

PROCESSO	- A. I. Nº 217359.0001/09-7
RECORRENTE	- DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A. (DISTRIBUIDOR ATACADISTA DPC)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0311-05/09
ORIGEM	- IFEP – DAT/SUL
INTERNET	- 22/12/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0423-12/10

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. [OPERAÇÕES COM PERFUMES, ÁGUAS-DE-COLÔNIA, COLÔNIA E DEOCOLÔNIA. A legislação baiana prevê alíquota especial para as operações com perfumes (extratos), águas-de-colônia, colônia e deocolônia, porém exclui da tributação especial as operações com lavanda e seiva-de-alfazema (Lei nº 7.014/96, art. 16, II, “h”). Por conseguinte, as operações com águas-de-colônia, colônias e deocolônias são tributadas à alíquota especial, exceto quando estas são produzidas à base de alfazema ou lavanda, sujeitas à alíquota comum. Lançamento mantido. 2. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada, pois, embora ataduras elásticas, tomozeleiras elásticas, joelheiras de neoprene tenham sido enquadradas indevidamente na condição de bens para uso ou atendimento a deficientes físicos, NCM 9021.10.10, em verdade, essas mercadorias se caracterizam como materiais desportivos, conforme classificação do próprio fabricante MERCUR S/A, nas notas fiscais de venda para o autuado. O benefício da isenção previsto no Convênio ICMS 47/97 não alcança os produtos aqui questionados. A intenção do legislador foi beneficiar o deficiente físico na aquisição de cadeiras de rodas, partes, peças e acessórios, próteses e aparelhos ortopédicos. Imputação não elidida. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a Decisão da 5ª JJF (Acórdão nº 0311-05/09) com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2009, exige ICMS, no valor de R\$26.487,60, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 11.874,27 e multa de 60%.
2. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 14.613,33 e multa de 60%.

Após análise das peças processuais, a 5º JJF, em Decisão unânime procedente pronunciando a seguinte Decisão:

*“Rejeito o pedido de diligência haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do meu juízo de valor, na qualidade de relatora deste processo administrativo fiscal.*

*Na infração 1, a acusação versa que o contribuinte aplicou a alíquota de 17% para os produtos enquadrados na NCM 3303.00.20, conforme demonstrativos anexos, fls. 10 a 98, quando deveria ter utilizado a alíquota de 25%.*

*Ocorre que a responsabilidade quanto à classificação da NCM determinada para o produto é exclusivo do fabricante, pois conhece em detalhe a composição química dos perfumes e fragrâncias que produz. Portanto, o autuante salienta que os fabricantes dos produtos em questão determinaram que os mesmos classificam-se na posição 3303.00.20, Perfumes (extratos) e águas de colônia, inclusive colônia e deocolônia, descrito textualmente na alínea h, inciso II do artigo 51 do RICMS/97. Na verdade, o contribuinte em sua peça de defesa, ao desenvolver atividade de comércio, tenta descharacterizar a classificação do produto, alegando de forma vaga que se trata de “alcool perfumado com óleos essenciais aromáticos (citrinos, lavanda, etc), ou ainda deocolônia: preparação composta de álcool com baixa concentração de essências e taxa mínima de fixação, usado para aromatizar e refrescar a pele”.*

*A Secretaria da Fazenda, por meio da Diretoria de Tributação, elaborou o Parecer GECOT 157/99, que assim define:*

*“Analisando os dispositivos legais acima transcritos, conclui-se inequivocadamente, que perfume (extrato) e águas de colônia, classificados na posição 3303 da NBM/SH - Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado, são, nas operações internas e outras a ela equiparadas, oneradas pela alíquota de 25%. Exclui-se dessa regra, apenas, a lavanda (água de colônia elaborada com essência de alfazema).”*

*De fato, o legislador não deixou margem a dúvida quando explicitou de forma literal, que aplica-se a alíquota de 25% a perfumes (extratos) e águas de colônia, inclusive colônia e deocolônia NBM/SH 3303.00.20, entretanto a impugnante aplicou a alíquota indevida de 17% nas saídas identificadas nos demonstrativos acostados ao PAF, fls. 10 a 98.*

*Quanto à máxima atenção que o defensor requer para o dispositivo legal infringido, art. 51, inc. II, alínea h do RICMS/97, alegando que o mesmo exclui os produtos classificados na posição 3303, apenas foram excluídos da posição 3303, lavanda, seiva de alfazema e óleos essenciais, porém manteve literalmente colônia e deocolônia, posição 3303.00.20, objeto da autuação, conforme evidenciado no texto abaixo, na Lei nº 7.014/96, alínea “h” do inciso lido art. 16:*

*“Art 16. [...], cujas alíquotas são as seguintes:*

*II - 25% nas operações e prestações relativas a:*

*.....*

*h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;”*

*Da leitura do dispositivo acima, vê-se que por razões de política extrafiscal, o legislador excluiu da tributação de 25% (mantendo, por conseguinte, em 17%) as operações com lavanda e com seiva-de-alfazema.*

*O Regulamento do ICMS, aclarando a previsão legal, afasta qualquer dúvida nesse sentido, por indicar também a NCM. Prevê o art. 51:*

*“Art. 51. [...], cujas alíquotas são as seguintes:*

*II - 25% nas operações e prestações relativas a:*

*.....*

*h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia - NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 -, exceto: lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303) [...]”*

*Por conseguinte, águas-de-colônia, colônias e deocolônias são tributadas à alíquota de 25%, exceto quando produzidas à base de alfazema ou lavanda.*

*Infração comprovada.*

*Na infração 2 encontra-se destacado que o contribuinte enquadrhou indevidamente as saídas das mercadorias, como isentas, classificadas na NCM 90211010, 90211910, como se destinadas fossem a deficientes físicos, com base no Convênio ICMS 47/97, recepcionado no Art. 24, do RICMS/97.*

*O autuante ressalta que embora ataduras elásticas, tornozeleiras elásticas, joelheiras de neoprene, tenham sido enquadradas indevidamente na condição de bens para uso ou atendem 9021.10.10, em verdade, essas mercadorias se caracterizam como materiais do próprio fabricante: MERCUR S/A. nas notas fiscais de venda para o art. 165 a 167.*

O benefício da isenção previsto no Convênio ICMS 47/97, não alcança os produtos aqui questionados, a intenção do legislador foi beneficiar o deficiente físico, na aquisição de cadeiras de rodas, partes, peças e acessórios, próteses e aparelhos ortopédicos.

Ademais, a DPC vende os mesmos produtos, fabricados por outro fornecedor: Henesbrands Brasil Têxtil Ltda, detentora da marca Tensor e, os enquadra de forma correta, recolhendo o ICMS devido e, classificando-os nas NCM correlatas, conforme pode ser verificado na cópia da Nota Fiscal nº 135.962, fl. 168 do PAF.

O autuado assevera com veemência que os produtos da marca Tensor, são destinados à prática de atividades físicas, mas que os da marca Mercur, são voltados para a estabilidade articular, e que se enquadra no conceito de artigo ortopédico.

Diz que se a fiscalização tivesse acessado o site do fabricante Mercur ([www.mercur.com.br](http://www.mercur.com.br)), teria apurado que os produtos objeto da autuação fazem parte da linha de “suporte”, se prestando a “prevenir lesões, proteger e reabilitar o corpo, como órteses e suportes para punho e joelho, cotoveleiras, tornozoleiras, coxal, tipóias (...) o que corrobora a tese de que se tratam de artigos ortopédicos voltados para correção ou minimização de deficiências físicas.

Contudo, verifico que os produtos arrolados nos demonstrativos, fls. 99 a 164, não tem a capacidade de corrigir ou até mesmo minimizar os diversos tipos de deficiências físicas, portanto não guardam semelhança com os produtos elencados no art. 24 do RICMS/97.

Evidente a similaridade dos materiais fabricados pela Mercur e Tensor, ambos destinados à prática de esportes.

Ademais, acessando o site da empresa Mercur ([www.rmercur.com.br](http://www.rmercur.com.br)) body care consta: “O bem-estar no dia-a-dia das pessoas e na prática de atividades físicas está associado ao aumento da longevidade, por isso, preocupada em atender às áreas de Fisioterapia e de Educação Física, a Mercur traz produtos que contribuem para a melhor performance na prática de esportes e na prevenção e tratamento de lesões. Bem como desenvolve produtos que ajudam na acessibilidade das pessoas, reduzindo a dependência e aumentando a auto-estima de quem necessita de dispositivos de assistência.”

Outrossim, a norma isentiva é taxativa, conforme classificação contida no art. 24, “a”, II, do RICMS/97, que na alínea b estabelece as condições para fruição do benefício fiscal, como segue:

b) condições para fruição da desoneração fiscal prevista neste inciso:

1 - os referidos equipamentos e acessórios devem destinar-se, exclusivamente, ao atendimento a pessoas portadoras de deficiência física, auditiva, mental, visual e múltipla, cuja aplicação seja indispensável ao tratamento ou locomoção das mesmas;

2 - as aquisições devem ser efetuadas por instituições públicas estaduais ou por entidades assistenciais sem fins lucrativos e que estejam vinculadas a programas de recuperação de portadores de deficiência;

Vê-se, portanto, que nas condições para a fruição do benefício da isenção fiscal, nenhuma delas foi atendida pela empresa autuado, vez que os produtos também são destinados à prática da atividade física, como comprova o site da empresa Mercur, e diante da similaridade com os produtos da marca Tensor, que são tributados pelo autuado.

Infração mantida. Auto de Infração PROCEDENTE.

Tomando ciência da Decisão proferida em 1º Grau, a empresa ingressa com Recurso Voluntário (fls. 242/253). Após indicar o cabimento do presente Recurso Voluntário e se reportar as infrações a si imputadas e da Decisão da JJF, afirma que esta foi de encontro ao direito estabelecido. Ressalta que as mercadorias autuadas, em qualquer hipótese, se enquadram dentre aquelas definidas no art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA, ou seja, perfumes (extratos) e águas-de-colônia sujeitas à alíquota de “15%”. Ao contrário, se enquadram na exceção prevista na norma legal, tratando-se de lavanda, que também se encontra na classificação NBM 3303. Assim, somente uma diligência pericial, como havia solicitado, poderia apurar o efetivo enquadramento das mercadorias objeto da autuação.

Entende que as mercadorias autuadas não preenchem os requisitos químicos consagrados em ciência específica, ou simplesmente pela interpretação gramatical, como define a NGB:

“água-de-colônia”: álcool perfumado com óleos ou essências aromáticas (citrinos, lavanda, etc); ou ainda, “deo-colônia”: Preparação composta de álcool com baixa concentração de essências e taxa mínima de fixação usado para aromatizar e refrescar a pele.”

Fala que o produto contemplado no RICMS-BA, em seu art. 51, inc. II, alínea “h”, não se confunde com os produtos arrolados pelo autuante pois, apesar da semelhança – principalmente no que tange ao vocábulo “colônia”, guardam características próprias concernentes à cosmetologia, salientando que tais produtos destinam-se ao público infantil. Diz que tais constatações decorrem da simples leitura da análise das mercadorias objeto da exigência, pelo que descabe a exigência, como entendeu a Decisão recorrida.

Acrescenta que todos os produtos possuem princípios profiláticos, o que obsta o enquadramento tributário exigido pela fiscalização. Afora tal fato, o art. 51, inc. II, alínea “h”, do RICMS/BA exclui produtos classificados na posição NBM/SH 3303, classificação esta na qual se inserem todas as mercadorias arroladas, como se observa pelas notas fiscais. Esclarece que, por critérios puramente mercantis, é utilizada a classificação genérica “água-de-colônia” ou “colônia” para efeitos de nome comercial, inclusive para “lavandas” e “seiva-de-alfazema”. Se assim não fosse, a exceção prevista no dispositivo legal não teria sentido, já que, simplesmente inexiste no mercado produto de nome comercial “lavanda”. Portanto, parte das notas fiscais, a ela referente deveria ser excluída da autuação para que não seja reduzida “à letra morta” e exceção definida em lei e, neste momento, transcreve novamente as determinações do art. 51, inc. II, alínea “h”, do RICMS/BA.

Ressalta que objetivando dirimir qualquer dúvida a respeito da matéria, que seja deferida perícia na forma anteriormente requerida e a reforma de Decisão recorrida.

Quanto à infração 2, sustenta que a autuação considerou como operações tributadas, aquelas com ataduras elásticas, tornozeleiras elásticas, joelheiras de neoprene, suporte pulso, munhequeira ajustável, da fabricante Mercur S/A. No entanto, da simples análise dos termos da autuação fiscal é possível depreender claramente que a fiscalização suprimiu, dentre os itens objeto de isenção, termo de curial importância para o deslinde da questão, qual seja, artigos ortopédicos. Para corroborar sua tese, transcreve parte do Convênio ICMS 47/97, ratificado pelo Estado da Bahia, através do art. 24 do RICMS/BA, em que dentre os produtos isentos do ICMS estão os artigos e aparelhos ortopédicos.

Diz que a natureza das mercadorias listadas é de artigo ortopédico, ainda que possam, eventualmente, ser utilizados para prática esportiva ou qualquer outra atividade. Afirma não ter razão o autuante quando alega de que a empresa comercializa “os mesmos produtos”, fabricados por outro fornecedor/fabricante, e os enquadram como tributáveis, uma vez que os produtos da marca “Tensor” fazem parte de uma linha esportiva de outro fabricante, que não guardam qualquer similaridade com os produtos arrolados pelo agente de fiscalização, quanto à sua aplicação, por isso, sendo enquadradados como material esportivo. Para diferenciá-los faz a distinção de dois produtos que, a priori, poderiam ser tratados como idênticos, mas não o são, quais sejam: joelheira de neoprene “Tensor”, destinada à prática de vôlei, e joelheira neoprene “Mercur”. Enquanto a primeira é um acessório meramente esportivo, que visa a diminuir o impacto do atleta com o solo, a segunda é voltada para a estabilização articular. Sugere que seja visto o site da Mercur ([www.mercur.com.br](http://www.mercur.com.br)) para dirimir dúvidas sobre os produtos por ele fabricados.

Discorda da JJF de que para usufruir da isenção estabelecida no art. 24, II, do RICMS/BA o contribuinte deve obedecer às determinações contidas na alínea “b” da citada norma regulamentar, pois o benefício que tem direito encontra-se inserido no art. 24, I, “c”, item 3.2 como transcreve. Requer o Provimento do Recurso Voluntário interposto ou, quando menos, que seja transformada a exigência da obrigação principal em uma obrigação acessória relativamente aos produtos que tenham incorporado ao nome comercial a palavra “lavanda”.

No seu pronunciamento, a PGE/PROFIS (fl. 256/259) ressalta de que o Recurso Voluntário interposto traz argumentos semelhantes aos que foram tratados : apreciação pelo julgamento reconsiderado. E, da sua análise cc jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Quanto ao argumento do recorrente em relação à infração 1 de que os produtos autuados são “lavandas” destinadas ao público infantil dotadas de princípios profiláticos é ele inócuo em face dos elementos probatórios constantes dos autos. Ademais, a tarefa de classificação dos produtos é inerente e exclusiva dos respectivos fabricantes e não dos comerciantes.

Diz comungar com o entendimento que, na hipótese em tela, resta comprovada através de provas materiais a infração, uma vez que constam no PAF os demonstrativos de fls. 10/98 com a discriminação dos produtos (perfumes, água de colônia, colônias e deo-colônias), mercadorias submetidas à alíquota de 25%, *ex vi* do art. 16, II, “h”, da Lei nº 7014/96 e não operações com lavanda.

No que diz respeito à infração 2, afirma de que as mercadorias discriminadas nos demonstrativos de fls. 99/164 não apresentam compatibilidade com os produtos elencados no art. 24, do RICMS/BA, porquanto não têm a capacidade de corrigir ou atenuar os diversos tipos de deficiências físicas.

Afora tal constatação, a norma isentiva tem caráter taxativo e condicional, conforme preceitua o art. 24, alíneas “a” e “b” do RICMS/BA e o recorrente não atende aos requisitos exigidos à fruição do benefício fiscal, tais como a aquisição exclusiva para portadores de necessidades especiais por entidades públicas ou assistenciais sem fins lucrativos.

Diz que o recorrente inova em asseverar que a isenção que pretende gozar está prevista no art. 24, inciso 1, alínea “c”, item 3.2 e não se submete a requisitos condicionantes, pois o aludido dispositivo isencional está dotado de clareza solar quando determina que as operações isentas de ICMS são aquelas envolvendo bens para uso ou atendimento de deficientes físicos.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração, já que a Decisão de 1ª Instância deste CONSEF o manteve em sua totalidade.

Preliminarmente, indefiro o pedido de perícia por entender que diante das peças processuais ela não se faz necessária para o deslinde da matéria em questão. Afora que, no caso, a prova contrária caberia ao recorrente. E, por fim, como bem pontuou a JJF, posição acompanhada pela PGE/Profis, a responsabilidade quanto à classificação da NCM determinada para o produto é exclusivo do fabricante, e não daquele que o comercializa, pois conhece em detalhe a composição química dos perfumes e fragrâncias que produz.

No mérito, a infração 1 do presente Auto de Infração exige o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição do fato que o contribuinte utilizou a alíquota de 17% nas saídas de perfumes, água de colônias, colônia e deo-colônia (NBM/SH 3303.00.20) .

O recorrente traz, basicamente, os mesmos argumentos expostos na sua inicial. Porém, como a matéria foi devolvida a esta 2ª CJF, os aprecio.

O cerne da questão da presente lide é a insubordinação do recorrente na aplicação da alíquota de 25% mais 2% a título de Fundo de Pobreza sobre mercadorias consideradas pela legislação tributária deste Estado como supérfluas (art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA, ou seja, perfumes (extratos) e águas-de-colônia). Diz o recorrente de que parte das mercadorias autuadas (todas com a nomenclatura “colônia”) na realidade são “lavandas”, insertas nas exceções previstas no citado artigo regulamentar.

Para consubstanciar tal argumento, levanta questões que não são infração apurada pela fiscalização e mantida pela Decisão ora em c

- a) O fato das “colônias” (colônia Meu Cheirinho Kids, colônia Glub Lilás menina e menino, colônia Bebe Vida Davene, etc.) autuadas serem destinadas ao público infantil não significa de que as mesmas são “lavandas”. O público infantil usa, e muito, “colônias”.
- b) Realmente as “colônias” guardam características próprias e diferentes das “lavandas”, como bem salientou o recorrente, porém para que se considerassem as “colônias” autuadas como “lavandas” é necessário que o recorrente traga a prova deste argumento. Nos autos, ao contrário do que afirmou a defesa, as provas são de que todas as mercadorias autuadas são “colônias” como se constata pela planilha elaborada pelo autuante e constante das fls. 10/43 dos autos.
- c) Não tem pertinência a afirmativa de que, por questões mercadológicas, os fabricantes das “lavandas” e “seiva-de-alfazema” insiram nos seus rótulos ou mesmo as denominem como “colônias”. Este seria caso, inclusive, de propaganda enganosa, punível na norma legal deste País.
- d) Em nenhuma hipótese é verdadeira a afirmativa do recorrente de que o art. 51, inc. II, alínea “h”, do RICMS/BA exclui produtos classificados na posição NBM/SH 3303. De fato, ele exclui diversas mercadorias neste código NBM/SH e NCM, inclusive “lavanda”, mas inclui, especificadamente, os “perfumes” (extratos) e “água-de-colônia”, inclusive colônia e deocolonia que estão na posição 3303.00.010 e 3303.00.020, respectivamente.

No mais, determina a Lei nº 7.014/96:

**Art. 15.** As alíquotas do ICMS são as seguintes:

**I - 17% (dezessete por cento):**

.....

**Art. 16.** Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

**II - 25% nas operações e prestações relativas a:**

.....  
**h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;**

**Art. 16-A.** Durante o período de 1º de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados no inciso II e IV do artigo anterior, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O RICMS/BA, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos (art. 51, II, "h"), indicando a NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 para perfumes, águas-de-colônia e deo-colônias.

Diante da norma tributária vigente, sobre as colônias deve ser aplicada a alíquota de 25%, mais o percentual de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza. Este é, inclusive, o entendimento da SAT/DITRI e de diversos julgados deste Colegiado.

E, para fechar a questão, o demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 10/98) relaciona os números das notas, bem como a discriminação do produto, os quais são identificados como colônia e a NCM/SH de cada um deles

Dessa forma, não tendo elidido a acusação com provas capazes de comprovar os seus argumentos, a Decisão de 1º Grau é mantida.

Na infração 2 é exigida a falta de recolhimento do ICMS em razão do recorrente ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A defesa alega, em síntese, de que as mercadorias autuadas (até elásticas, joelheiras de neoprene, munhequeira ajustável, suporte tornozelo), todas fabricadas pela empresa Mercur S/A, são con-



ortopédicos como determina a Cláusula primeira do Convênio ICMS 47/97, se enquadrando na posição NCM 90.21.10.99. Diz que, embora possam ser utilizados na prática esportiva, os seus usos somente se justificam se a pessoa apresenta uma deficiência física que demande equipamento especial. Afora que o citado Convênio não condiciona a aplicação da isenção ora em lide a determinado grau de gravidade, apenas facilita aos portadores de deficiência física os equipamentos corretivos. Por fim, discorda da JJF quanto à aplicação, no caso, das determinações regulamentares contidas no art. 24, II, “b”, do RICMS/BA.

De fato, é correta a discordância do recorrente de que as determinações do art. 24, II, “b”, do RICMS/BA aqui não podem ser consideradas, pois este artigo se encontra vinculado ao Convênio ICMS 38/91 que trata, exclusivamente, da concessão de isenção do ICMS nas aquisições de equipamentos e acessórios destinados às instituições que atendam aos portadores de deficiência física, auditiva, mental, visual e múltipla. Não é o caso do recorrente. Assim, me volto para o Convênio ICMS 47/97 que concede isenção do ICMS às operações com equipamentos ou acessórios destinados aos portadores de deficiência física ou auditiva.

Inicialmente, ressalto de que o Estado, diante de circunstâncias e interesses da sua comunidade, pode e deve particularizar segmentos econômicos. No presente caso, visando conceder condições mais benéficas à aquisição de equipamentos ou acessórios destinados aos portadores de deficiência física, concedeu a isenção do ICMS. Em assim sendo, esta isenção fica condicionada ao cumprimento da norma estabelecida e que deve ser interpretada literalmente, pois, no caso, ela deve proteger o ente tributante para que tais benefícios não sejam ampliados a operações ou mercadorias que o Estado não pretendeu concedê-las. E esta situação resta expressamente especificada no art. 111, II, do Código Tributário Nacional – CTN.

O RICMS/BA cumprindo o que dispõe o Convênio ICMS 47/97, o qual aderiu, no seu art. 24 determina:

*Art. 24. São isentas do ICMS as operações com bens para uso ou atendimento de deficientes físicos*

*I - a partir de 16/06/97, nas saídas dos produtos a seguir indicados (Conv. ICMS 47/97):*

.....  
*c) próteses articulares e outros aparelhos de ortopedia ou para fraturas*

*1 - .....*

*2 - .....*

*3 - partes e acessórios:*

*3.1 - de artigos e aparelhos de ortopedia, articulados - NCM 9021.10.91*

*3.2 - outros - NCM 9021.10.99*

Em assim sendo, ao contrário do que argumenta o recorrente, a norma é expressamente clara quanto à isenção concedida, ou seja, somente para uso ou atendimento de deficientes físicos. Qualquer outra situação nela deve ser excluída.

Dante da norma regulamentar acima explicitada não vejo como classificar ataduras elásticas, tornozeleiras elásticas, joelheiras de neoprene, munhequeira ajustável, suporte para pulso de tecido, suporte tornozelo como “próteses articulares e outros aparelhos de ortopedia ou para fraturas – item “c”, I, do art. 24, do RICMS/BA” para uso exclusivo de deficiente físico Quando a legislação fala em “outros” (subitem 3.2) estar a se referir a componentes ao item principal, ou seja, “próteses articulares e outros aparelhos de ortopedia ou para fraturas” para deficiente físico. E, a norma, como disse, deve ser interpretada literalmente.

Ademais, o próprio recorrente confessa de que tais produtos também são utilizados na prática esportiva. Apenas afirma que eles somente podem ser usados quando uma pessoa tem uma deficiência física. Não vejo lógica na argumentação, pois pela comparação com os produtos de outra marca, trazidos aos autos, eles são os mesmos, afora que tais produtos são utilizados por qualquer pessoa para prevenção de uma lesão, não significando deficiente físico. Mas, a admitindo, se, de fato, ele somente p deficiente físico, este fato deveria estar comprovado, não somen

poderia ter trazido ao processo tal comprovação) e a sua venda estaria condicionada a esta comprovação.

Por fim, a própria empresa Mercur S/A assim não os classificam, pois, além de não utilizarem a classificação NCM indicada na norma regulamentar (e no Convênio) para os mesmos nos seus documentos fiscais, no seu site, como requereu o recorrente que se acessasse, o que fez a JJF, nada do que foi argumentado lá se encontra. Ao contrário, ela os associa à prática de atividade física e como prevenção e tratamento de lesões e não “*próteses articulares e outros aparelhos de ortopedia ou para fraturas*”.

Diante da situação exposta, não tendo a empresa elidido a acusação com provas capazes de comprovar os seus argumentos, a Decisão de 1º Grau é mantida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto mantendo inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 217359.0001/09-7, lavrado contra **DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A. (DISTRIBUIDOR ATACADISTA DPC)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$26.487,60, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS