

PROCESSO - A. I. N° 206865.0014/01-4  
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0235-03/02  
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI  
INTERNET - 12.11.02

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0400-12/02**

**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 3ª JJF, através do Acórdão n° 0235-03/02, 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 – fls. 104 a 107 - foi no sentido de julgar o Auto de Infração Procedente utilizando as seguintes fundamentações, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

**“VOTO”**

*Em preliminar de nulidade, o autuado argüiu 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.*

No entanto, fica rejeitada a argüição 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 05 (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, consequentemente, as déo-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 consequência, 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 pela 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 CJF 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 559/93 de 16.04.93, mesma posição dos perfumes, evidenciando o acerto da Portaria 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.*

*Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Inconformado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 118 a 122 - 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 4.825/89 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 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 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. 131/132 - opina pelo Não Provimento do Recurso face razões recursais insuficientes para modificar a Decisão Recorrida.

## VOTO

Da análise do presente processo, constatamos efetivamente 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 7.629/99.

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 abaixo descritos e já evidenciados em outro Auto de Infração lavrado sobre a mesma matéria e nas mesmas condições, tendo sido objeto de análise, na D. 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, 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 arguir 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 2<sup>a</sup> 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 206865.0014/01-4, 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, 30 de Outubro de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE  
JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR  
MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ