

PROCESSO - A.I. N° 206865.0005/01-5
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2^a JJF n° 0224-02/02
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 26/09/02

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0357-11/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Decretação da nulidade de ofício *ex vi* do art. 20, do RPAF-BA. Imputação imprecisa, com utilização de método não previsto na legislação, cujos critérios utilizados são insuficientes para configurar a infração atribuída e não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito a erro na aplicação da alíquota nas operações de vendas de deo-colônia porém, não existe a demonstração das notas fiscais por período de apuração e nem está indicado o valor real de cada operação objeto da autuação, com a respectiva individualização da exigência fiscal. Autuação levada a efeito com base em levantamento quantitativo, impróprio para o fim pretendido, inclusive com fixação de preço de venda unitário sem existirem os demonstrativos dos cálculos, olvidando de considerar o preço efetivamente praticado em cada operação. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa e que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**, tendo em vista a decretação da nulidade absoluta de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/01, exige o ICMS de R\$ 12.008,66, relativo ao exercício de 1996, em razão do recolhimento a menos do imposto, decorrente de erro na aplicação da alíquota cabível nas operações internas de deo-colônia (perfumes), conforme apurado mediante levantamentos às fls. 6 a 12 dos autos, contrariando o que dispõe a Portaria n° 1.161/89, a qual equipara a deo-colônia ao perfume para efeito de tributação, como também o art. 68, II, “i”, do RICMS/89, aprovado pelo Decreto n° 2.460/89, assim como o art. 68, II, “i”, do RICMS/96, aprovado pelo Decreto n° 5.444/96, além do art. 3º, VIII, do Decreto n° 79.094/77, que regulamenta a Lei n° 6.360/76, a qual define para efeitos legais o que é perfume.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta impugnação, às fls. 26 a 39 do PAF, onde, preliminarmente, argüi a decadência do direito do Fisco constituir os créditos relativos ao exercício de 1996, do que cita o art. 150, § 4º, do CTN e decisões judiciais.

No mérito, aduz que tanto a Portaria n° 1.161/89 quanto o Decreto n.º 5.444/96 são ilegais por violentar a Lei n° 4.825/89, hierarquicamente superior, onde contempla a alíquota de 25% tão somente aos perfumes, nada expressando sobre colônias e deo-colônias, cuja carga tributável de 25% ocorreu apenas a partir da Lei n° 7.014/96. Cita doutrina e Parecer elaborado pela Performance Consultoria Tributária e Empresarial, o qual entende que as deocolônias devem ser tributadas à alíquota de 17%, independente do período. Por fim, registra a existência de lavandas

entre as deocolônias levantadas, as quais são excetuadas da alíquota de 25%, devendo ser expurgadas da autuação, caso a ação fiscal consiga sobreviver às anteriores argumentações.

Os autuantes, em sua informação, ressaltam que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2001 e o contribuinte cientificado em 28/12/2001, não existindo a citada decadência quanto ao exercício de 1996, cujos lançamentos só iriam decair no dia 01/01/2002, após cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, conforme art. 44, § 1º, da Lei nº 4.825/89.

Quanto ao mérito, enfatizam que o autuado tenta tratar a deo-colônia como espécie estranha ao gênero “Perfume”, de forma a excluí-la da tributação de 25%, prevista na Lei nº 4.825/89. Ressaltam que a citada lei estipulou a aludida alíquota para perfume, gênero que abrange água-de-colônia, água-de-toallete, colônia-após-barba, deo-colônia, sendo que a diferenciação entre si é em função do percentual da essência que entra em cada composição.

Aduzem que desnecessário seria a definição da Portaria nº 1.161/89, a qual se faz necessária apenas para dirimir dúvidas quanto a diferenciação de perfumes e outros cosméticos.

Registram que a DITRI já se manifestou no sentido de que a deo-colônia é espécie do gênero Perfume, sendo o termo “déo-colônia” um neologismo da língua portuguesa para designar água-de-colônia, cuja tributação é à alíquota de 25%, a partir do advento da Lei nº 4.825/89, com interpretação dada pela Portaria nº 1.161/89.

Informam que o CONSEF através da Resolução nº 2204/98 já decidiu, por unanimidade, pela tributação à alíquota de 25% para este produto.

Trazem aos autos materiais de propaganda, do próprio fabricante dos produtos, considerando deo-colônias como perfumes.

Por fim, destacam que somente foram levantados os produtos descritos no livro Registro de Inventário e notas fiscais de entradas e de saídas como sendo deo-colônia.

Intimado para se manifestar, no prazo de 10 (dez) dias, sobre os novos documentos anexados à informação fiscal, o autuado, intempestivamente, se pronuncia, às fls. 101 a 104 dos autos, ratificando a sua impugnação anterior.

A 2ª JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolatá o seguinte voto:

“Trata-se de Auto de Infração, relativo ao exercício de 1996, lavrado para exigir o ICMS de R\$12.008,66, decorrente da aplicação da alíquota de 17% ao invés de 25%, cabível nas operações internas de deocolônia (perfumes), conforme apurado nos levantamentos às fls. 6 a 12 dos autos.

O autuado, em sua impugnação, preliminarmente, argüi a decadência do direito do Fisco constituir os créditos relativos ao exercício de 1996.

No mérito, aduz que a Lei nº 4.825/89, hierarquicamente superior às normas tidas como infringidas, contempla a alíquota de 25% tão somente aos perfumes, nada expressando sobre colônias e deo-colônias, cuja carga tributável de 25% ocorreu apenas a partir da Lei nº 7.014/96. Por fim, registra a existência de lavandas entre as deo-colônias levantadas pelos autuantes.

Já os autuantes, em sua informação, ressaltam que não existe a citada decadência, quanto ao exercício de 1996, cujos lançamentos só iriam decair no dia 01/01/2002, conforme art. 44, § 1º, da Lei nº 4.825/89.

Quanto ao mérito, enfatizam que a deo-colônia é uma espécie do gênero “Perfume”, consoante manifestação da DITRI neste sentido, cuja tributação é à alíquota de 25%, a partir do advento da

Lei nº 4.825/89, com interpretação dada pela Portaria nº 1.161/89. Citam Decisão do CONSEF, por unanimidade, pela tributação à alíquota de 25% para este produto. Por fim, destacam que somente foram levantados os produtos descritos na escrita fiscal como sendo deo-colônia.

Inicialmente, constato que não ocorreu a alegada decadência do direito da fazenda pública constituir o crédito tributário, o qual extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante art. 965 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, cujo teor é uma reprodução do art. 173, do CTN. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 27/12/2001, para se exigir lançamentos relativos aos exercícios de 1996, não havia operado a decadência.

Quanto ao mérito, observa-se que a questão resume-se ser ou não o produto “Deo-colônia” uma espécie do gênero “perfume”, cuja Lei nº 4.825/89 já contemplava a alíquota de 25% para a tributação do ICMS. Para definição acima deve-se recorrer à Receita Federal, órgão competente para dirimir dúvidas quanto a correta classificação de mercadorias na NBM/SH (Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado), onde constata-se que “PERFUMES E ÁGUAS-DE-COLÔNIA” enquadram-se na posição 3303.00, sendo a deo-colônia uma especificação das águas-de-colônias, conforme TIPI abaixo reproduzida:

CAPÍTULO 33
ÓLEOS ESSENCIAIS E RESINÓIDES; PRODUTOS DE
PERFUMARIA OU DE TOUCADOR PREPARADOS
E PREPARAÇÕES COSMÉTICAS

3303.00	PERFUMES E ÁGUAS-DE-COLÔNIA	
3303.00.10	Perfumes (extratos)	40
3303.00.20	Águas-de-colônia	10

Portanto, conclui-se que água-de-colônia, deo-colônia ou perfumes são produtos da mesma natureza, enquadrados sob o mesmo código da NBM/SH, diferenciando-se entre si em razão da concentração da essência na composição, do que se conclui a procedência da exigência fiscal em tributar as deo-colônias pela alíquota de 25%, relativo as operações internas, inerentes ao exercício de 1996, por já existir previsão legal na Lei nº 4.825/89 para perfumes, aí inclusas as deo-colônias.

Tal entendimento é unânime na DITRI (Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda), conforme Pareceres GECOT nºs 0846/98 e 157/99, onde destacam a Portaria nº 1.161/89 como norma interpretativa da Lei nº 4.825/89, a qual não especificou as espécies de perfumes.

Por fim, quanto à alegação do autuado de que foram consideradas lavandas entre as deocolônias levantadas pelos autuantes, citando “LAVANDA POP” e “LAVANDE D’O BOTICÁRIO”, não deve prosperar, pois o próprio contribuinte as escritura no Livro Registro de Inventário como “Deo Col Lavanda POP” e “Deo Col Lavande D’O Boticário”, conforme consta à fl. 75 do PAF.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0224-02/02.

Tece comentários sobre o Acórdão Recorrido, afirmando que, os ilustres julgadores não apreciaram profundamente o verdadeiro e único aspecto da defesa, que foi a ilegalidade da cobrança do tributo, com base na Portaria nº 1161/98.

Argúi que em nenhum momento, alimentou qualquer discussão no sentido de que Déo-colônia é ou não uma espécie do gênero Perfume. O que se discute é a legalidade da tributação, e se à

vontade dos autuantes teria ou não respaldo na Lei, e é exatamente a falta de amparo legal para sustentar à autuação, no período de 1996, que foi o único autuado.

A impugnação se incumbiu de demonstrar de a Lei nº 4825/89, apenas contemplou com a alíquota de 25% os perfumes, nada mencionado sobre Deo-colônia. A Portaria nº 1161/89, também não mencionou Déo-colônia em sua “definição” do que fosse perfume.

Somente com a publicação do Decreto nº 5444/96, é que expressamente ficou prevista a tributação da Déo-colônia com uma alíquota de 25%. Independente da ilegalidade flagrante do decreto que violou a Lei nº 4825/89, a pretensão dos autuantes em aplicarem alíquota de 25% às Déo-colônias, nos períodos anteriores a julho de 1996, é totalmente improcedente, por ausência de qualquer amparo legal.

Discrene sobre o fato do Decreto nº 5444/96, contrariar e alterar o conteúdo de normas hierarquicamente superiores, como também a impossibilidade de retroatividade para atingir fatos geradores anteriores.

Apresenta praticamente os mesmos fundamentos em relação às lavandas, tributadas também com alíquota de 25%, como se fossem Déo-colônia ou Perfume.

Ratifica as razões anteriormente apresentadas, e confia no acolhimento e provimento do presente Recurso.

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma que os argumentos trazidos pelo mesmo são idênticos aos anteriormente apresentados, e já analisados pela 2ª JJF, não apresentado fato ou fundamento que possa alterar o acórdão guerreado.

Opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Durante o julgamento, e após demorada discussão a respeito do método de apuração aplicado pelos autuantes, a PROFAZ pediu vistas ao processo, e coerente com o entendimento esposado pela maioria dos conselheiros, fundamenta a improcedibilidade do procedimento fiscal adotado, e opina pela NULIDADE do Auto de Infração. (fl. 130).

VOTO

Neste Recurso Voluntário peço “*venia*” a Douta PROFAZ e a Colenda 2ª JJF para divergir de seus entendimentos.

Quero ressaltar que entendo correta à aplicação da alíquota de 25% para as Déo-colônias e para as lavandas a partir de julho de 1996, não cabendo apreciar a retroatividade nem a legalidade do Decreto nº 5444/96, ou da Lei nº 7014/96, neste momento.

Os autuantes apuraram todo o exercício de 1996, logo, entendo que, deveriam serem extirpados da condenação os valores inerentes ao 1º semestre de 1996.

Porém, após a competente discussão pelos Conselheiros componentes da 1ª CJF do CONSEF, durante o julgamento, chego a conclusão de que, o método utilizado pelos Dignos Autuantes para determinar a base de cálculo na cobrança da diferença de alíquota de 17% para 25%, é impróprio para sustentar a exigência fiscal, conforme perfeitamente fundamentado pela Douta PROFAZ em seu Parecer exarado as folhas de nº 130 deste Processo.

Por conseguinte, e fundamentado também no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, e considerados a existência de nulidade absoluta no procedimento fiscal, argüindo o artigo 20, do RPAF/99, decreto de ofício a NULIDADE deste Auto de Infração, restando PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar prejudicado o Recurso Voluntário apresentado e decretar de ofício a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 206865.0005/01-5, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser efetuado novo lançamento do crédito tributário, mediante a instauração de outro procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ