

**PROCESSO** - A. I. Nº 281213.0020/08-2  
**RECORRENTE** - DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A. (DISTRIBUIDORA ATACADISTA DCP LTDA.)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0176-05/09  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**INTERNET** - 09/06/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0152-12/10

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIA ENQUADRADA COMO SUPÉRFLUA COMERCIALIZADA COM ALÍQUOTA NORMAL. Não comprovado na defesa que os produtos objeto da autuação não se enquadram na aplicação da alíquota de 25%. Imputação não elidida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a Decisão da 5ª JJF (Acórdão nº 0176-05/09) com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/99. O Auto de Infração, lavrado em 01/09/08, exige o ICMS no valor de R\$9.206,77 acrescido da multa de 60%, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição do texto que o contribuinte utilizou a alíquota de 17% nas saídas de colônia e deo-colônia (NBM/SH 3303.00.20) em vez de 27%, conforme art. 51, II, h e art. 51-A, II do RICMS-BA. Como a alíquota é superior a 17% não se aplica a redução de base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, conforme reza o art. 5º do mesmo decreto.

Após análise das peças processuais, a 5ª JJF, em Decisão unânime, julgou o Auto de Infração procedente pronunciando a seguinte Decisão:

*Pelos demonstrativos elaborado pela autuante (fls. 7 a 9 e 11 a 43), foram relacionados os números das notas, suas cópias, bem como a discriminação do produto, os quais são identificados como colônia cuja alíquota prevista na legislação é de 27% (art. 51, inciso II, alínea “h” c/c o art. 51-A do RICMS-BA). Ademais, de fato, o Parecer GECOT nº 01210 de fl. 10, é claro ao declarar que é 27% a alíquota que incide sobre a mercadoria colônia que é a constante deste PAF.*

*Quanto ao argumento defensivo de que as mercadorias objeto deste auto de infração não preenche os requisitos químicos para serem considerados os produtos definidos na legislação tipificada no auto, o entendo vazio de sentido uma vez que o impugnante não carregou aos autos qualquer elemento ou documento técnico com força probante de seus argumentos.*

*Dessa forma, não tendo elidido a acusação com provas capazes de comprovar os argumentos defensivos, entendo caracterizada a infração, com o que voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Intimado para tomar ciência da Decisão proferida em 1º Grau, a empresa ingressa com Recurso Voluntário (fls. 97/102). Após indicar o cabimento do presente Recurso, da infração a si imputada e da Decisão da JJF, afirma que a Decisão prolatada foi de encontro ao direito estabelecido. Ressalta que as mercadorias autuadas, em qualquer hipótese, se enquadram dentre aquelas definidas no art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA, ou seja, perfumes (extratos) e águas-de-colônia sujeitas à alíquota de “15%”. Ao contrário, se enquadram na exceção prevista na norma legal, tratando-se de lavanda.

Entende que elas não preenchem os requisitos químicos consagrados em ciência específica, ou simplesmente pela interpretação gramatical, como define a NGB:

*“água-de-colônia”: álcool perfumado com óleos ou essências aromáticas (citrinos, lavanda, etc); ou ainda, “deo-colônia”: Preparação composta de álcool com baixa concentração de essências e taxa mínima de fixação, usado para aromatizar e refrescar a pele.”*

Fala que o produto contemplado no RICMS-BA, em seu art. 51, inc. II, alínea “h”, não se confunde com os produtos arrolados pelo autuante pois, apesar da semelhança – principalmente no que tange ao vocábulo “colônia”, guardam características próprias concernentes à cosmetologia, salientando que tais produtos destinam-se ao público infantil. Diz que tais constatações decorrem da simples leitura da análise da relação das mercadorias objeto da exigência, pelo que descabe, como entendeu a Decisão recorrida, de que a empresa “*não carregou aos autos qualquer elemento ou documento técnico com força probante*”. Afirma de que todos os elementos para provar seu argumento estão nos autos.

Acrescenta que todos os produtos possuem princípios profiláticos, o que obsta o enquadramento tributário exigido pela fiscalização. Afora tal fato, o art. 51, inc. II, alínea h, do RICMS/BA exclui produtos classificados na posição NBM/SH 3303, classificação esta na qual se inserem todas as mercadorias arroladas, como se observa pelas notas fiscais. Esclarece que, por critérios puramente mercantis, é utilizada a classificação genérica “água-de-colônia” ou “colônia” para efeitos de nome comercial, inclusive para “lavandas” e “seiva-de-alfazema”. Afirma, como ressalva, de que a “lavanda” e a “seiva-de-alfazema,” não estão contempladas na NBM/NCM como sendo produto inserido no capítulo 33 do referido título regulador, uma vez que se assim não fosse a exceção prevista no dispositivo legal não teria sentido, já que simplesmente inexistente no mercado, produto devidamente caracterizado na forma da NBM, em seu capítulo 33, de nome comercial “lavanda”. Portanto, parte das notas fiscais, a ela referente deveria ser excluída da autuação.

Entende que as mercadorias, mesmo mantendo o nome comercial “água de colônia” ou “colônia” incorporaram o vocábulo “lavanda”, que em síntese são produtos denominados “colônia” – contemplado na posição 3303 da NBM – cuja fragrância é “lavanda”, planta pertencente à “alfazema” e o “rosmaninho”, portanto inseridas nas exceções do art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA, que transcreveu.

Requer o provimento do Recurso ou, quando menos reduzir o lançamento fiscal para que seja excluída a mercadoria “lavanda”.

No seu pronunciamento, a PGE/PROFIS (fl. 107/109) ressalta de que Recurso Voluntário interposto traz argumentos semelhantes aos que foram tratados na defesa inicial e objeto de farta apreciação pelo julgamento reconsiderando. E, da sua análise considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Entende que, após análise dos autos, que a imputação fiscal está devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual. O lançamento tributário atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/99.

E, quanto aos argumentos do recorrente (os produtos não se identificam com os produtos contemplados no art. 51, inciso II, “h” do RICMS, em função de suas características cosméticas e profiláticas específicas, são destinados ao público infantil e estariam enquadrados na posição 3303 - lavanda), observa de que, conforme se depreende dos autos, todas as alegações estão desacompanhadas de provas materiais, ou seja, o contribuinte não logrou esclarecer as características específicas dos produtos e, conseqüentemente, não valida o enquadramento dos mesmos na posição 3303.

Diz comungar com o entendimento que, na hipótese em tela, resta comprovada através de provas materiais a infração, uma vez que constam no PAF os demonstrativos de fls.7/9 e 11/43 com a discriminação dos produtos (colônias) e as cópias das respectivas notas fiscais

Frisando que “os dispositivos legais estabelecem que perfumes e é na posição 3303.0010 e 3303.0020 são tributados com alíquota de 25%

51-A, do RICMS/97, excluindo-se dessa regra a lavanda (NBMINH3303) e a seiva de alfazema”, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente auto de infração já que a Decisão de 1ª Instância deste CONSEF o manteve em sua totalidade.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição do texto que o contribuinte utilizou a alíquota de 17% nas saídas de colônia e deo-colônia (NBMSH 3303.00.20) em vez de 27% conforme art. 51, II, h e art. 51-A, II do RICMS-BA. E, como a alíquota é superior a 17% não se aplica a redução de base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, conforme determina o art. 5º do mesmo decreto.

O recorrente traz, basicamente, os mesmos argumentos expostos na sua inicial. Porém como a matéria foi devolvida a esta 2ª CJF, os aprecio.

O cerne da questão da presente lide é a insubordinação do recorrente na aplicação da alíquota de 25% mais 2% a título de Fundo de Pobreza sobre mercadorias consideradas pela legislação tributária deste Estado como supérfluas (art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA, ou seja, perfumes (extratos) e águas-de-colônia). Diz o recorrente de que parte das mercadorias autuadas (todas com a nomenclatura “colônia”) na realidade são “lavandas”, insertas nas exceções previstas no citado artigo regulamentar.

Para consubstanciar tal argumento, levanta questões que não são capazes de desconstituir a infração apurada pela fiscalização e mantida pela Decisão ora em combate, como se segue:

- a) O fato das “colônias” (colônia Meu Cheirinho masculina e feminina, colônia Glub Lilás menina e menino, colônia Bebe Vida Davene) autuadas serem destinadas ao público infantil não significa de que as mesmas são “lavandas”. O público infantil usa, e muito, “colônias”.
- b) Realmente as “colônias” guardam características próprias e diferentes das “lavandas”, como bem salientou o recorrente, porém para que se considerassem as “colônias” autuadas como “lavandas” é necessário que o recorrente traga a prova deste argumento. Nos autos, ao contrário do que afirmou a defesa, as provas são de que todas as mercadorias autuadas são “colônias”.
- c) Não tem pertinência a afirmativa de que, por questões mercadológicas, os fabricantes das “lavandas” e “seiva-de-alfazema” insiram nos seus rótulos ou mesmo as denominem como “colônias”. Este seria caso, inclusive, de propaganda enganosa, punível na norma legal deste País.
- d) Em nenhuma hipótese é verdadeira a afirmativa do recorrente de que o art. 51, inc. II, alínea h, do RICMS/BA exclui produtos classificados na posição NBM/SH 3303. De fato ele exclui diversas mercadorias neste código NBM/SH e NCM, mas inclui, especificadamente, os “perfumes” (extratos) e “água-de-colônia” que estão na posição 3303.00.0100 e 3303.00.0200, respectivamente.
- e) Se acaso, a NBM/SH não contempla, na sua classificação 3303, as “lavandas”, esta é questão que aqui não deve ser debatida, pois as mercadorias autuadas foram as “colônias” ou “água-de-colônia” (mesmo produto)

No mais, determina a Lei nº 7.014/96:

**Art. 15.** As alíquotas do ICMS são as seguintes:

**I - 17% (dezessete por cento):**  
.....

**Art. 16.** 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, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;

**Art. 16-A.** Durante o período de 1º de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados no inciso II e IV do artigo anterior, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O RICMS/97, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos (art. 51, II, "h"), indicando a NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 para perfumes, águas-de-colônia e deo-colônias.

Diante da norma tributária vigente, sobre as colônias deve ser aplicada a alíquota de 25%, mais o percentual de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza. Este é, inclusive, o entendimento da SAT/DITRI e de diversos julgados deste Colegiado.

E, para fechar a questão, os demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 7/9 e 1/43) relacionam os números das notas, bem como a discriminação do produto, os quais são identificados como colônia. Ademais, cópias dos documentos fiscais estão apensadas aos autos.

Dessa forma, não tendo elidido a acusação com provas capazes de comprovar os seus argumentos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto mantendo inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281213.0020/08-2**, lavrado contra **DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A. (DISTRIBUIDORA ATACADISTA DPC LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.206,77**, 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 maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS