

A. I. Nº - 211329.0005/09-3
AUTUADO - SANOPE COMÉRCIO DE PRODUTOS E TRATAMENTOS PARA OS PÉS
AUTUANTE - ALEXINALDO DA SILVA LIMA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05.07.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-02/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido, dentre outras, nas operações ou prestações sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária. Restou comprovado que houve inclusão indevida de produtos isentos no levantamento fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2009, reclama o recolhimento a menor do ICMS, por antecipação ou substituição tributária, no total de R\$9.852,27, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, no período de julho de 2007 a dezembro de 2008, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.14 a 20.

O autuado através de seu representante legal em sua defesa às fls.238 a 241, primeiramente esclarece que tem como principal atividade o comércio varejista de produtos ortopédicos e a prestação de serviços de tratamento dos pés (serviços de podologia), sendo necessário adquirir mercadorias fora do Estado da Bahia, e que em face disso, obriga-se a cumprir o disposto no Art. 352-A do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, o que diz ter feito integralmente.

Alega que o autuante inseriu na planilha de apuração da antecipação parcial diversas notas fiscais do Fornecedor COMPRESS PRODUTOS COMPRESSIVOS E HOSPITALARES LTDA, CNPJ 65.939.142/0003-26, estabelecida na Cidade de Santo André - SP, relativas a aquisição de produtos isentos do pagamento do ICMS, conforme Art. 24, inciso II, alínea "a" - RICMS-BA, visto que são produtos ortopédicos, cuja descrição, por esse fornecedor, precede da denominação **ÓRTESE**.

Faz a definição de “órtese”, como: *“Órtese refere-se unicamente aos aparelhos ou dispositivos ortopédicos de uso provisório, destinados a alinhar, prevenir ou corrigir deformidades ou melhorar a função das partes móveis do corpo. São exemplos de órteses: Palmilhas ortopédicas, tutores, joelheiras, coletes, munhequeiras, coletes ortopédicos e muitos outros”*.

Por conta disso, aduz que todas as mercadorias adquiridas do citado fornecedor, em função de se tratarem de órteses, são classificadas sob o código 9021.1099, e que de acordo com o Art. 24, do RICMS-BA, são produtos ortopédicos acessórios, isentos do pagamento do ICMS.

Elaborou uma planilha mensal (fls.241), contendo os números, as datas e o cálculo para pagamento da antecipação tributária, com as devidas

documento fiscal, para confronto com as planilhas elaboradas pelo Agente Fiscal, tendo juntado cópias das notas fiscais que considera como isentas as mercadorias, e apresentou um quadro no corpo de sua peça defensiva dos valores que, após a exclusão das citadas notas fiscais, reconhece como devido, a saber:

MÊS	APURADO PELO AUTUANTE	APURADO PELO AUTUADO
jul/07	1.377,34	1.377,34
ago/07	1.149,35	1.001,91
set/07	448,14	396,21
out/07	2,78	-
nov/07	315,22	140,80
dez/07	476,84	258,22
jan/08	179,19	333,31
fev/08	920,04	477,37
mar/08	1.131,71	1.077,85
abr/08	122,62	80,73
mai/08	381,21	158,31
jun/08	340,30	252,04
jul/08	550,86	370,12
ago/08	184,86	109,79
set/08	530,36	344,89
out/08	146,79	105,99
nov/08	765,20	740,04
dez/08	829,46	551,88
TOTAIS	9.852,27	7.776,80

Ao final, pode a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.317 a 319, o autuante rebateu a alegação defensiva dizendo que os produtos constantes nas referidas Notas Fiscais não são produtos ortopédicos, não deveriam estar classificados sob o código 9021.1099, entendendo que estão sujeitos à tributação.

Para comprovar seu entendimento, recorre a legislação do IPI, arguindo que:

“1 - Conforme a tabela TIPI, Seção XVIII, Capítulo 90, são produtos ortopédicos:

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

- seja para prevenir ou corrigir certas deformidades corporais;

- seja para suster ou manter partes do corpo após uma doença, operação ou lesão.

Os artigos e aparelhos ortopédicos compreendem os calçados ortopédicos assim como as solas interiores (palmilhas) especiais, concebidos para corrigir as deformidades ortopédicas do pé, contanto que sejam: 1º) fabricados sob medida ou 2º) fabricados em série, apresentados em unidades e não em pares, e concebidos para adaptar-se indiferentemente a cada pé. (grifo nosso)

Nas notas da tabela TIPI, Seção XVIII, Capítulo 90, há menção expressa:

1.- Este Capítulo não compreende:

b) as cintas e fundas de matérias têxteis, cujo efeito pretenda

ou manter deriva unicamente da elasticidade (por exemplo, cintas de gravidez, fundas torácicas, fundas abdominais, fundas para articulações ou para os músculos) (Seção XI); (grifo nosso) “

Além disso, observa que o fornecedor COMPRESS PRODUTOS COMPRESSIVOS E HOSPITALARES assim se apresenta em seu site: www.compressbrasil.com.br; com atividade voltada para compressivos pós cirúrgicos, com especialização no tratamento de cicatrizes e pós operatório estético, criando e desenvolvendo produtos que visam garantir o sucesso da cirurgia além de proporcionar conforto ao paciente.

Chama a atenção de que o próprio fornecedor COMPRESS PRODUTOS COMPRESSIVOS E HOSPITALARES, não obstante, tenha classificado os seus produtos sob código 9021.1099, em diversas Notas Fiscais, classifica os mesmos produtos sob os códigos 6212.3000, 6214.3000, 6216.0000, sendo estes mais próximos da realidade, pois, pertencentes ao Capítulo 62, seção XI da TIPI, conforme pode ser constatado, nas Notas Fiscais nº 3840; 3887; 3955; 3972; 4166; 4281; 4384; 4446; 4594; 4692 e 4740 acostadas as folhas nº 287; 288; 290; 291; 293; 294; 295; 297; 298; 300 e 301; respectivamente; ou seja, das quarenta (40) Notas fiscais trazidas a comento, em onze (11), em 27,5% do total das Notas apresentadas, às mesmas mercadorias, o fornecedor classifica com código diverso do 9021.1099.

Para ilustrar melhor os fatos, o autuante observa que a mercadoria discriminada em 26 Notas Fiscais - 65% do total de Notas apresentadas - como "Órtese dorso de mão" com variações do tipo: com ou sem dedos, até o pulso ou até o cotovelo, e ao confrontar com as informações disponíveis no site do fornecedor: www.compressbrasil.com.br , na página "fazer pedido", temos: luvas com ou sem dedos, luvas até o cotovelo, ... , ou seja, mercadorias que, apesar dos seus efeitos terapêuticos e cicatrizantes, se classificam melhor na posição do código 6216.0000, procedimento adotado pelo próprio fornecedor, nas Notas Fiscais nº 3840; 3887; 3955; 3972; 4166; 4281; 4384; 4446; 4594; 4692 e 4740 acostadas as folhas nº 287; 288; 290; 291; 293; 294; 295; 297; 298; 300 e 301; respectivamente.

Conclui dizendo que resta comprovado que os produtos em discussão não são produtos ortopédicos, não deveriam estar classificados sob o código 9021.1099, e portanto, no seu entender, não estão amparados pela isenção ICMS concedida no Art. 24 do RICMS/BA, se sujeitando à incidência do ICMS.

VOTO

Cuida o presente processo da acusação fiscal de que o autuado recolheu a menor ICMS a título de antecipação tributária devida sobre as operações de entradas interestaduais ocorridas no período fiscalizado (01/07/2007 a 31/12/2008), sobre as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal constante na planilha às fls.14 a 20.

De acordo com o artigo 386, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, *in verbis*: "Art. 386. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido: I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária;".

Portanto, por tratar de exigência de imposto recolhido a menor, o autuado não nega sua obrigação em efetuar o recolhimento a título de antecipação ou substituição tributária, conforme previsto no citado dispositivo legal.

A impugnação ao lançamento consubstanciado no auto de infração, se resume exclusivamente na alegação que foram incluídas no levantamento fiscal às fls.14 a 20, várias notas fiscais de mercadorias isentas (órteses) classificadas sob o código 9021.1099, adquiridas do Fornecedor COMPRESS PRODUTOS COMPRESSIVOS E HOSPITALARES LTDA, CNPJ 65.939.142/0003-26, estabelecida na Cidade de Santo André - SP, conforme previsto no artigo 24, inciso II, alínea "a" - RICMS-BA.

Analisando os produtos constantes nas notas fiscais que alvo da infração em lide, verifico que as NCMs e as respectivas descrições das mercadorias impugnadas em relação às NFS nº 1298; 1356; 1493; 1595; 1729; 1814; 1857; 1908; 1930; 2057; 2085; 2197; 2446; 2538; 2581; 2642; 2684; 275º; 2783; 2856; 2954; 3141; 3178; 3264; 3427; 3609; 3840; 3887; 3955; 3972; 4166; 4281; 4384; 4446; 4594; 4692 e 4740, são as seguintes:

NCM	MERCADORIA	DOC.FLS.
9021.1099	Ortese dorso da mão até cotovelo	246/247 249/250 252/255 258/259 261/262 264 266/268 270/273 275/276 278 280/282 204/205
	Ortese dorso da mão até pulso	
	Ortese meio braço	
	Ortese dorso da mão/dedos até pulso	
	Ortese pé até joelho	
	Ortese pé até tornozelo	
	Ortese colar cervical	
	Ortese pé/perna até virilha	
	Ortese pé/perna até cintura	
	Ortese cabeça/face total	
	Ortese colete c/memb.superior	
	Ortese pés/duas pernas até cintura	
	Ortese ventre/coxas	
	Ortese dorso da mão até ombro	
	Ortese mão/dedos até pulso	
	Ortese meia perna	
	Ortese cabeça/face mentoniana	
	Ortese perna e coxa inteira	
	Ortese braço inteiro	
NCM	MERCADORIA	DOC.FLS.
6216.0000 6212.3000 6214.3000 6110.3000 8452.3000	Ortese meio braço	207/208 290/291 293/296 299/298 300/301
	Ortese meio perna	
	Ortese pé até joelho	
	Ortese mão/dedos até cotovelo	
	Ortese mão/dedos até pulso	
	Ortese pé até tornozelo	
	Ortese colar cervical	
	Ortese colete c/memb.superior	
	Ortese perna e coxa inteira	
	Ortese pé até tornozelo	
	Ortese dorso da mão até ombro	
	Ortese perna e coxa inteira	
	Ortese cabeça/face parcial	
	Ortese braço inteiro	
	Ortese pés/duas pernas até cintura	

Para o deslinde da questão recorro ao anexo do artigo 24, inciso II, alínea "a" - RICMS-BA. a saber:

9021	Artigos e aparelhos ortopédicos, inclui médico-cirúrgicas e as muletas; tal
------	---

		<i>artigos e aparelhos para fraturas; artigos e aparelhos de prótese; aparelhos para facilitar a audição dos surdos, e outros aparelhos para compensar deficiências ou enfermidades, que se destinem a ser transportados a mão ou sobre as pessoas ou a serem implantados no organismo</i>
9021.19	00	Outros
9021.30		<i>Outros artigos e aparelhos de prótese, exceto os produtos classificados nos códigos 9021.30.91 e 9021.30.99</i>

Não obstante, os fornecedores terem especificado nas notas fiscais as NCMs 9021.1099; 6216.000; 6212.3000; 6214.3000; 6110.3000 e 8452.3000, porém, considerando que as descrições das mercadorias dizem respeito a “órteses” de várias espécies, bem como, pelo fato de que tais mercadorias são aparelhos e/ou dispositivos ortopédicos de uso provisório, concluo que se enquadram na isenção prevista no citado dispositivo legal, não sendo, por conseguinte, devido exigir a antecipação tributária sobre tais mercadorias.

Com a exclusão das citadas notas fiscais no levantamento fiscal, a exigência fiscal fica reduzida para o total de R\$7.776,80.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$7.776,80, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito
31/07/2007	09/08/2007	8.102,00	17,00	50	1.377,34
31/08/2007	09/09/2007	5.893,59	17,00	50	1.001,91
30/09/2007	09/10/2007	2.330,65	17,00	50	396,21
31/10/2007	09/11/2007	-	17,00	50	-
30/11/2007	09/12/2007	828,24	17,00	50	140,80
31/12/2007	09/01/2008	1.518,94	17,00	50	258,22
31/01/2008	09/02/2008	1.960,65	17,00	50	333,31
29/02/2008	09/03/2008	2.808,06	17,00	50	477,37
31/03/2008	09/04/2008	6.340,29	17,00	50	1.077,85
30/04/2008	09/05/2008	474,88	17,00	50	80,73
31/05/2008	09/06/2008	931,24	17,00	50	158,31
30/06/2008	09/07/2008	1.482,59	17,00	50	252,04
31/07/2008	09/08/2008	2.177,18	17,00	50	370,12
31/08/2008	09/09/2008	645,82	17,00	50	109,79
30/09/2008	09/10/2008	2.028,76	17,00	50	344,89
31/10/2008	09/11/2008	623,47	17,00	50	105,99
30/11/2008	09/12/2008	4.353,18	17,00	50	740,04
31/12/2008	09/01/2009	3.246,35	17,00	50	551,88
				TOTAL	7.776,80

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 211329.0005/09-3, lavrado contra **SANOPE COMÉRCIO DE PRODUTOS E TRATAMENTO PARA OS PÉS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.776,80, acrescido de multa de 50% prevista no artigo 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, e de

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR