

PROCESSO - A.I. N° 206865.0013/01-8
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0248-04/02
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INTERNET - 26/09/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0366-11/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. INOBSEVÂNCIA 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 n° 7.629/99, e alterações posteriores, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão n° 0248-04/02, 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. 109 a 112 - 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 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 nº 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 deocolonia 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.”

Inconformado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 122 a 126 – onde pede a reforma do Julgado, asseverando que 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 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 - fls. 131 e 132 - 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, nada trazendo que possa ensejar qualquer análise por parte deste Colegiado.

No entanto, aduz que o método utilizado pelos autuantes para determinar a base de cálculo é inadequado à exigência, pois a apuração deveria ter tido por base o exame das notas fiscais de saídas das mercadorias objeto da imputação fiscal, uma a uma, e mês a mês, para assim se encontrar o valor total das operações, o que seria a base de cálculo correta para a apuração da diferença a ser exigida. Assevera que os autuantes cegaram ao montante das quantidades de mercadorias saídas através de dedução, pois não efetuou o levantamento individualizado das saídas, como correto, consequentemente tendo arbitrado o valor da base de cálculo do imposto por método impróprio para o objeto da autuação. Conclui que se trata de nulidade absoluta, que deve ser decretada de ofício pelo julgador.

VOTO

Da análise do presente processo, constatamos efetivamente – como bem colocado pela PROFAZ - 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 auuentes 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 auuentes, 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 deocolônia, 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 206865.0013/01-8, 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

VERBENA MATOS ARAÚJO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ