

PROCESSO - A. I. Nº 206991.0004/01-1
RECORRENTE - CANDYS COMÉRCIO DE PERFUMES E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 2077-02/01.
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 18.04.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0117-12/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente subsistente, após a exclusão concernente às aquisições de materiais de embalagens e de brindes. A glosa do crédito das mercadorias que não serão objeto de venda, decorre do Princípio Constitucional da Não Cumulatividade do ICMS. Não ocorrendo uma operação subsequente com débito de imposto, não pode o contribuinte utilizar o crédito de mercadoria consumida no interior do estabelecimento. Mantida a Decisão Recorrida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. SUPÉRFLUOS. Perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias, são tributadas pela alíquota de 25% nas operações internas ou a elas equiparadas, excetuando-se a essa regra a lavanda. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o Voto do Relator quanto ao item 1. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/01, cobra ICMS no valor total de R\$41.976,57, por ter a Empresa utilizado indevidamente créditos fiscais no montante de R\$3.853,07, em 1996 e 1997, referente as aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento e em razão do recolhimento a menor, de imposto no valor de R\$38.123,50, inerente aos mesmos exercícios, por erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias supérfluas (perfumes), regularmente escrituradas.

Inconformado com a decisão contida no Acórdão nº 2077-02/01, da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em discussão, por ter após excluído do item 1, o material de embalagem, a Empresa apresenta Recurso Voluntário onde diz que:

1 - As mercadorias tributadas, referentes ao item 1, do Auto de Infração, são materiais promocionais cuja finalidade legal é a mesma de produtos destinados a brindes e são regidos pelo artigo 565, I, do RICMS/97.

2 - O item 02 do Auto de Infração é Improcedente pois uma Portaria não pode alterar ou estender o conteúdo do Regulamento do ICMS, pois sua função é dar instruções sobre a aplicação do

Regulamento e não alterar disposições regulamentares como fez a Portaria nº 116/89, que estendeu às águas de colônia a tributação do ICMS com alíquota de 25%.

Ao final do Recurso, a Empresa pede seja o Auto de Infração julgado IMPROCEDENTE.

A PROFAZ, em Parecer de fl. 262, após análise, opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso pois “mostradores, provadores etc... não são distribuídos e sim utilizados pela própria empresa” e que, quanto ao item 02, “diante das dúvidas suscitadas por alguns contribuintes, a Administração Tributária publicou ato normativo explicitando o alcance do dispositivo legal”.

VOTO VENCIDO

A Empresa, em seu Recurso, diz que os produtos constantes do item 1 do Auto de Infração são similares a brindes, devendo ser utilizada a regra contida no artigo 565, I, do RICMS/97, para a análise do caso. Concordo com a Empresa. Entendo que o referido “material promocional”, ou seja, testadores, provadores ou amostras dos perfumes, apesar de não serem produtos de longa duração, pois, a meu ver, são oferecidos e servem apenas para que os clientes decidam se gostam ou não dos perfumes, são brindes. Além disso, tais produtos funcionam como se fossem “produtos intermediários” das vendas, pois normalmente, nelas se consomem, ou seja, o cliente recebe o produto que se consome com o seu uso, necessário para que decida se adquire ou não determinado perfume. A meu ver, tais produtos têm todas as características dos brindes, devendo, por isso, a Empresa ter direito ao crédito do imposto a eles relativos. Por isso, considero o item IMPROCEDENTE.

Quanto à segunda infração, a Empresa diz que a Portaria não pode modificar a Lei. A meu ver não houve modificação da Norma e sim uma explicação do alcance da mesma. Além disso, a própria Empresa, por dúvidas quanto à aplicação da Lei e da Portaria, já mencionadas, protocolou consulta, que foi devidamente respondida, pela Diretoria de Tributação, que esclareceu ser de 25% a alíquota a ser aplicada a perfumes em forma de extrato e águas de colônia, estando aí compreendidas todas as espécies de deocolônias ou “eau de toilette”. O recorrente insurge-se apenas contra a aplicação da alíquota de 25% sobre os produtos “água de colônia” e “eau de toilette”. Ocorre que, mesmo após ser cientificada do teor da resposta à consulta, a Empresa não se adequou à mesma, o que causou a autuação, pois continuou a tributar tais produtos com a alíquota de 17%, ao invés de 25%. Entendo ser o item PROCEDENTE.

Sendo assim, por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para que seja modificada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$38.123,50.

VOTO VENCEDOR

Com a devida *venia*, discordo do entendimento do Ilustre Relator quanto ao voto pela Improcedência do item 1 do Recurso Voluntário em exame.

Trata-se de glosa de crédito fiscal decorrente do procedimento do autuado ao deixar de emitir a Nota Fiscal de saída como dispõe o art. 565, inciso II, do RICMS/97, quando da aquisição de brindes, e conforme determina o inciso I do referido artigo, possibilita o crédito do imposto relativo à nota fiscal de aquisição, *verbis*:

Art. 565 - O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

Inciso I - lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

Inciso II - emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor, e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, a seguinte expressão: "Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA":

Deste modo, não obstante, estar autorizado o creditamento do imposto destacado na nota de aquisição, o legislador determinou, haja vista que o comando da norma é imperativo com a expressão "deverá", ao contribuinte a emissão da nota fiscal de saída, o que representa a anulação do crédito, e diante do autuado não ter procedido consoante o disposto na norma acima, enseja a glosa do crédito, como acertadamente procedeu a autuante.

Entendo que não tem relevância, no presente caso que a autuante tenha feito referência a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, que não reflete a real situação de que aqui se trata., uma vez que na verdade, o produto é utilizado como "prova" ou "amostras", para que os clientes tenham possibilidade de aferir o produto quando estejam escolhendo o perfume. Ressalte-se que o consumo se dá no interior do estabelecimento, mas, não pelo estabelecimento.

De fato, a situação descrita pode ser equiparada a brindes, portanto aplicável o inciso II, do art. 565, do RICMS, retromencionado.

Ocorre que, o que se constata no presente caso, é que o contribuinte valeu-se do artigo acima referido, utilizando-se do crédito, autorizado no inciso I, porém, não atendeu ao que determina o inciso seguinte (II), deixando de emitir a nota fiscal de saída, e se fez, não trouxe aos autos como a prova inequívoca, capaz de elidir a acusação. Ademais, tal construção, decorre da própria interpretação do Princípio da Não Cumulatividade do imposto estadual, que possibilita o abatimento do valor do imposto da operação subsequente, o crédito oriundo da operação anterior, relativa a aquisição da mercadoria, e por conseguinte, mantendo-se o creditamento, se na etapa seguinte houver debitamento do imposto decorrente de uma operação tributada, caso contrário, conforme os casos previstos no art. 100 do RICMS/97, a consequência é o estorno ou anulação do crédito fiscal.

Assim, considero o julgamento de 1ª Instância irretocável, ao concluir que "o recorrente não traz aos autos a prova de sua alegação de que tais materiais foram objeto de saídas tributadas".

Por todo o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso, mantendo *in totum* a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206991.0004/01-1, lavrado contra **CANDYS COMÉRCIO DE PERFUMES E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o

recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.919,92**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista, no art. 61, II, “a” e VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA.- PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO.- RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. PROF. FAZ