

A. I. N° - 147072.0013/04-8
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - CÉSAR DE SOUZA LOPES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 01.04.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0083-02/05

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. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA.** Infração comprovada. Multa proposta em desacordo com as provas dos autos. Se a motivação do autuante para a proposição da multa foi a falta de atendimento às intimações feitas durante a ação fiscal, a multa cabível é a prevista no art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96. O contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com os registros fiscais dos documentos emitidos, quando intimado a fazê-lo. **3. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/9/04, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2001), levando-se 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. falta de recolhimento de ICMS, constatada ante a existência 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 as entradas, 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. falta de fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura – 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, 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%.

O contribuinte defendeu-se alegando 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. Dá exemplos de erros.

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 na apenação por esse fato. Observa 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”. Para demonstrar que esse entendimento tem respaldo na jurisprudência deste Conselho, 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.

No que concerne ao item 4º, a defesa observa que essa questão está “sub judice”. A empresa vem tributando as operações com deocolônias e desodorantes corporais à alíquota de 17%, enquanto que o fisco estadual a alíquota aplicável seria a de 25%. Segundo a defesa, o autuado impetrou ação mandamental, que ainda se encontra em tramitação no Tribunal de Justiça. Sustenta que as referidas preparações não constituem “perfumes”, haja vista as normas emanadas do Ministério da Saúde, por intermédio da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária. 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, a defesa diz que o autuado durante muito tempo pagou o adicional de 2% relativo ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, até concluir que o mesmo se amparava 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. Exorta este Conselho a evitar a manutenção desta infração, apontando como paradigma recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agln 3654.2003.

Pede a anulação dos itens 1º e 2º 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 4º e 5º.

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

No tocante ao item 3º, o fiscal diz que o autuado suporta seus argumentos com base em entendimento não único e não definitivo do CONSEF em julgamento de processo anterior, que reconheceu idêntico direito pretendido. Prossegue dizendo que, abstraindo-se das condições daquele processo, ressalta que o espírito legal que permeia os arts. 708-A e 708-B do RICMS é o mesmo, qual seja, a disposição de impelir ao cumprimento, por parte do contribuinte, de suas obrigações tributárias, bem como a viabilização da ação do fisco estadual. Considera que a rijeza do art. 708-B traz em si uma ação benigna para o contribuinte, ao lhe dá (*sic*) outra oportunidade de regularização da situação demandada pelo art. 708-A em um segundo momento, quando dos trabalhos de auditoria da ação fiscal. A seu ver, a não existência deste atributo tornaria inexecutível o trabalho da fiscalização através de arquivos magnéticos. 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.

Quanto ao item 4º, comenta a informação aduzida pela defesa, de que a matéria se encontra pendente 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, o qual foi objeto de contra-razões pelo Estado, tendo os autos sido enviados para o Tribunal de Justiça.

Relativamente ao item 5º, o fiscal observa que o autuado reconhece expressamente 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.

A repartição local deu ciência ao sujeito passivo acerca dos novos elementos acostados aos autos.

O autuado manifestou-se acerca da informação fiscal observando que o débito da 1ª infração foi reduzido, porém o da 2ª foi aumentado. Reclama que permanecem a fragilidade e insegurança da autuação, nos itens 1º e 2º, seja porque a redução do débito do item 1º não reflete o grande número de lançamentos repetidos, seja, especialmente, porque não é admissível o agravamento da 2ª infração, conforme tem entendido este Conselho em inúmeros julgados. Diz que o volume de Notas Fiscais repetidas e devidamente grifadas nos levantamentos quantitativos gerou distorções no estoque de mercadorias. Protesta que a fiscalização, antes de lavrar o Auto de Infração, deveria fazer um exame minucioso dos elementos apurados, evitando a necessidade de correção dos lançamentos somente após a impugnação do sujeito passivo. Diz que o volume dos documentos e a escassez do tempo para resposta tornam bastante difícil a conferência da movimentação de mercadorias, de modo que os novos números apresentados pelo autuante são recebidos com bastante reserva.

Quanto ao item 3º, o autuado observa que, pela leitura da informação fiscal, o autuante não observou que boa parte dos arquivos magnéticos foi devidamente entregue, conforme comprovantes anexos à impugnação. Chama a atenção para o que considera a revelação exata da motivação da infração, frisando que se trata do não atendimento da intimação prevista no art. 708-B do RICMS. Diz que isso é o que foi registrado pela própria fiscalização, de modo que a multa a ser aplicada deve ser a prevista no art. 42, inciso XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, conforme decidiu a 2ª Câmara em processo anterior. Assinala que a manutenção da multa na forma como foi imposta no presente caso implicará tratamento diferenciado a contribuintes que sofreram o mesmo tipo de acusação. Reitera os pedidos formulados na defesa originária, no sentido de que se declare a anulação dos itens 1º e 2º 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 4º e 5º.

VOTO

Tanto no 1º como no 2º item deste Auto de Infração, foram apuradas diferenças de saídas e também diferenças de entradas de mercadorias na escrita do autuado, nos exercícios de 2001 e 2002, respectivamente, sendo que, no cálculo do imposto, foi tomada por base, para cada exercício, a diferença de maior expressão monetária. Embora não seja dito no Auto de Infração – não tendo o fiscal autuante atentado, portanto, para o mandamento do art. 39, III, do RPAF/99 –, o débito do item 2º foi apurado, também, através de levantamento quantitativo de estoques, e não apenas o item 1º.

No caso do item 1º, o imposto foi calculado tomando por base a diferença de saídas de mercadorias, estando claramente caracterizada a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, haja vista que a norma jurídica que define a incidência do imposto em questão tem por aspecto temporal justamente a saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte.

Já no caso do item 2º, em que o imposto foi calculado com base na diferença de entradas não contabilizadas, o lançamento do crédito tributário não decorre desse fato em si, pois o tributo não é devido pela entrada, mas pela saída, servindo a omissão de entradas como indício para firmar a presunção legal de que, se o sujeito passivo omitiu compras de mercadorias, isto significa que, para pagar essas compras, ele se valeu de receitas de vendas também não declaradas, e é relativamente a essas vendas (saídas) não declaradas que se cobra o imposto.

Em face de indicações feitas pela defesa, o fiscal autuante refez os cálculos do imposto dos itens 1º e 2º. Feitas as devidas correções, excluindo os documentos lançados em duplicidade, o débito do item 1º (exercício de 2001) foi reduzido para R\$ 23.436,01, sendo que o do item 2º (exercício de 2002) foi elevado para R\$ 12.102,77.

A jurisprudência deste Conselho é farta no sentido de que, no julgamento, não pode ser agravada a infração, em atenção ao preceito do art. 156 do RPAF/99. O fato de o débito do item 2º ter sido aumentado e o do item 1º ter sido reduzido não autoriza “compensação”, pois se trata de fatos distintos, envolvendo exercícios fechados, de modo que o débito do exercício de 2001 não se comunica com o do exercício de 2002.

Sendo assim, o débito do item 1º fica reduzido para R\$ 23.436,01. Quanto ao item 2º, mantenho o valor originário, de R\$ 9.097,14. O órgão competente da fiscalização examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, para lançamento da diferença. É evidente que se o sujeito passivo, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

O item 3º acusa a falta de entrega de arquivos magnéticos. A defesa alega que a multa aplicável neste caso não é a do inciso XIII-A, “g”, mas sim a do inciso XX, “b”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No corpo do Auto de Infração, no campo “Enquadramento”, foram indicados três dispositivos regulamentares. O art. 686 do RICMS diz respeito à obrigação de os contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo decadencial. O art. 708-A, conforme foi salientado no campo “Enquadramento” do Auto de Infração, aplica-se à obrigação de ser feita a entrega mensal dos arquivos magnéticos. Por fim, consta no referido campo do Auto de Infração a indicação do art. 708-B, com a anotação: “se entrega tiver sido solicitada por intimação”.

Na descrição do fato, o contribuinte foi acusado assim: “Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. O contribuinte não entregou, após intimado, os arquivos magnéticos contendo os registros 60R, referente aos meses de outubro a dezembro de 2000, outubro a dezembro de 2003, e janeiro a julho de 2004”.

Note-se que o contribuinte foi acusado de três coisas, conectadas pela conjunção alternativa “ou”, o que significa dizer que o fato imputado ou é uma coisa, ou outra, ou uma terceira – resta saber qual das três. Trata-se de três acusações distintas e, por sua natureza, auto-excludentes, pois é impossível “entregar” arquivos em padrão diferente do previsto na legislação se a empresa “deixou de entregar” tais arquivos; e, do mesmo modo, não há como os arquivos “serem entregues” em condições que impossibilitem sua leitura, se o contribuinte “deixou de entregá-los”.

Tendo em vista que essa descrição é um padrão genérico existente no sistema de informatização do Auto de Infração, considero que o fato real é o que foi acrescentado pelo fiscal, logo em seguida, quando diz, textualmente: “O contribuinte não entregou, após intimado, os arquivos

magnéticos contendo os registros 60R, referente aos meses de outubro a dezembro de 2000, outubro a dezembro de 2003, e janeiro a julho de 2004”. Essa descrição é consentânea com as intimações constantes às fls. 9 e 10 dos autos.

Sendo assim, tem razão a empresa, ao argumentar 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”.

Cumpr, portanto, determinar qual a natureza do cometimento imputado ao sujeito passivo, e, a partir daí, fazer a subsunção do fato à norma aplicável.

As pessoas às vezes cometem ilícitos. No plano fiscal, quando isso ocorre, cumpre à autoridade fiscalizadora identificar o fato e o infrator, para apenação do infrator. No instrumento próprio – Auto de Infração –, descreve-se o fato e estabelece-se o valor da pena, com a devida demonstração do cálculo, quando for o caso.

Nos termos do art. 39, III, do RPAF/99, o fato considerado infração deve ser descrito pelo fiscal autuante com precisão e clareza. Essa exigência tem sua razão de ser nos princípios da ampla defesa e do contraditório. O contribuinte tem todo o direito de se defender daquilo que lhe é imputado. E, obviamente, só pode defender-se se souber do que está sendo acusado.

O sistema de emissão do Auto de Infração por processamento eletrônico descreve situações hipotéticas, pois é impossível prever, por antecipação, tudo o que possa ocorrer no mundo real. De modo que compete ao fiscal, ao lavrar o Auto de Infração, fazer os acréscimos e esclarecimentos devidos, para atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No presente caso, apesar da forma imprópria como foi iniciada a descrição do fato, o fiscal autuante fez um adendo, explicando o que realmente ocorreu: o contribuinte não entregou os arquivos magnéticos dos meses assinalados, após ter sido intimado nesse sentido.

Em suma, o contribuinte deixou de atender à intimação para entrega de elementos ao fisco. Sendo assim, resta identificar a multa aplicável nesse caso.

Ao pleitear que a multa estipulada seja substituída pela prevista no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a defesa argumentou que essa solução tem respaldo na jurisprudência deste Conselho, e transcreveu 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. Em sua última manifestação, salientou que a manutenção da multa na forma como foi imposta no presente caso implicará tratamento diferenciado a contribuintes que sofreram o mesmo tipo de acusação.

Busquei subsídios para meu convencimento no julgamento a que se refere a defesa. Trata-se do Acórdão CJF 0004-12/04, da 2ª Câmara, proferido no processo nº 269141.0008/03-9. O julgamento em apreço diz respeito a quatro situações, sendo que o item 4º envolve questão semelhante à do item 3º do presente Auto de Infração. Naquele caso, o eminente relator, Conselheiro César Fonseca, concluiu que não devia subsistir a multa proposta na autuação fiscal, fundada no inciso XIII-A, “g”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, votando pela substituição daquela pena pelas multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00, previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso XX do mesmo dispositivo legal. Seu voto foi fundamentado assim:

"Em relação à infração descrita no item nº 4 da autuação, em que se propõe multa de R\$ 14.726,84 pela não entrega, quando regularmente intimado, dos arquivos magnéticos à fiscalização estadual, embora a proposição do autuante esteja equivocada, cabe ao CONSEF a

aplicação da multa fiscal prevista na lei, diante da prova da conduta infracional típica. Por isso não se caracteriza qualquer nulidade.

No entanto, lê-se da informação fiscal (fls. ...) *"De acordo com o artigo 708-B do RICMS/BA-97, o contribuinte tem o prazo de 5 dias úteis contados do recebimento da intimação para fornecê-los (na fl. ... está o termo da última intimação)"*. Ou seja, a motivação do autuante para a proposição de multa foi o não atendimento da intimação para entrega dos arquivos magnéticos durante a ação fiscal, conforme previsto no art. 708-B. Não foi proposta a aplicação de multa pela falta de entrega mensal dos 12 arquivos do exercício de 2002 nos prazos fixados no art. 708-A e sim, durante a ação fiscal, no prazo de 5 dias úteis previsto no 708-B. Embora o autuante tenha concedido prazos maiores que 48 horas, o que está comprovado nos autos não é que o contribuinte não possuía os arquivos magnéticos e sim que os não entregou durante a ação fiscal.

A Lei nº 7.014, em seu art. 42, inciso XX estabelece multas sequenciais cumulativas para esta infração, qual seja, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar, ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado. Por isso não deve subsistir a multa proposta na autuação fiscal valor de R\$ 14.726,84, cabendo a cumulação das multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00 previstas nas alíneas "a" e "b" do inciso XX do art. 42." *(os grifos são do próprio acórdão)*

Note-se que o nobre conselheiro considerou, naquele caso, que as multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00 seriam aplicáveis cumulativamente. Em virtude disso, naquele julgamento, o ilustre conselheiro Tolstói Seara Nolasco registrou seu voto por escrito, o qual restou como o voto vencedor, relativamente ao item em questão, concordando com o relator quanto à inaplicabilidade, naquele caso, da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, "g", da Lei 7.014/96, acatando a tese de que a pena cabível seria a prevista no inciso XX, porém divergindo quanto à cumulação das multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00, por considerar que ambas decorreram da mesma conduta. O voto vencedor, naquele caso, foi proferido nestes termos:

"Quanto à fundamentação utilizada pelo Sr. relator no sentido de aplicar a multa prevista no art. 42, inc. XX, da Lei nº 7.014/96, em substituição à multa contida no art. 42, inc. XIII-A, do mesmo diploma legal, não há qualquer divergência. A discordância se restringe apenas a aplicação cumulativa das multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00, pois entendo que a segunda absorve a primeira. A conduta de não atendimento das duas intimações, sucessivamente lavradas pela fiscalização, configura uma infração continuada, ou seja, o sujeito passivo, deixou de cumprir obrigação tributária, de igual natureza, mediante duas condutas omissivas idênticas: não entrega das informações regularmente solicitadas pelo agente fiscal após a lavratura de duas intimações. Neste caso específico a conduta omissa de não atendimento da segunda intimação deve ser considerada como continuação da primeira conduta omissa, não havendo que se falar em duas intimações distintas, pois ambas são materialmente idênticas. Impõe-se, nesta situação, aplicação apenas da multa mais grave, de R\$ 180,00, prevista no art. 42, inc. XX, alínea "b", da Lei nº 7.014/96. Adota-se, neste caso, a teoria do delito continuado, contemplada no "caput" do art. 71 do Código Penal, aplicado por analogia na solução da presente lide fiscal. Voto, portanto, em relação à infração 4, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, devendo a multa de infração ser reduzida para R\$ 180,00, prevista no art. 42, inc. XX, alínea "b", da Lei nº 7.014/96."

Trata-se de situação fática semelhante à do item 3º do presente Auto de Infração. Não vejo como decidir de modo contrário, sem ofensa ao princípio da igualdade.

A multa aplicada foi enquadrada no art. 42, XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96. A autuação envolve fatos ocorridos entre dezembro de 2000 e julho de 2004. Assim, cumpre fazer algumas considerações acerca da aplicação da lei no tempo.

Inicialmente, a supramencionada alínea “g” previa que, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, era cabível a multa de

“g) 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações realizadas no período, pelo não fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

Esse dispositivo sofreu alteração através da Lei nº 8.534, de 13/12/02, publicada no D.O. de 14-15/12/02, ficando assim:

“g) 1% (um por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

A alínea “g” foi alterada depois pela Lei nº 9.159, de 9/7/04, publicada no D.O. de 10-11/7/04, passando a ter esta redação:

“g) 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

Acaba de ser feita mais uma alteração, pela Lei nº 9.030/05, publicada no D.O. de 11/2/05, que acrescenta a menção a prestações de serviços.

A redação atual tem efeitos retroativos, quando beneficiar o infrator, por força do princípio da retroatividade benigna.

Note-se que, na redação originária, o percentual de 1% era aplicado sobre o “valor das operações ou prestações realizadas no período”; depois, passou a ser aplicado sobre “o valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período”; em seguida, o percentual passou a incidir sobre “o valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração”; agora, o percentual incide sobre o valor das saídas de mercadorias e dos serviços prestados.

No entanto, estou convencido de que a legislação vigente à época não previa a multa de 1% do valor das saídas de mercadorias na situação de que cuida o presente Auto, ou seja, em virtude do não atendimento a intimação fiscal. Nesse sentido, observo que, na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a expressão “mediante intimação” somente foi incluída com a alteração feita pela Lei nº 9.159, de 9/7/04, publicada no D.O. de 10-11/7/04. É provável que o acréscimo da expressão “mediante intimação” tenha tido por objetivo suprir eventual falha para imposição da multa em situação como esta. Sendo assim, até a entrada em vigor da alteração supramencionada, não se aplicava a multa de 1% do valor das saídas pela não entrega dos arquivos magnéticos ao fisco, em face de intimação nesse sentido.

Por tudo isso, concordo, a princípio, com o entendimento manifestado pela 2ª Câmara no julgamento aludido linhas acima, através do Acórdão CJF 0004-12/04, de que a multa aplicável

neste caso seja a prevista no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Quanto à questão do valor da multa – se seria de R\$ 90,00 ou de R\$ 90,00 mais R\$ 180,00 –, ouso discordar do critério adotado no voto vencedor do julgamento tomado por paradigma. Sempre entendi que a multa da alínea “a” era cabível pelo não atendimento do primeiro pedido, a da alínea “b”, pelo não atendimento do segundo pedido, e a da alínea “c” pelo não atendimento de cada uma das intimações subseqüentes. Se o legislador pretendesse que a multa seguinte absorvesse a anterior, teria adotado fórmula diversa da que consta na alínea “c”. No entanto, ao estipular, na alínea “c”, que a multa ali estipulada se aplica pelo não atendimento de “cada uma” das intimações subseqüentes, fica evidente, a meu ver, que a multa aplicada nas hipóteses das alíneas “b” e “c” não absorvem as anteriores. Em suma, não considero que a multa deva ser apenas a da alínea “b”. As multas das alíneas “a”, “b” e “c” são cumulativas. Proponho que a infração do item 3º seja punida com as multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00, previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Passo ao exame do item 4º do Auto de Infração, que acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos, em razão da aplicação da alíquota de 17% nas operações internas com artigos que a fiscalização considera tratar-se de perfumes, sujeitos, por isso, à alíquota de 25%, segundo a legislação estadual, enquanto que, na visão da empresa, as referidas preparações não se enquadram tecnicamente como perfumes, haja vista as normas emanadas do Ministério da Saúde, por intermédio da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária.

De acordo com as indicações fornecidas pela defesa, essa questão encontra-se “sub judice”, sendo objeto do Mandado de Segurança nº 9.645.563/03: embora a liminar concedida pelo MM. Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública tivesse sido revogada, a empresa ingressou com recurso, o qual se encontra pendente de decisão. Na informação fiscal, o autuante aduziu que a fazenda estadual apresentou contra-razões ao Recurso de Apelação, tendo os autos sido enviados para o Tribunal de Justiça.

Em face disso, devo abster-me de emitir qualquer juízo de valor sobre a matéria jurídica. Nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto.

Assim, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinta a lide quanto ao item 4º do presente processo administrativo, cabendo ao órgão competente proceder à inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário.

Quanto ao 5º item, a defesa sustenta a tese de que o adicional de 2% relativo ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza é 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.

Este Conselho não tem competência para se posicionar ou decidir quanto à constitucionalidade ou legalidade do direito posto. O adicional em apreço está previsto no art. 51-A do RICMS/BA, sendo aplicável aos fatos verificados entre janeiro de 2002 e dezembro de 2010. Mantenho, por isso, o lançamento do item 5º.

Resumindo, os valores remanescentes são estes:

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 3º: Multa de R\$ 270,00 (Lei nº 7.014/96, art. 42, XX, “a” e “b”);
4. item 4º: ICMS de R\$ 7.665,05, mais multa de 60% (Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “a”);
5. item 5º: ICMS de R\$ 1.916,26, mais multa de 60% (Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “a”).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147072.0013/04-8**, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 de 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 da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 270,00**, prevista no inciso XX, “a” e “b”, do art. 42 da supracitada lei.

Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário de que cuida o item 4º do Auto de Infração até a decisão final da ação mandamental no âmbito do Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR