

A. I. N° - 152848.0025/13-1
AUTUADO - BAHIA PÉ COMÉRCIO DE PRODUTOS E TRATAMENTO PARA OS PÉS E MÃOS LTDA.
AUTUANTE - MARIZETH GOMES PIRES
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 09.04.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0042-02/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Razão de defesa elide em parte a infração, ao comprovar que parte das mercadorias é albergada pela isenção. Item subsistente em parte; 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item não impugnado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 23/10/2013, para exigir o montante de R\$28.930,82, consoante documentos às fls. 14 a 150, imputando ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$6.057,97, inerente aos exercícios de 2009 a 2011, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$22.872,85, inerente aos exercícios de 2009 a 2011, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado, às fls. 155 a 158 dos autos, apresenta tempestivamente suas razões de defesa, na qual aduz que restou impugnar em parte o Auto de Infração, tendo em vista que o autuante não considerou como isentas do pagamento do ICMS algumas mercadorias adquiridas no Estado de São Paulo e Pernambuco.

Destaca sua atividade de comércio varejista de produtos ortopédicos e de prestação de serviços de tratamento dos pés (serviços de podologia), do que necessita adquirir mercadorias em outros Estados a fim de fomentar seus negócios mercantis, obrigando-se a cumprir o disposto no art. 352-A do RICMS/BA, emitindo e pagando os DAE correspondentes, relativos à antecipação parcial do ICMS, quanto às mercadorias tributadas adquiridas para comercialização, salvo pequenos equívocos nos cálculos que, percebidos, são corrigidos.

Ressalta que é comum adquirir mercadorias do fornecedor Ortho Pauher Indústria, Comércio e Distribuição Ltda. (PE), cadastradas sob NCM nº 9021, isentas do pagamento do ICMS, conforme art. 24, II, “a”, do RICMS/97, bem como mercadorias para uso e consumo e para o ativo imobilizado.

Anexa notas fiscais e elabora planilha com os números, as datas e os valores apurados, e o cálculo para pagamento da antecipação parcial, com as devidas observações, para confronto com as planilhas elaboradas pelo autuante, a fim de servir de base à análise e decisão dos julgadores.

Por fim, pede a improcedência da autuação.

A autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 197 e 198 dos autos, aduz que não houve equívoco algum, pois, em verdade, os produtos constantes nas referidas notas fiscais não são

produtos ortopédicos, logo, estão sujeitos à tributação, visto 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 sustar ou manter partes do corpo após uma doença, operação ou lesão.

Os artigos ortopédicos compreendem os calçados ortopédicos assim como as solas interiores (palmilhas) especiais, concebidas 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.

2 – Por fim, o prestigiado Convênio ICMS 126/10, que concede isenção do ICMS às operações com bens para uso ou atendimento de deficientes físicos, no que pese sua inquestionável finalidade social, tem sido desvirtuado, servindo a todo tipo de elisão e/ou sonegação fiscal, cabendo a Fazenda Pública, no papel fiscalizador, o combate a estas práticas.

Afirma que os produtos em discussão não são ortopédicos e que não deveriam estar classificados sob código 90211010, logo, não estão amparados pela isenção ICMS concedida no art. 24 do RICMS, devendo, pois, se sujeitar à incidência do ICMS.

Assim, ratifica a autuação nos seus termos e valores demonstrados.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, com o débito exigido no montante de R\$28.930,82, consoante demonstrativos apenso aos autos, sendo objeto de impugnação pelo sujeito passivo apenas a infração 1, relativa à exigência do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$6.057,97, pois, reconhece o defendant o valor devido apenas de R\$3.449,61, após exclusão dos valores relativos ao fornecedor “Ortho Pauher”, cujos produtos diz ser ortopédicos, isentos do ICMS, nos termos do art. 24, II, “a”, do RICMS/97.

Assim, por não haver insurgência contra a infração 2, relativa à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, a considero procedente.

No tocante à infração 1, o autuado impugna parcialmente visando a exclusão do ICMS antecipação parcial dos produtos adquiridos junto ao fornecedor “Ortho Pauher”, por se configurarem como ortopédicos, sob código NCM 9021.1010, e, em consequência isentos do ICMS, do que como prova de suas alegações anexa documentos fiscais às fls. 172 a 195 dos autos.

Sustenta a autuante que os referidos produtos não são ortopédicos e estão sujeitos à tributação.

Da análise das notas fiscais emitidas pelo citado fornecedor, verifica-se que nelas consigna o NCM/SH nº 90211010 e que são isentas do ICMS e do IPI os seguintes produtos: almofada ortopédica pró-coluna; anel digital de malha e almofada de gel; calcanheira silisporte; corretivo para joanete hallux dynamic; dedal de malha revestido com gel; tubo recortável de malha revestido com gel; palmilha ortopédica; protetor adesivo para tendão; tiras adesivas, etc.

Também, analisando o Convênio ICMS 126/10, o qual concede isenção do ICMS às operações com artigos e aparelhos ortopédicos e para faturas e outros que especifica, em sua cláusula primeira, IV, alínea “b”, item “1”, consigna “artigos e aparelhos ortopédicos, 9021.10.10”.

Por sua vez, o art. 24, I, do RICMS (Decreto nº 6.284/97), vigente à época dos fatos geradores em análise, previa que são isentas do ICMS as operações com bens para uso ou atendimento de deficientes físicos, inerentes às saídas dos produtos indicados no Convênio ICMS 126/10;

Diante de tais considerações, vislumbro que a autuante não comprovou a impropriedade do código NCM 90211010 nas notas fiscais, como alega em sua informação fiscal. Assim, concluo que

os produtos adquiridos pelo autuado se enquadram na hipótese legal de “*artigos e aparelhos ortopédicos, 9021.10.10*”.

Portanto, vislumbro caber razão ao defendant quanto à sua pretensão de excluir do débito da primeira infração os valores relativos aos produtos ortopédicos, o que remanesce o valor devido de R\$3.449,61, conforme apurado às fls. 171, 177 e 189 dos autos, sendo: R\$128,13 relativo ao exercício de 2009; R\$ 678,73 inerente ao exercício de 2010 e R\$2.342,16, ao exercício de 2011.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor R\$26.021,87.

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 **152848.0025/13-1**, lavrado contra **BAHIA PÉ COMÉRCIO DE PRODUTOS E TRATAMENTO PARA OS PÉS E MÃOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.021,87**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.824,83 e de 60% sobre R\$23.197,04, previstas no art. 42, incisos I, “b”, e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR