

A. I. Nº - 206865.0009/01-0
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - AIDIL ISABEL DE SOUZA, ELISABETE RIBEIRO DE OLIVEIRA, ANTÔNIO
FERNANDO R. DE ALMEIDA, KÁTIA MARIA DACACH M. FRÁGUAS e JONEY
CÉSAR L. DA SILVA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 24. 07. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0247-04/02

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO INCIDENTE SOBRE SUPÉRFLUOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As operações de saídas internas de deocolônia estão sujeitas à alíquota de 25%, prevista para produtos supérfluos. Infração caracterizada. Rejeita a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/12/01 para exigir ICMS, no valor de R\$ 121.378,22, em razão de recolhimento efetuado a menos do imposto, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado apresentou defesa tempestiva e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que já havia decaído o direito do fisco constituir o crédito tributário em questão. Explica que foi notificado da autuação em 28/12/01 e que, conforme o art. 150, § 4º, do CTN, o termo inicial do prazo decadencial de cinco anos é o dia da ocorrência do fato gerador. Transcreve ementas de decisões do STJ para embasar sua alegação.

Em seguida, o autuado passa a fazer uma exposição da evolução legislativa a respeito da tributação de “déco-colônia”. Explica que o art. 21, II, “a”, da Lei nº 4.825/89, previa a alíquota de 25% para perfumes, porém nada expressava em relação a desodorantes, loção pós-barba, colônias e “déco-colônias”. Diz que, em conformidade com o disposto nessa lei, o RICMS-BA/89, ao tratar dos produtos sujeitos à alíquota de 25%, contemplou apenas o perfume. Aduz que, ao definir o termo “perfume”, a Portaria nº 1161/89 não atribuiu a alíquota de 25% para a “déco-colônia”, contudo contrariou a Lei nº 4825/89 e o RICMS-BA/89.

Prosseguindo em sua exposição, o defendente afirma que o RICMS-BA/96 passou a prever a aplicação da alíquota de 25% para “déco-colônia”, violando a Lei nº 4.825/89 e o RICMS-BA/89. Aduz que, com o RICMS-BA/96, a lavanda, a seiva-de-alfazema e o desodorante foram, expressamente excluídos da mesma tributação. Salienta que o RICMS-BA/96 contrariou a Lei nº 4825/89 e inovou, criando uma tributação mais gravosa para a “déco-colônia”. Assevera que, só com o advento da Lei nº 7.014/96, é que a “déco-colônia” passou a ser tributada à alíquota de 25%.

Após os comentários acima, o autuado alega que é improcedente, por falta de amparo legal, a aplicação da alíquota de 25% para a “déco-colônia” no período anterior a julho de 1996, pois, só com o RICMS-BA/96, ela passou a ser tributada com a alíquota de 25%. Salienta que não há como retroagir esta regra para alcançar fatos geradores ocorridos antes de 1º de julho de 1996.

O autuado afirma que o RICMS-BA/96 feriu o princípio da legalidade (art. 150, II, da Constituição Federal e art. 97, II e III, do CTN) ao ampliar o rol dos produtos tributados à alíquota de 25%,

alterando o conteúdo da Lei nº 4.825/89 e majorando a carga tributária. Menciona que, quando a lei quis, ela [a Lei nº 7.014/96] fez incluir a “déco-colônia” no rol dos produtos sujeitos à alíquota de 25%. Frisa que, com o advento da Lei nº 7.014/96, passou a recolher o tributo na forma exigida pela lei, mesmo sabendo que seu produto é um desodorante. Transcreve doutrina, decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e trecho de parecer elaborado pela Performance Consultoria Tributária e Empresarial, para embasar sua alegação.

De acordo com o defendente, os auditores fiscais incluíram lavandas (“Lavanda Pop” e “Lavande D’O Boticário”) no levantamento realizado. Frisa que as lavandas sempre estiveram excetuadas da alíquota de 25%, e o próprio RICMS-BA/96, no seu art. 51, II, “j” [“i”], expressamente, excluiu essa mercadoria do rol da tributadas à alíquota de 25%. Pede que as “Lavanda Pop” e “Lavanda D’O Boticário” sejam retiradas do levantamento, caso a ação fiscal ultrapasse os argumentos defensivos anteriormente relatados.

Ao encerrar a peça defensiva, o autuado solicita a nulidade e ou improcedência da autuação, pela decadência do direito de lançar e pela ausência de base legal para fundamentar a acusação.

Na informação fiscal, os autuantes dizem que a preliminar de nulidade não deve ser acatada, pois, como o marco inicial para a contagem da decadência é o primeiro dia útil do exercício seguinte, o lançamento referente ao exercício de 1996 somente decairia em 01/01/02. Transcrevem dispositivos da Lei nº 7.014/96, do COTEB, do RICMS-BA/89 e citam doutrina.

Os auditores fiscais alegam que a Lei nº 4.825/89 estipulou a alíquota de 25% para o gênero perfume, o qual abrange diversas espécies, como: água-de-colônia, água-de-toallete, colônia-após-barba, “déco-colônia”, sendo que a diferenciação é feita em função do percentual de essência que entra na composição de cada produto. Mencionam que a DITRI, ao se manifestar sobre a questão, afirmou que a “déco-colônia” é uma espécie do gênero “perfume” e que é tributada à alíquota de 25%. Aduzem que não havia necessidade da definição constante na Portaria nº 1.161/89, porém ela se fez necessária apenas para dirimir dúvidas quanto à diferenciação entre perfumes e outros cosméticos.

Ressaltam os autuantes que o CONSEF, por meio da Resolução nº 2204/98 (fls. 59 a 61), já manifestou o entendimento de que a “déco-colônia” é tributada à alíquota de 25%, conforme art. 68, II, do RICMS-BA/89 e da Portaria nº 1.161/89. Frisam que esta decisão foi confirmada pelo Acórdão CJP nº 0868/99 (fls. 109 e 110). Juntam aos autos (fls. 69 a 78) cópia do que consta na Internet, no “site” do autuado. Acostam, às fls. 81 e 82, cópia do jornal A Tarde. Tudo para demonstrar que as “déco-colônias” são perfumes.

Quanto a alegada inclusão dos produtos “Lavanda Pop” e “Lavanda D’O Boticário”, os autuantes afirmam que só foram incluídos no levantamento os produtos descritos como “déco-colônia” no Registro de Inventário e nas notas fiscais de entradas e de saídas.

Ao final, os auditores fiscais solicitam a procedência da autuação.

Considerando os documentos anexados aos autos pelos autuantes, foi concedido vistas do processo ao autuado e lhe foi concedido o prazo de lei para que se manifestasse, querendo.

O autuado frisa que o que se discute no presente processo é a legalidade da tributação, e se a vontade dos autuantes teria ou não respaldo na lei, pois ao agente público é vedado fazer o que não estiver expressamente previsto pela lei. Ressalta que os fiscais tentaram mascarar a falta de amparo legal para sustentar o lançamento no período de 1996. Em seguida, do item “3” ao “6” da sua manifestação, o autuado repete argumentos defensivos que constaram na defesa inicial e que já foram relatados.

Quanto às lavandas, o autuado diz que os auditores fiscais acolheram, tacitamente, as razões da defesa. Afirmar que a questão está em saber se os autuantes poderiam ou não tributar as lavandas à alíquota de 25%, como se fossem “déco-colônia” ou perfume. Assevera que nem mesmo a legislação tributou as lavandas à alíquota de 25%.

Ao final, o autuado solicita um julgamento favorável à sua pretensão e ratifica todos os termos de sua impugnação.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, inicialmente, ressalto que o § 4º do art. 150 do CTN, invocado pelo autuado, prevê que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Porém, os Regulamentos do ICMS do Estado da Bahia (RICMS-BA/89 e o RICMS-BA/96), ao tratarem do instituto da decadência, fixaram prazo para tal e mantiveram a mesma redação do Código Tributário Nacional (art. 173) sobre a referida matéria, qual seja: “O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; [...]”.

Com base no disposto nos Regulamentos do ICMS e no CTN, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1996, o Estado tinha até 31/12/01 para constituir o crédito tributário. Como o Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/12/01 e o autuado foi cientificado do lançamento em 28/12/01, concluo que o direito de o Estado constituir o crédito tributário, mediante o lançamento, ainda não estava decaído.

Sobre as decisões do STJ citadas pelo autuado saliento que as mesmas ressaltam que, quando não há o pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação, será aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN. Em consequência, no caso em lide, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, uma vez que o pagamento efetuado pelo autuado, segundo a acusação, foi feito em desconformidade com o previsto na legislação.

Em face do acima comentado, não acolho a preliminar de nulidade suscitada.

A Lei 4.825/89, no seu art. 21, II, “a”, previa que os “perfumes” seriam tributados à alíquota de 25%. Essa disposição legal utiliza o termo “perfume” como sendo um gênero que comporta várias espécies. Dentre essas diversas espécies, conforme reiteradas decisões deste CONSEF e de pareceres da DITRI, estava a deocolônia. Dessa forma, não acolho a tese defensiva de que não havia previsão legal para a aplicação da alíquota de 25% nas operações com deocolônia.

Não procede o argumento defensivo de que a Lei deveria enumerar todas as espécies de perfumes para que se pudesse tributar a deocolônia com a alíquota de 25%, haja vista que a Lei nº 4.825/89 utiliza o termo “perfume” no seu sentido amplo. Quando pode ocorrer o surgimento ou modificação das espécies que compõem um determinado gênero, vai contra a boa técnica legislativa tentar enumerar exaustivamente todas as espécies que compõem tal gênero.

Em face do exposto acima, no período de janeiro a julho de 1996, a Lei nº 4.825/89 amparava o procedimento dos autuantes. O RICMS-BA/89, no seu art. 68, II, “i”, também servia para fundamentar o lançamento, uma vez que ele estava em consonância com a lei correspondente, conforme demonstrarei mais adiante. A citada Lei também fundamentava a autuação relativamente ao período de julho a dezembro de 1996, até o início da vigência da Lei nº 7014/96.

Quanto à suscitada ilegalidade do RICMS-BA/96, entendo que não assiste razão ao autuado, pois, conforme já comentado, a Lei nº 4.825/89 refere-se ao termo “perfume” como sendo um gênero

que comporta várias espécies, dentre elas a deocolônia, conforme reiteradas decisões do CONSEF e parecer da DITRI. Pelo mesmo motivo, o RICMS-BA/89 também não incide em ilegalidade.

No que tange as lavandas, analisando o livro Registro de Inventário do autuado (fls. 84 e 92), observo que a alegada “Lavanda Pop” e a “Lavanda D’O Boticário” são, na verdade, “Deocolônia Lavanda Pop” e “Deocolônia Lavanda D’O Boticário”. Assim, não acato a alegação defensiva e entendo que foi correto o procedimento dos autuantes.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206865.0009/01-0**, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 121.378,22**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR