

PROCESSO - A. I. Nº 206855.0001/14-0
RECORRENTE - VIPMEDIC SALVADOR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0183-03/15
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF Nº 0230-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. ISENÇÃO. MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saídas de produtos médicos não contemplados na isenção prevista no Convênio ICMS 01/1999. Interpretação literal da norma para alcançar apenas os itens listados no texto legal (art. 111 do CTN). Restou comprovado que parte dos produtos possuem a NCM correspondente de produtos constantes do Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999, com descrições que se adequam a evolução tecnológica, que foram excluídos do levantamento fiscal, implicando na redução do débito. Rejeitada a nulidade suscitada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida no Acórdão 3ª JF Nº 0183-03/15, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 31/03/2014 para exigir ICMS em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – 02.01.03. *Falta de recolhimento do ICMS, em virtude da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (saídas de produtos médicos não contemplados na isenção prevista no Convênio ICMS nº 01/1999). Exercícios de 2009 e 2010 - R\$ 921.722,49. Multa de 60%.*

A 3ª JF na decisão proferida em 01/09/2015 (fls. 2.022 a 2.032) inicialmente rejeitou a nulidade suscitada, indeferiu o pedido de realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, fundamentando que diligência realizada trouxe esclarecimentos, cujo resultado foi dado ciência ao impugnante e eram suficientes para se firmar o juízo e convicção para a Decisão da lide, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99.

No mérito apreciou que:

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

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

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

Expôs seu entendimento de que para a norma interessa é que o produto, a exemplo de um “cateter”, objeto da

operação, qualquer que sejam as suas detalhadas características, tenha destinação e finalidade específica de uso no tratamento de saúde, conforme indicado no Anexo Único. Aduz que fosse a norma descrever, detalhada e pormenorizadamente, a característica de cada tipo

Reconheceu que os tribunais administrativos têm aplicado a interpretação restritiva em casos semelhante, com base no art. 111 do CTN, prejudicando a aplicação de outros métodos de interpretação e integração da legislação tributária.

Destacou que a isenção do ICMS das operações com equipamentos e insumos médicos destinados a prestação de serviços de saúde, estatuídas no Convênio ICMS nº 01/99, é de grande relevância jurídica e social, pois tem como caráter finalístico assegurar o acesso aos tratamentos de saúde, promovendo valores sociais constitucionalmente assegurados a todos - direito à saúde, na busca da realização do interesse público e da justiça social, em detrimento inclusive do mero interesse de arrecadar dos entes políticos tributantes.

Enalteceu a finalidade social da saúde pública para defender a extensão a todos os itens arrolados no levantamento, vez que os equipamentos e insumos apesar de possuírem descrição idênticas às indicadas no Anexo Único do Convênio nº 01/99, possuem o mesmo código de NCM têm a mesma destinação nos serviços médicos, para asseverar sua convicção de que a autuação é improcedente.

O autuante ao proceder a informação fiscal refutou todos os argumentos aduzidos pelo impugnante em sua defesa e manteve a autuação sob o fundamento de que, comprovadamente, todos os equipamentos e insumos arrolados no levantamento fiscal que alicerçam a exigência fiscal não correspondem aos elencados expressamente no Anexo Único, portanto, não estão amparados pela isenção prevista no Convênio ICMS nº 01/99. Sustentou o autuante que a imposição de interpretação literal expressamente determinada no art. 111 do CTN de dispositivo legal que outorga isenção, como ocorre no presente caso, descarta a possibilidade de o benefício alcançar operações com produtos que não estejam expressamente indicados na norma instituidora.

Em diligência determinada por esta Junta de Julgamento o autuante procedeu ao refazimento do demonstrativo de apuração solicitado com a inclusão de uma coluna específica contendo a discriminação dos produtos arrolados no levantamento com a correspondente NCM, e informou que não efetuou a exclusão das operações solicitada na diligência pelo fato de constatar a inexistência de qualquer produto cuja descrição coincida integralmente com a elencada no Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99.

O defendente, ao tomar ciência do resultado da diligência, reprisou literalmente todos os seus argumentos aduzidos em sua peça impugnatória e reiterou seu pleito pela improcedência do Auto de Infração.

Logo, remanesce evidenciado nos presentes autos, que a questão central a ser deslindada é se as operações com os produtos arrolados no demonstrativos de apuração da exigência fiscal estão amparadas pela isenção preconizada pelo Convênio ICMS nº 01/99 em seu Anexo Único, recepcionada que se encontra pela legislação tributária baiana no inciso XX do art. 32 do RICMS-BA/97 e seu Anexo 93, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

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

Afigura-se patente, no transcurso do contraditório instalado e sem controvérsia alguma, que, apesar dos produtos questionados ostentarem NCM elencada no Anexo Único, a descrição desses produtos estampada nas correspondentes notas fiscais não coincide com a expressamente indicadas no Anexo. Logo, os produtos arrolados no levantamento fiscal e objeto da autuação não possuem descrição univocamente convergente com os indicados no Anexo Único do Convênio.

Emerge, portanto, o questionamento acerca da outorga de isenção, ora em lide, se é cabível a interpretação expandindo-se o núcleo caracterizado pela indicação expressa dos produtos alcançados pelo benefício instituído pelo dispositivo legal que o caracteriza no mundo jurídico.

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

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

[...]

II - outorga de isenção;”

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

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

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

[...]

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

Assim, é indubitável que os equipamentos e insumos para serem alcançados pelo benefício da isenção, em virtude da interpretação literal que se impõe, devem estar expressa e inexoravelmente indicados no Anexo 93 do RICMS-BA/97. Por conseguinte, afigura-se inteiramente descabida a interpretação ampliada que pretende o impugnante atribuir aos produtos arrolados no levantamento fiscal para usufruto do benefício ora em lide, mesmo que possuam a mesma NCM.

Tanto é assim, que a exemplo dos itens 18, 19, 22, 23, 24, 25 e 26, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, para a mesma NCM - 9018.39.29, discrimina a exclusiva característica e tipologia de cada um dos cateteres alcançados pelo benefício fiscal, quais sejam: Cateter ureteral duplo “rabo de porco”; Cateter para subclavia duplo lumen para hemodiálise; Cateter balão para septostomia; Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente., Berrmann, Cateter balão para angioplastia transluminal percutânea; Cateter guia para angioplastia transluminal percutânea; e Cateter balão para valvuloplastia.

Ademais, resta patente a pretensão incisiva e objetiva na especificidade do produto a ser concedido o benefício que o legislador, certamente para evitar qualquer aplicação extensiva da norma em questão, distingue pormenorizadamente cada item indicado, a exemplo o produto “Cateter para angioplastia transluminal percutânea”, mesmo ostentando a mesma NCM, consta elencado no Anexo Único em dois itens distintos: o de número 24, para identificar a especificidade “Balão” e o de número 25, para “Guia”.

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

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

Nestes termos, afigura-se destituído de eficácia o argumento do impugnante de se socorrer de declaração de médicos especialistas com o fito de demonstrar a mesma aplicação dos produtos glosados na autuação com os elencados no Anexo Único do multicitado convênio.

Observe que, o Parecer da ASTEC/CONSEF, no Auto de Infração nº 101647.0014/11-5, acostados aos autos pelo impugnante, fls. 2010 a 2013, para corroborar seu argumento defensivo, não pode surtir o objetivo pretendido, haja vista que em sua conclusão, o diligente também constatou naqueles autos a divergência entre a descrição das mercadorias consignadas nas notas fiscais e os itens indicados no Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/99.

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

Assim, concluo restar caracterizada a infração objeto da autuação.

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

No Recurso Voluntário interposto (fls. 2.041 a 2.053), inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração, razões defensivas de que os itens auditados estão contemplados na isenção prevista no Convênio ICMS 01/1999 (Anexo Único), inclusive, normas isentivas ou de alíquota zero, atinentes aos mesmos bens, na legislação do IPI e do II (Imposto de Importação).

Argumenta que teve cerceado o direito de defesa no julgamento de primeira instância, uma vez que, em observância à verdade material e à legalidade, solicitou a realização de diligência e teve o pedido indeferido, sob o fundamento de que as descrições constantes dos documentos fiscais eram suficientes para a resolução da controvérsia, motivo pelo qual reitera o pleito.

Afirma ter elaborado estudos, anexados aos autos, juntamente com declarações de médicos especializados, da exata correlação entre cada código NCM/SH e a correspondente descrição das notas, de modo a demonstrar que não cometeu a irregularidade de que é acusado.

Avoca a motivação social, política e econômica (finalística) do instituto em enfoque (isenção), aduz que a correta aplicação do art. 111 do CTN é no sentido de que - em relação aos assuntos nele referidos, deve haver norma expressa, não significando, em absoluto, que literalidade seja a mesma coisa que gramaticalidade; posicionamento, aliás, adotado pelo STJ.

Argumenta que as descrições constantes das notas fiscais são as registradas na ANVISA para itens do Convênio ICMS 01/1999, exigidas por hospitais e serviços de saúde, visto que a eventual aquisição de itens distintos pode levar pacientes à morte.

Junta cópia do pregão nº 45/2013 (Bahia), em que procedeu aquisição do material médico indicado no Anexo Único do Convênio ICMS nº 01/1999, sem o uso das descrições ali constantes.

Transcreve Voto Vencido desta 2ª CJF (CJF 0272-12/15) cuja cópia juntou às fls. 2069/2080, dissertação como se chegou à codificação NCM/SH, para ratificar a sua concepção de que é o correto enquadramento e classificação que define a isenção do produto, e não a descrição.

Conclui requerendo o provimento do recurso, afastando a exigência fiscal.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 2.085 a 2.093, de 25/11/2015, o Procurador José Augusto Martins Junior, aduz que, em que pese a linearidade do raciocínio empregado pelo recorrente, não se pode pensar em uma análise do feito dissociada do que dispõe o ar. 111 do CTN, devendo existir congruência entre o que consta do Convênio ICMS 01/1999 e a descrição do documento fiscal.

Transcreve consulta a Comissão Permanente de Assuntos Tributários (COPAT) nºs 51/2011; 86/2016 que manifestam entendimento de que quando o legislador utiliza, além da descrição da mercadoria, o código NCM/SH para determinar sujeição ao instituto da isenção, significa que a norma exige perfeita coincidência entre ambos, tomando como base os títulos das seções, capítulos e subcapítulos e notas de seção da Tabela de Incidência de IPI (TIPI), de modo que a *“correta classificação dos produtos, é identificado inicialmente o texto que descreve adequadamente, para após indicar-lhe a codificação”*, estabelecendo uma relação indissociável entre a sua descrição e o respectivo código da NCM-SH.

Conclui opinando que não há que se emprestar guarida à tese recursal, em função de que opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na pauta de julgamento de 02/03/2016, a 2ª CJF, tendo como Relator o Cons. Paulo Danilo Reis Lopes, decidiu converter o processo em diligência (fl. 2098/2099) no sentido de que fosse intimado o sujeito passivo para:

- a) apresentar quesitação relativo à correlação das NCM/SH das mercadorias elencadas em notas fiscais de entradas e saídas, à luz do Convênio ICMS 01/1999;
- b) encaminhamento a PGE/PROFIS par colher Parecer Técnico junto à SESAB acerca das mercadorias e correlação com o citado Convênio ICMS.
- c) PGE/PROFIS emitir Parecer conclusivo.

Em 14/04/2016 a PGE/PROFIS encaminhou notificação ao estabelecimento autuado.

O recorrente apresentou quesitação às fls. 2113 a 2118, em 29/07/2016 indicando como assistentes técnicos os médicos Gustavo Domingues (Radiologista) e Pedro Augusto Conceição Gouveia (Urologista) indicando os equipamentos e insumos descritos em notas fiscais (cateter multipolar, Kit Cânula, Tela de reforço; espirais de platina e Implantes expansíveis) e a correlação com os itens indicados por NCM no Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999.

Apresentou demonstrativo comparativo à fl. 2119 no qual indicou 28 produtos e NCM indicada na nota fiscal, que entende corresponder a itens do Anexo único do Convênio ICMS 01/1999.

Juntou 13 anexos às fls. 2120 a 2232 nos quais indicam a descrição de uso pelos fabricantes.

Em 30/06/2021 a 2ª CJF decidiu converter o processo em nova diligência (fls. 2239) tendo como Relatora a Conselheira Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, para que a PGE/PROFIS colacionasse ao processo o Parecer Técnico da SESAB.

O Procurador Raimundo Luiz Andrade no Parecer de fls. 2240/2245 inicialmente discorre sobre a questão do benefício da isenção de produtos que contém NCM correlata com a descrita no Convênio ICMS 01/1999.

Quanto a juntada de Parecer Técnico da SESAB afirmou que após diversas tentativas não logrou êxito de obter manifestação expressa daquele órgão de saúde estadual, motivo pelo qual parecer com base na jurisprudência desta corte administrativa.

Transcreve às fls. 2241 a 2245 parecer exarado pelo Procurador José Augusto Martins relativo ao Processo PGE 2018.367792-0 pertinente ao Auto de Infração nº 299430.0093/16-7 lavrado contra a mesma empresa (VIPMEDIC) julgado procedente em Primeira Instância (JJF nº 0114-02/18).

No referido Parecer foi contextualizado que a previsão contida no art. 111, II do CTN quanta a interpretação literal da legislação sobre outorga de isenção, deve ser tomado como ponto de partida uma análise mista deste instituto, se objetiva (produto) ou subjetiva (pessoa que se destina).

Afirma que em relação ao Convênio ICMS 01/1999 que concede isenção do ICMS a equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, deve ser aplicado um filtro em relação ao produto e a pessoa a que se destina.

Enfatiza que os produtos hospitalares “*se modificam e se aperfeiçoam numa velocidade que a norma não acompanha*” situação que no caso concreto se aplica a situação do “cateter e dos stents” que deve ser relativizado e sopesado, não podendo estabelecer uma regra padrão, mas que deve ser analisando a similaridade e finalidade dos produtos para o deslinde da questão.

Conclui opinando que inexistente dúvida quanto a capitulação da infração fiscal praticada, não havendo que se cogitar a aplicação do art. 112 do CTN, mas que deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário em conformidade com a defesa técnica apresentada no processo.

A Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos da PGE/PROFIS/NCA em despacho de fl. 2251 acolheu o Parecer do Procurador Raimundo Luiz de Andrade.

A Secretaria do CONSEF no despacho de fl. 2253 redistribuiu esse processo para esse relator em função do afastamento da Conselheira Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS, em virtude da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (saídas de produtos médicos não contemplados com a isenção prevista no Convênio ICMS 01/1999), que foi julgado procedente.

No Recurso Voluntário interposto o recorrente alegou ter cerceado o seu direito de defesa na primeira instância, por ter sido indeferido o pedido de realização de diligência fiscal.

Observo que o deferimento para realização do pedido de diligência é uma faculdade do julgador nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA. Ressalto que a 3ª JJF determinou a realização de diligência fiscal (fl. 1935) cujo resultado foi dado ciência ao autuado (fl. 2001).

E ainda, que esta 2ª CJF determinou a realização de diligências solicitadas pelo recorrente, por considerar necessárias para o deslinde da lide.

Pelo exposto, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, o recorrente juntou documentos pertinentes a utilização dos produtos objeto da autuação e alegou que a interpretação quanto a isenção dos itens relacionados no Convênio ICMS

01/1999 deve ser finalística e não a literal prevista no art. 111 do CTN.

No Parecer de fls. 2.085 a 2.093 (11/2015) o Procurador José Augusto Martins Junior da PGE/PROFIS, opinou que não havendo congruência entre o código NCM e a descrição do produto, não atende ao requisito isencional nos termos do art. 111 do CTN e Convênio ICMS 01/1999.

Esta 2ª CJF converteu o processo em diligência (03/2016) para que:

- i) o recorrente demonstrasse a correlação das NCM/SH nas notas fiscais de entradas e saídas;
- ii) a PGE/PROFIS colhesse Parecer Técnico junto à SESAB e emitisse Parecer conclusivo.

Em atendimento o recorrente apresentou:

- a) quesitação, indicação de assistentes técnicos, explicação: equipamentos/insumos (cateter multipolar, Kit Cânula, Tela de reforço; espirais de platina e Implantes expansíveis) e a correlação com os itens indicados por NCM no Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999;
- b) demonstrativo comparativo à fl. 2119 no qual indicou 28 produtos e NCM indicada na nota fiscal, que entende corresponder a itens do Anexo único do Convênio ICMS 01/1999;
- c) 13 anexos às fls. 2120 a 2232 nos quais indicam a descrição de uso pelos fabricantes.

Esta 2ª CJF (07/2021) converteu o processo diligência a PGE/PROFIS para juntar Parecer da SESAB.

O Procurador Raimundo Luiz Andrade no Parecer (07/2022) informou não ter logrado êxito de obter Parecer da SESAB.

Transcreveu o Parecer exarado pelo Procurador José Augusto Martins (PGE 2018.367792-0 - AI 299430.0093/16-7 – VIPMEDIC, julgado procedente JJF nº 0114-02/18), opinando por uma interpretação objetiva (produto) e subjetiva (pessoa que se destina) quanto a classificação do produto isento previsto no Convênio ICMS 01/1999.

Opinou pelo provimento do Recurso Voluntário, cujo Parecer foi acolhido pela Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos da PGE/PROFIS/NCA (03/2023).

Feito estas considerações antes de adentrar as razões de mérito, observo que:

- i) Os fatos geradores objeto do lançamento ocorreram nos exercícios de 2009 a 2010, com lavratura do Auto de Infração em 2014;
- ii) Conforme apreciado na decisão de primeira instância (2015) decisões reiteradas proferidas pelas Câmaras deste CONSEF adotaram interpretação restritiva (literal) do benefício da isenção a exemplo dos Acórdãos CJFs Nºs 0134-13/13, 0028-11/14, 0325-11/14 e 0335-11/14.
- iii) O Auto de Infração nº 299430.0093/16-7 foi julgado procedente (JJF nº 0114-02/18) e teve provido o Recurso Voluntário (CJF 0124-11/20), cujo Parecer da PGE/PROFIS manifestou relativização na interpretação da isenção apenas dos produtos CATETER e STENTS;
- iv) O Parecer opinativo nesse processo que ratifica o PGE 2018.367792-0 (Auto de Infração nº 299430.0093/16-7), envolve **OUTROS PRODUTOS** além de CATETER e STENTS.
- v) Apesar do provimento do Recurso Voluntário quanto aos produtos STENTS e CATETER no Acórdão CJF nº 0124-11/20-VD foram proferidas decisões manifestando interpretação literal da isenção prevista no Convênio ICMS 01/1999 a exemplo do Acórdão CJF nº 0323-12/21-VD.

Deve ser considerado que decorrido mais de quatorze anos da ocorrência dos fatos geradores e dez anos da lavratura do Auto de Infração, faz se necessário o julgamento do processo, inclusive considerando a mudança de posicionamento da PGE quanto a interpretação da norma isentiva.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- 1) O autuante juntou demonstrativo de fls. 1974 a 1977 no qual indicou a descrição do produto e NCM indicada na nota fiscal de saída;

- 2) O recorrente apresentou quadro demonstrativo de fl. 2119 no qual indicou o produto comercializado, NCM e o item do Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999.

Para facilitar a interpretação, reproduzo abaixo os itens citados do Convênio.

ANEXO ÚNICO

ITEM	NCM	EQUIPAMENTOS E INSUMOS
5	3006.10.90	Hemostático (base celulose ou colágeno)
29	9018.39.29	Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico)
38	9018.39.29	Kit cânula
81	9021.31.90	Tela de reforço de fundo acetabular
Nova redação dada ao item 191 pelo Conv. ICMS 30/09, efeitos a partir de 27.04.09.		
191	9021.90.81	Implantes expansíveis, de aço inoxidável e de cromo cobalto, para dilatar artérias "Stents"
Acrescido o item 191 pelo Conv. ICMS 113/05, efeitos de 24.10.05 a 26.04.09.		
191	90.21.90.81	Implantes expansíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias "Stents"
Acrescido o item 197 pelo Conv. ICMS 149/13, efeitos a partir de 01.01.14.		
197	9021.90.81	Espirais de platina, para dilatar artérias "coils"

Passo fazer a análise por grupo de produtos indicados no Recurso Voluntário.

ITENS 1, 2, 3 e 4: O recorrente alega enquadrar-se no item 29, do Anexo Único do Convênio.

NCM UTILIZADO (Notas Fiscais)	
Código	Descrição
90183929	Material: 105-5055 Micro Cateter Marathon
90183929	Material: 105-5065 Micro Cateter Ultra Flow 165
90183929	Material: 105-5082-145 Micro Cateter Rebar 27x145cm
90183929	Material: 105-5091-150 Micro Cateter Echelon Reto 10
90183929	Material: GN3500 Goose Neck 35x120

O item 29 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999 indica:

29	9018.39.29	Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico)
----	------------	---

O autuante (fls. 1909/1910) afirma que o **CATETER ELETROFISIOLOGICO** é utilizado para diagnóstico de arritmia cardíaca e o **TERAPÊUTICO** para cauterizar foco das arritmias, enquanto os **MICRO CATETER** objeto da autuação são utilizados para: acessar a vasculatura periférica e neuro (Marathon); de fluxo dirigido ... perfusão seletiva controlada de agentes terapêuticos especificados pelo médico ou os meios de contraste para a vasculatura da anatomia periférica e neuro (Ultraflow); permite o fluxo de um cateter guia, que pode ser útil para injeções angiográficas (Echelon).

Constato que a nota fiscal do fornecedor SINCROFILM (fl. 1808) de 26/10/2009 (São Paulo) não tributa o MICRO CATETER em IPI e ICMS. Da mesma forma a Nota Fiscal nº 2518 de 17/11/2010 (fl. 1685) indica a NCM 9018.3929 que é a indicada no item 29, do Anexo Único do citado Convênio.

Pelo exposto, com relação ao produto MICRO CATETER, acolho o opinativo da PGE/PROFIS de que

a isenção deve ser interpretada de que é um insumo destinados à prestação de serviços de saúde, com objetivo de desonerar a cadeia de circulação de produtos médicos e hospitalares, que se submete a mudanças tecnológicas.

Ressalte-se que conforme apreciado na decisão recorrida os itens 18, 19, 22, 23, 24, 25 e 26, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, para a mesma NCM - 9018.39.29, indica diversos CATETERES alcançados pelo benefício fiscal: Cateter ureteral duplo “rabo de porco”; Cateter para subclavia duplo lumen para hemodiálise; Cateter balão para septostomia; Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente, Berrmann, Cateter balão para angioplastia transluminal percuta; Cateter guia para angioplastia transluminal percuta; e Cateter balão para valvoplastia.

Assim sendo, considero que o produto MICRO CATETER estava contemplado com a isenção prevista no art. 32, XX do RICMS-BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

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

[...]

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

Procedo a exclusão dos valores correspondentes (MICRO CATETER) no final do voto.

ITEM 10: GN 3500 Goose Neck 35 x 120: O recorrente alegou que também se trata de um CATETER MULTIPOLAR que se enquadra no item 29, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999.

O autuante afirmou que o GN 3500 é um laço “utilizado para recuperar e/ou manipular objetos estranhos” (fl. 1910).

Embora o recorrente tenha indicado no demonstrativo de fl. 2119 a NCM 9018.3929 não indicou nos Anexos juntados às fls. 2120 a 2135 qualquer prova de que se trata de um cateter.

Por isso, considero que a descrição do produto não se coaduna com o item 29 do citado Anexo, contemplado com isenção e será mantida a exigência do ICMS.

ITENS 5, 7, 28, 9 e 8: O recorrente alega enquadra-se no item 38 do citado Anexo Único.

NCM UTILIZADO (Notas Fiscais)	
Código	Descrição
90183929	Material: AE-432115 Cateter Tipo Dormia 4F 3,2FR 115cm
90183929	Material: 27750178 Fibra Laser 365/400
90183929	Material: CE-432115 Extrator Atlas 3.2fr x 115 4 fios
90183929	Material: HLF-S273-CNV Sonda F.Optica p/ Holmium Laser
90183929	Material: HLF - S550-C FIBRA LASER 550

O recorrente argumentou que identificou nas Notas Fiscais emitidas as denominações acima para atender as exigências do mercado de produtos médicos, porém mesmo não havendo literal coincidência entre a descrição do Anexo Único, possuem a mesma finalidade dos produtos do item 38 – KIT CÂNULA (Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999).

O autuante apresentou descritivo dos produtos às fls. 1912 a 1914, afirmando que trata se de um extrator de cálculos das vias renais ou biliares (Sonda extratora de cálculos DORMIA BCI Medical); laser de radiação infravermelha e não se enquadra no item 38, do Anexo do Convênio ICMS 01/99.

Em pesquisa na rede mundial de computadores identifica-se que “A cânula é um tubo que pode ser de metal, borracha ou plástico, de diversas espessuras, utilizadas por profissionais da área da saúde em procedimentos das liberações das vias aéreas, e outros tipos em procedimentos estéticos...” e o “**Kit Cânula Pain STP Plus** é um conjunto de instrumentais de uso único que permite a realização de estímulo e bloqueio medicamentoso ou anestésico... **Kit** de aplicação de medicações em nervos ou regiões afetadas pela dor. O **kit** é indicado nos procedimentos percutâneos de bloqueio analgésico e anestésico dos nervos e gânglios, com infiltração articular para tratamento de dores”.

Pelo exposto, como admitido pela recorrente apesar de indicar a NCM 9018.3929 nas notas fiscais emitidas, os produtos comercializados (FIBRA LASER; SONDA OPTICA, EXTRATOR ATLAS) não se enquadram na descrição do produto contemplado por isenção indicado no item 38 – KIT CÂNULA do Convênio ICMS 01/1999.

Por isso, será mantida a exigência do ICMS correspondente destes produtos.

ITEM 6: Alega que o produto comercializado com a NCM 3006.1090 - **Material: 105-7100-060 Sistema Liq.Embolico Onixx 18** se enquadra no item 5 do citado Anexo Único.

NCM UTILIZADO (Notas Fiscais)	
Código	Descrição
3006.1090	Material: 105-7100-060 Sistema Liq.Embolico Onixx 18

O item 5 do Anexo Único do citado Convênio indica:

5	3006.10.90	Hemostático (base celulose ou colágeno)
---	------------	---

O recorrente argumenta que o material médico foi identificado na Nota Fiscal com a denominação acima descrita para atender a exigências do mercado de produtos médicos, mas mesmo não havendo literal coincidência como descrição do Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999 é de idêntica natureza, gênero e se destina a “*funções de controle de hemorragias em procedimentos e/ou cirurgias endovasculares e/ou neurológicas*”.

O descritivo do fabricante (fl. 2166) indica que é um líquido embolizante utilizado no tratamento de aneurisma intracranial.

O autuante argumenta que o produto comercializado “*é um copolímero de etileno e álcool vinílico*”, ou seja, um hemostático sintético (fl. 1917) e não um hemostático a base de “*celulose ou colágeno*” classificado no item 5 do citado Convênio.

Dessa forma, entendo que não foi comprovado a classificação indicada pelo recorrente e será mantida a exigência do ICMS.

ITEM 11: Alega que o produto comercializado com a NCM 9021.3190 - **Material: MPQ-2.5 Seringa de Macroplastique 2.5ml** se enquadra no item 81 do citado Anexo Único.

81	9021.31.90	Tela de reforço de fundo acetabular
----	------------	-------------------------------------

Alega que foi indicado na Nota Fiscal com essa descrição para atendimento a exigências do mercado de produtos médicos, mas mesmo não havendo literal coincidência com a descrição do Anexo Único ao Convênio ICMS 01/1999, se destina a idêntica utilização, destinados as funções de “**reforçar o assoalho pélvico em procedimentos cirúrgicos**” (fl. 1815).

O autuante afirma que o produto comercializado (Seringa de Macroplastique) é um “*produto indicado para tratamento de incontinência urinária de stress e refluxo vesicoureteral*” (fl. 1917/1918).

Constato que os produtos relacionados no item 81 com a NCM 9021.3190 se relacionam a próteses articulares (femorais, miolétricas e outras), utilizada para contenção de estruturas ósseas do tipo femoral e/ou acetabular.

Logo, não ficou comprovado a similaridade do produto com o item contemplado com isenção, motivo pelo qual fica mantido o ICMS.

ITENS 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18: Alega que estes produtos comercializados se enquadram no item 197 - Espirais de platina, para dilatar artérias “coils” do Convênio.

NCM UTILIZADO (Notas Fiscais)	
Código	Descrição
90219081	Material: N-3-4-T10-TC Micro Mola Tetris 3-4

90219081	Material: N-4-6-T10-TS Micro Mola Helix TS 10 04x06CM
90219081	Material: QC-1.5-2-Helix Micro Mola Axiom Helix 1.5x2
90219081	Material: QC-10-20-3D Micro Mola Axiom 3D 10x20
90219081	Material: X-3-4-T10-HSS Micro Mola Nexus 3x4
90219081	Material: X-2-6-T10-HSS Helix Soft 2x6 Nexus
90219081	Material: X-4-8-T10-HSS Helix Supersoft CSR 4X8

O item 197 do Anexo Único do Convênio indica:

197	9021.90.81	Espiraais de platina, para dilatar artérias “coils”
-----	------------	---

Argumenta que foram descritos para atendimento a exigências do mercado de produtos médicos, mas mesmo não havendo literal coincidência com a descrição do Convênio ICMS 01/1999, “*são destinados as funções de embolizações arteriais em procedimentos e/ou cirurgias de embolizações periféricas e ou neurológicas*” (fls. 1815/1816).

O autuante afirmou que o item 197 do Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999 foi acrescido pelo Convênio ICMS 149/2013 e não contempla as operações que foi objeto da autuação.

Constato que o Convênio ICMS 149 foi firmado em 18/10/2013 com efeitos a partir de 01/01/2014. Como as operações que foram objeto da autuação ocorreram nos exercícios de 2009 e 2010, não havia previsão de isenção para os produtos acima elencados.

Consequentemente, fica mantida a exigência do ICMS correspondente.

ITENS 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 e 27: Alega que estes produtos comercializados se enquadram no item 191 – NCM 9021.9081 - Implantes Expansíveis, de aço inoxidável e de cromo cobalto, para dilatar artérias “Stents”.

NCM UTILIZADO (Notas Fiscais)	
Código	Descrição
90219081	Material: PRB35-06-040-120 Stent E.Flex 6f 6x40 120cm
90219081	Material: PRB35-06-060-120 Stent Protege E.Flex 6x60
90219081	Material: SEPX-10-7-30-135 Stent Carotidio Con.10x7x30
90219081	Material: SEPX-6-060-135 Stent Protege Car 6x060x135
90219081	Material: SEPX-8-6-40-135 Stent Protege Conico 6f -8
90219081	Material: Serb65-06-120-120 Stent Prot GPS 06x120x120
90219081	Material: SERB65-06-60-120 Stent B. Protege 6f 6x60x120
90219081	Material: SERP65-14-60-120 Stent Protege Perif 14x60
90219081	Material: SECX 6 30 Stent Prot RX Carot 6x30x135

Argumenta que os materiais foram comercializados para atender as exigências do mercado de produtos médicos, mas se trata de **Implantes Expansíveis**, destinados as funções de “*dilatação de artérias em procedimentos e/ou cirurgias endovasculares*” (fl. 1816).

O autuante afirmou que o item 191 do Convênio relaciona implantes de “aço inoxidável e de cromo e cobalto”, enquanto os comercializados são de NITINOL (liga de níquel e titânio).

Nova redação dada ao item 191 pelo Conv. ICMS 30/09, efeitos a partir de 27.04.09.		
191	9021.90.81	Implantes expansíveis, de aço inoxidável e de cromo cobalto, para dilatar artérias “Stents”
Acrescido o item 191 pelo Conv. ICMS 113/05, efeitos de 24.10.05 a 26.04.09.		
191	90.21.90.81	Implantes expandíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias “Stents”

Para esse produto (STENT) é válida a mesma apreciação feita inicialmente para o produto CATETER. Acolho o opinativo da PGE/PROFIS de que a isenção deve ser interpretada de que é um insumo destinados à prestação de serviços de saúde, com objetivo de desonerar a cadeia de

circulação de produtos médicos e hospitalares, que se submete a mudanças tecnológicas.

Ou seja, com a edição do Convênio em 1999 foi contemplado com isenção os STENTS de aço inoxidável e cromo e cobalto. Com a evolução tecnológica foram criados os STENTS de NITINOL, porém mesmo sendo diferenciado a composição do metal, todos continuam a exercer a mesma função de *“dilatação de artérias em procedimentos e/ou cirurgias endovasculares”*.

Constato que a nota fiscal do fornecedor SINCROFILM (fl. 1149) de 10/02/2009 (São Paulo) não tributa os STENTS em IPI e ICMS. Da mesma forma a Nota Fiscal nº 1767 (fl. 1767) emitida pelo estabelecimento autuado indica saída do produto contemplado como o Convênio ICMS 01/1999.

Dessa forma, considero que o produto STENTS estava contemplado com a isenção prevista no art. 32, XX do RICMS-BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e procedo a exclusão dos valores correspondentes no final do voto.

Ressalto por fim, que quanto ao produto CATETER, foi objeto da autuação diversos produtos com essa denominação e que são utilizados para finalidades, como fazer diagnóstico, cauterização, acessar vasculatura, guia para aplicações..., etc. Tanto a empresa como o autuante juntaram diversas publicações médicas indicando de forma individualizada as aplicações de cada tipo de CATETER, o que tornou dificultoso fazer uma análise individualizada com relação item 29, do Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999 que indica *“Cateter multipolar (estudo eletrofisiológico/terapêutico)”* que contempla à isenção.

Por isso, mesmo que no Acórdão CJF nº 0323-12/21-VD tenha acompanhado o voto vencedor, entendo que diante da dúvida, deve ser interpretado como produto contemplado com isenção o CATETER com a NCM 9018.3929 que atende a definição geral de *“um tubo que pode ser inserido em um vaso sanguíneo ou canal, com objetivo diagnóstico ou terapêutico, possibilitando a drenagem ou injeção de fluidos ou ainda o acesso de instrumentos cirúrgicos”*, interpretação mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN (subsidiário do art. 180 do RPAF/BA).

Por tudo que foi exposto, acolho o opinativo da PGE/PROFIS parcialmente (fls. 2240/2245 e 2251) quanto aos produtos CATETERs e STENTS.

Fica mantida a exigência relativa aos demais produtos que foi objeto do Recurso Voluntário.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, ficando reduzido o débito de R\$ 921.722,49 para R\$ 325.405,07 conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencdo	Julgado 3ª JJF	(Stents/Cateter)	Julgado 2ª CJF
31/01/2009	09/02/2009	31.502,43	29.462,43	2.040,00
28/02/2009	09/03/2009	28.010,44	18.687,64	9.322,80
31/03/2009	09/04/2009	39.404,86	27.648,57	11.756,29
30/04/2009	09/05/2009	28.535,29	22.959,29	5.576,00
31/05/2009	09/06/2009	45.782,83	39.736,19	6.046,64
30/06/2009	09/07/2009	51.930,21	39.236,31	12.693,90
31/07/2009	09/08/2009	46.479,45	25.992,75	20.486,70
31/08/2009	09/09/2009	49.220,44	30.347,04	18.873,40
30/09/2009	09/10/2009	46.195,46	36.386,89	9.808,58
31/10/2009	09/11/2009	49.727,11	33.859,31	15.867,80
30/11/2009	09/12/2009	95.439,33	65.211,17	30.228,16
31/12/2009	09/01/2010	35.992,59	15.673,83	20.318,76
31/01/2010	09/02/2010	34.234,49	19.702,56	14.531,93
28/02/2010	09/03/2010	20.354,87	12.882,18	7.472,69
31/03/2010	09/04/2010	44.353,91	23.681,93	20.671,98
30/04/2010	09/05/2010	57.210,55	31.448,55	25.762,00
31/05/2010	09/06/2010	34.707,96	20.297,66	14.410,30
30/06/2010	09/07/2010	24.320,60	15.859,70	8.460,90
31/07/2010	09/08/2010	34.724,60	15.861,40	18.863,20
31/08/2010	09/09/2010	28.098,39	15.644,95	12.453,44
30/09/2010	09/10/2010	17.528,67	9.836,17	7.692,50

31/10/2010	09/11/2010	26.649,83	17.345,73	9.304,10
30/11/2010	09/12/2010	24.162,41	13.384,41	10.778,00
31/12/2010	09/01/2011	27.155,77	15.170,77	11.985,00
Total		921.722,49	596.317,42	325.405,07

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206855.0001/14-0, lavrado contra **VIPMEDIC SALVADOR PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 325.405,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS