

A.I. N° - 140779.0006/04-7

AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S.A. [BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.]

AUTUANTES - PETRÔNIO ALBERTO DA FONSECA e JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO

ORIGEM - IFEP METRO

INTERNET - 18.09.2007

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0265-02/07**

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. [OPERAÇÕES COM PERFUMES, ÁGUAS-DE-COLÔNIA, COLÔNIA E DEOCOLÔNIA.] Abatidos do lançamento valores que já haviam sido pagos, bem como valores lançados em duplicidade. Abatidos também valores relativos a operações com alfazema e lavanda. Nesse sentido, 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"). Alfazema e lavanda são, de certo modo, a mesma coisa – alfazema é a designação popular de várias plantas do gênero lavanda ("lavandula"). Na linguagem comercial, alfazema e lavanda constituem designações comuns das essências extraídas de plantas do gênero em questão. O legislador utilizou o termo lavanda (ou seja, alfazema) para significar a essência ou extrato obtido a partir dessa planta, em forma de líquido orgânico contendo os seus princípios aromáticos. 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 parcialmente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Fato reconhecido pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/04, contém as seguintes imputações:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota, sendo lançado imposto no valor de R\$1.721,47, com multa de 60%;
2. falta de pagamento do ICMS que deveria ter sido pago por antecipação, pelo próprio sujeito passivo, de acordo com o regime de antecipação tributária, relativamente à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, embora, comprovadamente, tenha sido pago o imposto na operação ou operações subsequentes, aplicando-se, por isso, a multa específica por descumprimento da obrigação, no valor de R\$305,29.

O contribuinte apresentou defesa declarando reconhecer a imputação do 2º item do Auto.

Quanto ao item 1º, requer preliminarmente a nulidade do lançamento, por falta de prova do fato relatado. Alega que, na comercialização de deocolônias, a empresa paga a diferença entre as alíquotas de 17% e 27%. Protesta que, para ter validade, o lançamento tem que ser claro, lúmpido, e deve o lançamento estar acompanhado da prova. Lembra que a prova deve ser produzida por quem alega. Cita doutrina e jurisprudência.

Com relação ao mérito, alega que os fiscais interpretaram de maneira extensiva a regra regulamentar que cuida da alíquota para as operações com lavanda ou seiva de alfazema, como se se tratasse de colônia ou deocolônia.

Questiona a aplicação de juros de mora superiores a 1%, bem como a constitucionalidade da aplicação da taxa Selic nas relações tributárias. Protesta que as multas de 60% e 70% são confiscatórias.

Pede a nulidade do item 1º e a homologação do pagamento do item 2º.

Os fiscais autuantes prestaram informação contrapondo que, quanto à preliminar suscitada pela defesa, o RPAF prevê que não se declarará nulidade sem prejuízo, em favor de quem lhe deu causa ou se o ato praticado de forma diversa houve atingido sua finalidade. A seu ver, não houve preterição do direito de defesa, pois o Auto foi lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado, e a infração está descrita com os elementos e fundamentação legal pertinentes, tanto assim que o autuado recolheu parte do imposto lançado.

Quanto ao mérito, dizem que não houve interpretação extensiva, com inclusão de mercadorias não previstas na norma, pois no levantamento fiscal não foram incluídas lavandas, seivas de alfazema ou assemelhados. Observam que a empresa efetuou alguns recolhimentos relativos à infração questionada. Os pagamentos feitos dizem respeito ao período de janeiro a junho de 2002, no total de R\$ 638,82, restando por pagar a quantia de R\$1.082,65.

Quanto à constitucionalidade da taxa Selic e das multas, dizem os fiscais que não lhes compete discorrer sobre constitucionalidades.

Com relação ao item 2º, os fiscais propõem a sua exclusão, porque o pagamento foi efetuado.

Dada ciência da informação ao sujeito passivo, este se manifestou insistindo no pedido de nulidade do item 1º, protestando que o fisco lança tributo sem qualquer critério, deixando que a empresa consiga provar que pagou. Nega que no caso do item 1º tivesse havido infração, reclamando que no levantamento fiscal foram incluídas lavandas e seivas de alfazema.

Foi determinada a realização de diligência, fundada em que o contribuinte alegou ter pago a complementação da alíquota, mas acostou planilhas e DAEs onde consta apenas o resumo mensal dos pagamentos, solicitando-se que os fiscais intimassem o contribuinte no sentido de apresentar planilha analítica demonstrativa detalhando mensalmente os números dos documentos fiscais, as descrições dos produtos, a base de cálculo do imposto, a alíquota aplicada, os valores do imposto devido e destacado no documento fiscal e a diferença recolhida.

Atendida a diligência, os autuantes manifestaram-se dizendo que teria ficado evidenciado o acerto do procedimento fiscal. Consideram que o contribuinte teria reconhecido ser devida a alíquota de 27%, uma vez que providenciou o recolhimento da diferença. Com relação à planilha analítica apresentada para atendimento da diligência, os fiscais informam que refizeram os cálculos, conforme demonstrativo constante na sua manifestação. Admitem que o contribuinte tem razão no que se refere a valores considerados em duplicidade, no período de abril a dezembro de 2002. Concluem dizendo que, considerando os pagamentos efetuados e as deduções decorrentes das duplicidades, opinam pela redução do imposto do item 1º para R\$ 377,83.

Dada ciência da revisão do lançamento ao sujeito passivo, este voltou a se manifestar reclamando que os fiscais incorreram em erro na indicação do Auto, e, quanto ao mérito, se limitaram a excluir os pagamentos realizados pela empresa e os lançados em duplicidade, mas desconsideraram os produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, II, "h", do RICMS.

Os fiscais, ao terem vista dos autos, ponderaram que o erro na indicação do Auto não implicou cerceamento de defesa. Quanto à alegação da defesa de que não foi levada em conta a questão dos produtos que não estão inseridos na regra do art. 51, II, "h", do RICMS, os fiscais contrapõem que aplicaram no levantamento a alíquota de 25% apenas para perfumes e águas de colônia.

O autuado voltou a sustentar a tese da nulidade do lançamento por falta de prova, e, quanto ao mérito, no tocante ao item 1º do Auto, considera que a fiscalização interpretou equivocadamente a norma do art. 51, II, "h", no tocante a lavanda, alfazema e seiva de alfazema.

## VOTO

Está em discussão apenas o lançamento do item 1º, que diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota.

A defesa suscitou como preliminar a nulidade do lançamento, porque os fiscais não juntaram aos autos provas do que foi acusado.

O levantamento fiscal foi efetuado com base em arquivos magnéticos fornecidos pela empresa. Foram anexados aos autos demonstrativos elaborados com base nos dados coletados nos aludidos arquivos. Cópias dos demonstrativos foram entregues ao sujeito passivo. Considero que os demonstrativos, por indicarem dados de que dispõe a empresa, constituem elementos bastantes para a instrução do processo.

No tocante à falta de clareza da descrição do fato, o autuado tem relativa razão. O RPAF, no art. 39, III, prevê que a descrição da infração deve ser clara e precisa. Neste caso, no Auto, não foi explicitada qual a razão que levou os fiscais à conclusão de que teria havido erro na aplicação da alíquota. No entanto, é sabido que as operações com perfumes e águas de colônia (produtos considerados "supérfluos") são tributadas pelo ICMS mediante alíquota diversa da adotada para as demais mercadorias. Tendo em vista que os demonstrativos especificam as mercadorias, as alíquotas, etc., considero que o contribuinte teve à sua disposição elementos suficientes para defender-se.

Quanto aos questionamentos acerca dos juros de mora, da taxa Selic e das multas, consideradas confiscatórias, cumpre dizer que não é razoável discutir essas questões no âmbito administrativo, haja vista que este órgão não tem competência para apreciar arguições de ilegalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Ultrapasso as preliminares suscitadas.

No mérito, a defesa alega que parte dos valores lançados se encontrava paga. Quanto ao direito, considera que os fiscais interpretaram de maneira extensiva a regra regulamentar que cuida da alíquota para as operações com lavanda ou seiva de alfazema.

Com relação aos valores pagos, os fiscais, ao prestarem a informação, sinalizaram que do imposto lançado, na quantia de R\$1.721,47, o autuado pagou R\$R\$ 638,82, restando a pagar R\$1.082,65. Noto que os fiscais, embora involuntariamente, se manifestaram de forma a induzir o Órgão Julgador a erro, dando a entender que o contribuinte teria pago em parte o débito depois da autuação, mas, na verdade, o pagamento foi feito antes.

Além disso, informam os fiscais que não teriam sido incluídas no levantamento lavandas, seivas de alfazema ou assemelhados, porém essa informação não condiz com a verdade. Analisando-se os

demonstrativos às fls. 12 a 22, nota-se que no levantamento foram incluídas lavandas e alfazemas, mercadorias que, seguramente, não são tributáveis à alíquota de 25%, mas sim de 17%.

Ao cumprirem a diligência determinada pelo Órgão Julgador, os fiscais, levando em conta os valores pagos e valores lançados em duplicidade, refizeram os cálculos, conforme demonstrativo à fl. 118, reduzindo o valor do imposto do item 1º para R\$ 377,83, porém mantiveram a exigência da diferença relativa a lavanda e alfazema no bojo do levantamento dos artigos de perfumaria.

Na Lei nº 7.014/96, a alíquota de 17% é prevista no art. 15, I.

A alíquota de 25% é prevista no art. 16, II.

No que concerne às operações com artigos de perfumaria, que, em regra, são tributáveis a 25%, a lei exclui da tributação especial todo e qualquer “perfume” dos tipos lavanda e seiva-de-alfazema. Nesse sentido, assim está redigida a 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;”

Perfume não é qualquer coisa que tenha “um cheirinho”. Perfume é um conceito técnico. Tanto assim que a legislação estadual, seguindo a orientação da NCM, distingue perfumes (extratos) de outra categoria similar, as águas-de-colônia, cujo processo de fabricação é bastante diferente do adotado na produção dos perfumes propriamente ditos. Em virtude de variações de nomenclatura, o legislador estadual equiparou às águas-de-colônia as colônias e as deocolônias. Com isso, são tributáveis à alíquota de 25% as operações com perfumes (extratos), com águas-de-colônia, com colônias e com deocolônias – indistintamente.

No entanto, 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. Em virtude disso, não se sujeitam à tributação de 25% “perfumes”, água-de-colônia, colônia ou deocolônia produzidos à base de alfazema ou lavanda.

Não importa se a água-de-colônia é de lavanda ou de alfazema.

Não importa se a colônia é de lavanda ou de alfazema.

E não importa se a deocolônia é de lavanda ou de alfazema.

Estou sendo repetitivo, para seguir os termos da lei. No entanto, cumpre dizer que alfazema, lavanda, rosmaninho e rosmânia são, de certo modo, a mesma coisa. Em Botânica, alfazema é a designação popular de várias plantas do gênero lavanda (“lavandula”). Na linguagem comercial, alfazema e lavanda constituem designações comuns das essências extraídas de plantas do gênero em questão. Rosmaninho e rosmânia são termos designativos de certas plantas aromáticas européias, algumas delas pertencentes à família da alfazema.

Evidentemente, ninguém vai pretender interpretar a norma supondo que a exceção feita pela alínea “h” (“exceto lavanda, seiva-de-alfazema”) dissesse respeito à planta “in natura”, ou seja, ao arbusto com suas folhas, caule, raízes e flores. A exceção diz respeito, isto sim, às águas-de-colônia, colônias e deocolônias produzidas a partir de lavanda ou alfazema. Desse modo, entenda-se que a expressão “seiva-de-alfazema” significa a essência ou extrato de alfazema, em forma de

líquido orgânico contendo os seus princípios aromáticos, haja vista que seria impraticável vender folhas ou ramos de alfazema numa loja de perfumaria.

Também é evidente que não importa se a lavanda ou seiva-de-alfazema é da marca “Julay”, “Coty”, Suíssa”, etc. O que importa é a natureza do produto, não a sua marca de indústria.

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.

Sendo assim, do valor remanescente indicado pelos autuantes no demonstrativo à fl. 118, que diz respeito à diferença atinente a artigos de perfumaria sujeitos à alíquota de 25%, é preciso excluir as parcelas relativas a lavanda e alfazema (seiva-de-alfazema), que, como foi demonstrado, são tributáveis à alíquota de 17%.

Nesse sentido, tomando por base o demonstrativo à fl. 118, chega-se à seguinte conclusão:

- a) em janeiro de 2002 não há nada a ser pago, conforme se vê no demonstrativo à fl. 118;
- b) em fevereiro de 2002, foi levantado um débito de R\$ 103,14, mas já haviam sido pagos R\$102,19, restando por pagar a quantia de R\$ 0,95. Ocorre que os valores constantes na planilha à fl. 119 relativos a lavanda, alfazema e seiva-de-alfazema (R\$ 1,27, R\$1,74, R\$1,01, R\$ 0,58, R\$7,13, R\$ 3,11 e R\$ 3,41 = R\$ 18,25), superam em muito o saldo remanescente de R\$0,95, não havendo, portanto, imposto a ser lançado;
- c) em março de 2002 não há nada a ser pago, conforme se vê no demonstrativo à fl. 118;
- d) em abril de 2002, foi levantado um débito de R\$144,57, mas já haviam sido pagos R\$108,13, restando por pagar a quantia de R\$36,44. Como os valores constantes na planilha à fl. 120 relativos aos produtos em discussão (R\$0,84, R\$0,80, R\$3,35, R\$6,39, R\$8,07, R\$ 7,58 e R\$1,31) totalizam R\$28,34, resta a ser lançada a quantia de R\$8,10;
- e) em maio de 2002, foi levantado um débito de R\$ 155,92, mas já haviam sido pagos R\$125,78, restando por pagar a quantia de R\$30,14. Como os valores constantes na planilha à fl. 121 relativos aos produtos em discussão (R\$1,40, R\$ 0,80, R\$ 1,95, R\$6,19, R\$4,99 e R\$0,93) totalizam R\$16,26, resta a ser lançada a quantia de R\$13,88;
- f) em junho de 2002 não há nada a ser pago, conforme se vê no demonstrativo à fl. 118;
- g) em julho de 2002, foi levantado um débito de R\$ 48,14. Como os valores constantes na planilha à fl. 122 relativos aos produtos em discussão (R\$0,34, R\$1,02, R\$0,97, R\$0,94, R\$6,98, R\$5,29, R\$1,38, R\$10,98, R\$0,93, R\$3,36 e R\$1,01) totalizam R\$ 33,20, resta a ser lançada a quantia de R\$ 14,94;
- h) em agosto de 2002, foi levantado um débito de R\$ 54,31. Como os valores constantes na planilha à fl. 122 relativos aos produtos em discussão (R\$2,03, R\$0,68, R\$0,97, R\$9,44, R\$6,25, R\$5,29, R\$1,40, R\$0,99, R\$0,46, R\$3,41 e R\$1,57) totalizam R\$32,49, resta a ser lançada a quantia de R\$21,82;
- i) em setembro de 2002, foi levantado um débito de R\$48,57. Como os valores constantes na planilha à fl. 122 relativos aos produtos em discussão (R\$1,02, R\$0,97, R\$0,34, R\$0,97, R\$1,91,

R\$4,26, R\$4,54, R\$0,93, R\$1,85, R\$6,25 e R\$1,03) totalizam R\$24,07, resta a ser lançada a quantia de R\$24,50;

- j) em outubro de 2002, foi levantado um débito de R\$ 40,46. Como os valores constantes na planilha às fls. 122-123 relativos aos produtos em discussão (R\$2,08, R\$0,97, R\$1,02, R\$ 0,97, R\$0,96, R\$5,96, R\$5,03, R\$1,76, R\$0,93, R\$3,98 e R\$0,51) totalizam R\$24,17, resta a ser lançada a quantia de R\$16,29;
- l) em novembro de 2002, foi levantado um débito de R\$49,09. Como os valores constantes na planilha às fls. 123 relativos aos produtos em discussão (R\$ 2,02, R\$ 0,82, R\$ 3,28, R\$ 8,31, R\$ 1,65, R\$0,52, R\$2,99 e R\$4,04) totalizam R\$ 23,63, resta a ser lançada a quantia de R\$25,46;
- m) em dezembro de 2002, foi levantado um débito de R\$74,70. Como os valores constantes na planilha às fls. 124 relativos aos produtos em discussão (R\$1,22, R\$0,82, R\$1,70, R\$15,16, R\$3,31, R\$0,52 e R\$2,89) totalizam R\$25,62, resta a ser lançada a quantia de R\$ 49,08.

O demonstrativo do débito do item 1º deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

- abril de 2002: imposto a ser lançado: R\$8,10;
- maio de 2002: imposto a ser lançado: R\$13,88;
- julho de 2002: imposto a ser lançado: R\$14,94;
- agosto de 2002: imposto a ser lançado: R\$21,82;
- setembro de 2002: imposto a ser lançado: R\$24,50;
- outubro de 2002: imposto a ser lançado: R\$16,29;
- novembro de 2002: imposto a ser lançado: R\$25,46;
- dezembro de 2002: imposto a ser lançado: R\$49,08.

Total do tributo: R\$174,07.

O débito do item 2º foi reconhecido pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, homologando-se a quantia já paga.

#### **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 140779.0006/04-7, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S.A. [BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.]**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$174,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$305,29**, prevista no inciso II, “d”, combinado com o § 1º do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2007

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR