

PROCESSO - A.I. Nº 206865.0009/01-0  
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0247-04/02  
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI  
INTERNET - 26/09/02

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0361-11/02**

**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, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão n º 0247-04/02, que julgou o Auto de Infração epigrafado PROCEDENTE.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao sujeito passivo o recolhimento a menos 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 foi no sentido de julgar o Auto de Infração Procedente utilizando as seguintes fundamentações, que ora transcrevemos, “in verbis”:

*“Analizando 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 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, 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.”

Inconformado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário 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 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 4825/89 apenas contemplou com a alíquota de 25% os perfumes, nada mencionando 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 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 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 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 opina pela nulidade da ação fiscal tendo em vista que a inadequação do método de fiscalização adotado fulmina de nulidade absoluta todo o procedimento.

#### VOTO

Da análise do presente processo, constatamos efetivamente – como bem colocado pela PROFAZ - a ocorrência de um vício formal que inquia 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 suscitar-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, 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.

Ressalte-se, que 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, ao contrário do opinativo da PROFAZ, entendemos que 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 206865.0009/01-0, 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, 17 de setembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ