

PROCESSO - A.I. Nº 206865.0016/01-7
RECORRENTE - JASMIM DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0239-02/02
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 06.11.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0386-11/02

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as déocolônias, são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Infrações comprovadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, por intermédio do seu ilustre patrono, em relação ao Acórdão nº 0239-02/02 oriundo da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, decidiu pela Procedência do Auto de Infração em referência.

As imputações, que resultaram na exigência fiscal na ordem de R\$556.609,30, foram as abaixo indicadas:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A empresa aplicou a alíquota de 17% nas saídas de perfumes deocolônias, quando o correto seria 25%, exercício de 1996.
2. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A empresa aplicou a alíquota de 17%, nas vendas de deocolônias, quando o correto seria 25%, no exercício de 1996.

A 2ª JJF decidiu a lide com fundamento no seguinte Voto: “*Em relação à preliminar de nulidade argüida pela defesa, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o autuado, o montante do débito tributário, a natureza da infração apurada, e o prazo decadencial ainda não havia expirado na data da autuação, considerando que a sua contagem inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que reproduz os termos constantes do art. 173 do CTN. Assim, na data de lavratura do Auto de Infração, 27/12/2001, ainda não havia ocorrido a decadência relativamente ao exercício de 1996, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.*

Quanto ao mérito, constata-se que o Auto de Infração é decorrente de recolhimento de ICMS efetuado a menos e retenção do imposto também efetuado a menos pelo autuado, tendo em vista que foi apurado erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de perfumes deocolônias, uma vez que o contribuinte aplicou a alíquota de 17%.

Foi alegado nas razões defensivas que a Lei nº 4.825/89 estipulou em 25% a alíquota aplicável aos perfumes, nada indicando em relação aos desodorantes, loções pós-barba, colônias e deocolônias, que o RICMS/89 também contemplou apenas o perfume com a alíquota de 25%, ressaltando que o Decreto nº 5.444/96 violou a Lei nº 4.825/89 ao estabelecer a aplicação da alíquota de 25% à deocolônia, excetuando a lavanda, seiva de alfazema e desodorantes. Em relação à Lei nº 7.014/96, o defendant não contestou, tendo afirmado que ficou estabelecida a alíquota de 25% para a deocolônia. Quanto à Portaria nº 1161, de 17/11/89, o defendant afirmou que não contempla a tributação de deocolônia à alíquota de 25%, mas alcança a água-de-colônia, a colônia pós-barba, ao arrepiro da lei.

Observo que perfume é um líquido fragrante utilizado em razão de seu odor agradável, é conhecido e utilizado há milhares de anos, e com os atuais progressos químicos existem diversos tipos, haja vista que tornou possível sintetizar os ingredientes ativos, sendo que a finalidade na sua utilização é a odorização de ambientes e pessoas, encontrando-se extratos, águas perfumadas, perfumes cremosos, óleos aromáticos, etc.

Na Lei nº 4.825/89 ficou estabelecida a alíquota de 25% para os perfumes, o mesmo se observando em relação ao RICMS/89, aprovado pelo Decreto nº 2.460/89. Assim, constata-se que não foram definidas nos referidos textos legais as espécies de perfumes, o que ocasionou uma série de consultas efetuadas por diversos contribuintes. Assim, foi publicada a Portaria nº 1161/89, uma norma interpretativa, que definiu o alcance da tributação relativamente aos perfumes.

O RICMS/96, aprovado pelo Decreto 5.444/96, estabeleceu no art. 51, inciso II, alínea "i" a alíquota de 25% para perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônias, constatando-se a classificação de acordo com a NBM/SH (Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado), encontrando-se perfumes e água-de-colônia com enquadramento na posição 3303.00, sendo que se observa que a deocolônia é uma espécie de água de colônia.

O RICMS/97 está de acordo com a Lei nº 7.014/96, e se encontram mais detalhados os produtos, conforme art. 51, inciso II, alínea "h": "perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia – NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 ... "

De acordo com os dispositivos legais acima mencionados, verifica-se que não há dúvida de que perfumes (extratos) e águas-de-colônia são produtos da mesma natureza, estão enquadrados no mesmo código NBM/SH 3303.00, e por isso, entendo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que foi considerada no levantamento efetuado pelos autuantes a alíquota de 25% para as operações internas no exercício de 1996, o que está de acordo com o estabelecido na Lei nº 4.825/89, inexistindo o arrepiro da lei alegado pelo defendant, em relação à Portaria nº 1161/89, haja vista que se trata de uma norma interpretativa.

Vale ressaltar que tal entendimento foi objeto dos Pareceres de números 846/98 e 157/99, da GECOT da DITRI desta SEFAZ, concluindo que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas, com exceção para a lavanda.

Quanto à alegação defensiva de que foram consideradas no levantamento fiscal "LAVANDA POP" e "LAVANDE D'O BOTICÁRIO", ficou esclarecido pelos autuantes que no inventário do próprio contribuinte tais mercadorias foram registradas como "Deo Col Lavanda POP" e "Deo Col Lavande D'O Boticário", conforme relação de fl. 150.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que estão comprovadas nos autos as irregularidades apuradas, e não foram apresentados pelo deficiente, elementos suficientes para elidir a autuação fiscal”.

Não conformado com a Decisão acima o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário onde, inicialmente, de forma respeitosa, argui que o r. acórdão recorrido não exarou a melhor Decisão para o caso sob análise, onde houve desvio do verdadeiro e único aspecto da defesa que foi a “ilegalidade da cobrança, com base na Portaria nº 1.161/89”.

Afirma que em nenhum momento alimentou qualquer discussão no sentido de que “déo-colônia” é ou não uma espécie do gênero “perfume”; se, é ou não um produto de higiene (desodorante). Assevera que o que discute neste processo é a legalidade da tributação e se a vontade dos autuantes teria ou não respaldo na lei. Nesta ótica, considera que carece amparo legal para sustentar a autuação no período de 1996, único autuado, já que demonstrou em sua impugnação que a Lei nº 4.825/89 apenas contemplou com a alíquota de 25% os perfumes, nada mencionando sobre a “déo-colônia”.

Aduz que a Portaria nº 1.161/89 não faz menção a déo-colônia em sua definição daquilo que fosse perfume, ao contrário do que entenderam os autuantes de que houve essa equiparação e que, somente com a publicação do Decreto nº 5.444/96 é que ficou expressamente prevista a tributação da déo-colônia com a alíquota de 25%. Diante disto defende que há flagrante ilegalidade no Decreto nº 1.161/89 por violar a Lei nº 4.825/89 e que a pretensão dos autuantes em aplicar a alíquota de 25% às déo-colônia nos períodos anteriores a julho de 1996 é totalmente improcedente, por ausência de qualquer amparo legal.

Pondera, ainda, que o Decreto nº 5.444/96 também contrariou a Lei nº 4.825/89 na medida que o conteúdo das normas complementares não pode alterar o conteúdo de norma hierarquicamente superior, inovando e modificando o seu texto, para majorar carga tributária. Entende que isto ocorreu em relação ao Decreto nº 5.444/96 ao ampliar o rol dos produtos que seriam tributados em 25% e que, pela lei, seria tão somente os perfumes. Acusa a ocorrência de violação ao princípio da legalidade.

Após outros comentários, inclusive a respeito de aplicação retroativa da Lei nº 7.014/96, refere-se às “lavandas” onde, ao seu argumento, os autuantes, tacitamente, acolheram seu argumento de que, nem mesmo a legislação as tributa com uma alíquota de 25%. Enfoca que aqui, a questão central é saber se os autuantes poderiam ou não tributar as lavandas a uma alíquota de 25% como se fosse deo-colônia ou perfume, fato este que, ao seu argumento, está muito bem discriminado no demonstrativo anexo à própria autuação.

Em conclusão, ratifica todos os termos da impugnação inicial e requer o Acolhimento e o Provimento do presente Recurso Voluntário.

Através do Parecer exarado às fls. 208 e 209 dos autos, a Douta PROFAZ se expressa opinando pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário. Entende que o julgamento realizado pela 2ª JJF possui excelente fundamentação de direito e que o Recurso Voluntário traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento efetuado. Entende que o método utilizado pelos autuantes foi correto pois o levantamento foi efetuado nota a nota e mês a mês, encontrando a real a base de cálculo e, em relação ao mérito considera que a questão da aplicação da legislação foi por demais elucidada pela JJF, razão pela qual nada tem a acrescentar.

Na assentada do julgamento do dia 17/09/2002 a representante da PROFAZ presente à sessão, solicitou e obteve vistas ao PAF, tendo a mesma, após a devolução do mesmo, se pronunciado no

julgamento do dia 17/10/2002, que efetuou pesquisa na Lei e Decreto mencionado, concluindo que na Lei Estadual, então vigente , não está referido, de forma expressa a inclusão ou exclusão de “deo-colônia”, classificando –o como perfume ou desodorante.

VOTO

Considerando que o recorrente ratificou em seu Recurso Voluntário todos os termos da impugnação inicial, ratifico, também, o afastamento da preliminar de nulidade suscitada, por entender que a 2^a JJF se posicionou corretamente em relação a mesma pois a decadência suscitada para as operações relativas ao exercício de 1996 não se configurou já que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/01 e, neste caso, à luz da legislação tributária estadual, só viria ocorrer a decadência do referido exercício a partir de 01 de janeiro de 2002. Isto é o que se depreende da leitura do § 1º, art. 44 da Lei nº 4.825/89, bem como do § 1º, art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia, repetido no art. 427, I do RICMS/89 aprovado pelo Decreto nº 2.460/89 bem como no art. 965, I do RICMS/97 aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 que manteve a mesma regra encartada no RICMS/96 aprovado pelo Decreto nº 5.444/96. Não se deve olvidar de que os dispositivos legais aqui mencionados reproduzem os termos constantes no art. 173, I do CTN.

Adentrando às razões de mérito, vejo que o fato ora em discussão já é por demais conhecido deste CONSEF, onde predomina um entendimento uniforme a respeito do mesmo. Aliás, as duas infrações indicadas no Auto de Infração são da mesma natureza, porém, apuradas em situações distintas, o que não impede de serem analisadas em conjunto. É o que passo a fazer.

Apesar de o recorrente declarar, textualmente, que não alimentou a discussão no sentido de que déo-colônia é ou não uma espécie do gênero perfume, entendo que, com esse argumento, o mesmo reconhece que esta é uma questão já definitivamente superada até porque, a própria empresa, conforme atestam os docs. de fls. 151 a 164 dos autos, extraídos pelos autuantes do seu site “www.boticario.com.br”, inclui todas as deo-colônias objeto do levantamento fiscal em sua linha de perfumes femininos e masculinos.

Também a GECOT/DITRI, órgão técnico especializado desta SEFAZ, apto a responder consultas relacionadas a matérias tributárias, já se manifestou através dos Pareceres nº 846/98 e 157/99 no sentido de que as águas de colônias, aí incluídas as intituladas déo-colônias, são produtos do mesmo gênero, cuja tributação, nas operações internas, estão sujeitos à alíquota de 25%.

Não é por demais destacar que o recorrente, ainda em sua impugnação inicial, efetua uma clara distinção entre desodorante e déo-colônia que, em verdade, trata-se de “um neologismo da língua portuguesa, ainda não inserido em nossos dicionários e utilizado freqüentemente para designar água de colônia”, conforme definiram, com muita propriedade, os autuantes.

Por outro lado não se pode deixar de se considerar a posição da Receita Federal que classifica na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - as denominadas deo colônias como perfumes, conforme manifestação da Divisão de Nomenclatura e Classificação de Mercadorias da Coordenação do Sistema de Tributação do Ministério da Fazenda, expressa no Despacho Homologatório 191, de 28.07.94 e Parecer 559, de 16.04.93, enquanto que a Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976 – que dispõe sobre a Vigilância Sanitária e os produtos a ela sujeitos – ao definir perfumes e desodorantes, diferencia-os conforme abaixo:

“art. 3º -

III – Produtos de Higiene: Produtos para uso externo, antissépticos ou não, destinados ao asseio ou à desinfecção corporal, compreendendo os sabonetes, xampus, dentífricos, enxaguatórios bucais, antiperspirantes, desodorantes, produtos para barbear e após barbear, estípticos e outros;

IV – Perfumes; Produtos de composição aromática obtida à base de substâncias naturais ou sintéticas, que, em concentrações e veículos apropriados, tenham como principal finalidade a odorização de pessoas ou ambientes, incluídos os extratos, as águas perfumadas, os perfumes cremosos, preparados para banho e os odorizadores de ambiente, apresentados em forma líquida, geleificada, pastosa ou sólida;”

A classificação acima está repetida no Decreto nº 79.094 de 05 de janeiro de 1977, em seu artigo 3º, incisos VII e VIII, que regulamenta a supramencionada lei, dispositivos estes, mencionados pelos próprios autuantes quando da autuação.

Com o devido respeito, considero um grande equívoco do recorrente afirmar que a exigência fiscal é ilegal por ter sido feita com base na Portaria nº 1.161/89. Este argumento não encontra qualquer sustentação vez que o enquadramento legal das infrações está posto de forma clara e com menção aos dispositivos legais e regulamentares que foram infringidos.

A bem da verdade, a Lei nº 4.825/89 já previa, expressamente, a tributação de perfumes à alíquota de 25%. O que a Portaria nº 1.161/89 fez foi apenas explicitar, de forma mais detalhada, o que expressava o vocábulo perfume, constante na referida lei. Não se pode olvidar que nenhuma alíquota de imposto é fixada através de portaria, que obedece ao princípio da reserva legal e, esta situação, não se encontra encartada pela referida portaria. Portanto, não houve, por parte da Portaria nº 1.161/89 qualquer alteração do conteúdo de norma hierarquicamente superior, conforme defende, o ilustre patrono do recorrente.

Também não há qualquer retroação da regra legal para alcançar fatos geradores ocorridos antes de 1º de julho de 1996 já que o Decreto nº 5.444/96 não ampliou o rol dos produtos que seriam tributados à alíquota de 25%. Este decreto, que aprovou o Regulamento do ICMS de 1996, com vigência a partir de julho de 1996, não trouxe nada de novo em relação à tributação do perfume, até porque, como decreto regulamentador, deve cingir-se a explicitar a lei, sob pena de ilegalidade. Foi exatamente isto que aconteceu em relação ao RICMS/96, o qual apenas explicitou o que já estava previsto na Lei 4825/89, expressando quais os produtos sujeitavam-se à alíquota majorada, por estarem dentro da definição do que seria perfume.

Quanto ao argumento do recorrente de que a fiscalização tributou “lavanda” como se fosse déo-colônia ou perfume, utilizando a alíquota de 25%, este fato não se configura nos autos. Não resta dúvida que a lavanda, apesar de ser um gênero de perfume, não está sujeita à tributação à alíquota de 25% vez que, este produto foi expressamente excluído da tributação com base nesta alíquota, por opção do legislador. Entretanto, não vislumbro que este fato tenha ocorrido na presente autuação.

Os levantamentos das saídas elaborados pelos autuantes indicam que foram considerados colônia e déo-colônia, fato este ratificado pelos mesmos em sua informação fiscal prestada à fl.140 dos autos. Considerando que o levantamento foi efetuado de forma individualizado, nota a nota, entendo que, neste caso, caberia ao recorrente indicar quais as notas fiscais e os respectivos valores relacionadas às vendas de lavandas que, porventura, foram incluídas na autuação para que, após as verificações pertinentes, se confirmadas, fossem excluídas da autuação. Como o recorrente não procedeu desta maneira, não há o que ser excluído da autuação.

Diante de todo o exposto e, em consonância com o opinativo da Douta PROFAZ retro-mencionado, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206865.0016/01-7, lavrado contra **JASMIM DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$556.609,30**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Sandra Urânia Silva Andrade.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ