

A. I. Nº - 206865.0015/01-0
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO FERNANDO REIS DE ALMEIDA e OUTROS
ORIGEM - INFAC IGUATEMIJ
INTERNET - 23.07.02

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-02/02

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias, são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2001, refere-se a exigência de R\$2.010,92 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatado 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%, no exercício de 1996.

O contribuinte impugnou o Auto de Infração, apresentando preliminar de nulidade, alegando que a notificação para pagamento do imposto apurado ocorreu em 28/12/2001, e por isso, em seu entendimento, ocorreu decadência. Citou o art. 150, § 4º do CTN, além de decisão do STJ quando julgou Embargos de Divergência. O defendant referiu-se também, a outra decisão judicial sobre a matéria proferida pela Ministra Eliana Calmon. Quanto ao mérito, foi alegado que a Lei nº 4.825/89, em seu art. 21, inciso II, alínea “a”, estipulou em 25% a alíquota aplicável aos perfumes, nada indicando em relação aos desodorantes, loções pós-barba, colônias e deocolônias. Disse que o RICMS/89 também contemplou apenas o perfume com a alíquota de 25%. O defendant entende que a Portaria da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia de nº 1161, datada de 17/11/89, também não contempla a tributação de deocolônia à alíquota de 25%, mas alcança a água de colônia, a colônia pós-barba, ao arrepi da lei. Ressaltou que o Decreto 5.444/96 também 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, disse que no art. 16, inciso II, alínea “h”, ficou estabelecida a alíquota de 25% para a deocolônia. Disse que não discute se a deocolônia é ou não um produto de higiene, considerando que a discussão se restringe à legalidade da tributação. Assim, o defendant entende que há ilegalidade na Portaria 1161/89 e irretroatividade do Decreto 5.444/96. Por isso, argumenta que nos períodos anteriores a julho de 1996 é totalmente improcedente a exigência do imposto correspondente às deocolônias. O defendant ressaltou que somente a Lei pode criar direito novo em matéria tributária, e neste sentido, citou ensinamentos dos Professores Hely Lopes Meirelles e Antônio Bandeira de Mello, além de decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e reproduziu trecho de Parecer elaborado pela Performance Consultoria Tributária e Empresarial sobre o assunto.

Em relação às lavandas, o defendant alegou que também foram incluídas no levantamento fiscal “LAVANDA POP” e “LAVANDE D’O BOTICÁRIO”, que a legislação fez separação, e sempre estiveram excetuadas da alíquota de 25%. Assim, o defendant argumentou que além de não haver previsão da mencionada alíquota na Lei nº 4.825/89, o Decreto 5.444/96, expressamente excetuou. Por fim o defendant pede pela nulidade e ou improcedência da autuação.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, dizendo que em relação à preliminar de nulidade, mesmo que o prazo fosse computado nos termos desejados pelo defendante ainda assim, não estaria alcançado pela decadência. Ressaltaram que o marco inicial para contagem do prazo não é o dia de ocorrência do fato gerador, citaram o art. 44 da Lei nº 4.825/89, art. 28, § 1º, do COTEB e ensinamentos do jurista Hugo de Brito Machado. Quanto ao mérito, os autuantes informaram que a Portaria 1161/89 se faz necessária apenas para dirimir dúvidas quanto a diferenciação de perfumes e outros cosméticos, e que a DITRI se manifestou no sentido de que a deocolônia é espécie do gênero perfume. Citaram decisão do CONSEF no sentido de que a tributação neste caso é à alíquota de 25%. Comentaram sobre o art. 334, inciso I do CPC, entendendo que não depende de prova fato notório, e que a própria Boticário demonstra que as deocolônias são perfumes, o que se observa em seu site na internet. Comentaram ainda, a respeito de matéria publicada no jornal A TARDE sobre perfumes, e que na relação aparecem cinco nomes da marca Boticário, e na realidade esses produtos recebem o nome de deocolônia. Quanto às lavandas, os autuantes informaram que somente constituíram o levantamento fiscal os produtos descritos no Registro de Inventário e notas fiscais de entradas e saídas como sendo deocolônias.

O contribuinte foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, e por isso, apresentou nova contestação ratificando as alegações defensivas inicialmente apresentadas, alegando ainda, quanto às lavandas, que os autuantes tentaram desviar a questão, mas a legislação não prevê a tributação da lavanda pela alíquota de 25%.

Nova informação fiscal foi prestada pelos autuantes, ressaltando que o levantamento efetuado faz prova em favor da fiscalização. Os autuantes ratificaram a informação fiscal anterior.

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 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 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 defendante não contestou, tendo afirmado que ficou estabelecida a alíquota de 25% para a deocolônia. Quanto à Portaria 1161, de 17/11/89, o defendante afirmou que não contempla a tributação de deocolônia à alíquota de 25%, mas alcança a água-de-colônia, a colônia pós-barba, ao arreio 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 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 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 arrependimento do defensor, em relação à Portaria 1161/89.

Vale ressaltar que esta questão foi objeto dos Pareceres de números 846/98 e 157/99, da GECOT da DITRI desta SEFAZ, concluindo que em relação à Portaria 1161/89, se trata de uma norma interpretativa, e 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 através do livro Registro de Inventário escrito pelo próprio contribuinte que o mesmo registrou tais mercadorias como “Deo Col Lavanda POP” e “Deo Col Lavande D’O Boticário”, conforme consta às fls. 84 e 86 dos autos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que está comprovado nos autos a irregularidade apurada, e não foram apresentados pelo defensor elementos suficientes para elidir a autuação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206865.0015/01-0**, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.010,92**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2002.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR