

A. I. N° - 232845.0523/11-0
AUTUADO - DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 01/10/2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-04/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES COM PERFUMES, ÁGUAS-DECOLÔNIA, COLÔNIA E DEOCOLÔNIA. A legislação baiana prevê alíquota de 25% + 2% do Fundo de Pobreza para as operações com perfumes (extratos), águas-decolônia, colônia e deocolônia, porém, das mercadorias autuadas, exclui da tributação especial as operações com lavanda (Lei nº 7.014/96, art. 16, II, "h"). Infração caracterizada, mas com valor reduzido pela exclusão da mercadoria "lavanda" com NCM/SH 3303. 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. Tratando-se de benefício fiscal condicionado, a norma da isenção prevista no art. 24, II, "a", do RICMS-BA, decorrente do Convênio ICMS 47/97, não comporta extensão de interpretação de modo a alcançar os produtos questionados. Indeferido pedido de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/11/2012, exige ICMS de R\$46.093,22, 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\$ 42.462,83. Período: janeiro a setembro 2010. Multa de 60%.
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor de R\$ 3.630,39. Período: janeiro a setembro 2010. Multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 554 a 564. Transcreve o art. 51, II, "h", do RICMS-BA, para discordar do entendimento do autuante de que as saídas internas de perfumes e outras mercadorias (NBM/SH 3303.0010 e 3303.0020) estão sujeitos à alíquota de 27% e não 17%, pois, alega, tais mercadorias não se enquadram dentre as definidas no dispositivo legal citado.

Diz que das planilhas do autuante, gravadas em mídia magnética de origem desconhecida, depreende que a interpretação do autuante é desconexa, pois levou em consideração tão somente

a classificação NBM/SH, e não a descrição do produto/classificação NBM/SH, pois: a) o dispositivo legal prevê alíquota de 27% para produtos cujo vocábulo (colônia e deo-colônia) são utilizados para outros produtos que o próprio dispositivo legal determina exceções; b) a pretensão do legislador foi gravar os produtos denominados “perfumes” com 27%, dado às características superficiais de tais produtos, o que não se aplicaria aos produtos arrolados neste Auto de Infração; c) os produtos que comercializa e arrolados neste Auto de Infração se enquadram nas exceções do artigo, quais sejam: lavanda e seiva-de-alfazema, conforme define a NGB.

Repete que o procedimento fiscal que diz não revestido das formalidades legais destoa desse entendimento, pois as mercadorias, apesar da semelhança no que tange ao vocábulo “colônia”, guardam características próprias concernentes a cosmetologia, valendo salientar que se destina ao público infantil.

Ademais, aduz, esses produtos, em contrário aos sujeitos à alíquota de 25%, possuem princípios ativos profiláticos, o que obsta o enquadramento tributário querido pelo autuante, além de que o art. 51, II, “h”, exclui produtos classificados na posição 3303 em que se inserem todos os itens arrolados pelo autuante, razão pela qual entende não haver diferença de ICMS a recolher.

Quanto à isenção para ataduras elásticas, tornozeleiras elásticas, joelheiras de neoprene, suporte pulso, munhequeira ajustável, da fabricante Mercur S/A, diz que o autuante suprimiu, dentre os itens objeto da isenção, o termo “artigos ortopédicos”, crucial para o deslinde da questão.

Transcreve a cláusula primeira do Convênio ICMS 47/97 para dizer que os artigos citados se enquadram no item 4.2.2, NCM 9021.10.99.

Questiona: a) a que se destinam uma tornozeleira elástica e uma joelheira de neoprene senão a minimizar a instabilidade articular (ortopédica), instabilidade esta que é deficiência física? b) a natureza dos itens é eminentemente de material esportivo, como pretende a fiscalização, ou de artigos ortopédicos de natureza terapêutica?

Salienta que tanto o Convênio ICMS 47/97 quanto o art. 24 do RICMS-BA, condiciona a aplicação da norma isentiva a determinado grau de gravidade da deficiência física, de modo a facilitar o acesso dos deficientes físicos a qualquer equipamento corretivo e que sua interpretação (Impugnante) da norma isentiva atende à sua finalidade, senão à literalidade da lei, mas conforme definida no preâmbulo do citado convênio, o qual transcreve.

Segundo, diz que a fiscalização não tem razão quando afirma que comercializa os mesmos produtos, fabricados por outro fornecedor e os enquadra como tributáveis, uma vez que os produtos da marca “Tensor”, tributáveis, participam de uma linha esportiva, que não é similar aos arrolados pelo autuante. Nesse sentido, exemplifica com o produto “joelheira de neoprene”: “Tensor” que é destinado à prática de Vôlei X Joelheira Neoprene Mercur.

Ressalta que o sítio do fabricante www.mercur.com.br destaca que os produtos objeto da glosa se prestam a “*prevenir lesões, proteger e reabilitar o corpo, como órteses e suporte para punho e joelho, cotoveleiras, tornozeleiras, coxal, tipóias (...)*”, o que corrobora sua tese de que são artigos ortopédicos voltados para correção ou minimização de deficiências físicas.

Para provar o desacerto do procedimento fiscal, indicando assistente técnico, requer perícia por técnico em cosmetologia e, para tanto, quesita: a) Os produtos objeto da autuação se enquadram, no ponto de vista da respectiva composição química e finalidade, às mercadorias de que trata o art. 51, II, “h”, do RICMS-BA? b) Os produtos comercializados pela Impugnante podem ser enquadrados na posição NBM 3303?

Dispõe-se a aportar cópia das NFs dos artigos autuados e relativas às aquisições junto à Mercur S.A., ao tempo que salienta não lhe competir determinar a especificação e/ou aplicação de tais artigos, pois se limita a comercializa-los.

Quanto à classificação NCM dos produtos nas NFs, diz esta caber ao industrial.

Pede a conversão dos autos em diligência e cancelamento do Auto de Infração.

Junta aos autos os documentos de fls. 565-736.

O autuante presta informação fiscal às fls. 740 a 743. Sobre a infração 1, diz que a própria autuada corretamente classifica suas mercadorias nos registros 75, de acordo com a NBM, entre as quais as enquadradas na NBM 3303.0010 e que com esse mesmo objeto já foi autuada pelo Auto de Infração nº 217359.0001/09-7, julgado procedente e com recurso não provido na segunda instância do CONSEF, conforme cópias que anexa. Além disso, reconhecendo o erro, a empresa passou a recolher o ICMS na correta forma, qual seja, sob alíquota de 27% e sem redução de base de cálculo, conforme planilha que anexa.

Quanto à infração 2, informa que a empresa também já foi autuada pelo mesmo motivo (Autos Infração nºs 2173590001097 e 2691910001106) e os autos foram julgados procedentes.

Diz que a isenção prevista no Convênio ICMS 47/97 não alcança as mercadorias autuadas, pois a intenção do legislador foi beneficiar o deficiente físico na aquisição de cadeiras de rodas, partes, peças e acessórios, próteses e aparelhos ortopédicos.

Conclui mantendo a autuação.

Intimado para ciência da informação fiscal, a autuada não se manifestou.

Na assentada de julgamento o representante legal do contribuinte repetiu os argumentos expostos na defesa e pediu a exclusão das mercadorias “lavanda” e “desodorante” da infração 1 em face da norma de exceção prevista no art. 51, II, “h”, do RICMS-BA.

VOTO

O procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos contidos nos autos (fls. 12-547) cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Elas estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator. Portanto, não há vício que inquine nulidade ao processo em apreço.

Com fundamento no art. 147, I, “a” e II, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, rejeito o pedido de diligência e perícia haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção e a prova dos fatos não depender de conhecimento especial de técnicos.

A infração 1 acusa que o contribuinte aplicou a alíquota de 17% para produtos enquadrados na NCM 3303.00.20, conforme demonstrativos anexos, quando deveria ter utilizado a alíquota de 25%.

Analizando os autos vejo que o fabricante, que conhece e determina a composição dos perfumes e fragrâncias e produziu as mercadorias objeto da autuação, os classificou na NCM 3303.00.20, relativa a Perfumes (extratos) e águas de colônia, inclusive colônia e deocolônia, descrita na alínea “h”, inciso II do artigo 51 do RICMS/97.

O contribuinte autuado, ao desenvolver atividade de comércio, pretende descharacterizar a classificação das mercadorias, alegando tratar-se 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 se aplica 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. 12 a 87.

Quanto à atenção que o defendantre 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, observo que, como se vê abaixo, dessa posição apenas foram excluídos, **lavanda, seiva de alfazema e óleos essenciais**, sendo os demais perfumes (extratos) e água de colônia, inclusive colônia e deocolônia tributáveis sob a alíquota de 25%.

“Art. 51. 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 - NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 -, exceto: lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303), óleos essenciais (NBM/SH 3301), substâncias odoríferas e suas preparações (NBM/SH 3302), preparações para barbear (NBM/SH 3307.10.00), desodorantes corporais simples e antiperspirantes (NBM/SH 3307.20.0100), sais perfumados para banhos (NBM/SH 3307.30.00), preparações para perfumar ou desodorizar ambientes (NBM/SH 3307.4), sachês, depilatórios e papéis perfumados (NBM/SH 3307.90.00), produtos de beleza, cosméticos e artigos de maquilagem, inclusive bronzeadores, anti-solares e produtos para manicuros e pedicuros (NBM/SH 3304), xampus, laquês e outras preparações capilares (NBM/SH 3305);

Conforme demonstrativo de fls. 12-530, as mercadorias da posição NBM/SH 3303.00.20 registradas na escrituração do contribuinte autuado, tidas como indevidamente tributadas com alíquota de 17% foram: Lavanda Xuxinha, Lavanda J&J Baby, Lavanda Flora Neném, Extrato Almíscar Coty, Desodorante Coty, Colônia Turma da Mônica, Colônia Meu Cheirinho, Colônia J&J Baby, Colônia Bebê Vida, Colônia Backardogans, Colônia Alfazema Lays/Phebo, Colônia Acqua Kids Menino/Menina, Desodorante Coty Era e Colônia Bem 10.

Portanto, em face da expressa regra de exceção para “lavanda” da NBM/SH 3303, essa mercadoria deve ser excluída da infração, devendo nela ser mantida a mercadoria “desodorante”, pois o desodorante excetuado no dispositivo legal acima é o da NBM/SH 3307.20.0100, que não consta da autuação.

Assim, conforme demonstrativo abaixo, ajustando-se o valor das ocorrências no demonstrativo de débito original, o valor devido pelo cometimento da infração 1 passa de R\$ 42.460,73, para **R\$ 33.521,35**.

DPC - INFRAÇÃO 01

	31/01/2010	28/02/2010	31/03/2010	30/04/2010	31/05/2010	30/06/2010	31/07/2010	31/08/2010	01/09/2010
Valor original	6.915,61	5183,14	7383,01	6836,82	7219,93	5865,16	2118,51	878,01	60,54
LAV XUXINHA	138,46	195,58	221,05	104,61	134,46	124,34	0	0	0
lavanda J&B BABY	735,22	708,68	969,05	1001,29	1098,54	899,46	1482,86	343,38	0
LAV FLORA NENEM	75,78	79,55	176,01	206,68	144,11	100,27	0	0	0
Valor ajustado	5.966,15	4.199,33	6.016,90	5.524,24	5.842,82	4.741,09	635,65	534,63	60,54

Infração procedente em parte.

Na infração 2 destaca-se que o contribuinte enquadrou indevidamente as saídas das mercadorias tributáveis como se isentas fossem e destinadas a deficientes físicos, com base no Convênio ICMS 47/97, recepcionado no Art. 24, do RICMS/97.

Entretanto, o próprio fabricante dos produtos objeto da autuação (ataduras elásticas, tornozelereiras elásticas, joelheiras de neoprene, suporte pulso, munhequeira ajustável) os designa como produtos da “linha esporte”, destinados à atividade física, como se vê no site www.Mercur.com.br.

O benefício da isenção previsto no Convênio ICMS 47/97, não alcança os produtos aqui questionados, uma vez que se limita a 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 enquadraria de forma correta, recolhendo o ICMS devido e, classificando-os nas NCM correlatas, como o próprio Impugnante admite, apenas ressalvando que só os da marca Tensor seriam da linha esportiva.

Verifico que os produtos arrolados nos demonstrativos, fls. 531 a 547, frente à normativa do Convênio ICMS 47/97 não se caracterizam como artigos ortopédicos como pretende o Impugnante, nem se assemelham aos produtos elencados no art. 24 do RICMS/97.

Evidente, portanto, a similaridade dos materiais das marcas Mercur e Tensor, ambos destinados à prática de esportes.

Ademais, no 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.*”

A norma de isenção citada pelo Impugnante (art. 24, II, “a”, do RICMS/97), é condicionada pela disposição contida na sua alínea “b”, conforme abaixo:

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;

Tratando-se de benefício fiscal, a norma em apreço não comporta extensão na sua interpretação (CTN: art. 111). Vê-se, portanto, que os produtos da lide não atendem as condições para a fruição do benefício da isenção fiscal, uma vez que não são exclusivamente destinados a portadores de deficiência física e são similares aos produtos da marca Tensor, que são corretamente tributados pelo autuado.

Infração procedente.

Voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2321845.0523/11-0, lavrado contra **DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.151,74**, 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 setembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR