

A. I. Nº - 269191.0001/10-6  
AUTUADO - DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.  
AUTUANTE - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES  
ORIGEM - IFEP SUL  
INTERNET - 22. 11. 10

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0350-01/10

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Informações contidas no *site* do fabricante na Internet comprovam que os produtos listados na autuação (ataduras elásticas, tornozeleiras elásticas, joelheiras de neoprene) eram destinados a práticas esportivas. Considerando a condição de atacadista do autuado, descabe o argumento de que esses produtos eram destinados a deficientes físicos, condição necessária para o gozo do benefício fiscal. A isenção prevista no Convênio ICMS 47/97 não alcança os citados produtos, pois a intenção do legislador foi beneficiar o deficiente físico na aquisição de cadeiras de rodas, partes, peças e acessórios, próteses e aparelhos ortopédicos. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2010, exige ICMS, no valor de R\$11.505,48, em razão de falta de recolhimento do imposto, por ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

O autuado apresenta defesa, fls. 70 a 77, e, inicialmente, sustenta que as mercadorias arroladas na autuação estão relacionadas no Convênio ICMS 47/97, do qual o Estado da Bahia é signatário. Diz que o Auto de Infração não traz um relatório circunstanciado das razões que levaram o autuante a lançar tal crédito tributário.

Explica que atua no ramo de comércio atacadista, que não desenvolve qualquer atividade fabril e que não atribui classificação fiscal aos itens que comercializa. Diz que as mercadorias citadas na autuação foram adquiridas da fabricante, a Mercur S/A, que é a responsável pela classificação fiscal, conforme prevê o RIPI (Regulamento de Produtos Industrializados) e o RICMS-BA (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 6.284/97).

Afirma que a NF-e nº 17966, de 30/04/2010, comprova que o tratamento dispensado pelo autuado e pela fabricante das mercadorias (a Mercur S/A) é o mesmo. Destaca o conceito que goza a Mercur S/A como fabricante de produtos *body care* (esportes, saúde e bem-estar).

Sustenta que o autuante, dentre os itens objeto de isenção, suprimiu o termo “ARTIGOS ORTOPÉDICOS, os quais não se confundem com artigos esportivos”. Transcreve o disposto na cláusula primeira do Convênio ICMS 47/97 e, em seguida, frisa que as mercadorias em exame se enquadram como “artigos ortopédicos”, ainda que possam, eventualmente, ser empregados na prática esportiva. Diz que a utilização desses artigos só se justifica se ficar caracterizada uma deficiência física que demande equipamento especial, ou seja, se configurada a hipótese que justificou a edição da norma isentiva.

Frise que nem o Convênio ICMS 47/97 e nem o artigo 24 do RICMS-Ba isenção a determinado grau de gravidade da deficiência física. Diz q

facilitar o acesso aos portadores de quaisquer deficiências físicas a equipamentos corretivos. Para embasar seu argumento, transcreve disposto no preâmbulo do Convênio ICMS 47/97. Frisa que as mercadorias relacionadas na autuação estão abrangidas pela isenção prevista no Convênio ICMS 47/97 e no artigo 24 do RICMS-BA, pois são voltadas à correção ou minimização de deficiências físicas diversas.

Aduz que, se o autuante tivesse acessado o *site* da Mercur S.A., teria apurado que as mercadorias em comento fazem parte da linha de “Suporte” e se destinam a *prevenir lesões, proteger e reabilitar o corpo, como órteses e suportes para punho e joelho, cotovelleiras, tornozeleiras, coxal, tipóias*. Diz que esse fato corrobora a tese de que as mercadorias em tela são artigos ortopédicos voltados para correção ou minimização de deficiências físicas.

Após transcrever o disposto nos incisos I e II do artigo 24 do RICMS-BA, afirma que “as mercadorias objeto do trabalho fiscal não se submetem às condicionantes acima destacadas, o que justifica o tratamento tributário dispensado pela Autuada aos produtos em questão”. Pede que o Auto de Infração seja cancelado.

O autuante presta a informação fiscal (fl. 80) e, inicialmente, diz que a presente ação fiscal é idêntica a ação anteriormente realizada, a qual ensejou a lavratura de Auto de Infração que foi julgado procedente pela 5ª JF, por meio do Acórdão JF Nº 0311-05/09.

Afirma que a consulta ao *site* da MERCUR S/A demonstra que as mercadorias em tela são colocadas no mercado como artigos para “*oferecer conforto e evitar lesões durante a prática esportiva*”. Sustenta que o público alvo desses produtos é o praticante de esporte de alto desempenho e, eventualmente, são utilizados para fins ortopédicos. Salienta que as ataduras, joelheiras, munhequeiras, tornozeleiras e suportes são artigos preventivos voltados a esportistas. Frisa que, quando a Mercur S.A. menciona sua principal matéria-prima (o “neoprene”), destaca a capacidade de prevenir lesões por conta da sua resistência a “*movimentos intensos e repetitivos*”.

Conclui que as mercadorias são voltadas à prática esportiva de alto desempenho e, portanto, não traduzem aqueles previstos na legislação como os possíveis de serem beneficiários da isenção tratada no Convênio ICMS 47/97. Ao finalizar, o autuante mantém a autuação em sua totalidade.

## VOTO

Trata o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento de ICMS, em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis.

O autuado alega que o Auto de Infração não traz uma descrição detalhada das razões que levaram o autuante a efetuar o lançamento tributário. Discordo desse argumento da defesa, pois a descrição dos fatos, os demonstrativos e os dispositivos legais tidos como infringidos deixam evidente que o Auto de Infração trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter o autuado considerado como não tributáveis as operações de saídas das mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 9 a 66, quando essas operações, segundo o autuante, eram tributáveis.

O autuante ressalta que embora ataduras elásticas, tornozeleiras elásticas, joelheiras de neoprene, tenham sido enquadradas na condição de bens para uso ou atendimento a deficientes físicos, NCM 9021.10.10, em verdade, essas mercadorias são materiais desportivos, conforme a classificação dada pelo próprio fabricante, a MERCUR S/A, no *site* que mantém na Internet.

Comungando com o entendimento defendido pelo autuante, considero que o benefício da isenção previsto no Convênio ICMS 47/97 não alcança os produtos listados na autuação, pois a intenção do legislador foi beneficiar o deficiente físico, na aquisição de cadeiras de rodas, partes, peças e acessórios, próteses e aparelhos ortopédicos. Os produtos arrolados nos demonstrativos fls. 9 a 66 não possuem a capacidade de corrigir ou minimizar os diversos tipos de deficiências físicas, portanto, não guardam semelhança com os produtos elencados no artigo 24 do RICMS-BA.

Ademais, em razão da condição de atacadista do autuado, descabe a sua alegação de que os produtos em questão se destinavam a deficientes físicos, condição necessária para o gozo da isenção condicionada em comento. A seguir, transcrevo o disposto na alínea “b”, do inciso II do artigo 24 do RICMS-BA, a qual estabelece as condições para fruição do benefício fiscal em tela:

*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 pelo autuado, vez que os produtos também são destinados à prática da atividade física, como comprova o *site* da empresa Mercur S.A. Além disso, há que se ressaltar que um enquadramento equivocado de um produto na NCM não possui o condão de modificar a sua verdadeira natureza. Em termos de enquadramento no NCM, a segurança jurídica é dada pela efetiva natureza do produto.

Por fim, corroborando o entendimento acima, ressalto que o sujeito passivo já foi autuado pelo mesmo motivo anteriormente (Auto de Infração nº 217359.0001/09-7), o qual foi julgado procedente pela 5ª JJF (Acórdão JJF Nº 0311-05/09).

Em face do acima comentado, a infração está devidamente caracterizada, sendo devido o valor cobrado no Auto de Infração.

Voto, portanto, pela Procedência do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269191.0001/10-6**, lavrado contra **DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.505,48**, 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, 12 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGEURIA DE OLIVEIRA – JULGADOR