

Acórdão: 23.078/18/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000707830-53
Impugnação: 40.010144035-44
Impugnante: Fisioderma Ltda
IE: 001094038.00-64
Proc. S. Passivo: Adriano Andrade Muzzi/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - INTERNA. Constatado o transporte de mercadorias relacionadas nos itens 15, 29 e 50 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, adquirida de contribuinte estabelecido em outra unidade da federação, sem o comprovante do recolhimento do ICMS devido na entrada em território mineiro de mercadoria sujeita à substituição tributária interna, nos termos dos arts. 14 e 46, inciso II da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Lançamento reformulado pela Fiscalização, mantido inalterado o crédito tributário original. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, devido por substituição tributária, nas entradas de mercadorias procedentes de fornecedores estabelecidos em outras unidades da Federação, no período de 01/01/13 a 30/09/14.

Exige-se ICMS/ST sobre o valor da diferença apurada e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 312/347, acompanhada pelos documentos de fls. 348/377.

A Fiscalização emite o Termo de Rerratificação do Lançamento de fls. 382.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 386/431.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 433/451.

Em sessão realizada em 13/12/17, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de Substabelecimento apresentado da Tribuna. Ainda, em preliminar, à unanimidade, pela realização de perícia, considerando a divergência de interpretação entre a Fiscalização e o Contribuinte no que diz respeito a classificação (NBM/SH), e descrição dos itens

objeto da autuação, e também formula os seguintes quesitos: 1) Queira o perito informar a descrição dos itens objeto da autuação; 2) Quais os NBM/SH dos itens objeto da autuação?; 3) Existe solução de consulta da Receita Federal que dispõe sobre a classificação (NCM/SH) e descrição dos itens objeto da autuação? Caso positivo junte aos autos. Pela Fazenda Pública Estadual, assistiu à deliberação o Dr. Bruno Rodrigues de Faria e, pela Impugnante, o Dr. Adônnis Pinto Costa, (fls. 456).

A Delegacia Fiscal de Trânsito de Belo Horizonte (DFT/BH) emite o Termo de Designação de Perito, (fls. 463).

A Impugnante manifesta-se às fls. 469 e apresenta os quesitos de fls. 470/489, referentes ao PTA nº 01.000.707.767-91.

A Defesa apresenta Requerimento, informando erro de digitação na indicação de referência do presente Auto de Infração, (fls. 490).

A Impugnante novamente manifesta-se às fls. 491/492 e apresenta os quesitos de fls. 493/512, referentes ao Auto de Infração em exame, PTA nº 01.000.707.830-53.

A DFT/BH emite o Termo de Prorrogação de Perícia de fls. 516.

A Impugnante é cientificada da prorrogação da conclusão da perícia, (517/518).

A perita designada apresenta o Laudo Pericial de fls. 521/571, com os seguintes anexos:

Anexo 01: planilha analítica (conteúdo: descrição de todos os itens e NBM – físico, NBM, NF-e, mês de ocorrência – linha na planilha – em meio físico, (fls. 573/581), e mídia eletrônica – CD de fls. 582.

Anexo 02: informações sobre alguns produtos: faixa elástica, tubos elásticos, tubing mercur, comparativo entre bolas infláveis, disco de rotação, exercitador de quadril, plataforma vibro oscilatória e Pilates, em mídia eletrônica – CD de fls. 582.

Aberta vista para a Impugnante que se manifesta às fls. 585/591.

A Fiscalização retorna aos autos às fls. 595/618.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, sob o entendimento de que o termo de rerratificação emitido pela Fiscalização, reformulou o lançamento com o objetivo de modificar os fundamentos e critérios jurídicos que embasaram a autuação.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza

das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induvidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Por oportuno, é importante destacar que o fundamento jurídico que consta no Auto de Infração, qual seja, falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas entradas de mercadorias procedentes de fornecedores estabelecidos fora do estado de Minas Gerais, no período entre janeiro de 2013 e setembro de 2014, permaneceu o mesmo com o Termo de Rerratificação acostado às fls. 382.

Sendo certo que legislação mineira disciplina expressamente a possibilidade da Fiscalização reformular o crédito tributário após a apresentação da impugnação, conforme dispõe o art. 120 do RPTA, *in verbis*:

RPTA

Art. 120. Recebida e autuada a impugnação com os documentos que a instruem, a repartição fazendária competente providenciará, conforme o caso:

I - a manifestação fiscal, no prazo de 15 (quinze) dias, e encaminhará o PTA ao Conselho de Contribuintes;

II - a reformulação do crédito tributário.

§ 1º Caso o lançamento seja reformulado e resulte em aumento do valor do crédito tributário, inclusão de nova fundamentação legal ou material ou alteração da sujeição passiva, será aberto ao sujeito passivo o prazo de trinta dias para impugnação, aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis nos 30 (trinta) dias após o recebimento do Auto de Infração.

§ 2º Nas hipóteses de reformulação do lançamento não alcançadas pelo § 1º, será aberto prazo de 10 (dez) dias para aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas a que se refere o parágrafo anterior. (Grifou-se).

§ 3º Na hipótese de acatamento parcial ou integral da impugnação pelo servidor responsável

pela manifestação fiscal, este proporá ao titular da repartição fazendária:

I - em se tratando de crédito tributário, o cancelamento da respectiva exigência fiscal;

II - em se tratando de pedido de restituição de indébito tributário, a respectiva restituição.

§ 4º O Auto de Infração lavrado por decisão do Superintendente Regional da Fazenda ou do Subsecretário da Receita Estadual poderá ser reformulado ou cancelado nos termos deste artigo.

Registra-se por oportuno, que a reformulação do lançamento está prevista no art. 145 e art. 149 do Código Tributário Nacional – CTN. Veja-se:

CTN

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

(...)

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Tendo em vista que o Termo de Rerratificação acostado às fls. 382 não modificou o critério jurídico do lançamento, o que é vedado conforme dispõe o art. 146 do Código Tributário Nacional, rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, devido por substituição tributária, nas entradas de mercadorias procedentes de fornecedores estabelecidos em outras unidades da Federação, no período de 01/01/13 a 30/09/14.

Exige-se ICMS/ST sobre o valor da diferença apurada e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Verifica-se que o presente lançamento fundamenta-se no art. 13, § 19, item 2, art. 16, incisos VI, IX e XIII e art. 22, § 9º, todos da Lei nº 6.763/75.

Alicerça-se ainda o trabalho fiscal, no art. 20, art. 96, inciso XVII, ambos do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, bem como art. 14, art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3, art. 19, § 5º, art. 20 e art. 46, inciso II, todos do Anexo XV do citado dispositivo regulamentar.

A Impugnante sustenta que não se sujeita ao recolhimento do ICMS/ST, ao argumento de que é optante pelo regime de tributação do Simples Nacional e o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “a” da Lei Complementar nº 123/06 e todos os dispositivos correlatos constantes na legislação mineira são inconstitucionais.

Assevera que a Fiscalização desconsiderou as Nomenclaturas Brasileiras de Mercadorias - NBMs informadas em todas as notas fiscais (NFs) constantes do Auto de Infração, reclassificou os respectivos produtos para enquadrá-los nas hipóteses de incidência do ICMS/ST.

Entende que o lançamento deverá ser cancelado pois, para a aplicação da substituição tributária, deverá ser analisada tanto a classificação fiscal quanto a descrição da mercadoria bem como sua efetiva destinação e essa regra não foi observada pela Fiscalização e por conseguinte, não se pode considerar um produto

fisioterápico estar sujeito à substituição tributária (ST) quando o capítulo do item se refere a produtos esportivos.

Questiona as classificações adotadas pela Fiscalização, argumentando que os produtos são destinados a uso ortopédico (NBM 3005) ou a tratamentos fisioterápicos (demais NBMs).

Sustenta que não houve violação à Regra 3, alínea “a”, do Sistema Harmonizado (SH), e sim erro de classificação por parte do Fisco por não levar em consideração a descrição da mercadoria.

Argumenta que o Pilates é um aliado da fisioterapia, alia-se à prática de esportes, mas não pode ser conceituada como prática esportiva.

Relaciona os produtos ligados ao Pilates, tais como Reformer Classic – Arktus, Cadillac Trapézio Classic, Step Barrel, e Kit Molas para Pilates, e alega que não estão sujeitos à substituição tributária.

Apresenta as definições de Fisioterapia e Educação Física e aduz que são áreas distintas, mas que se complementam no trabalho para o bem-estar das pessoas e reafirma que os produtos fisioterápicos não podem ser considerados produtos esportivos.

A Fiscalização refuta os argumentos da Impugnante, destacando que o regime de substituição tributária disciplinado na Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 aplica-se em relação ao produto incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do citado Anexo, desde que integre a respectiva descrição”.

Ressalta a Fiscalização que no momento em que as descrições das mercadorias na tabela NBM são coincidentes com as descrições contidas nos subitens do Anexo XV do RICMS/02, conclui-se que a descrição da mercadoria corresponde com àquela contida no respectivo subitem do Anexo XV do dispositivo regulamentar, pois considerando-se que o produto foi classificado corretamente na Tabela NBM, sua descrição corresponde com a respectiva tabela, e em virtude das descrições das duas tabelas serem iguais, também a descrição do produto corresponderá com àquela do Anexo XV do RICMS/02.

A Fiscalização apresenta análise sobre o enquadramento das mercadorias objetos da ação fiscal e conclui que as mercadorias objetos da ação fiscal enquadram-se na descrição contida nos subitens respectivos da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, bastando que elas tenham sido corretamente classificadas mediante a tabela NBM para que tenha que se aplicar a substituição tributária para elas.

Tendo em vista a controvérsia apresentada nos autos acerca do enquadramento de diversas mercadorias, o que demandaria conhecimento técnico específico, na busca pela verdade material, a Câmara de Julgamento determinou a realização de perícia, que fora realizada e acostada às fls. 521/571.

A Perita concluiu seu laudo elucidando que:

“... os produtos, objetos dessa perícia e fiscalizados não são produtos ortopédicos e nem destinados exclusivamente e nem precipuamente as atividades de

natureza ortopédica e ou fisioterápicas de acordo com as informações dos próprios fornecedores. Os artigos e máquinas objetos dessa perícia foram classificados de acordo com as normas explicativas do sistema harmonizado – NESH a saber:

A) Banfagem elástica adesiva (Kinésio Taping) – Capítulo 30 – produtos farmacêuticos – NBM 3005.10.90;

B) ataduras elásticas (alta compressão e maxisoft) – capítulo 30 – produtos farmacêuticos – NBM 3005.90.90;

C) Massageadores corporais e com infravermelho – capítulo 90: instrumentos e aparelhos de optica, de fotografia, de cinematografia, de medida de controle ou de precisão: instrumentos e aparelhos médicos – cirúrgicos; suas partes e acessórios – NBM 9019.10.10;

D) Half cone (chapéu chinês) capítulo 95: brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte (desporto*); suas partes e acessórios – NBM: 9506.91.00;

E) Carci band, faixas e tubos elásticos de resistência – capítulo 95: brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte (desporto*); suas partes e acessórios – NBM: 9506.91.00;

F) Plataforma vibro oscilatória – capítulo 95: brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte (desporto*); suas partes e acessórios – NBM: 9506.91.00;

G) Disco exercitador de quadril – capítulo 95: brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte (desporto*); suas partes e acessórios – NBM: 9506.91.00;

H) Equipamento de pilates – capítulo 95: brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte (desporto*); suas partes e acessórios – NBM: 9506.91.00.

A alegação de que boa parte dos créditos constituídos são referentes aos itens, artefatos e peças, cujas NBMs foram reclassificadas pelo fisco, ignorando por completo a classificação dos produtos dos fornecedores e da Fisioderma LTA, não condiz com a realidade. A maioria das classificações tanto do Fisco, quanto dos fornecedores são idênticas na maioria dos produtos, conforme demonstrado no anexo 1 desta perícia. As classificações divergentes utilizadas pelos fornecedores e pelo fisco foram analisadas nos quesitos específicos

de cada artigo, aparelho ou equipamento. Salvo melhor juízo, as classificações divergentes dos fornecedores estão em desacordo com a NESH. Os produtos autuados estão relacionados no Anexo XV, conforme demonstrado no trabalho fiscal (relatório fiscal, fls. 7 a 11, manifestação fiscal, fls. 441 a 446)

A Impugnante manifestou-se acerca da perícia realizada sustentando, em síntese, que ao analisar o laudo apresentado, verifica-se que ao contrário de apresentar um parecer técnico, imparcial, a ilustre expert apresentou verdadeira manifestação fiscal, limitando-se a refutar os argumentos da Contribuinte e defender as reclassificações promovidas pela Fiscalização, em nítida afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório e a garantia de um processo justo e imparcial.

Por sua vez, a Fiscalização destacou que o fato de o laudo pericial ser oposto às pretensões da Autuada, não significa que o mesmo está eivado de parcialidade. Não houve, no laudo, contraposição dos argumentos da Autuada e defesa de reclassificação do Fisco. O laudo simplesmente concluiu que o trabalho fiscal estava correto.

Inicialmente, destaca-se que o lançamento refere-se a fatos geradores que ocorreram antes de entrar em vigor o Convenio ICMS nº 92/15, revogado posteriormente pelo Convênio ICMS nº 52/17, que modificaram diversos conceitos atinentes à sistemática da substituição tributária, como a criação do CEST e a modificação da sistemática atinente ao enquadramento das mercadorias nesta hipótese de cobrança antecipada do ICMS, prevendo a necessidade de preencher 3 (três) requisitos, quais sejam: descrição, NBM e segmento.

Tendo em vista que a análise deste feito deve ser realizada de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores, no caso em exame deve-se observar somente o NBM e a descrição da mercadoria para realizar o efetivo enquadramento na sistemática da substituição tributária.

Conforme supra citado, na busca da verdade material, a Câmara de Julgamento determinou a realização de perícia de fls. 456, que resulta no relatório de fls. 521/571 e Anexos de fls. 572/582, oportunidade em que o laudo pericial ratificou a classificação e enquadramento levado a efeito pela Fiscalização para embasar o lançamento, confira-se:

Do enquadramento das mercadorias nas descrições dos subitens do Anexo XV

Cumprido reiterar que caso as descrições das mercadorias na tabela NBM sejam coincidentes com as descrições contidas nos subitens do Anexo XV do RICMS/02, conclui-se que a descrição da mercadoria corresponde àquela contida no respectivo subitem do Anexo XV do RICMS/02, portanto considera-se que o produto foi classificado corretamente na tabela NBM e sua descrição corresponde com a respectiva tabela, e como as descrições das duas tabelas são iguais, também a descrição do produto corresponde àquela apontada pela tabela do Anexo XV do RICMS/02.

O Acórdão nº 19.657/12/2ª, transcrito em parte pela Defesa, corrobora essa afirmação. Examine-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SE O CÓDIGO ESTIVER LISTADO, TEM-SE AINDA DE COMPARAR A DESCRIÇÃO DA MERCADORIA, COM A REDAÇÃO ORIGINAL DA NBM (TABELA TIPI). SE A REDAÇÃO FOR COINCIDENTE, TODOS OS PRODUTOS COM AQUELA CLASSIFICAÇÃO ESTÃO SUJEITOS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SE A REDAÇÃO FOR DIFERENTE, O LEGISLADOR QUIS LIMITAR A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA À MERCADORIA DESCRITA. (GRIFOU-SE).

Lado outro, conforme parte final do trecho do citado acórdão, nos casos em que as descrições das mercadorias na tabela NBM não são coincidentes com as descrições contidas nos subitens do Anexo XV do RICMS/02 (redações diferentes) o legislador quis limitar a aplicação da ST apenas à parte das mercadorias com aquela NBM.

Nesse caso deverá ser analisado se a descrição da mercadoria na nota fiscal corresponde com a descrição contida no subitem do Anexo XV do RICMS/02. No trabalho fiscal, para esses casos, essa análise foi realizada para todas as mercadorias.

Em virtude do grande número de mercadorias objeto da autuação, nesses casos, apresenta-se análise das descrições das mercadorias com essas NBMs para uma nota fiscal, a título de exemplo, conforme infratranscrito. As demais notas fiscais, poderão ser verificadas nos Anexos 02 e 03 do Auto de Infração, (fls. 58/237).

NBM 3005:

Anexo XV do RICMS/02:

Subitem: 15.9 - Descrição: Pastas (ouates), gazes, ataduras e artigos análogos (por exemplo, pensos, esparadrapos, sinapismos), impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas ou acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos ou dentários.

Descrição na tabela NBM:

Pastas (ouates), gazes, ataduras e artigos análogos (por exemplo, curativos (pensos), esparadrapos, sinapismos), impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas ou acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos, dentários ou veterinários.

Conforme retrocitado, a descrição na tabela NBM coincide, quase que totalmente, com a descrição constante no subitem 15.9 do Anexo XV do RICMS/02. A única divergência é que na tabela NBM no final do texto consta a palavra veterinários enquanto no Anexo XV do RICMS/02 não consta essa palavra.

Conclui-se que para os produtos classificados com essa NBM, apenas os de uso veterinário não são alcançados pela substituição tributária, tendo em vista a citada limitação imposta pelo RICMS/02 para esses produtos.

Verifica-se pelo Anexo 04 do Auto de Infração (fls. 01/11) que os produtos objetos da ação fiscal com essa NBM são próprios para uso humano e como a exclusão no Anexo XV do RICMS/02 dos produtos com a NBM 3005 refere-se apenas aos produtos veterinários não há divergência relativa à descrição, considerando-se que os produtos foram classificados corretamente na NBM 3005.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NBM 90191000:

Anexo XV do RICMS/02:

Subitem: 29.1.69 – Descrição: Aparelhos de massagem.

NFs com esse produto: 002436, fls.94

Descrições na NF: Massageador Shiatsu de Pescoço - Assento de Massagem, etc.

Como retromencionado, os produtos descritos na nota fiscal têm descrições correspondentes com a do subitem em questão. Logo não há divergência relativa à descrição.

NBM 9506:

A hipótese citada no acórdão 19.657/12/2ª do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG, pela Defesa, não encontra semelhança com as mercadorias autuadas no Auto de Infração em exame.

O produto para o qual houve divergência tem classificação fiscal 6116.10.00 e é uma luva de malha utilizada para segurança do trabalhador. Destaca-se o item 50.40 do Anexo XV do RICMS/02, infra transcrito

50. ARTIGOS ESPORTIVOS			
Subitem	Código NBM/SH	Descrição	MVA (%)
50.40	3926.20.00	Luvras, joelheiras, cotoveleiras, caneleiras, tornozeleiras e afins, <u>para prática de esportes.</u> (Grifou-se).	79,89
	4203.21.00		
	6116.10.00		
	6116.93.00		
	6216.00.00		
	9506.19.00		
	9506.99.00		

Observa-se que o subitem 50.40 do Anexo XV do RICMS/02 abarca diversas mercadorias com NBMs com radicais diferentes do radical 9506.

Na descrição desse item existe a restrição para que os produtos se destinem à prática de esportes, conforme tabela NBM para o código 6116.10.00. Veja-se:

6116 - Luvras, mitenes e semelhantes, de malha.

6116.10.00 - Impregnadas, revestidas ou recobertas, de plásticos ou de borracha

Salienta-se que as luvas que foram classificadas com o código NBM 61161000 são de malha impregnadas, revestidas ou recobertas de material plástico ou

de borracha. As luvas classificadas com essa NBM podem ter diversas finalidades. A luva avaliada no citado acórdão (luva própria para segurança do trabalhador) não era uma luva destinada à prática de esportes e, logicamente, a substituição tributária não se aplica a ela por haver divergência na descrição da mercadoria. Já as luvas com essa NBM e destinadas à prática de esportes são grafadas por substituição tributária.

Registra-se por oportuno, que nesse caso deve ser analisada a destinação da mercadoria (destinada à prática de esportes), isso, e tão somente, por que essa destinação é exigida na descrição da mercadoria contida no respectivo subitem da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Tal fato não acontece com os produtos com as NBMs com radical 9506 porque, como se verifica na descrição da tabela NBM, eles se destinam à prática de esportes.

Caso um produto não tenha essa finalidade, não pode ser classificado com o radical 9506, ou seja, as luvas, joelheiras, cotoveleiras, caneleiras, tornozeleiras e afins classificados com o radical 9506 serão alcançadas em sua totalidade pela substituição tributária definida no subitem 50.40.

9506 - Artigos e equipamentos para cultura física, ginástica, atletismo, outros esportes (incluindo o tênis de mesa), ou jogos ao ar livre, não especificados nem compreendidos noutras posições deste Capítulo; piscinas, incluindo as infantis.

Cumpra-se a análise da descrição das mercadorias objeto da ação fiscal, subitem individualizado do capítulo 50 do Anexo XV do RICMS/02. Examine-se:

1) Subitem 50.14:

Código NBM/SH constante neste subitem: 95066

Descrição constante neste subitem: Bolas, exceto de golfe ou de tênis de mesa.

Descrição constante tabela NBM: Bolas, exceto de golfe ou de tênis de mesa.

Verifica-se que a descrição na tabela NBM coincide, exatamente, com a descrição constante no subitem do Anexo XV do RICMS/02. Logo, considerando-se que os produtos foram classificados corretamente na NBM 95066, não há divergência relativa à descrição.

2) Subitem 50.19:

Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante neste subitem: Anilhas, Pesos e Halteres

NFs c/ esse produto: 006863 - Fl. do PTA c/ essa NF: 119

Descrições na NF: Caneleira Munhequeiras 1 Kg - Pesos Para Exercícios 1 Kg.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme supra descrito os produtos relacionados na nota fiscal têm descrições correspondentes com a do subitem em questão. Logo, não há divergência relativa à descrição.

3) Subitem 50.21:

Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante neste subitem: Bicicletas Ergométricas

NF c/ esse produto: 001323, fls.63

Descrição na NF: Bicicleta Magnética Horizontal

Verifica-se que o produto relacionado na nota fiscal tem descrição correspondente com a do subitem em questão. Logo, não há divergência relativa à descrição.

4) Subitem 50.22:

Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante neste subitem: Camas Elásticas e Trampolins

NFs c/ esse produto: 090112, fls 131.

Descrição na NF: Cama Elástica 34 Molas 1 02 M Isp Fitness Arktus.

Conforme retro descrito o produto relacionado na nota fiscal tem descrição correspondente com a do subitem em questão. Logo, não há divergência relativa à descrição.

5) Subitem 50.24:

Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante neste subitem: Estações de Ginástica

NFs c/ esse produto: 108485, fls. 181.

Descrição na NF: Reformer Classic Versão B Lilás Angel Arktus

Cadillac Trapézio Classic Versão A Lilás Angel Ark

Verifica-se pelas fotos dos produtos colacionadas às fls. 295/300 dos autos, os produtos relacionados na nota fiscal têm descrição correspondente com a do subitem em questão. Logo, não há divergência relativa à descrição.

6) Subitem 50.25:

Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante neste subitem: Esteiras Ergométricas

NF c/ esse produto: 001366, fls. 72.

Descrição na NF: Esteira Eletrônica Profissional 110 Volts

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme retro citado, o produto relacionado na nota fiscal tem descrição correspondente com a do subitem em questão. Logo, não há divergência relativa à descrição.

7) Subitem 50.26:

Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante neste subitem: Plataformas Vibratórias

NFs c/ esse produto: 000275, fls. 124.

Descrição na NF: Plataforma Vibratória Pulse Vibe 3

Verifica-se que o produto relacionado na nota fiscal tem descrição correspondente com a do subitem em questão. Logo, não há divergência relativa à descrição.

8) Subitem 50.28:

Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante neste subitem: Barras para ginástica

NF c/ esse produto: 001718, fls.65.

Descrição na NF: Barra Multigym e Pilates

Conforme supra citado, o produto relacionado na nota fiscal tem descrição correspondente com a do subitem em questão. Logo, não há divergência relativa à descrição.

9) Subitem 50.29:

Descrição constante neste subitem: artigos e equipamentos para cultura física, ginástica ou atletismo, exceto os relacionados nos subitens 50.19 a 50.28.

9.1) Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.91.00

Descrição constante tabela NBM: artigos e equipamentos para cultura física, ginástica ou atletismo.

9.2) Código NBM/SH constante neste subitem: 9506.99.00

NF c/ esse produto: 006251, fls.76.

Descrição na NF: Suporte Para Bolas 3 Und Isp Dyna

Verifica-se que a descrição na tabela NBM dos produtos classificados com a NBM 95069100 coincide, exatamente, com descrição constante no subitem 50.29 e o produto constante da nota fiscal 006251 (NBM 95069900) tem descrição correspondente com a do subitem em questão. Logo, considerando-se que os produtos foram classificados corretamente nas respectivas NBMs e não se enquadram nos subitens 50.19 a 50.28, não há divergência relativa à descrição.

Diante disso, destaca-se que as mercadorias objeto da ação fiscal enquadram-se na descrição contida nos subitens respectivos da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, bastando que elas tenham sido corretamente classificadas por meio da

tabela NBM para que tenha que se aplicar a substituição tributária para os respectivos produtos, conforme considerações infra elencadas:

Do enquadramento das mercadorias nas respectivas NBMs:

Inicialmente, cumpre observar que a maior parte das mercadorias teve as suas NBMs corretamente classificadas pelos seus remetentes, conforme verifica-se no Anexo 02 do Auto de Infração (fls. 58/190), que contém as notas fiscais na quais constatou-se irregularidades, e no Anexo 03 do Auto de Infração - Demonstrativo de Apuração do ICMS/ST (fls. 192/237), cuja planilha consta uma coluna contendo as NBMs corretas e outra contendo as NBMs constantes nas NFs, sendo que esta última coluna, para melhor visualização, só teve os campos preenchidos quando ocorreu divergência entre as NBMs. Fato que restou comprovado pela perícia.

Esta informação constou no campo observações do demonstrativo.

Portanto, equivocou-se a Autuada ao argumentar que a Fiscalização desconsiderou todas as NBMs informadas pelos remetentes e reclassificou todos os produtos para enquadrá-los nas hipóteses de incidência do ICMS/ST.

A Defesa sustenta que não foi descumprida, em nenhum dos casos de divergência de classificação NBM, a Regra 3, “a” do Sistema Harmonizado de Classificação de Mercadorias, entretanto, não apresenta nenhuma demonstração e comprovação de sua alegação. Transcreve-se a seguir a retrocitada regra:

3. Quando pareça que a mercadoria pode classificar-se em duas ou mais posições por aplicação da Regra 2 b) ou por qualquer outra razão, a classificação deve efetuar-se da forma seguinte:

a) A posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas. (...)

(Grifou-se)

Como se depreende, deve ser utilizada a posição mais específica sobre as mais genéricas. As análises sobre todos os produtos com divergência nas NBMs, por não se observar a Regra 3, “a”, estão explicitadas no Relatório Fiscal de fls. 8/11 do PTA.

Os remetentes utilizaram classificações que se referiam às matérias das quais os produtos eram fabricados e seu formato. A Fiscalização e a maioria dos remetentes optaram por utilizar classificações que se referem ao produto em si e sua destinação, que são mais específicas.

Houve divergência entre as NBMs utilizadas por alguns remetentes e as NBMs consideradas pelo Fisco apenas para algumas mercadorias.

A Impugnante não contesta as classificações das NBMs utilizadas pelos remetentes, portanto, cumpre analisar somente os produtos que tiveram NBMs com divergência nas classificações Fisco/Remetente:

NBM 3005:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os produtos com essa NBM autuados no Auto de Infração são ataduras, conforme transcrição da tabela NBM, infra reproduzida.

3005 - Pastas (ouates), gazes, ataduras e artigos análogos (por exemplo, curativos (pensos), esparadrapos, sinapismos), impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas ou acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos, dentários ou veterinários. (Grifou-se).

Em consonância à tabela retrocitada e também Relatório Fiscal, às fls. 07, a correta classificação das ataduras é 3005 pois na descrição dessa NBM consta literalmente a palavra ataduras.

O remetente classificou com a NBM cuja descrição é artigos e aparelhos ortopédicos. Ora, a atadura tem uso muito mais amplo, podendo ser utilizado em diversas especialidades médicas além da ortopedia, como por exemplo nos mais variados tipos de cirurgias e angiologia (especialidade que estuda e trata das doenças das artérias e das veias).

No mesmo sentido do posicionamento acima delineado encontra-se a Receita Federal, órgão competente para dirimir dúvidas sobre classificação de mercadorias, conforme se verifica mediante as decisões constantes de seu Ementário de Processos de Consultas, abaixo transcritas. Acesso realizado em 12/07/17 por meio do link internet <http://decisoes.fazenda.gov.br/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm>.

Receita Federal - Decisões (Ementário - Processos de Consulta) - MINISTÉRIO DA FAZENDA.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 31 de 23 de Marco de 2012

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: Código TEC: 3005.10.90 Mercadorias: Bandagem (atadura) elástica adesiva cinesiológica, constituída de material têxtil e plástico, destinada aos cuidados com a saúde na prevenção e alívio de dores e na aceleração da recuperação de edemas e tecidos lesionados, apresentando-se em tiras de 5cm de largura e 6m ou 38m de comprimento, acondicionadas para venda a retalho em caixas de papelão.

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 151 de 20 de Maio de 2004

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: Código TEC Mercadoria 3005.90.90 Faixas (atadura ou bandagem) de tecido de malha de poliéster impregnado com poliuretano, com largura de 5, 7,5, 10 ou 12,5cm, e comprimento d e 3,6m, acondicionada para venda no retalho em sacos de plástico metalizado, própria para imobilização de membros ou outras

partes do corpo lesionados, que endurece após a aplicação, denominada comercialmente “Faixa Ortopédica Sintética Rígida de Poliéster”.

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 33 de 18 de Setembro de 2012

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: CÓDIGO TIPI: Mercadoria 3005.90.90-Atadura de tecido de algodão e poliamida, com largura de 5 a 15 cm e comprimento de 2 metros, própria para envolver, prender e proteger partes com lesões e para prevenção de contusões, acondicionada em embalagem plástica, modelo Atadura Maxi Crepom Leve Famara. Fabricante Famara Brasil Indústria e Comércio Ltda.

NBM 9506:

Relativamente aos produtos classificados com NBMs com radical 9506, a Impugnante não demonstra porque estão corretas as classificações dos remetentes que divergiram daquelas efetuadas pela Fiscalização.

O fato da Fisioterapia ser uma área distinta da Educação Física é irrelevante para a classificação de uma mercadoria na tabela NBM que se rege pelas Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado.

Registra-se por oportuno que ao teor da Regra 1 da Tabela NBM, deverá ser analisado o texto das posições e das notas de seção e de capítulo e os títulos das seções. Os capítulos e subcapítulos têm apenas valor indicativo. Como se verifica, na citada tabela não existe posição ou subposição destinada a produtos fisioterápicos nem tão pouco nenhum título ou subtítulo nesse sentido.

Transcreve-se a seguir decisão constante do Ementário de Processos de Consultas da Receita Federal, órgão competente para dirimir as dúvidas sobre o assunto. Acesso realizado em 24/07/17, mediante link internet <http://decisoes.fazenda.gov.br/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm>, que corrobora o entendimento da Fiscalização.

Receita Federal - Decisões (Ementário - Processos de Consulta) - MINISTÉRIO DA FAZENDA.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 3 de 08 de Janeiro de 2003

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: CÓDIGO TEC – 9506.91.00. Equipamento para exercícios físicos, fabricado por Ledraplastic, utilizado para reaquisição de movimentos perdidos, constando de Bolas infláveis, com diâmetros de 55 a 75cm, denominado comercialmente e tecnicamente “Gymnic Arte-95.35, 95.36 e 95.37”. CÓDIGO TEC – 9506.91.00. Equipamento para exercícios físicos,

fabricado por Ledraplastic, utilizado para tratamento de deficiências motoras e articulares, constando de Bolas infláveis transparentes, com diâmetro de 50 a 55cm, denominado comercialmente e tecnicamente “Jinglin' Ball-96.98”, “Ball Activity-96.02” e “Paint Your Globe-80.70”. CÓDIGO TEC - 9506.91.00. Equipamento para exercícios físicos, fabricado por Ledraplastic, utilizado no tratamento dos discos da coluna vertebral, constando de Bolas infláveis com diâmetro de 35 a 75cm, denominado comercialmente e tecnicamente “Sit'n Gym Perla-89.75, 89.76 e 89.77” e “Sit'n Gym-89.35, 89.45, 89.5 5 e 89.65”. (Grifou-se).

Nesse diapasão, os produtos são equipamentos para exercícios físicos utilizados no tratamento/reabilitação das pessoas (utilizados na fisioterapia) e são classificados nos códigos NBM com o radical 9506.

Como bem apontou a Fiscalização, a Fisioterapia alia-se aos exercícios físicos no tratamento/reabilitação das pessoas, entretanto, nesses casos, os produtos/equipamentos para exercícios físicos, utilizados para esse fim, devem ser classificados nos códigos NBM com radical 9506, conforme supra comprovado.

NBM 90191000:

Os produtos com essa NBM autuados no Auto de Infração são aparelhos de massagem, conforme Tabela NBM infra transcrita:

9019.10.00 - Aparelhos de mecanoterapia; aparelhos de massagem; aparelhos de psicotécnica

Conforme supra demonstrado, e ainda em consonância ao Relatório Fiscal, item a.2.3, às fls. 07 do Auto de Infração, a correta classificação dos aparelhos de massagem é 90191000 haja vista que na descrição dessa NBM consta literalmente o termo “aparelhos de massagem”.

Alguns remetentes classificaram os produtos com NBMs cujas descrições se referem a aparelhos/instrumentos nos quais poderiam se enquadrar o produto. Entretanto, pela citada Regra 3, a, o produto deve ser classificado na posição mais específica em detrimento da mais genérica.

Pelo exposto, o enquadramento das mercadorias na tabela NBM foi feita de maneira correta pela Fiscalização, o que fora devidamente comprovado na perícia realizada.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Autuada apresentado prova capaz de elidir o trabalho fiscal, corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento nos termos da reformulação efetuada pela Fiscalização às fls. 382. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Adônnis Pinto Costa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Alexandra Codo Ferreira de Azevedo.

Sala das Sessões, 27 de setembro de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator