

PROCESSO - A.I. Nº 206865.0011/01-5
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0233-03/02
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 26/09/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0355-11/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Decretação da nulidade de ofício *ex vi* do art. 20, do RPAF-BA. Imputação imprecisa, com utilização de método não previsto na legislação, cujos critérios utilizados são insuficientes para configurar a infração atribuída e não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito a erro na aplicação da alíquota nas operações de vendas de deo-colônia porém, não existe a demonstração das notas fiscais por período de apuração e nem está indicado o valor real de cada operação objeto da autuação, com a respectiva individualização da exigência fiscal. Autuação levada a efeito com base em levantamento quantitativo, impróprio para o fim pretendido, inclusive com fixação de preço de venda unitário sem existirem os demonstrativos dos cálculos, olvidando de considerar o preço efetivamente praticado em cada operação. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa e que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**, tendo em vista a decretação da nulidade absoluta de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, inciso I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e alterações posteriores, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JF, através do Acórdão nº 0233-03/02, que julgou o Auto de Infração epigrafado PROCEDENTE.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao sujeito passivo o recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – Perfumes Deo-colônias, exercício de 1996.

A Decisão Recorrida – fls. 108 a 111 - foi no sentido de julgar o Auto de Infração Procedente utilizando as seguintes fundamentações, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

“Em preliminar de nulidade, o autuado arguiu 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 arguição 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 5 (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 inconstitucionalidade 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 defendente 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, conseqüentemente, 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. Ocorre 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 conseqüência, 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 à mesma posição na classificação da NBM/SH (3303). 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.

Ou seja, todas são perfumes, diferenciando-se, apenas, como informa o próprio defendente, pelo percentual do teor da essência empregada na sua fabricação.

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 consulente (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 CJP nºs 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 nº 559/93 de 16.04.93, mesma posição dos perfumes, evidenciando o acerto da Portaria nº 1161/89.

Ademais, a assertiva do contribuinte de que a Portaria nº 1.161/89 fixou alíquota é equivocada, pois é cediço que a fixação de alíquota é matéria de reserva legal.”

Inconformado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 122 a 126 – onde pede a reforma do Julgado, asseverando que o único e verdadeiro aspecto da defesa – que teria sido a ilegalidade da cobrança com base na Portaria nº 1161/98, não foi analisada pela Junta de Julgamento Fiscal. Afirma que não alimentou qualquer discussão no sentido de que a deo colônia é ou não espécie do gênero perfume, ou se é ou não produto de higiene e desodorante, mas discutiu a legalidade da tributação, pois assegura que no período de 1996 inexistia amparo legal para a autuação. Insiste em que a Lei nº 4825/89 apenas contemplou com a alíquota de 25% os perfumes, nada mencionado sobre a deo colônia, e que a aludida Portaria também não menciona a deo colônia, além de afirmar que somente a partir da publicação do Decreto nº 5.444/96 é que expressamente ficou prevista a tributação sobre a deo colônia com a alíquota de 25%, embora também assevere que o decreto em tela é flagrantemente ilegal por violar a Lei 4.825/89. Aduz que somente a partir da edição da Lei nº 7.014/96 que trouxe expressamente a tributação à alíquota de 25% sobre os produtos deo colônia é que passou a haver previsão legal para a cobrança em tela, e que tal lei não pode retroagir e muito menos o Decreto nº 5.444/96.

Alega, ainda, que os autuantes inseriram o produto lavanda como tributado à alíquota de 25%, mas que não se confunde com perfumes, e que os autuantes tentaram desviar a questão afirmando que fizeram a classificação de acordo com as notas fiscais emitidas, o que seria incorreto.

Conclui requerendo o acolhimento e Provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer - fl. 131 - manifesta-se pelo Improvimento do Recurso, consignando que o recorrente não aduz nenhuma razão de fato ou fundamento de direito que já não tenha sido sustentado em sua defesa inicial, não havendo motivação para alteração do julgamento proferido.

VOTO

Da análise do presente processo, constatamos a ocorrência de um vício formal que inquina de nulidade o lançamento de ofício, e, em que pese não ter sido tal questão ventilada pelo recorrente, tratando-se de nulidade absoluta, o julgador, de ofício, pode suscitá-la, o que ora se faz, em atendimento aos princípios da legalidade objetiva e da verdade material que norteiam o processo administrativo fiscal, que, por sua vez, encontram ressonância no art. 20, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, aprovado pelo Decreto nº 7629/99.

Trata a imputação de recolhimento a menor do ICMS pela aplicação, por parte do sujeito passivo, de alíquota incorreta: Ao invés de aplicar-se a alíquota de 25%, como determina a legislação, teria sido aplicada a alíquota de 17%, nas suas operações de venda dos produtos deo colônia, exercício de 1996.

Por sua vez, os autuantes efetuaram a apuração do imposto devido com base em um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, onde indicaram os estoques inicial e final, as compras durante o exercício e as quantidades vendidas durante o mesmo período, estas, frise-se, encontradas por dedução, já que não foi realizado o levantamento quantitativo das saídas, apenas das entradas. Com base na determinação das quantidades saídas durante o exercício de 1996, atribuiu-se um “preço

de venda unitário” não demonstrado nos autos, estabelecendo-se, enfim, a base de cálculo sobre a qual exigiu-se ICMS com indicação de uma alíquota de 8%.

No entanto, tal procedimento não se presta para a apuração do imposto na forma imputada no presente Auto de Infração, pelos motivos baixo descritos e já evidenciados em outro auto de infração lavrado sobre a mesma matéria e nas mesmas condições, tendo sido objeto de análise percuciente pelo Ilustre Conselheiro Carlos Fábio, e que aqui transcrevemos, por concordamos inteiramente com os mesmos:

1. Refere-se a um levantamento quantitativo de estoque que, além de apresentar-se de maneira incorreta, é impróprio para o fim pretendido pela autuação, pois:
 - 1.1 Os estoques inicial e final do exercício de 1996 não estão comprovados nos autos;
 - 1.2 Os preços de vendas unitários utilizados no demonstrativo que serviu de base para a autuação não estão demonstrados e nem especificados sua origem, logo os preços de venda atribuídos como base de cálculo à autuação não merecem fé;
 - 1.3 Em se tratando de levantamento de saídas, o imposto não poderia, simplesmente, ter sido exigido com base em alíquota inexistente ou complemento de alíquota de 8%;
 - 1.4 Haveria de existir, ainda, a separação das operações internas das interestaduais, em razão da diferenciação entre as alíquotas previstas para tais operações;
 - 1.5 Os autuantes sequer efetuaram o levantamento quantitativo das quantidades saídas, as quais foram determinadas através da diferença entre as quantidades entradas, mais o estoque inicial - aqui considerado inexistente em todos os itens levantados - menos o estoque final. O que denota que as notas fiscais de saídas sequer foram manuseadas, pelo que se reflete nos demonstrativos acostados aos autos pelo autuantes, e sem que se tenha levado em consideração possíveis devoluções, transferências, ou qualquer outro tipo de operação ou circunstância com reflexo no estoque, acaso ocorridas durante o exercício.
2. Se a exigência fiscal tivesse recaído, realmente, sobre aplicação incorreta da alíquota do ICMS, 17% ao invés de 25%, nas operações de vendas de deo-colônia, deveriam ter sido estas indicadas mês a mês, nota a nota, destacando a irregularidade, o valor real praticado na operação e o montante devido em cada mês. Só assim poder-se-ia exigir o imposto pago a menos, com base na complementação da diferença de alíquota (na ordem de 8%), e ainda assim no caso de todas as operações realizadas durante o exercício terem ocorrido internamente.
3. Arbitrou-se valores a título de “preço de venda unitário”, com o fito de exigir pagamento de ICMS por erro na aplicação de alíquota, sem que este procedimento encontre base legal para tal procedimento e que, além disto, fere o princípio da garantia da ampla defesa na medida em que não indicam quais as notas fiscais e os respectivos valores recolhidos a menos em face da aplicação incorreta da alíquota.
4. Para a ocorrência descrita na inicial a data do fato gerador jamais poderia ser considerada como sendo em 31.12.96, e sim, em cada mês de apuração, pois é possível, perfeitamente, indicar com precisão a data de cada fato gerador.

Neste sentido, todas estas incorreções e procedimentos sem amparo legal maculam de morte o lançamento de ofício, como bem frisou o último parecer da PROFAZ acostado aos autos, o que nos leva a invocar o art. 20, do RPAF/BA para argüir a NULIDADE do presente lançamento de ofício por se configurar nos autos a ocorrência da hipótese de nulidade prevista pelo art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/BA em vigor.

Finalmente, por se tratar de anulação de lançamento por vício formal, onde o tributo foi exigido por meio de lançamento contendo incorreções insanáveis, deverá ser efetuado novo lançamento mediante instauração de outro procedimento fiscal, a salvo de tais incorreções, na forma e prazo previstos no art. 173, inciso II, do CTN.

Quanto ao Recurso Voluntário, o mesmo encontra-se prejudicado pela NULIDADE ora decretada, não podendo ser objeto, assim, de apreciação por parte deste Colegiado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar prejudicado o Recurso Voluntário apresentado e decretar de ofício a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 206865.0011/01-5, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser efetuado novo lançamento do crédito tributário, mediante a instauração de outro procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ