

PROCESSO - A. I. Nº 269140.0007/18-8
RECORRENTE - PARATY ATACADO E DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0062-02/19
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0327-12/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. 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 nº 7.014/96: arts. 16, II, “h” e 16-A). Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 2ª JJF nº 0062-02/19 que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2018, para exigir R\$68.234,51 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade objeto do presente recurso:

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.

A 2ª JJF dirimiui a lide com base no voto condutor abaixo transcrito:

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 discriminam 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 após-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 após-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 após-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&tbm=shop&tbo=u&sa=X&ved=0ahUKEwj_nYOa98LhAhUYGLkGHVtJAbEQ_sxgIKw&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 após-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.

A recorrente, inconformada com a decisão de piso, interpôs Recurso Voluntário tecendo as seguintes alegações de defesa quanto a infração 01.

Requer preliminarmente a nulidade da decisão de piso afirmando que naquele julgamento não foi enfrentado todas as razões trazidas à colação, pela Recorrente. Diz que a decisão sequer se manifestou quanto aos argumentos referentes à formulação do produto, ao NCM a ele imputado de acordo com as especificações da Anvisa, nem em relação à jurisprudência acostada. Nesses termos, conclui-se pela nulidade da decisão por ausência de fundamentação e preterição do direito de defesa, nos termos do art. 18 do RPAF, haja vista que os fundamentos trazidos pela Recorrente não foram apreciados ou foram afastados sem a explicitação dos motivos que levaram

à sua desconsideração.

Demonstra a recorrente que não houve erro na aplicação da alíquota. Isso porque a Fiscalização imputou a infração à Recorrente sob o fundamento de que as mercadorias objeto da autuação seriam perfumes e deocolônias, os quais atrairiam a aplicação da alíquota de 25%, somada aos 2% do fundo de pobreza, contudo afirma que, em verdade, são desodorantes corporais, para os quais a legislação prevê a alíquota de 18%.

A Recorrente, em sua defesa: I) demonstrou que as mercadorias em tela são constituídas pela substância “Triclosan” que tem função desodorante; II) acostou aos autos um Laudo da ANVISA, que atesta que os produtos objeto da autuação pertencem ao grupo desodorante colônia - grau 1, o que comprova que não são perfumes ou águas-de-colônia; III) demonstrou que os produtos classificam-se no NCM 3307.20 e que embora o item em discussão venha com a descrição “Deo Colônia”, isso só ocorre para fins meramente comerciais.

Transcreve excerto de voto proferido no Acórdão JJF nº 0055-01/16 referente a controvérsia similar e cuja conclusão foi favorável à tese defendida pela Autuada.

Acosta laudo da ANVISA 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.

Em que pese o item em discussão vir com a descrição “Deo Colônia”, este não pode ser incluídos no NCM 3303.00 referente a “perfumes e águas-de-colônia”. Conforme as notas fiscais de aquisição pela Recorrente, o estabelecimento industrial que os produziu classificou-os, com base nos laudos da ANVISA, no NCM 3307.20 referente a “desodorantes corporais”. Isso se dá, preponderantemente, pela presença do “Triclosan”, que confere ação desodorizante e bactericida, na fórmula dos produtos.

Traz decisões deste CONSEF para corroborar com sua tese.

Aponta que uma das premissas básicas para se identificar um produto nas regras constantes de Convênios e *Protocolos* é a identificação da NCM do produto indicado nos seus Anexos. Consoante referido alhures, o NCM do produto objeto da fiscalização é o 3307.20, conforme especificação do próprio fabricante, que o fez com fundamento em laudos da ANVISA, razão pela qual o recurso deverá ser provido para que seja tributado tal como consta das saídas da Recorrente, inexistindo qualquer crédito tributário suplementar a constituir.

Este é o relatório.

VOTO

Analisando as razões recursais do Contribuinte autuado, afasto, de logo, as preliminares de nulidade suscitadas.

Isto porque invoca a recorrente a nulidade da decisão da JJF por omissão aos argumentos apresentados em sua peça impugnatória. É, por certo, obrigação do julgador, o mister de explicitar, tanto quanto possível de forma objetiva, a razão pela qual aquele fundamento determina a procedência ou improcedência do pedido. Contudo, entendo que a nulidade só seria aplicável se fosse constatado na decisão eventual fundamentação genérica, artificial e divorciado dos autos, fazendo crer, inclusive, que não foram examinadas as razões deduzidas na respectiva impugnação, o que, por certo, não ocorreu no presente caso.

As razões de defesa foram todas elas apreciadas, sendo mencionado naquela oportunidade que os produtos do tipo “*lavanda, seiva de alfazema, loções após barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes*”, não constam nos relatórios apresentados pelo fiscal autuante e, portanto, não são objeto do presente lançamento fiscal.

Registre-se, inclusive, que na análise das razões de mérito, trataremos do tema com maior ênfase, sendo, então, possível avaliar se as mercadorias inseridas nas referidas planilhas, não obstante sua designação formal, estão ou não sujeitas à alíquota de ICMS no percentual de 25%.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto aos argumentos de mérito, importante sinalizar que a Infração 01 trata de recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias escrituradas.

A recorrente contesta o lançamento, afirmando que os itens objeto da autuação não trazem correspondência aos itens “*águas de colônia ou colônia e deocolônia*” e, portanto, não são tributados sob a alíquota de 25% + 2% (fundo de pobreza).

Fundamenta suas razões no fato da substância “Triclosan” estar presente na composição dos referidos produtos, objetivando, portanto, afastar a possibilidade de serem classificados como perfumes ou águas-de-colônia. Ademais, acrescenta a recorrente que, e não obstante 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”. Salienta, inclusive que, conforme NFs de aquisição, a indústria classifica no NCM 3307.20 referente a “desodorante corporais”.

Neste ponto, a fiscal autuante se manifesta prestando alguns esclarecimentos a saber:

“1) Qualquer perfume é composto de álcool, essências, fixadores e conservantes. Na classificação da perfumaria, a deo colônia seria colônia, com baixa concentração de essências (de madeiras, especiarias, flores etc.), abaixo de 5%. 2) As mercadorias autuadas foram de deo colônias (ou desodorantes colônias). As Lei 7014/97 e o NOVO RICMS 13780/12 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 Autuada, corrobora a Autuação quando mostra a caracterização do produto: DESODORANTE COLÔNIA-GRAU 1 (pag 84 pp). 4) Vale ressaltar 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 permitidas para Produtos de Higiene Pessoal, Cosméticos e Perfumes” e dá outras providências. 5) O CONSEF, anteriormente, já decidiu sobre o tema, no sentido que deo colônia que não sejam lavandas ou alfazemas, devem ser tributados a 25% mais o fundo de pobreza: 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO C/JF Nº 0275-13/13.”

Apesar de a recorrente afirmar que o descritivo é meramente comercial, as provas acostadas aos autos contradizem as alegações defensivas. Veja que o próprio documento apresentado pela autuada especifica o produto autuado como grau 1 - desodorante colônia - item 21 e não desodorante corporal - item 22.

Ademais, e por mais que a empresa fabricante traga classificação fiscal junto a NCM com natureza diversa da NCM descrita nos documentos fiscais da autuada, em nada contribui com as razões aqui expostas, tendo em vista que a regra de tributação majorada (25%) não discrimina as exceções de perfumaria por NCM, e sim por descritivo, conforme devidamente observado pelo fiscal autuante.

Merece ressalva, portanto, a ponderação que faz a recorrente quando suscita o princípio da verdade material. O processo administrativo tributário, de fato, visa a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários, contudo, no presente caso, a produção de provas no exercício do direito de defesa da recorrente apenas corroborou a subsistência da infração em comento.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269140.0007/18-8, lavrado contra **PARATY ATACADO E DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$68.234,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS