

PROCESSO - A. I. Nº 269278.0008/15-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CASA ALADIM LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0055-01/16
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0101-12/16

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. COLÔNIAS. ALÍQUOTA DE 27%, E NÃO DE 17%. Levantamento efetuado sem observância do devido procedimento legal. Vícios de forma e conteúdo, implicando falta de certeza e liquidez. Lançamento nulo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0055-01/16, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, (infração 2) e adequado a multa aplicada (infração 3), consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

As citadas infrações, alvo do Recurso de Ofício, diz respeito aos seguintes fatos:

Infração 02 - recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias – conforme cópia da apresentação dos produtos, as colônias, responsáveis pela maior parte da cobrança, deveriam ser tributadas a 27%, e não a 17% como entendido pelo contribuinte – sendo lançado imposto no valor de R\$127.112,37, com multa de 60%;

Infração 03 - falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [leia-se: mercadorias relativas a operações sujeitas a tributação pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$816,80, equivalente a 10% das entradas não registradas;

O processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte da exigência fiscal, tendo julgado Nula a infração 2, e adequar a multa aplicada na infração 3 à legislação em vigor, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Este Auto de Infração comporta cinco lançamentos. Foi impugnado apenas o 2º lançamento, que diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação – aplicação da alíquota de 17% em vez de 27%.

Em preliminar, o contribuinte pede a nulidade do lançamento protestando que na descrição da infração não foi dito por qual razão a alíquota utilizada estaria equivocada ou quais seriam as mercadorias e Notas Fiscais em relação às quais foi utilizada alíquota equivocada. Também reclama que o autuante não indicou de forma precisa os dispositivos legais que justificariam tal enquadramento, fazendo tão somente remissão genérica aos artigos que tratam de todas as alíquotas de ICMS aplicáveis no Estado da Bahia. Quanto ao adendo feito na descrição da infração, o autuado indaga qual a “cópia da apresentação dos produtos” a que o autuante se refere, e, quanto à indicação de que as colônias seriam “responsáveis pela maior parte da cobrança”, pergunta quais seriam as demais mercadorias. Mais adiante, alega que a fiscalização não identificou o objeto da autuação: quais as mercadorias, quais as Notas Fiscais,

De fato, o item 2º deste Auto de Infração acusa aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, mas não diz por qual razão a alíquota utilizada não seria a aplicável. Quanto à reclamação do contribuinte em relação às alíquotas, realmente no Auto de Infração apenas foram indicados, de forma genérica, os artigos que tratam de todas as alíquotas de ICMS: arts. 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. Desse modo, a autoridade fiscal deixou de atentar para o mandamento do art. 39, III, do RPAF, segundo o qual a descrição do fato considerado infração deve ser feita com clareza e precisão, e não foi igualmente observada a regra do inciso V, pois não foi feita a indicação do dispositivo legal relativo à situação específica.

Também tem razão o autuado ao reclamar da menção feita no adendo que se segue à descrição da infração,

acerca de uma “cópia da apresentação dos produtos”. O autuado pergunta que cópia seria essa. No Auto não foi dito a que cópia o autuante se refere.

Ao prestar a informação, a autoridade fiscal, considerando que o contribuinte teria se defendido da “infração 03” (na verdade o contribuinte se defendeu foi da infração 2^a), não diz qual seria a tal “cópia da apresentação dos produtos”, limitando-se a dizer que a descrição dos fatos tem um caráter genérico, cujo entendimento deve ser amparado pelos desdobramentos e desenvolvimento do trabalho, que deve ser lido e analisado com o vagar necessário para sua inequívoca compreensão.

Como a autoridade fiscal na informação não se preocupou em dizer qual seria a “cópia da apresentação dos produtos”, busquei nos autos localizar esse elemento, e notei que constam às fls. 245/260 extratos obtidos na internet de 13 mercadorias com as fotos, preços e outras indicações. Esses extratos foram obtidos certamente nos “sítios” dos fabricantes. Ocorre que não consta nos autos que tivesse sido fornecida cópia desses elementos ao contribuinte, não tendo portanto o fiscal autuante observado a regra do art. 46 do RPAF: na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, devem ser fornecidas cópias de todos os elementos de prova obtidos junto a terceiros.

Quanto à alegação da defesa de que a fiscalização não identificou o objeto da autuação – quais as mercadorias, quais as Notas Fiscais –, a autoridade autuante, ao prestar a informação, contrapôs dizendo que não procede tal alegação, pois basta observar, nas fls. 161/223, o demonstrativo da infração, e nele cada produto é perfeitamente identificado com a Nota Fiscal a que pertence.

O problema é que, com relação aos demonstrativos aos quais o autuante se refere, às fls. 161/223, não consta nos autos que tivessem sido entregues cópias ao autuado, como manda o art. 46 do RPAF.

Nota que na descrição da infração é dito que o recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação teria sido em virtude de operações que deveriam ser tributadas pela alíquota de 27%, e não de 17%, como procedeu o contribuinte. Ocorre que, na informação fiscal, o autuante revelou um fato novo, ao dizer que parte do levantamento fiscal, “conforme fl. 183 do demonstrativo”, se refere a alguns produtos cuja alíquota na saída é 17%, mas que foi aplicada a carga tributária de 7%.

Observe-se que a fl. 183 a que se refere o autuante não é a fl. 183 “dos autos”, e sim a fl. 183 “do demonstrativo” fiscal, e tal demonstrativo não se encontra nos autos. Os anexos analíticos do item 2º, às fls. 163/223, têm duas sequências numéricas. A primeira sequência, conforme numeração no rodapé dos demonstrativos às fls. 163 a 203, vai da “Page 1 of 270” (página 1 de 270) até a “Page 270 of 270” (página 270 de 270), sendo que a página 183 à qual o autuante se refere não foi anexada, pois da “Page 20” pula para a “Page 250”.

Esses vícios, apesar de serem muito graves, seriam passíveis de saneamento, mediante reabertura do prazo de defesa. O problema é que existem outros aspectos que não são passíveis de saneamento, pois afetam o cerne da imputação fiscal, e, no mérito, fica patente que o lançamento ou é improcedente, ou é nulo.

Embora a descrição da infração não seja clara – como deveria –, depreende-se que o ponto central da autuação diz respeito a operações com “colônia”, espécie do gênero “perfumes”, que são mercadorias cujas operações são tributadas a uma alíquota especial.

A Lei nº 7.014/96, no art. 16, inciso II, “h”, c/c o art. 16-A, prevê alíquota específica, mais gravosa (25% + 2%), para as operações com perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes.

Ou seja, a alíquota especial é para operações com “perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia”.

A lei excepciona dessa regra as operações com outros perfumes, a saber, lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes.

A autoridade fiscal dá a entender que concluiu que as mercadorias seriam colônias pelo fato de nas embalagens de “alguns” constarem indicações do tipo “Col”, “Deo Colônia”. Ele não disse isso expressamente, mas pelas peças anexadas às fls. 245/260 fica patente que foi esse o motivo da autuação.

O contribuinte sustenta que, conforme excepciona a lei, não se incluem na previsão da alíquota especial as operações com lavanda e desodorantes corporais, em relação aos quais se aplica a alíquota geral, de 17%. Argumenta que neste caso não se trata de perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, mas sim de mercadorias enquadradas na NCM 3307.2010 (desodorantes corporais), e como tais as operações são sujeitas à alíquota de 17%. Alega que o emprego da nomenclatura “colônia” nas Notas Fiscais de saída é para fins meramente comerciais, porém nas Notas Fiscais de aquisição das mesmas mercadorias, emitidas pelos respectivos fabricantes, consta que não se trata efetivamente de colônias, mas sim de itens cuja NCM é 3307.2010 (desodorantes corporais e antiperspirantes líquidos), e não 3303.0020 (água-de-colônia). Aduz que nas Notas Fiscais de aquisição há menção expressa ao fato de se tratar de desodorantes corporais, e,

sendo desodorantes, estão, por expressa disposição legal, excluídos da incidência da alíquota diferenciada de 25%.

Para demonstrar isso, a defesa apresentou tabela de correspondência entre as Notas Fiscais de saída e as respectivas Notas Fiscais de aquisição, indicando a classificação comercial adotada na saída, sem prejuízo da correta manutenção da NCM indicada pelo respectivo fornecedor.

A defesa juntou cópias de Notas Fiscais dos fabricantes das mercadorias para provar qual a NCM relativa aos produtos assinalados.

Consta à fl. 311 uma declaração da empresa Perfumes Dama do Brasil Ltda. informando que as mercadorias Deo Colônia Tabu, Deo Colônia Tabu Flores, Deo Colônia Tabu Romance e Deo Colônia Tabu Segredos estão cadastradas na ANVISA no grupo de “Desodorante Colônia”, acrescentando que os referidos produtos têm em sua composição a matéria-prima Triclosan, que é um agente antisséptico com efeitos contra bactérias, considerado pela ANVIA como um agente desodorante, e portanto se classificam no código 3307.2010 da NCM.

Às fls. 312/314 foram anexados comprovantes de protocolização na ANVISA. Também foi anexada à fl. 322 declaração da Betulla CCG Indústria de Cosméticos Ltda. com a listagem de várias deocolônias, todas elas classificadas no código 3307.2010 da NCM.

Outra declaração, à fl. 329, da Nazca Cosméticos Ind. e Com. Ltda., informa que os produtos “Origem Hidrat” e “Origem Micorpo” estão cadastrados na ANVISA no grupo “Loção para o Corpo”, todos eles classificados no código 3307.2010 da NCM.

Também foi anexada declaração da Impacto, à fl. 338, informando que seus produtos, do tipo “Desodorante (Deo) Colônia”, se classificam na posição 3307.2010 da NCM e em sua composição entram, entre outros ingredientes, o Triclosan, que é um bactericida.

Na informação, em face dos elementos aduzidos pela defesa, o autuante considerou que cabe à ANVISA proceder e regular relativamente aos produtos sob sua “jurisdição”, no sentido de sua finalidade, nunca nas implicações tributárias, que estão reservadas ao fisco. A seu ver, o erro fica bem caracterizado pela descrição dos produtos nas embalagens, e pondera que, se essas colônias não são colônias, mas desodorantes corporais, deveriam trazer essa informação na sua apresentação de forma inequívoca.

Observo que, além das colônias, constam no levantamento fiscal outras mercadorias, tais como: Esmalte Risque, Gel Fix Vitacapili, Gel Corporal, Tintura Natucorp, Removedor Base, Óleo Banana, Amônia, Tratamento Shock, Shampoo Seiva, Serum, Leite Hidratante, Desodorante Cremoso, Lenços, Blindagem, Creme Vita, tônico Capilar, Leite Colônia, Alisante Issy, Ampola Vita, Bálsamo Vita, Emulsão Color, Kit Barbe, Kit Relax, Defrisante, Tintura Color, Reparador Pontas, Creme Pent GT Dou Fort Antiguebra, Shampoo GT Dou Fort Antiguebra, Condicionador GT Dou Fort Antiguebra, Masc Cap GT Dou Fort Antiguebra, Sabonete Corporal, Shampoo Muriel, Hidratante Muriel, Descolorante Careliss, Cera Depiroll, Água Oxigenada, Alis Meyber, Alicate Sandy & Junior, Creme de Barbear Bozzano, Creme Relax, Desodorante Cremoso, Cortador de Unha, Hidratante Origem, Esmalte Eliana, Reparador de Pontas, Escova de Cabelo Condor, Pente Dompel, Hené Pelúcia, Tesoura Inox, Talco, Pincel, Chapa Mega, Batom, Manteiga de Cacau, Grampo, Pedra Pomes, Lixa para Unha, Lixa para Pés, Bacia, Pinça, Revitalizante Muriel, etc.

A lista, portanto, envolve uma série de coisas que nada têm a ver com colônias. Com relação a tinturas capilares, alisantes, shampoos, lenços, cortadores de unha, esmaltes, pentes, escovas de cabelo, pinças, etc., o motivo da autuação pode ser outro, que não a imputação atribuída na descrição do fato, de que se trataria de mercadorias tributadas a 27%, e não a 17%. É evidente que essas mercadorias não estão sujeitas à alíquota de 27%.

Concentro-me agora no caso das “colônias”.

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, e o art. 16-A acrescenta mais 2%.

No que concerne às operações com artigos de perfumaria, que, em regra, são tributáveis a 25% + 2%, a lei exclui da tributação especial todo e qualquer “perfume” dos tipos lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes. 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;”

No RICMS/97, a previsão era esta – art. 51, II, “h”:

“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);”

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% + 2% 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% + 2% (mantendo, por conseguinte, em 17%) as operações com lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes. Em virtude disso, não se sujeitam à tributação de 25% + 2% quaisquer “perfumes” que se caracterizem como desodorantes corporais simples ou antiperspirantes.

Dizendo de outro modo, desodorantes são tributáveis à alíquota de 17% – ainda que, por alguma razão, o vendedor chame esse desodorante de “colônia” ou “deo colônia”.

Com efeito, o que importa é a natureza efetiva do produto. Se alguém, de boa-fé ou por malícia, vende um objeto usado dizendo que o objeto é novo, não é por isso que o objeto passa a ser novo – continua sendo usado, apenas ocorre que o comprador foi lesado. É o caso da expressão popular “vender gato por lebre”: quem compra o gato pensando que era uma lebre não comprou uma lebre, comprou um gato, enganado.

Neste caso, o autuado diz que a expressão “colônia” é empregada “para fins meramente de classificação comercial”, mas não se trata de colônias, e sim de desodorantes.

E de fato demonstrou que, apesar de nas embalagens constarem expressões do tipo “Col” e “Deo Colônia”, na verdade se trata de desodorantes.

Vender gato por lebre pode não ser moralmente correto, mas, para efeitos tributários, o que importa afinal é em que consiste de fato a matéria, não importa o nome que lhe seja dado.

Se o objeto da autuação fossem apenas as operações com colônia, o lançamento do item 2º seria improcedente, pois as mercadorias tidas como colônias são na verdade desodorantes. Ocorre que, conforme consta na descrição da infração, as tais “colônias” seriam apenas “responsáveis pela maior parte da cobrança”. Sendo seriam, isto significa que haveria outras mercadorias. Quais seriam essas mercadorias?

Além disso, apesar de na descrição do item 2º ser dito que o lançamento seria relativo a mercadorias tributadas a 27% e não a 17%, o fiscal autuante, ao prestar a informação fiscal, revelou um fato novo, ao dizer que parte do levantamento fiscal se refere a “alguns produtos” cuja alíquota na saída é 17%, mas que foi aplicada a carga tributária de 7%. Sendo assim, se houve também mercadorias com carga tributária de 7%, então não é verdade o que foi dito na descrição da infração, de que se trataria de mercadorias tributadas a 27% e não a 17%.

A insegurança neste caso é agravada pelo fato de o fiscal, logo depois de afirmar que haveria “alguns produtos” cuja alíquota na saída é 17%, mas que foi aplicada a carga tributária de 7%, mencionar apenas as mercadorias gel e óleo.

Não se trata apenas de gel e óleo. O levantamento fiscal, além de gel e óleo, envolve, esmaltes, tinturas (para cabelo), amônia, shampoos, condicionadores, leites hidratante, lençós, cremes, tônicos capilares, alisantes (de cabelo), bálsamos, emulsões, defrisantes, sabonetes, descolorantes capilares, ceras depilatórias, água oxigenada, alicates de unhas, cremes de barbear, escovas de cabelo, pentes, tesouras, talcos, pincéis, batons, grampos, lixas para unha, lixas para pés, bacias, pinças, etc.

Em suma: se o objeto da autuação fossem apenas as operações com colônia e a discussão dissesse respeito apenas à acusação do emprego da alíquota de 17% em vez de 27%, o lançamento do item 2º seria improcedente, pois as mercadorias tidas como colônias são na verdade desodorantes. No entanto, na informação fiscal foram reveladas coisas que não constam na descrição da infração, e não se admite que no curso do processo haja mudança do fulcro da imputação.

O lançamento do item 2º é nulo, por inobservância do devido procedimento legal, além de vícios de forma e conteúdo, implicando falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a

renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Os demais itens não foram impugnados. Não obstante isso, como julgador, devo suscitar de ofício uma questão afeta ao item 3º. A multa aplicada foi de 10% do valor das entradas omitidas. Porém, tendo em vista a recente alteração introduzida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual da multa pela falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas a tributação de 10% para 1%, e considerando que, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova deve retroagir para ser aplicada a ato ou fato pretérito em se tratando de ato não definitivamente julgado quando lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, a multa do item 3º há de ser de 1%, e não de 10%, ficando portanto reduzida para R\$ 81,69. Assim, em função dos quadros constantes às fls. 2 e 225-226, o demonstrativo do débito do item 3º deverá ser ajustado desta forma:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálc	Alíq %	Multa %	Valor histórico
31/01/2012	09/02/2012	91,62	0,00	1,0	0,92
30/04/2012	09/05/2012	198,00	0,00	1,0	1,98
30/11/2012	09/12/2012	1.757,40	0,00	1,0	17,57
31/12/2012	09/01/2013	323,52	0,00	1,0	3,24
31/01/2013	09/02/2013	1.754,12	0,00	1,0	17,54
31/03/2013	09/04/2013	591,01	0,00	1,0	5,91
31/05/2013	09/06/2013	171,65	0,00	1,0	1,72
30/06/2013	09/07/2013	1.453,90	0,00	1,0	14,54
31/07/2013	09/08/2013	290,16	0,00	1,0	2,90
31/08/2013	09/09/2013	35,56	0,00	1,0	0,36
31/10/2013	09/11/2013	1.182,77	0,00	1,0	11,83
31/12/2013	09/01/2014	318,26	0,00	1,0	3,18
TOTAL					81,69

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

Ante a desoneração do crédito referente à infração 2 e 3, exigido no lançamento fiscal, a 1ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

VOTO

O Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF trata da desoneração da exigência de ICMS que decidiu pela nulidade da infração 2 que trata do recolhimento do imposto efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias – conforme cópia da apresentação dos produtos, as colônias, responsáveis pela maior parte da cobrança, deveriam ser tributadas a 27%, e não a 17% como entendido pelo contribuinte – sendo lançado imposto no valor de R\$127.112,37, com multa de 60%.

A Infração 3 refere-se a falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [leia-se: *mercadorias relativas a operações sujeitas a tributação pelo ICMS*], sendo por isso aplicada a multa de R\$816,80, equivalente a 10% das entradas não registradas.

Conforme consta no relatório, o Relator fundamentou que:

- a) de fato, o item 2º deste Auto de Infração acusa aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, mas não diz por qual razão a alíquota utilizada não seria a aplicável. Ademais, no Auto de Infração apenas foram indicados, de forma genérica, os artigos que tratam de todas as alíquotas de ICMS: arts. 15, 16 e 16 - A da Lei nº 7.014/96;
- b) apesar de a descrição da infração, fazer menção acerca de uma “cópia da apresentação dos produtos” que teria servido de base para fundamentar a autuação, no Auto não foi dito a que cópia o autuante se refere, omitindo este dado inclusive quanto da informação fiscal. Além disso, não consta do PAF que a Autoridade fiscal tenha fornecido cópia desses elementos ao contribuinte, incluindo os demonstrativos que deram suporte a esta infração fls. 161/223;
- c) na descrição da infração é dito que o recolhimento de ICMS foi efetuado a menos, em virtude

de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, em operações que deveriam ser tributadas pela alíquota de 27%, e não de 17%, como procedeu o contribuinte. No entanto, na informação fiscal, o autuante revelou um fato novo, ao dizer que parte do levantamento fiscal, “conforme fl. 183 do demonstrativo” se refere a alguns produtos cuja alíquota na saída é 17%, mas que foi aplicada a carga tributária de 7%;

Acertadamente, o condutor da Decisão de piso entendeu que, apesar de serem muito graves, pois contrariam frontalmente mandamento do art. 39, III, e art. 46 do RPAF/99, esses vícios seriam passíveis de saneamento mediante reabertura do prazo de defesa, no entanto, constatou outros aspectos que não são passíveis de saneamento, pois afetam o cerne da imputação fiscal, ficando patente no mérito que o lançamento seria improcedente ou nulo. Apontou tais falhas.

Disse que embora a descrição da infração não seja clara – como deveria –, depreende-se que o ponto central da autuação diz respeito a operações com “colônia”, espécie do gênero “perfumes”, que são mercadorias cujas operações são tributadas a uma alíquota especial. Ou seja, a alíquota especial é para operações com *“perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia”*. No entanto, a Lei nº 7.014/96, no art. 16, inciso II, “h”, c/c o art. 16-A excepciona dessa regra, as operações com outros perfumes, a saber, lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes, em relação aos quais se aplica a alíquota geral de 17%.

Acrescentou que a autoridade fiscal dá a entender que concluiu que as mercadorias seriam colônias pelo fato de nas embalagens de “alguns” constarem indicações do tipo “Col”, “Deo Colônia”. Ele não disse isso expressamente, mas pelas peças anexadas às fls. 245/260 fica patente que foi esse o motivo da autuação. Observou ainda que, além das colônias, constam no levantamento fiscal outras mercadorias, cuja alíquota a ser aplicada não seria 27% como quer o autuante, a exemplo de Esmalte Risque, Gel Fix Vitacapili, Gel Corporal, Tintura Natucorp, Removedor Base, Óleo Banana, Amônia, dentre outras que listou.

No que concerne às operações com artigos de perfumaria, que, em regra, são tributáveis a 25% + 2%, a lei exclui da tributação especial todo e qualquer “perfume” dos tipos lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes. 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;”

No RICMS/97, a previsão era esta – art. 51, II, “h”:

“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);”

Ressalto que uma das premissas básicas para se identificar um produto previsto nas regras constantes de Convênios e Protocolos é a identificação da NCM do produto indicado nos seus Anexos. Nesse sentido, está correta a interpretação literal contida no voto do Relator, visto que, conforme argumentado pelo autuado e fundamentado pelo Relator, neste caso não se trata de perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, mas sim, de mercadorias enquadradas na NCM 3307.2010 (desodorantes corporais), e como tais, as operações são sujeitas à

alíquota de 17%.

O autuado alegou que o emprego da nomenclatura “colônia” nas Notas Fiscais de saída é para fins meramente comerciais, porém nas Notas Fiscais de aquisição das mesmas mercadorias, emitidas pelos respectivos fabricantes, consta que não se trata efetivamente de colônias, mas sim de itens cuja NCM é 3307.2010 (desodorantes corporais e antiperspirantes líquidos), e não 3303.0020 (água-de-colônia). Aduziu que nas Notas Fiscais de aquisição há menção expressa ao fato de se tratar de desodorantes corporais, e, sendo desodorantes, estão, por expressa disposição legal, excluídos da incidência da alíquota diferenciada de 25%. Isto foi demonstrado pela defesa que apresentou tabela de correspondência entre as Notas Fiscais de saída e as respectivas Notas Fiscais de aquisição, indicando a classificação comercial adotada na saída, sem prejuízo da correta manutenção da NCM indicada pelo respectivo fornecedor, juntando cópias de Notas Fiscais dos fabricantes das mercadorias para provar qual a NCM relativa aos produtos assinalados.

Comungo das conclusões da Decisão de Piso de que se o objeto da autuação fossem apenas as operações com colônia e a discussão dissesse respeito apenas à acusação do emprego da alíquota de 17% em vez de 27%, o lançamento do item 2º seria improcedente, pois as mercadorias tidas como colônias são na verdade desodorantes. No entanto, na informação fiscal foram trazidos aos autos novos dados que não constam na descrição da infração, e não se admite que no curso do processo haja mudança do fulcro da imputação.

Não cabe ao autuado determinar, sem provas, o valor da base de cálculo do lançamento de ofício, e é dever do Fisco determinar, com segurança, a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que é nulo o lançamento de ofício. O Auto de Infração descumpre o disposto no inciso II do artigo 130 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, que determina:

Art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

O lançamento de ofício também contraria o artigo 41, inciso II, do RPAF/99, que repete o teor do mencionado artigo do COTEB.

A autuação em foco enquadra-se, ainda, na situação descrita na Súmula CONSEF nº 1:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Reitero que a autoridade competente verifique se existem elementos a justificar renovação do procedimento fiscal, a fim de exigir parcela do imposto acaso não exigido no Auto de Infração em exame, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Quanto à infração 3, o valor originalmente lançado foi modificado para se adequar a alteração do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7014/96 pela Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual da multa pela falta de registro na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas a tributação de 10% para 1%, e considerando que, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova deve retroagir para ser aplicada a ato ou fato pretérito em se tratando de ato não definitivamente julgado quando lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, a multa do item 3º foi reduzida de 1%, para 10%, ficando portanto reduzida para R\$ 81,69.

Ante ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, com base nos seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269278.0008/15-5, lavrado contra **CASA ALADIM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.829,49**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, incisos III e IV, "j", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$160,92**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS