

A. I. Nº - 269140.0007/18-8
AUTUADO - PARATY ATACADO E DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - INFAC JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15.05.2019

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-02/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Conforme descrição das mercadorias, tanto pelo fabricante como a identificada no comércio, todas que são objeto da autuação, são tributáveis à alíquota de 25% + 2% (Lei 7.014/96: arts. 16, II, "h" e 16-A). Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Infração não impugnada. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2018, refere-se à exigência de R\$ 68.234,51 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: 17.502,45. Período: Janeiro 2016 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa: 60%, art. 42, II, "a", da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 07.04.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor: R\$50.732,06. Período: Janeiro 2016 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 8º, I, § 3º e art. 23, da Lei 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, "e", da Lei 7.014/96.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 67 a 73. Reproduz as infrações e passa a impugná-las.

Infração 01

Diz que, tendo em vista que os itens vendidos não corresponderem a águas de colônia ou colônia e deocolônia, a infração seria improcedente, nos termos do art. 16, II, "h", da Lei 7.014/96, pois eles fazem parte da exceção prevista no dispositivo legal citado, quais sejam: lavanda, seiva de alfazema, loções pós-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes, sendo desodorante corporal, mais precisamente, a mercadoria do Impugnante, razão pela qual resta configurada indevida a aplicação da alíquota diferenciada de 25% + 2%.

Isto ocorre, segundo o Impugnante, pelo fato do "Triclosan", que tem a função de desodorante, ser um dos componentes da fórmula do produto vendido, o que se vê no laudo da Anvisa em anexo, atestando que os produtos objeto da autuação, pertencem ao grupo desodorante colônia – grau 1, o que não permite que sejam confundidos com perfumes ou águas-de-colônia.

Diz que em que pese o item em discussão vir com a descrição "Deo Colônia", não pode ser incluído no NCM 3303.00 referente a "perfumes e águas-de-colônia". Diversamente, conforme NFs de aquisição, a indústria o classificou, com base nos laudos da Anvisa, no NCM 3307.20 referente a "desodorante corporais" em face da presença do "Triclosan".

Frisa que a nomenclatura “deocolônia” é usada para fins comerciais, sem prejuízo da conservação da NCM 3307.20, que apura a correta natureza dos itens, haja vista se tratar de desodorante corporal e não de colônia, sendo descabida a alíquota de 27%. Para corroborar seu entendimento, transcreve trechos de voto proferido no Acórdão JJF nº 0055-01/16, cujo entendimento foi mantido pela 2ª CJF.

Infração 02

Diz que a apuração fiscal está correta e que efetuará o pagamento mediante parcelamento do seu débito.

Em conclusão, pede a improcedência da Infração 01.

A autuante presta informação fiscal às fls. 110 a 114 dos autos. Diz não haver manifestação defensiva para a Infração 02 e, quanto à Infração 01, para rebater a argumentação defensiva, destaca o seguinte:

- 1) Qualquer perfume é composto de álcool, essências, fixadores e conservante. Na classificação da perfumaria, a deo colônia seria colônia, com baixa concentração de essências (de madeira, especiarias, flores, etc.), abaixo de 5%;
- 2) As mercadorias autuadas foram de deocolônias (ou desodorantes colônias). A Lei 7014/97 e o NOVO RICMS-BA/2012 não discriminam as exceções de perfumaria por NCM. Restringiram as exceções, constantes no inciso II, alínea “h”, do artigo 16, a citar as mercadorias, conforme descrito abaixo:

“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;”

- 3) O registro da ANVISA anexado pelo autuado corrobora a autuação quando mostra a caracterização do produto: DESODORANTE COLÔNIA – GRAU 1 (pag. 84, pp).

Informa que a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC Nº 07, de 10 de fevereiro de 2015, que dispõe sobre os requisitos técnicos para a regularização de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes e dá outras providências (anexada ao processo), em seus ANEXOS I e II, especifica os cosméticos e perfumarias conforme abaixo:

ANEXO I

I – Produtos de Higiene Pessoal, Cosméticos e Perfumes: são preparações constituídas por substâncias naturais ou sintéticas, de uso externo nas diversas partes do corpo humano, pele, sistema capilar, unhas, lábios, órgãos genitais externos, dentes e membranas mucosas da cavidade oral, com o objetivo exclusivo ou principal de limpá-los, perfumá-los, alterar sua aparência e ou corrigir odores corporais e ou protegê-los ou mantê-los em bom estado.

Classificação de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes

1. Produtos Grau 1: são produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes cuja formulação cumpre com a definição adotada no item I do Anexo I desta Resolução e que se caracterizam por possuírem propriedades básicas ou elementares, cuja comprovação não seja inicialmente necessária e não requeiram informações detalhadas quanto ao seu modo de usar e suas restrições de uso, devido às características intrínsecas do produto, conforme mencionado na lista indicativa “LISTA DE TIPOS DE PRODUTOS DE GRAU I” estabelecida no item “I”, desta seção.
2. Definição Produtos Grau 2: são produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes cuja formulação cumpre com a definição adotada no item I do Anexo I desta Resolução e que possuem indicações específicas, cujas características exigem comprovação de segurança e/ou eficácia, bem como informações e cuidados, modo e restrições de uso, conforme mencionado na lista indicativa “LISTA DE TIPOS DE PRODUTOS DE GRAU 2” estabelecida no item “II”, desta seção.

Diz que o documento apresentado pela autuada especifica o produto autuado como Grau 1 – Desodorante colônia – item 21 e não desodorante corporal – item 22, como quer fazer crer a autuada. Ou seja, não se trata de desodorante simples antitranspirante e sim de um perfume de baixa concentração denominado DEO COLÔNIA.

Ressalta que o triclosan, substância informada pela empresa como presente na composição do produto, é um conservante, conforme descrito pela ANVISA na RDC 29/2012, em anexo, que aprova o Regulamento Técnico Mercosul sobre “Lista de Substâncias de Ação Conservante permitidos para Produtos de Higiene Pessoal, Cosméticos e Perfumes” e dá outras providências.

Informa que o CONSEF, conforme Acórdão CJF Nº 0275-13/13 reproduzido, já decidiu sobre o tema, no sentido que o deo colônia que não sejam lavandas ou alfazemas, devem ser tributados a 25%, mais o fundo de pobreza.

Mantém o AI.

Às fls. 151-154, constam extratos indicando recolhimento do valor exigido pela Infração 02.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de duas infrações.

A infração 02 (não retenção e consequente não recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado) foi expressamente reconhecida e recolhida pelo sujeito passivo e não integra a lide em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03 e 07, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 12-60 e CD de fl. 61); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A Infração 01 trata de recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias escrituradas e o argumento defensivo é que os itens objeto da autuação (produtos GELLUS DEO COLÔNIA de diversas denominações – demonstrativo fls. 14-53) não corresponderiam a águas de colônia ou colônia e deocolônia, nos termos do art. 16, II, “h”, da Lei 7.014/96, para serem tributados sob a alíquota de 25% + 2% (fundo de pobreza), pois eles fariam parte da exceção prevista no dispositivo legal citado, quais sejam: lavanda, seiva de alfazema, loções pós-barba e desodorantes corporais simples ou

antiperspirantes, o que se confirmaria pela presença do “Triclosan”, conforme laudo da Anvisa atestando que os produtos pertencem ao grupo desodorante colônia – grau 1, o que não permite que sejam confundidos com perfumes ou águas-de-colônia.

Aduz que em que pese o item em discussão vir com a descrição “Deo Colônia” usada para fins comerciais, não pode ser incluído no NCM 3303.00 referente a “perfumes e águas-de-colônia” e, conforme NFs de aquisição, a indústria os classificou no NCM 3307.20 referente a “desodorante corporais”.

Por sua vez, a autuante rebate a Impugnação dizendo que o “Triclosan” é um conservante; as mercadorias autuadas são deocolônias tributáveis sob alíquota de 25% + 2% e não desodorantes corporais, cuja tributação ocorre sob a alíquota de 17%; na classificação da perfumaria, a deo colônia seria colônia, com baixa concentração de essências (de madeira, especiarias, flores, etc.), abaixo de 5%; a Lei 7014/97 e o RICMS-BA/2012 não descriminam as exceções de perfumaria por NCM e restringem as exceções, constantes no inciso II, alínea “h”, do artigo 16, a lavanda, seiva-de-alfazema, loções apóss-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes; o registro da ANVISA anexado pelo autuado corrobora a autuação quando mostra a caracterização do produto: DESODORANTE COLÔNIA – GRAU 1 (pag. 84, pp); o documento apresentado pela autuada especifica o produto autuado como Grau 1 – Desodorante colônia – item 21 e não desodorante corporal –item 22, ou seja, não se trata de desodorante simples antitranspirante e sim de um perfume de baixa concentração denominado DEO COLÔNIA.

Eis a redação da normativa definidora da lide:

Lei nº 7.014/96

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 apóss-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;

Pois bem. Em geral, na Bahia, a alíquota para a tributação sobre perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções apóss-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes é 27% (25%, art. 16, II, “a” + 2%, art. 16-A, da Lei 7.014/96) e uma simples mirada nas páginas web (por exemplo: https://www.google.com/search?q=perfumes+gellus&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR822BR822&source=univ&tbo=shop&tbo=u&sa=X&ved=0ahUKEwj_nYOa98LhAhUYGLkGHVtJAbEQsxgIKw&biw=1362&bih=692) demonstram que, contrariando o argumento defensivo, todos as mercadorias objeto da autuação pela Infração 01, são tributáveis sob alíquota de 27%, pois no demonstrativo de fls. 14-53, suporte da exação fiscal, não há lavanda, seiva-de-alfazema, loções apóss-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes, únicos produtos de perfumaria excetuados da tributação sob a alíquota de 27%. Portanto, correto foi o procedimento fiscal e correta é a exação em apreço neste órgão judicante de revisão do lançamento tributário correspondente.

Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269140.0007/18-8, lavrado contra **PARATY ATACADO E DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$68.234,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR