrgica, sendo correta a NCM 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, sendo correta a NCM 9018.39.29.
 - c. HIDROXIAPATITA: 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, sendo correta a NCM 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 tibia, entre outras, sendo correta a NCM 3006.40.20.
 - e. ESPAÇADOR COFLEX: dispositivo cirúrgico implantável, cujo objetivo é reposicionar vértebras da coluna danificadas por lesões traumáticas ou patológicas, sendo correta a NCM 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: espécie de hemostático, que é introduzido após procedimento cirúrgico, com o objetivo de controlar sangramento, sendo correta a NCM 3006.10.90.
5. NCM 3006.10.90 (itens 5 a 7 do Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99, com diversas descrições como *hemostático (base celulose ou colágeno)* e *tela inorgânica*) – não foram consideradas isentas as operações com os seguintes produtos, tendo se equivocado ao indicar a NCM, isentos por outros códigos NCM:
- ORTHOGEN BLOCO-ENXERTO ÓSSEO BAUMER: substituto ósseo sintético, do gênero cimento cirúrgico, sendo correta a NCM 3006.40.20.
 - SELANTE CIRÚRGICO GLUBRAN: material adesivo utilizado em tecidos sensíveis a sutura mecânica.
 - ESPONJA SURGIDRY: material hemostático à base de colágeno purificado.

Ressaltou ser nítido que tais produtos estão albergados pela norma isentiva do Convênio, inexistindo nos autos qualquer elemento técnico que demonstre o contrário, a não ser meras especulações, conjecturas e opinativos dos Autuantes, que não detêm habilitação para proferir assertivas em torno do assunto.

Alegou que ainda que algum valor seja entendido como devido, deverão ser imediatamente apurados os créditos que lhe competem, disponibilizando-se, desde já, a apresentar os documentos fiscais e contábeis necessários para apuração dos valores devidos, sendo que esse direito ao crédito, além de possuir fundamento constitucional, visa a evitar a cobrança em duplicidade do imposto pelo Estado da Bahia.

Sustentou que, no caso das operações de aquisição internas, a cobrança do imposto integral não impede que o Estado da Bahia constitua crédito fiscal também contra o remetente das mercadorias, que igualmente deu às operações tratamento de isenção, configurando *bis in idem*, e 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 bi-tributação.

Afirmou que o fundamento da Decisão recorrida para rejeitar o seu pleito é revelador: “*o direito ao crédito não pode ser reconhecido, pois a intenção do Estado da Bahia é, de fato, majorar o lançamento de ofício, com a imposição de multas e demais encargos*”.

Requeru o provimento do Recurso interposto para julgar improcedente o Auto de Infração e que os atos processuais de intimação sejam dirigidos, também, ao seu patrono, 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 seu direito de defesa.

Protestou por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a juntada posterior de documentos e a realização de perícia, acaso surjam dúvidas a respeito das informações técnicas apresentadas nesta defesa, colocando-se à disposição para fornecer qualquer outro documento imprescindível ao deslinde do presente Auto de Infração, caso seja entendido como necessário.

Registro a presença do advogado do Autuado, que efetuou a sustentação oral, Sr. Fábio de Andrade Moura, OAB/BA nº 18.376.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa pela falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Preliminarmente, antes da leitura do voto, apesar do Autuado não ter questionado a nulidade da autuação em seu Recurso Voluntário, de ofício, o Conselheiro Henrique Silva de Oliveira propôs

que fosse levada a votação a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, sob o argumento que o demonstrativo dificultava o pleno desenvolvimento da Defesa do Autuado.

Verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

O lançamento foi efetuado de forma compreensível, indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Ademais, o Autuado elaborou sua Defesa e seu Recurso Voluntário de forma detalhada, demonstrando ter plenamente entendido as acusações imputadas.

A proposta de nulidade foi então rejeitada, em decisão não unânime, pelo voto dos demais Conselheiros, com o placar de 5 (cinco) votos contrários à nulidade proposta, votando a favor apenas o Conselheiro Henrique Silva de Oliveira.

Ressalto que as intimações são efetuadas nos termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99, implicando em nulidade apenas quando não seguidos os ritos ali previstos, bem como não foram juntados novos documentos ou quaisquer outras provas após a interposição do Recurso Voluntário.

Ressalto que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido.

Além disso, consoante os termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99, os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação. Portanto, indefiro o pedido de diligência, afinal as provas apresentadas podem ser verificadas no julgamento ou poderiam ter sido trazidas pelo próprio Autuado.

Ao contrário do entendimento esposado pelo Autuado, ressalto que a interpretação do alcance de benefício fiscal deve ser efetuada de forma restritiva, consoante o disposto no Art. 111 do CTN, não cabendo nestes casos outras análises mais abrangentes, tendo em vista que a interpretação literal das isenções é garantia de segurança jurídica.

No caso em tela, o Art. 111 do CTN não admite qualquer interpretação que não o disposto expressamente na legislação posta, *in verbis*:

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

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.” (grifo nosso)

O Convênio ICMS 01/99, que dispõe sobre a concessão de isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, é taxativo na sua Cláusula primeira ao destacar que *“ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NBM/SH”*.

Portanto, para que o produto usufrua do incentivo da isenção do imposto, nos moldes estabelecidos no Convenio ICMS 01/99, é necessário que o produto comercializado tenha “NCM” e “descrição do produto”, coincidentes com os relacionados no Anexo Único do citado Convênio ICMS 01/99.

Mesmo que eventualmente os referidos produtos tenham a mesma função, mas com descrições e composições totalmente diferentes, não poderiam usufruir do benefício isentivo, pois o legislador especificou quais os produtos se enquadravam neste incentivo.

Se a lógica empregada pelo legislador fosse somente considerar a posição na NCM, não faria sentido conter a descrição no Convênio ou, no máximo, a descrição seria idêntica à Tabela NCM (Tarifa Externa Comum).

E esta é a posição deste CONSEF em diversos julgados, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0377-12/19 e 0323-12/21 (do qual fui o Relator do Voto Vencedor), bem como da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no Parecer nº 28.751/2013, parcialmente transscrito na Decisão recorrida.

O Autuado se equivocou ao interpretar a posição da PGE/PROFIS em relação aos *stents*, conforme parecer exarado nos autos que culminaram no Acórdão CJF nº 0230-12/12, pois naquele processo se estava julgando se a descrição dos novos *stents*, de aço inoxidável e de cromo cobalto, incluídos no item 191 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, deveria retroagir ao período em que a norma só descrevia os *stents* de aço inoxidável.

Em nenhum momento, neste processo ou nos julgados do STJ ou do TJ/BA, há o mandamento de que a descrição não seja importante ou possa ser ignorada, mas apenas que as evoluções tecnológicas do mesmo produto devem ser absorvidas pela norma, mesmo que comercializadas em período anterior à publicação da sua alteração.

Destaco que os Auditores Fiscais do Estado da Bahia, via de regra, são demasiadamente criteriosos em seus trabalhos, tendo atingido grande grau de especialização nas diversas fiscalizações nos diversos segmentos econômicos e, em um mundo altamente tecnológico, as consultas aos *sites* na *internet* da ANVISA e dos diversos fabricantes dos produtos objeto da autuação, demonstram a preocupação com a busca da verdade material, não um demérito como quis fazer crer o Autuado.

Passando a reportar especificamente aos produtos questionados no Recurso Voluntário, constato que o Autuado apresentou praticamente os mesmos argumentos listados em sua Defesa, inclusive em relação aos produtos KIT ATROPLAN DE AGULHAS e ESPONJA SURGIDRY, sobre os quais não há mais lide, posto que foram excluídos da autuação pelo Acórdão recorrido, com base na Informação Fiscal prestada pelos Autuantes, inclusive após consultas aos *sites* na *internet* da ANVISA e dos fabricantes dos produtos.

1) NCM 3006.40.20 (item 9 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, com a descrição *cimento ortopédico (dose 40 g)*) – não há como enquadrar os produtos relacionados, exigidos na autuação, como cimento ortopédico, o qual é utilizado para auxiliar na “*fixação de dispositivos protéticos no osso vivo*”, não para enxertos, enchimentos e substitutos ósseos, tais como os seguintes produtos: GRAFTYS BCP, GRAFTYS HBS, HIDROXIAPATITA, ENXERTO 1.71MM, ENXERTO GRANULADO PROCELL, ENXERTO ÓSSEO PROCELL e ORTHOGEN BLOCO-ENXERTO ÓSSEO BAUMER. Sendo assim, reputo correta a posição de que são tributadas as operações com estes produtos.

Registro que as posições adotadas por outras unidades da Federação não vinculam as Decisões deste CONSEF e que a Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira efetua uma liberação precária, não tendo o poder de definir em última instância se determinado produto é tributado ou não, já que passível de posterior revisão pelos órgãos de fiscalização e julgamento, nos termos do § 2º, do Art. 200 do RICMS/12.

2) NCM 9018.39.29 (itens 18 a 42 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, com diversas descrições como *cateter*, *conjunto de cateter*, *conjunto para autotransfusão*, *guia*, *dilatador*, *introdutor*, *cânula*, *kit cânula*, *dreno* e *sistema de drenagem*) - não há como enquadrar os produtos relacionados, exigidos na autuação, como *kit cânula*, *cânula*, *introdutor* para *cateter* ou *eletrodo* (os únicos eletrodos previstos no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 são utilizados para cirurgias cardíacas com NCM 9021.90.21).

Portanto, reputo correta a posição de que são tributadas as operações com os seguintes produtos, informados pelo Autuado como *kit cânula* ou *cânulas*, respectivamente os itens 38 e

41 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, utilizados para cirurgia cardíaca e traqueostomia, ou seja, com descrições e funções totalmente diferentes: EQUIPO DE IRRIGAÇÃO, KIT GPS, SPLINT NASAL, CATETER CURVO SPLINT NASAL, EQUIPO, EQUIPO TIPO L, KIT DESCARTÁVEL SUBCONDROP JOELHO, ELETRODO FLEXÍVEL, ESTIMULADOR PARA NERVOS NEURO-PULSE, EQUIPO EXTENSOR IRRIG E ASPIR e EQUIPO EXTENSOR ASP ULTRA SON.

Ressalto que no Acórdão JJF nº 0122-03/15, confirmado pelo Acórdão CJF nº 0293-11/15, a exclusão do produto EQUIPO LUER COM FILTRO E INJETOR não ocorreu por entender que este produto era isento, mas porque este produto não estava sujeito à substituição tributária, já que a referida Infração 02 exigia imposto e multa pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária.

No tocante aos produtos ELETRODO FLEXÍVEL e ESTIMULADOR PARA NERVOS NEURO-PULSE, também não é possível enquadrar nos itens 181 a 185 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 (NCM 9021.90.21), por, diferentemente destes produtos, estarem ali relacionados apenas eletrodos para tratamento de doenças cardíacas.

Quanto ao produto SISTEMA EXPANSOR PARA OSSOS BMK10, também reputo correta a posição de que são tributadas as suas operações, pois não há como considerar como um introdutor para cateter, que é totalmente diferente de um sistema composto para expansão de ossos, conforme descrito pelo próprio Autuado.

- 3) NCM 9018.90.10 (itens 56 a 59 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, com diversas descrições como *oxigenador de bolha, oxigenador de membrana, hemoconcentrador e reservatório para cardioplegia*) – não são isentas as operações com os produtos EQUIPO EXTENSOR IRRIG E ASPIR e EQUIPO EXTENSOR ASP ULTRA SON, conforme explicado na análise dos produtos com NCM 9018.39.29, embora seus fornecedores apontem o NCM 9018.19.80, não relacionado no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.
- 4) NCM 9018.90.99 (itens 52 a 55 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, com diversas descrições como *bolsa para drenagem, linhas arteriais e conjuntos descartáveis de circulação assistida e de balão intra-aórtico*) – apesar do Autuado ter informado que alguns itens estão com a NCM incorreta, estes também não são isentos por outros códigos NCM.

O produto LÂMINA RAZEK MINI é um tipo de bisturi, produto não relacionado no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, e, de forma similar ao ocorrido com o produto EQUIPO LUER COM FILTRO E INJETOR, a exclusão deste produto no Acórdão JJF nº 0122-03/15, confirmado pelo Acórdão CJF nº 0293-11/15, não ocorreu por entender que este produto era isento, mas porque este produto não estava sujeito à substituição tributária, já que a referida Infração 02 exigia imposto e multa pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária.

Os produtos com NCM 9021.10.20, itens 96 a 154 e 194 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, são placas, parafusos, arruelas, pinos, fixadores, fios, hastes, ganchos, fixadores, etc, para cirurgias ortopédicas, não se confundindo com os produtos FIOS GUIAS, utilizados para guiar um cateter, e ESPAÇADOR COFLEX, dispositivo cirúrgico implantável para controlar o movimento dos segmentos nos casos de estenose lombar ou instabilidade degenerativa leve.

Saliento que as notas fiscais de ambos os produtos, FIOS GUIAS e ESPAÇADOR COFLEX, foram classificadas no NCM 9018.90.99, tanto pelo Autuado quanto por seus fornecedores, e que somente algumas notas fiscais de vendas não foram tributadas, confirmando o acerto da autuação.

- 5) NCM 3006.10.90 (itens 5 a 7 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, com diversas descrições como *hemostático (base celulose ou colágeno) e tela inorgânica*) – não são isentas as

operações com os produtos relacionados, por não serem telas nem hemostáticos à base de celulose ou colágeno.

O produto SELANTE CIRÚRGICO GLUBRAN é uma “*cola cirúrgica sintética de base cianoacrílica*” que não contém colágeno ou celulose, cuja principal função é uma ação adesiva e, embora também favoreçam a hemostasia por aderência, não se confundem com os hemostáticos passivos, preparados de colágeno ou celulose, os quais absorvem o sangue.

Já o produto RHINOCELL NASAL não é um hemostático, e não contém colágeno ou celulose, sendo um produto de silicone que é utilizado para imobilizar o septo nasal e minimizar o risco de aderência entre o septo e a parede nasal lateral após os procedimentos de septoplastia e septorrinoplastia.

Logo, também repto correta a posição de que são tributadas as operações com os referidos produtos. E esta 2ª CJF já se posicionou neste sentido no Voto Vencedor do Acórdão CJF nº 0019-12/18.

Inclusive, posteriormente aos fatos geradores, o Convênio ICMS 01/99 foi alterado pelo Convênio ICMS 48/21, com efeito a partir de 01/06/2021, para dar nova redação ao item 5 do Anexo Único, modificando a descrição do produto beneficiado de “Hemostático (base celulose ou colágeno)” para “Hemostático absorvível”.

Não foi objeto do Recurso Voluntário, mas consta na autuação o produto FIO NY 5-0 45CM AG 3/8 C T 2.0, Nota Fiscal nº 5.830, de 31/10/2016, NCM 3006.10.90, o qual também entendo ser tributado.

No Acórdão CJF nº 0084-11/21, por unanimidade, todos os fios de nylon foram excluídos, o que não concordo. Se o legislador quisesse abranger todos os tipos de fio de nylon, não especificaria apenas 3 das suas diversas formas de apresentação, a descrição abarcaria todas as formas ou apenas “fio de nylon”.

Quanto ao pedido para compensação de créditos fiscais porventura não aproveitados no momento das suas aquisições, informo não ser possível efetuar tal compensação neste momento processual, já que não há prova da não utilização dos referidos créditos.

Além disso, este roteiro de fiscalização é baseado nas notas fiscais de saídas, enquanto a análise do crédito fiscal tem que ser efetuada com o cotejo entre as notas fiscais de entrada e a escrituração fiscal digital, importando em um completo refazimento da conta corrente fiscal do Autuado.

Observo ainda uma contradição em tal pedido, já que o Autuado ressaltou que a maioria das suas aquisições ocorreram em operações não tributadas oriundas do Estado de São Paulo, embora na Informação Fiscal, os Autuantes tenham consignado que muitas aquisições foram tributadas.

Logo, não houve a intenção do Estado da Bahia em majorar o lançamento de ofício, tal como afirmou expressamente o Autuado, mas de procedimentos fiscais delimitados pelos roteiros de fiscalização executados pelos Auditores Fiscais, vinculados às suas respectivas Ordens de Serviço.

Os equívocos aqui apontados foram efetuados pelo próprio Autuado, inclusive com informações destoantes entre as NCM que alegou serem corretas e as utilizadas em suas operações de entradas e saídas.

Na época da autuação ainda era possível requerer a escrituração extemporânea dos créditos fiscais e sua utilização, de acordo com os procedimentos estabelecidos no Art. 315 do RICMS/12, mas atualmente tal procedimento é inviável, tendo em vista o período decadencial.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de forma a manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 629.292,07.

VOTO DISCORDANTE (Selante cirúrgico, Rhinocell nasal e Sistema expansor para ossos BMK10)

Peço licença ao nobre Relator, sempre muito claro em suas exposições, para averbar que, a

despeito ficar vencido na preliminar de nulidade por vício na ação fiscal (que arguí de ofício quando pedi vista dos autos e fiquei vencido), também sou, uma vez ultrapassada a preliminar, divergente quanto ao mérito. Entendo que o Recurso Voluntário merece parcial provimento.

Senão, vejamos.

Em relação à nulidade da ação fiscal, penso que esta se operou em preterição do direito de defesa do contribuinte, atraindo a nulidade insculpida no art. 18, inciso II do RPAF/99.

E que não se diga que não houve prejuízo (§ 2º, do art. 18 do RPAF/99)! O exame dos autos leva à convicção de que o prejuízo se deveu porque o Sujeito Passivo

- a)** primeiro, foi instado a “efetuar correções na EFD” em relação a “deixou de apresentar o inventário do exercício findo em 31/12/2015” (fl. 07);
- b)** sem qualquer pedido de esclarecimento (ao menos que se veja nos autos, cumprindo o princípio documental que é ínsito ao PAF), lavrou-se auto de infração sobre matéria inteiramente diversa – classificação pelo contribuinte, como não tributáveis, certas operações que para a Fiscalização eram tributáveis;
- c)** surpreendido pela técnica aplicada, o sujeito passivo sequer pôde oferecer resposta a toda matéria dos autos, sendo obscurecido, por exemplo, quanto a existência de precedente a seu favor, em relação “Fio NY” (fio de nylon – ver Acórdãos CJF nºs 0133-12/21-VD e 0084-11/22-VD);
- d)** não obteve apreciação integral de suas pretensões em primeiro grau de jurisdição, bastando para isso atentar que o acórdão recorrido se limita a trazer argumentos sobre mercadorias classificadas como “exerto ósseo” (ENXERTO ÓSSEO, GRAFTYS BCP, GRAFTYS HBS, HIDROXIAPATITA, em apresentações variadas), deixando de se manifestar sobre mais de 12 classes de mercadorias especificadamente impugnadas pela Recorrente.

Ora, é evidente que a técnica escolhida pela Fiscalização, pautada na “surpresa”, não se coaduna ao dever de todo agente da fiscalização, de pautar a sua ação viabilizando que se preserve o direito a ampla defesa e ao contraditório – verdadeiro alicerce dos direitos do Sujeito Passivo em suas postulações perante a Administração Pública (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal).

Entrementes, vencido que fiquei quanto à arguição de nulidade por cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, peço ainda licença ao Relator para divergir em relação às mercadorias “selante cirúrgico”, rhinocel nasal”, e “sistema expansor para ossos”, que entendo abrangidas pelo Convênio ICMS 01/99.

Quanto as duas primeiras são, sem dúvida, hemostáticos (item 5 do Convênio), bastando para tanto a consulta à ANVISA (<https://consultas.anvisa.gov.br/#/nomes-tecnicos/>), mesmo critério adotado pelo Autuante.

O Convênio ICMS 01/99 não se vale da expressão “hemostático *passivo*”, e onde o legislador não distinguiu, não cabe ao aplicador distinguir, sobretudo para reduzir o campo de liberdade do contribuinte.

Faço referência à decisão adotada quando da prolação do Acórdão CJF nº 0019-12/18: ali ficou averbado, acolhendo manifestação da PGE/PROFIS, que “não é razoável que se afaste a isenção referente à cola e ao adesivo cirúrgicos, também objeto desta autuação, apenas porque as matérias primas com as quais são fabricados diferem daquelas com as quais são produzidos os hemostáticos constantes no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 (celulose ou colágeno)”. O erro na indicação do NCM é superável, aplicando-se o princípio da busca pela verdade material.

Em relação ao “sistema expansor para ossos”, entendo que a mercadoria é, de fato, um conjunto de itens empregados em cirurgias ortopédicas “para reduzir a compressão da coluna por fratura e restabelecer o alinhamento sagital, pela criação de um espaço no corpo da vértebra, para facilitar a introdução de cimento ósseo e usar o tampão de dispensação de cimento”, segundo sua descrição técnica localizável no site da ANVISA.

Embora a expressão “kit cânula” (item 38 do Convênio) não tenha descrição técnica por parte ANVISA (não é um nome técnico para correlatos), depreende-se pela sua posição no Anexo do convênio (item 38), logo após uma serie de “cateteres” (itens 17 a 37) que visa isentar conjuntos de correlatos contendo cateteteres, e tendo por função sua implantação. Considerando que a mercadoria, em sua descrição técnica, contém cateteres, concluo que o item, com NCM coincidente, pode ser havido como kit cânula.

Ante o exposto, vencido que fiquei na questão preliminar que arguí de ofício, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para excluir do lançamento as mercadorias “selante cirúrgico”, rhinocel nasal”, e “sistema expansor para ossos”.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 629.292,07, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Selante cirúrgico, Rhinocell nasal e Sistema expansor para ossos BMK10) - Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, João Felipe Menezes, Igor Lucas Gouveia Baptista, Eduardo Ramos de Santana e Maurício Souza Passos.

VOTO DISCORDANTE (Selante cirúrgico, Rhinocell nasal e Sistema expansor para ossos BMK10) – Conselheiro: Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - VOTO DISCORDANTE (Selante cirúrgico, Rhinocell nasal e Sistema expansor para ossos BMK10)

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS