

PROCESSO - A.I. Nº 206865.0012/01-1
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0231-02/02
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 26/09/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-11/02

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 2ª JJF, através do Acórdão nº 0231-02/02, 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. 113 a 115 - foi no sentido de julgar o Auto de Infração Procedente utilizando as seguintes fundamentações, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

“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 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 defendante não contestou, tendo afirmado que ficou estabelecida a alíquota de 25% para a deocolônia. Quanto à Portaria nº 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 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 nº 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 deo-colônias, 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 deo-colônia 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 arreio da lei alegado pelo defendant, em relação à Portaria nº 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 nº 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 escriturado 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 comprovada nos autos a irregularidade apurada, e não foram apresentados pelo defendant, elementos suficientes para elidir a autuação fiscal.”

Inconformado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 126 a 130 – 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 fiou 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 nº 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. 135 - 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 percutiente 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 autuante, 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 206865.0012/01-1, 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