

PROCESSO - A. I. Nº 147072.0013/04-8
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0083-02/05
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 17/08/2005

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0274-11/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, em dois exercícios. Foram refeitos os cálculos, para correção dos equívocos da autuação. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária. 2. ALÍQUOTA. a) OPERAÇÕES COM DEOCOLÔNIAS E DESODORANTES CORPORAIS. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17%, EM VEZ DE 25%. Matéria “sub judice” – Mandado de Segurança. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99). Está, por conseguinte, extinto o procedimento no âmbito administrativo. Mantido o lançamento, para evitar a decadência do crédito tributário, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão do mérito pelo Poder Judiciário. b) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. DIFERENÇA DE DOIS PONTOS PERCENTUAIS. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. Alegada ilegalidade da alíquota estadual, por contrariar os arts. 82 e 83 do ADCT da Constituição, com a Emenda nº 31/00, haja vista que o adicional da alíquota deveria incidir apenas sobre produtos e serviços supérfluos definidos em lei federal, e esta ainda não foi editada. Este Conselho não tem competência para se posicionar ou decidir quanto à constitucionalidade ou legalidade do direito posto. O adicional em apreço está previsto na legislação estadual, sendo aplicável aos fatos verificados entre janeiro de 2002 e dezembro de 2010. Mantido o lançamento. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/9/04, relativo aos seguintes fatos:

1. Não recolhimento do imposto [ICMS] relativo a falta de registro de entrada de mercadorias em quantidade inferior ao das saídas efetivas omitidas, fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2001), tendo em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas, sendo lançado imposto no valor de R\$27.155,06, com multa de 70%;
2. Não recolhimento de ICMS, oriundo de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar-las, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas [fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2002)], sendo lançado imposto no valor de R\$9.097,14, com multa de 70%;
3. O contribuinte não entregou, após ter sido intimado, os arquivos magnéticos contendo os registros 60R referentes aos meses de outubro a dezembro de 2000, outubro a dezembro de 2003, e janeiro a julho de 2004, sendo aplicada multa de R\$5.664,81;
4. recolhimento de ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota, em 8 pontos percentuais nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$7.665,05, com multa de 60%;
5. recolhimento de ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota – diferença de 2 pontos percentuais –, sendo lançado imposto no valor de R\$1.916,26, com multa de 60%.

Em sua defesa inicial, alegou que nos levantamentos relativos aos itens 1º e 2º do Auto de Infração há diversas Notas Fiscais repetidas, implicando distorções no estoque, daí resultando diferenças que não existiram, citando exemplos.

Quanto ao 3º item, assinala que, de acordo com o Auto de Infração, a empresa, intimada, deixou de fornecer os arquivos magnéticos contendo os registros 60R referentes aos meses de outubro a dezembro de 2000, outubro a dezembro de 2003, e janeiro a julho de 2004. Juntou comprovantes de entrega de boa parte dos aludidos arquivos magnéticos. Explica que alguns arquivos não foram entregues devido a problemas operacionais, que reputa naturais em virtude da complexidade e novidade do sistema. Discorda do critério adotado pela fiscalização observando que a conduta expressamente registrada no final da descrição da infração diz respeito ao descumprimento de intimação para apresentação de arquivos magnéticos, e, sendo assim, ao invés da multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, a multa cabível seria a prevista no inciso XX, “b”. Transcreve trechos dos votos proferidos no julgamento do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, pelos Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

No item 4º, a defesa observa que essa questão está “*sub judice*”. O autuado impetrou ação mandamental, que ainda se encontra em tramitação no Tribunal de Justiça. Aduz que a liminar concedida pelo MM. Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública no Mandado de Segurança nº 9.645.563/03 foi revogada, porém a empresa ingressou com Recurso.

Quanto ao 5º item, diz o recorrente que o adicional de 2% relativo ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, se ampara em dispositivo legal flagrantemente contrário aos arts. 82 e 83 do ADCT da Constituição, com a Emenda nº 31/00, haja vista que o referido adicional deveria incidir apenas sobre produtos e serviços supérfluos definidos em lei federal, e esta ainda não foi editada. Argumenta que a omissão do legislador federal em definir os produtos e serviços

supérfluos, para efeito de incidência do referido adicional, limita a eficácia do art. 51-A do RICMS/BA.

Ao final pede a anulação dos itens 1 e 2 do Auto de Infração em apreço, a substituição da multa descrita no 3º item pela prevista no inciso XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, e a improcedência dos itens 4 e 5.

O fiscal autuante prestou informação considerando os pontos assinalados quanto aos itens 1 e 2. Feitas as devidas correções, excluindo os documentos lançados em duplicidade, o débito do item 1 (exercício de 2001) foi reduzido para R\$23.436,01, sendo que o do item 2 (exercício de 2002) foi elevado para R\$12.102,77.

No tocante ao item 3, o fiscal considera que o art. 708-B não tem apenas uma função formal de entrega ou não dos arquivos, mas, muito pelo contrário, é mais que evidente que ele se encontra no diploma legal com vistas à geração dos instrumentos e dados fiscais que permitam ao fisco cumprir as suas funções, e aos contribuintes, ficarem em dia com suas obrigações tributárias. Aduz que este é o objetivo do SAFA, que é alimentado em conformidade com o RICMS. Considera correta a tipificação do cometimento no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

No item 4, comenta a informação aduzida pela defesa, da pendência de Decisão no Poder Judiciário. Fala da jurisprudência do CONSEF sobre essa questão. Destaca que a liminar concedida no Mandado de Segurança nº 9.645.563/03-L, que teve curso na 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, foi revogada, e a empresa interpôs Recurso de Apelação.

Relativamente ao item 5, o fiscal observa que o recorrente reconhece que não vem recolhendo o adicional do imposto destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Conclui dizendo esperar pelo julgamento da Procedência (*sic*) do Auto de Infração em todos os seus aspectos.

De sua análise criteriosa e quantitativa, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal estendeu as seguintes considerações: as infrações números 1 e 2 tiveram seus débitos apurados mediante levantamentos quantitativos e face às considerações da defesa, os cálculos destes itens foram feitos reduzindo o valor do item 1 (exercício 2001) para R\$23436.01, e o item 2 (exercício 2002) mantido o valor em R\$9097.14.

No item número 3, pela falta de entrega de arquivos magnéticos contendo os registros 60R, a JJF concorda com a defesa de que a multa aplicável seria a prevista no art. 42 inciso XX, “b” da Lei nº 7014/96. Emite alongado arrazoado que esgota a questão com citações, reproduções e comentários atinentes.

No exame do item número 4 do Auto de Infração, recolhimento a menos do ICMS por aplicação de alíquota de 17% em artigos que a fiscalização do Estado considera tratar-se de sujeitos à alíquota de 25%, indica a conformidade com art. 122, IV, do RPAF/99 que caracteriza a situação de suspensão da exigibilidade, no aguardo de Decisão final do Judiciário.

Com relação ao item numero 5 do Auto de Infração, o contribuinte sustenta que o adicional de 2% para o Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza é contrário aos arts. 82 e 83 do ADCT da CF 88, co Emenda número 31/00, pois referido adicional somente poderia incidir em produtos supérfluos definidos em Lei Federal ainda não editada. A JJF diz dar sua incompetência para decidir quanto ao direito posto, entretanto mantém esta infração por quanto a previsão do adicional no art. 51 do RICMS.

Em seu Recurso Voluntário, representada por advogado, o recorrente concorda com a multa da infração 3, após substituída pela 2ª JJF a qual será quitada logo que encerrado o presente processo; com relação à redução da infração 1, conforme precedente julgado pela 4ª JJF, e a manutenção das

infrações 2, 4 e 5 nesse Recurso Voluntário são devolvidas para apreciação da Câmara de Julgamento Fiscal.

Aponta a inexatidão das informações fornecidas, pela natural complexidade do sistema e que estas por si só não poderiam se constituir de fatos geradores do imposto, como ocorreu; e que a cada aprofundamento outro ponto surge comprometendo a certeza do débito.

Requer a decretação da nulidade dos itens 1 e 2. Sugere novo levantamento físico por espécie de mercadorias, escoimando divergências com consequente identificação de não existirem omissão de saídas. Cita o assentamento da Súmula nº 1 do CONSEF quanto a *“nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para apuração do tributo”*.

Em relação às infração 4 e 5, cita a Liminar em vigor (MS Nº 9645563/03) em tramitação na 9ª Vara da Fazenda Pública em Salvador, e em comento diz do recorrente visar obter, em definitivo, ordem para que o Estado da Bahia se abstinha de exigir a alíquota de 25% na comercialização de deo-colônias e desodorantes corporais como perfumes fossem.

Conclui requerendo Provimento ao Recurso Voluntário para:

- 1) anuladas as infrações 1 e 2.
- 2) mantida a multa da infração 3.
- 3) julgadas improcedentes as infrações 4 e 5.

O Parecer PGE/PROFIS resume as infrações lavradas pelo agente, das quais o recorrente acata a multa da infração 3, reduzida conforme julgamento da 2ª JJF que decidiu pela Procedência Parcial da autuação, decorrente da falta de apresentação dos arquivos magnéticos.

Diz que o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância, refere-se às infrações 1 e 2, e trazendo os mesmos argumentos iniciais, quais sejam, inexatidões que provocariam a nulidade da autuação, argumentos estes já analisados e decididos, e inteiramente refutados, tanto as preliminares quanto as razões de mérito. Nada de novo fora trazido à colação que possa ensejar quaisquer análises do colegiado quanto a fatos, documentos, os novos fundamentos de direitos.

Com relação às infrações 4 e 5, diz a PGE/PROFIS que os produtos enquadraram-se na MBM/SH 3303.00 com a alíquota de 25%, e que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo incorre na renúncia ao poder de Recurso Voluntário na esfera administrativa, ou a desistência da impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto.

Em conclusão, resta ao CONSEF, apenas, a apreciação das infrações 1 e 2, pois as dos itens 4 e 5 só podem ser submetidas à PGE/PROFIS para saneamento e demais providências.

VOTO

Tendo em vista os indicativos da defesa, acolhidos, refeitos os cálculos do ICMS dos itens 1 e 2, com as devidas correções, seja excluindo os lançamentos em duplicidade, o débito do item 1 (exercício de 2001) foi reduzido para R\$23.436,01 sendo que o do item 2º (exercício de 2002) permanece no valor original de R\$9.097,14, consoante apropriada exposição da ilustre 2ª JJF.

Com respeito ao item 3 da infração, esta não foi objeto do Recurso Voluntário.

O item 4 do Auto de Infração acusa o recolhimento de ICMS a menos, por aplicação de alíquota de 17% em artigos que a fiscalização considera sujeitos à alíquota de 25%, pois na visão da empresa os artigos não se enquadraram como perfumes, haja vista as normas do Ministério da Saúde, editadas pela Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária. Conforme indicações do

recorrente a liminar concedida pelo Juiz da 9^a Vara da Fazenda Pública tenha sido revogado a empresa impetrou novo Recurso Voluntário, ora pendente de Decisão.

Quanto ao 5º item, o recorrente sustenta que o adicional de 2% relativo ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza é flagrantemente contrário aos art. 82 e 83 do ADCT da Constituição com a emenda 31/00 haja vista que a Lei Federal ainda não definiu produtos e serviços supérfluos para efeito de incidência. A este CONSEF, compete observar que o adicional em apreço está previsto no art. 51 A do RICMS-BA, sendo aplicável aos fatos de janeiro de 2002 até dezembro de 2010.

Assim sendo, resumo a seguir os valores remanescente neste PAF:

- 1- Item 1º, ICMS de R\$23.436,01 mais multa de 70% (Lei nº 7.014/96 art. 42, III);
- 2- Item 2º, ICMS de R\$9.097,14 mais multa de 70% (Lei nº 7.014/96 art. 42, III);
- 3- Item 4º, ICMS de R\$7.665,05 mais multa de 60% (Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “a”);
- 4- Item 5º, ICMS de R\$1.916,26 mais multa de 60% (Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “a”).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 147072.0013/04-8, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.114,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.581,31 e 70% sobre R\$32.533,15, previstas no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no total de **R\$270,00**, previstas no art. 42, XX, “a” e “b”, da citada lei. Fica, contudo, suspensa à exigibilidade do crédito tributário de que cuida o item 4 do Auto de Infração até a decisão final da ação mandamental no âmbito do Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

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