

A. I. Nº - 206865.0016/01-7
AUTUADO - JASMIM DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO FERNANDO REIS DE ALMEIDA e OUTROS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 23.07.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0239-02/02

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 deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Infrações comprovadas. 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\$556.609,30 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

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.

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 defendente 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 defendente 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 arremio da lei. Ressaltou que o Decreto nº 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 defendente entende que há ilegalidade na Portaria nº 1161/89 e irretroatividade do Decreto nº 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 defendente 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 defendente 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 defendente argumentou que além de não haver previsão da mencionada alíquota na Lei nº 4.825/89, o Decreto nº 5.444/96, expressamente excetuou. Por fim o defendente pede pela nulidade e ou improcedência da autuação.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, dizendo que em relação à preliminar de nulidade, o autuado não tem razão, uma vez que a contagem não tem início no dia da 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 nº 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 acataram tacitamente as razões de defesa.

Nova informação fiscal foi prestada pelos autuantes, ressaltando que o levantamento de fl. 150 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 de ICMS efetuado a menos e retenção do imposto também efetuada 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 defendente não contestou, tendo afirmado que ficou estabelecida a alíquota de 25% para a deocolônia. Quanto à Portaria nº 1161, de 17/11/89, o defendente afirmou que não contempla a tributação de deocolônia à alíquota de 25%, mas alcança a água-de-colônia, a colônia pós-barba, ao arrepio 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 arrepio da lei alegado pelo defendente, 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 defendente, 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 206865.0016/01-7, lavrado contra

JASMIM DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$556.609,30**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” e “e”, 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