

A. I. Nº - 206865.0013/01-8

**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 - INFRAZ IGUATEMI**

**INTERNET - 24. 07. 2002**

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0248-04/02**

**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\$ 53.342,28, 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. Diz que foi notificado da autuação em 28/12/01 e que, conforme o art. 150, § 4º, do CTN, o início da contagem 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 expor a evolução legislativa da tributação de “déo-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 “déo-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 “déo-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 “déo-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 “déo-colônia”. Assevera que, só com o advento da Lei nº 7.014/96, é que a “déo-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 “déo-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 “déo-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 “Lavanda 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 tributada 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, “déo-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 “déo-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. 53 a 55), já manifestou o entendimento de que a “déo-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 CJF nº 0868/99 (fls. 94 e 95). Juntam aos autos (fls. 63 a 72) cópia do que consta na Internet, no “site” do autuado. Acostam, às fls. 75 e 76, cópia do jornal A Tarde. Tudo para demonstrar que as “déo-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 “déo-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. Afirma que a questão está em saber se os autuantes poderiam ou não tributar as lavandas à alíquota de 25%, como se fossem “déo-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 prazos 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 ressalvam 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, de acordo com 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 deocolonia, 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. 78 e 80), 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 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206865.0013/01-8, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 53.342,28, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, 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