

A. I. Nº - 206865.0007/01-8
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - AIDIL ISABEL DE SOUSZA, ELIZABETE RIBEIRO DE OLIVEIRA, ANTÔNIO FERNANDO REIS DE ALMEIDA, KATIA MARIA DACACH MACHADO FRAGUAS e JONEY CESAR LORDELLO DA SILVA.
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 06/08/2002

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0234-03/02

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. MERCADORIA ENQUADRADA COMO SUPÉRFLUO. Procedimento em desacordo com a legislação. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 27/12/2001, exige ICMS no valor de R\$ 32.302,76 e multa de 60% em decorrência do recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado, tempestivamente ingressa com defesa, fls. 32 a 45, e impugna a autuação com base nos seguintes argumentos:

1. Em preliminar, aduz que a sua notificação ocorreu em 28 de dezembro de 2001, ficando naquela data constituído o crédito tributário do Estado. No entanto o termo inicial do prazo decadencial de 05 anos para o fisco efetivar o lançamento tributário, de ofício, exigindo uma diferença de tributo, é o dia da ocorrência do fato gerador, conforme art. 150 § 4º do CTN. Ocorre que o lançamento formaliza a exigência de créditos cujos fatos geradores ocorreram durante todo o exercício de 1996, quando já ultrapassados, em 28 de dezembro de 2001, os cinco anos legalmente previstos, quando já decaiu o direito do fisco de cobrar aqueles supostos créditos. Cita Embargos de Divergência em Recurso Especial no STJ e decisão da lavra da Ministra Eliana Calmon, naquela Corte.
2. Ressalva que a autuação está fundamentada na Portaria 1.161/89, que em seu artigo 1º, no entender dos autuantes, “equipara a deo-colônia ao perfume para efeito de tributação”. Questiona se a legislação tributária realmente ampara a ação fiscal e se à época dos fatos geradores havia lei prevendo a tributação da déo-colônia a uma alíquota de 25%, bem como se a Portaria 1.161/89 equiparava perfume a déo-colônia.
3. Discorre que o advento do novo sistema tributário, inaugurado com a Constituição de 1988, estabeleceu no art. 155, III que as alíquotas do ICMS poderiam ser seletivas, em função da essencialidade das mercadorias e serviços, e que o Estado da Bahia através da Lei nº 4.825/89, em seu art. 21 II, “a”, estipulou em 25% a alíquota de perfumes, nada expressando em relação a desodorantes, loções pós barba, colônias e déo-colônias. Ressalta que quando a lei quis ela explicitou, como fez com cigarros, onde ela também previu expressamente o seu alcance para cigarrilhas, charutos e fumos industrializados.

4. Diz que o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.460/89, ao tratar dos produtos sujeitos à alíquota de 25% continuou como não poderia deixar de ser, em razão do princípio da legalidade, a contemplar apenas o perfume. Em 17 de novembro de 1989 com a pretensão de “definir” o alcance do termo “perfumes”, foi publicada a Portaria 1.161, que também não contempla a tributação de deo-colônia a uma alíquota de 25%, mas já alcança ao arreio da lei, a “água de colônia, a colônia-pós barba, e também já afasta do conceito de perfumes os desodorantes, “entre outros.
5. Aponta que em 01 de julho de 1996, diante da inconsistência da referida Portaria foi baixado o Decreto 5.444/96, que criava um novo Regulamento do ICMS e quanto ao aspecto da tributação aplicável aos perfumes, resolveu também violar a Lei nº 4.825/89 e o RICMS anterior, ao prover expressamente a aplicação da alíquota de 25% para deo-colônia, e também excetuou expressamente da mesma tributação a lavanda, seiva de alfazema, desodorantes, entre outros. Diz que o RICMS/96 inovou criando tributação mais gravosa para a déo-colônia, e que para regularizar a situação, foi publicada a Lei 7.014/96, que em seu art. 16, II, “h”, contemplou com 25% a tributação da déo-colônia, acabando com o vácuo legislativo até então vigente.
6. Reclama que a tributação de déo-colônias à 25%, nos períodos anteriores a julho de 1996, é totalmente improcedente, por ausência de qualquer amparo legal, e que somente pode haver alteração de alíquota e majoração de tributos através de lei.
7. Transcreve Parecer da PERFORMANCE CONSULTORIA TRIBUTÁRIA E EMPRESARIAL, no sentido de que a mercadoria vendida com o nome de fantasia de “déo-colônia”, conforme comprovado em laudos técnicos e principalmente, pelo órgão oficialmente competente para fazê-lo, o Ministério da Saúde, é um desodorante simples, e não perde essa qualidade por conter substância aromática,; logo trata-se de um produto de higiene, e como tal, considerado pela legislação baiana como não supérfluo e tributável à alíquota de 17%.
8. Ressalva que foram incluídas no levantamento fiscal “lavandas” tais como Lavanda Pop e Lavande D’O Boticário, que foram excepcionadas da previsão na Lei 4.825/89, e o próprio Decreto 5.444/96, expressamente excetuou em seu art. 51, II, “j”.
9. Pede a nulidade do Auto de infração ou a sua improcedência, pois não concorda com a retroatividade da Lei nº 7.014/96, e muito menos com a do Decreto nº 5.444/96.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 50 a 54 e mantém o Auto de Infração, rebatendo a defesa nos seguintes termos:

1. Quanto à alegação da decadência, diz que mesmo que o prazo fosse contado nos termos desejados pela defesa, ainda assim não estaria alcançado o prazo decadencial, pois o fato gerador ocorreu em 31/12/96 e iria decair em 31/12/2001, mas que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2001 e o contribuinte cientificado em 28/12/2001.
2. No mérito, que deo-colônia é espécie da qual o perfume é gênero. Acrescenta que na realidade a Lei 4.825/89 estipulou a alíquota de 25% para o perfume (Gênero) que abrange dentre outros: O perfume propriamente dito, água de colônia, água de toalete, colônia-após-barba, deo-colônia, sendo que a diferenciação é em função do percentual da essência que entra em sua composição.
3. Faz um paralelo com a cerveja (gênero), da qual são espécies: Premium, Pilsen, Escura, Light, sem álcool, apesar da composição química ser diferenciada nos diversos tipos, por exemplo com maior ou menor graduação de álcool, mais escura ou mais clara, nenhuma deixa de pertencer ao gênero cerveja, e portanto tributada como tal.
4. Informa que a DITRI já se manifestou no sentido de que a deo-colônia é espécie do gênero perfume, sendo um neologismo da língua portuguesa, ainda não inserido em nossos dicionários, e utilizado frequentemente para designar água de colônia, sendo sua tributação à

alíquota de 25%, a partir do advento da Lei nº 4.825/89, com interpretação dada pela Portaria 1.161/89.

5. Informa que a 4ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiu no Acórdão nº CJF nº 0868/99, manter a decisão da 4ª Câmara de Julgamento Fiscal, Resolução 2204/98, tendo por unanimidade decidido pela tributação à alíquota de 25%.
6. Ressalta que em reportagem publicada recentemente o autuado demonstra que as deo-colônias na realidade são perfumes, sendo fato notório que não necessita de provas, conforme o CPC.
7. Faz a juntada de reportagem de perfumes na qual aparece 05 perfumes da marca O Boticário, sendo que na realidade recebem o nome de deo-colônia.
8. Quanto às lavandas, estas não estão incluídas na cobrança pois somente entraram no levantamento produtos descritos no Registro de Inventário e notas fiscais de entradas e de saídas como sendo deo-colônia.

O autuado, cientificado da informação fiscal, manifesta-se no PAF, às fls.103 a 106 e aduz que o autuante tenta desviar a atenção sobre o verdadeiro aspecto da defesa, que está centrada na legalidade da cobrança, e se a vontade dos autuantes encontra respaldo na lei. Ressalva que somente com a publicação do Decreto nº 5.444/96 é que expressamente ficou prevista a tributação de deo-colônia com uma alíquota de 25%. Diz que a fiscalização tributou lavanda como se fosse deo-colônia ou perfume e que este fato está muito bem discriminado no demonstrativo anexo à própria autuação.

VOTO

Em preliminar de nulidade, o autuado argüi o prazo decadencial que teria atingido a exigência fiscal, relativa ao exercício de 1996, pois o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2001, com notificação em 28 de dezembro de 2001, quando já teria decaído o direito do fisco de cobrar aqueles supostos créditos.

Inicialmente fica rejeitada a argüição de decadência, já que a alegação do autuado, de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, relativo ao exercício de 1996, estaria maculado pela decadência, não prospera, pois pelo que prevê o art. 173, do CTN e o art. 965, inciso I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o prazo decadencial para a Fazenda Pública é de 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Referindo-se ao exercício de 1996, o prazo iniciou-se em 01/01/97 e somente se exauria em 31/12/2001. Observa-se que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2001 sem o alcance, portanto, da caducidade.

Também não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade e de ilegalidade da legislação tributária estadual, a teor do que dispõe o art. 167, inciso I, combinado com o art. 168 do RPAF/99.

No mérito, na presente controvérsia, o defendant pauta toda sua argumentação na afirmativa de que o art. 68, II, “i” do RICMS/89 é taxativo quando determina que a alíquota de 25% só poderia ser aplicada à mercadoria “perfumes”, o que excluía, consequentemente, as deo-colônias, mercadorias objeto da autuação. Argumenta também que a Portaria nº 1.161, de 17/11/89, emitida pelo Sr. Secretario da Fazenda objetivando definir o termo “perfumes” para fins de tributação e nela incluindo as águas-de-colônia, não tem competência, no âmbito das normas legais, para modificar lei ou decreto.

Ocorreu que no período de janeiro a junho de 1996, a Lei nº 4.825/89 e o RICMS/89 determinavam a alíquota de 25% nas operações internas com perfumes, não especificando as suas diversas espécies. Por consequência, a Portaria nº 1.161/89 definiu o alcance da tributação, nas operações internas, sobre as mercadorias em questão, objetivando dirimir as dúvidas existentes, tendo por base que as chamadas colônias, deo-colônias e/ou eau de toilettes são espécies do mesmo gênero (perfumes), tanto que pertencem a mesma posição na classificação da NBM/SH (3303). Ou seja, todas são perfumes, diferenciando-se, apenas, como informa o próprio defendant, pelo percentual do teor da essência empregada na sua fabricação. Ao contrário do que informou a defesa, a Portaria nº 1.161/89 não inovou a lei do ICMS à época vigente, tendo mero caráter interpretativo.

A matéria também foi amplamente discutida a nível de Diretoria de Tributação desta SEFAZ, em decorrência de consultas formuladas à época, pelos contribuintes, e através do Parecer GECOT nº 1909/98, aquela Diretoria respondeu à conselente (*in casu*, o outro estabelecimento pertencente à mesma empresa do autuado) que as mercadorias objeto da consulta, nelas inseridas as colônias e as deo-colônias, deveriam ser tributadas à 25%, tendo em vista a redação do art. 51, II, “i”, do RICMS/96, mais tarde transplantada para o art. 51, II, “h”, do RICMS/97.

Não tenho dúvida de que a Administração (SEFAZ) já firmou seu posicionamento acerca da matéria consultada. Também a Câmara de Julgamento Fiscal, nos Acórdãos CJF 156/01; 177/01; ratificou o entendimento de que a alíquota aplicável à deo-colônia, nas operações internas, é da ordem de 25%.

Aliás, esta questão “deo colônias não são perfumes”, já foi devidamente elucidada pela Receita Federal, através da Divisão de Nomenclatura e Classificação de Mercadorias da Coordenação do Sistema de Tributação do Ministério da Fazenda, órgão competente para dirimir dúvidas quanto à correta classificação de mercadorias na NBM/SH que tem reiteradamente enquadrado as deo colônias na posição 3303, conforme Despacho homologatório nº191, de 28.07.94 e Parecer 559/93 de 16.04.93, mesma posição dos perfumes, evidenciando o acerto da Portaria 1161/89.

Ademais, a assertiva do contribuinte de que a Portaria 1.161/89 fixou alíquota é equivocada, pois é cediço que a fixação de alíquota é matéria de reserva legal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206865.0007/01-8, lavrado contra **PERFUMARIA E COMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.302,76**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista nos art. 42, II, “a”, da Lei 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR