

A. I. Nº - 217359.0001/09-7
AUTUADO - DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET 09.11.09

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0311-05/09

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, tornozeleiras 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

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

1. Recolheu a menor 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. Deixou de recolher 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%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 181 a 190, com base nos seguintes argumentos:

Quanto à infração 1 alega ter sido autuado por ter deixado de aplicar corretamente a alíquota de ICMS a diversos produtos, cuja descrição contempla o vocábulo “colônia”, pois o autuante sustenta que os produtos estariam enquadrados dentre aqueles de que trata o art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA. Afirma que, diversamente do que trouxe o trabalho fiscal, as mercadorias as quais diz respeito o trabalho fiscal nem de longe se enquadram dentre aquelas definidas no dispositivo legal mencionado.

Ressalta que as mercadorias objeto da autuação, apesar da semelhança - principalmente no que tange ao vocábulo “colônia” – guardam características próprias concernentes à cosmetologia, valendo salientar que, em sua totalidade, destinam-se ao público infantil, e contrariamente aqueles sujeitos à alíquota de 25%, possuem princípios ativos profiláticos, o que obsta o enquadramento tributário aclamado pelo agente fiscal em seu trabalho.

Salienta ainda que o próprio dispositivo legal, eleito como sendo infringido (art. 51, inc. II, alínea h), exclui produtos classificados na posição 3303, classificação esta na qual se inserem todos os produtos arrolados pelo agente fiscal. Portanto não há que se falar em diferença de recolhimento, posto que foi equivocado o enquadramento pretendido pelo agente fiscal.

Quanto à infração 2, em que o autuante sustenta que o autuado considerou como isenta operação tributada, tendo por objeto ataduras elásticas, tornozoleiras elásticas, joelheiras de neoprene, suporte pulso, munhequeira ajustável, da fabricante Mercur S/A, afirma que da simples análise dos termos da autuação fiscal é possível depreender, de plano, que a fiscalização suprimiu, dentre os itens objeto de isenção, termo de curial importância para o deslinde da questão, qual seja, artigos ortopédicos. Transcreve o Convênio ICMS 47/97, ratificado pelo Estado da Bahia, através do art. 24 do RICMS/BA, em que dentre dos produtos isentos do ICMS estão os artigos e aparelhos ortopédicos.

Aponta que a natureza das mercadorias listadas é de artigo ortopédico, ainda que possam, eventualmente, serem utilizados para prática esportiva ou qualquer outra atividade.

No que se refere à alegação de que o autuante comercializa “os mesmos produtos”, fabricados por outro fornecedor/fabricante, e os enquadra como tributáveis, mais uma vez sem razão a fiscalização, pois os produtos da marca “Tensor”, tidos por tributáveis, fazem parte de uma linha esportiva de outro fabricante, que não guarda qualquer similaridade com os produtos arrolados pelo agente de fiscalização, quanto à sua aplicação, por isso, sendo enquadrados como material esportivo. Assim tais mercadorias, nem de longe se confundem com as mercadorias objeto da fiscalização, de fabricante e especificação absolutamente diversos.

A fim de ilustrar a distinção em destaque faz referência a 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, por conseguinte, enquanto o primeiro produto se enquadra ao conceito de material esportivo, o segundo é artigo ortopédico.

Dessa forma, não se tratando de produtos idênticos cai por terra a tese de autuação.

Requer a produção de prova pericial, para a infração 01, por meio de técnico em cosmetologia, através da qual se pretende demonstrar o correto enquadramento das mercadorias examinadas.

Diante do requerido, apresenta os seguintes quesitos técnicos:

- a) Os produtos objeto de autuação se enquadram, no ponto de vista da respectiva composição química e finalidade, às mercadorias de que trata o art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA.
- b) Os produtos comercializados pela impugnante referido às fl. 189, podem ser enquadrados na posição NBM 3303?

Indica como assistente técnico a Sra. Marli Aparecida de Oliveira Moura, CRQ/MG 02400949.

Traz ao bojo dos autos cópia de notas fiscais de aquisição efetuadas junto à Mercur S.A, dos artigos os quais o agente refuta admitir sua especificação na forma do Convênio ICMS 47/97.

Requer o cancelamento e arquivamento do feito fiscal, por questão de justiça.

O autuante presta informação fiscal, fls. 206 a 221, nos seguintes termos:

Quanto à infração 1, não procede a alegação de que as mercadorias descritas nos demonstrativos de fls. 10 a 98, colônias classificadas na NCM 3303.00.20, “*nem de longe se enquadraram dentre aquelas definidas no dispositivo legal*”, pois em verdade essas mercadorias enquadraram-se perfeitamente na alínea h, inciso II do art. 51 do RICMS/BA.

Afirma que a responsabilidade quanto à classificação da NCM determinada para o produto é exclusiva do fabricante e, não poderia ser de outra forma, pois este é que conhece em detalhe a composição química dos perfumes e fragrância que produz, e 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, inc. II, do artigo 51 do RICMS/BA.

Na infração 2 ressalta que embora ataduras elásticas, tornozeleiras 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, que se encontram anexas, fls. 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.

Relata que estes fatos podem ser constatados por meio do site www.Mercur.com.br, onde vê-se que os produtos objeto da lide são destinados à prática esportiva. Opina pela procedência da autuação.

VOTO

Rejeito o pedido de diligência haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do meu juizo 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:

“Analizando os dispositivos legais acima transcritos, conclui-se inequivocadamente, que perfumes (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 dúvidas 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 defendantee 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 deocolonia, posição 3303.00.20, objeto da autuação, conforme evidenciado no texto abaixo, na Lei nº 7.014/96, alínea “h” do inciso II do 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, tornozoleiras 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, que se encontram anexas, fls. 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), 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, cotovoleiras, 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.mercur.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 autuada, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217359.0001/09-7, lavrado contra **DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o autuado 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, 20 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR