

PROCESSO - A. I. Nº 298627.0003/11-3
RECORRENTE - CASTRO COURO LTDA. (CASTRO ADMINISTRADORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0161-01/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 036-11/13

EMENTA: ICMS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. MERCADORIAS SUPÉRFLUAS. DEOCOLÔNIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. [OPERAÇÕES COM PERFUMES, ÁGUAS-DE-COLÔNIA, COLÔNIA E DEOCOLÔNIA]. A legislação baiana prevê alíquota especial para as operações com perfumes (extratos), águas-de-colônia, colônias e deocolônias, porém exclui da tributação especial as operações com lavanda e seiva-de-alfazema (Lei nº 7.014/96, art. 16, II, “h”). Assim, as operações com águas-de-colônia, colônias e deocolônias são tributadas à alíquota especial, exceto quando produzidas à base de alfazema ou lavanda, sujeitas à alíquota comum. A aplicação da alíquota de 25%, nas operações internas com perfumes, sob a denominação de “Deocolônia” é a prevista em Lei. Comprovado que as operações sujeitas à alíquota de 25% mais 2%, perfazendo 27% foram tributadas incorretamente a 17%. Rejeitadas as nulidades arguidas. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 1ª JF, a qual, através do Acórdão nº. 0161-01/12, considerou Procedente a autuação, exigindo ICMS no valor de R\$5.491,81, acrescido de multa, em decorrência de ter recolhido a menor o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Consta na descrição dos fatos a apuração de erro na determinação da alíquota na saída da mercadoria Deocolônia Água Fresca, regularmente escriturada, que foi tributada a 17% ao invés da alíquota de 25% acrescida de 2%, em conformidade com a alínea h, inciso II, do art. 51, c/c o art. 51-A, inciso II, do RICMS/Ba.

O autuado apresentou, por meio de representante legal, impugnação tempestiva (fls. 42 a 43), e o fiscal autuante prestou a informação fiscal de praxe, às fls. 50/54.

Em sequência, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

“Em sede de defesa, preliminarmente, o contribuinte arguiu nulidades do procedimento fiscal sob o argumento da ausência do Termo Inicial de Fiscalização e por não ter recebido a demonstração analítica da cobrança com a indicação de todas as operações que teriam sido realizadas com a alíquota errada.

Rejeito os argumentos defensivos no que se refere aos vícios processuais apontados pela defesa. Constata-se que a ausência do Termo Inicial de Fiscalização teve sua finalidade - dar conhecimento ao sujeito passivo de que se encontrava sob ação fiscal -, perfeitamente suprida, pela Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fls. 06 a 08, não ensejando, portanto, óbice algum ao exercício da ampla defesa pelo autuado. Tanto é assim, que nenhuma dificuldade ou mitigação foi indicada como obstáculo à plena compreensão da

acusação fiscal pelo sujeito passivo. Ademais, é patente, a teor do inciso II do art. 28 do RPAF/BA, que o Termo de Início de Fiscalização é expressamente dispensado quando emitido o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, como ocorrera no presente caso. Por outro lado, a Decisão, cuja ementa foi colacionada, não é útil como paradigma, pois não trata de caso em que fora emitido o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos em substituição ao Termo de Início de Fiscalização.

Também não deve prosperar a alegação de que não foram acostados aos autos demonstrativos analíticos, uma vez que os anexos, colacionados às fls. 09 a 13, explicitam mensalmente as operações que foram objeto da exigência fiscal, tanto por meio de ECF, como através da emissão de notas fiscais, todas lastreadas no livro Registro de Saídas do autuado, fls. 14 a 31, portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Do mesmo modo, não merece guarida, a pretensão do impugnante em anular a intimação para lhe dar ciência da informação fiscal, por ter sido concedido o prazo de dez dias, e não de trinta dias. Da análise dos documentos acostados pelo autuante, fls. 57 a 147, constata-se claramente que se tratam de cópias de notas fiscais, Dae e do livro Registro de Saídas, todos fornecidos pelo próprio autuado, não se constituindo, portanto, em elemento novo algum que justificasse a reabertura de prazo.

No tocante à alegação de falta de segurança jurídica na instalação e condução da ação fiscal, pelo fato de os termos de intimação colacionados às fls. 55 e 56, serem emitidos em data posterior a lavratura do Auto de Infração, também não deve prosperar, tendo em vista que as intimações relativas a presente ação fiscal constam dos autos às fls. 05 a 07, e as colacionadas às fls. 55 e 56 trata-se de cópias que foram colacionadas pelo autuante para fundamentar a juntada das documentações fiscais, fls. 57 a 147, e possuem caráter meramente suplementar e ilustrativo de operações com a mercadoria objeto dos presentes autos, não repercutindo na condução do presente ação fiscal.

Ante o exposto, devidamente enfrentadas e ultrapassadas as questões preliminares, passo a tratar do mérito.

Exige o Auto de Infração ICMS em razão de recolhimento a menos por erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A mercadoria objeto da acusação fiscal é “ALF 0120 DEOCOLÔNIA ÁGUA FRESCA”, portanto, claramente se depreende pelo que revela o próprio núcleo da denominação que se trata de DEOCOLÔNIA, já que os demais componentes da denominação: “0120” é um código ou o volume do produto, e “ÁGUA FRESCA” o nome de fantasia do produto designado pelo fabricante. O termo “ALF”, apesar de indicado pelo impugnante como originário de Alfazema, as cópias das notas fiscais emitidas pelo fabricante do produto, colacionadas às fls. 57, 105 e 108, denotam que se originam da razão social do estabelecimento industrial que a produz “ALFAROMA Indústria e Comércio de Perfumes Ltda. Assim, resta caracterizado que Deocolônia é a mercadoria arrolada nos autos.

O impugnante em sede defesa sustentou que a autuação recaiu sobre “Alfazema” produto que não é perfume e que se não sujeita à alíquota de 27%, que é aplicada somente em relação aos perfumes e águas de colônia de NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 e que inexistem nos autos a comprovação de que os produtos se encaixam nas referidas NBM.

Depois de examinar os elementos que constituem e fundamentam a acusação fiscal, precipuamente as notas fiscais, fls. 32 e 33, e as planilhas que discriminam qualitativa e quantitativamente a origem da apuração da base de cálculo, constato que inexistem qualquer menção ou indicação de Alfazema como insinuou o autuado em sua impugnação.

O dispositivo regulamentar que rege a aplicação da alíquota de 25% afigura-se expresso na alínea “h” do inciso II do art. 51 do RICMS/BA, a seguir reproduzido.

“Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

[...]

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

[...]

h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia - NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 -, exceto: lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303), óleos essenciais (NBM/SH 3301), substâncias odoríferas e suas preparações (NBM/SH 3302), preparações para barbear (NBM/SH 3307.10.00), desodorantes corporais simples e antiperspirantes (NBM/SH 3307.20.0100), sais perfumados parabenos (NBM/SH 3307.30.00), preparações para perfumar ou desodorizar ambientes (NBM/SH 3307.4), sachês, depilatórios e papéis perfumados (NBM/SH 3307.90.00), produtos de beleza, cosméticos e artigos de maquiagem, inclusive bronzeadores, anti-solares e produtos para manicuros e pedicuros (NBM/SH 3304), xampus, laquê e outras preparações capilares (NBM/SH 3305);”

Da interpretação literal do dispositivo acima, com as exceções que discrimina (lavanda, seiva-de-alfazema, além de outras), se constata que a alíquota de 25% alcança extensivamente os perfumes (extratos) e águas de colônia, inclusive colônia e deocolônia.

Saliento que inexistem nos autos qualquer indicação ou indício, como já demonstrado, de que a mercadoria “ALF 0120 DEOCOLÔNIA ÁGUA FRESCA” seja Lavanda ou Seiva de Alfazema. Ao contrário, resta comprovado tratar-se de Deocolônia.

Sendo assim, como a lide limita-se, exclusivamente, na identificação da alíquota aplicável à mercadoria, considero devidamente caracterizada a infração, uma vez que a mercadoria DEOCOLÔNIA, sem nenhuma restrição, consta explicitamente elencada na alínea “h” do inciso II do art. 51 do RICMS/BA, portanto, é descabida e irregular a aplicação de 17% como adotara o impugnante nas operações arroladas na acusação fiscal.

Devo ressaltar que a alíquota efetiva de 27%, afigura-se corretamente aplicada, eis que em consonância com a previsão do adicional de 2%, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, prevista no art. 51-A, II, do RICMS/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 180/182), tendo por objeto a revisão do julgado para que fosse declarado improcedente o Auto de Infração.

Na peça recursal, arguiu, inicialmente, “...a nulidade de todo o processo, por cerceamento do direito de defesa, posto que não foi atendido pela JJF o pleito de nulidade da intimação sobre a informação fiscal, que juntou elementos que deveriam compor a ação desde o seu início. Não importando se tais elementos alteram ou não o lançamento, uma vez juntados indica que não o foram quando da intimação do contribuinte sobre o próprio AI, devendo ter lugar a reabertura do prazo de defesa, por 30 dias, e não a concessão de 10 dias, pois, como já dito, foram juntados documentos que deveriam ter sido apresentados na primeira intimação (art. 46 do RPAF).”

Reiterou, ainda, a preliminar de nulidade pela ausência do Termo Inicial de Fiscalização, sob o fundamento de que a lacuna viciava o processo e, embasado no Acórdão JJF Nº 0026-04/09, cuja ementa transcreveu, afirmou já ter o CONSEF decidido nessa direção.

Também destacou que os “termos de intimação” (fls. 55 e 56) se encontravam datados de 2012, enquanto o AI fora lavrado em 22/12/2011, não existindo segurança jurídica na instalação e condução da ação fiscal, o que a tornava nula.

Prosseguindo, aduziu que, no mérito, repetia ser o demonstrativo sintético juntado aos autos prova de que a autuação recaiu sobre “Alfazema”, produto diverso de perfume e não sujeito à alíquota de 27%, o que ocorria apenas em relação aos perfumes e águas de colônia, NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20.

Acrescentou a inexistência, no feito, de comprovação de os produtos se encaixarem nessas NBM, não se podendo cobrar o imposto pela alíquota maior.

Concluiu, após protestar pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, a posterior juntada de novos documentos e revisão para identificação dos NCMs dos produtos, pedindo o Provimento do Recurso face a nulidade ou, dependendo do resultado da revisão, para que o Auto de Infração fosse julgado improcedente.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário em apreciação sobre o inconformismo do autuado com a Decisão de primeira instância, atinente à infração descrita no relatório supra, onde se exige ICMS no valor de R\$5.491,81, acrescido de multa de 60%.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante detalhadamente relatado, julgou Procedente dita autuação, sendo as razões recursais repetitivas daquelas apresentadas na impugnação, inclusive reiterando nulidades suscitadas e já apreciadas na Decisão de piso.

Com efeito, por não ter sido acolhida pela JJF, o recorrente repisou a tese da nulidade de todo o processo, por cerceamento do direito de defesa, em face da intimação oriunda da informação fiscal não ter obedecido ao prazo legal.

Ocorre que, no particular, desassiste razão ao sujeito passivo, porquanto incensurável a Decisão da Junta, no sentido de que *“...não merece guarida, a pretensão do impugnante em anular a intimação para lhe dar ciência da informação fiscal, por ter sido concedido o prazo de dez dias, e não de trinta dias. Da análise dos documentos acostados pelo autuante, fls. 57 a 147, constata-se claramente que se tratam de cópias de notas fiscais, Dae e do livro Registro de Saídas, todos fornecidos pelo próprio autuado, não se constituindo, portanto, em elemento novo algum que justificasse a reabertura de prazo.”*

Por outro lado, é válido ressaltar que os documentos de fls. 57 a 147, anexados à Informação Fiscal, não se referiam ao período da autuação (01/03/2006 a 31/12/2006), e objetivavam demonstrar operações realizadas pelo próprio contribuinte, envolvendo a mesma mercadoria objeto da autuação, nelas se encontrando correta a alíquota aplicada.

De igual sorte, não merece guarida a repetida postulação de nulidade, em razão da ausência de termo inicial de fiscalização, porquanto cristalina a legislação ao dispor no art. 28, inciso II, do RPAF/BA, que o Termo de Início de Fiscalização é expressamente dispensado quando emitido o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, exatamente o ocorrido no caso concreto, o qual não guarda identidade com a ementa de Decisão do CONSEF apresentada na defesa e no Recurso.

Tangentemente ao argumento de que os “termos de intimação” de fls. 55 e 56, juntados pelo autuante quando da informação fiscal, encontram-se datados de 2012 enquanto o Auto de Infração fora lavrado em 2011, mais uma vez não pode prosperar, na medida em que os referidos documentos indicam, no seu corpo, períodos diferentes (exercícios 2007 a 2011 e 2006 a 2010) do indicado nos Termos de fls. 05 e 06, os quais se reportam apenas ao exercício de 2006, tendo, inclusive, sido entregues ao contribuinte no desenrolar da ação fiscal e tinham como finalidade, segundo disse o autuante, apenas verificar outros documentos que não fundamentavam a imputação.

Adentrando ao mérito, mais uma vez se constata que o recorrente, na oportunidade do Recurso Voluntário, não trouxe nenhum fundamento novo ou documento hábil, capazes de modificar a Decisão hostilizada ou afastar a imputação imposta.

Na espécie versada, verifica-se que a petição do Recurso é a repetição literal da argumentação da impugnação apresentada na primeira instância, a qual foi devidamente enfrentada na oportunidade do julgamento, tendo a JJF procedido a análise correta de todos os aspectos contrapostos para a infração constante do referido Auto de Infração.

Frise-se que a lide resume-se ao enquadramento do produto “ALF 0120 DEOCOLÔNIA ÁGUA FRESCA” na incidência da alíquota de 25%, não restando dúvidas que, de acordo com o previsto no art. 51, inciso II, alínea “h”, colônias e deocolônias se encontram enquadradas na referida alíquota, não tendo o sujeito passivo demonstrado, nas suas sustentações, o enquadramento diferente do produto objeto da autuação.

Por fim, a solicitação de revisão fiscal, com lastro no art. 147, I, “a”, do RPAF, não deve ser acolhida, porquanto suficientes para a formação do convencimento do Órgão Julgador os elementos residentes na procedimentalidade, destacado o aspecto de que as notas fiscais e demais documentos que compõem a imputação se encontram em poder do próprio autuado, a quem, sem margem à tergiversação, caberia a produção de qualquer prova pretendida.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo íntegra a Decisão de primeiro grau, na linha da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298627.0003/11-3**, lavrado contra **CASTRO COURO LTDA. (CASTRO ADMINISTRADORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.491,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS