

A. I. Nº - 115969.0030/06-3
AUTUADO - I. O. S. COMÉRCIO DE PERFUMES E COSMÉTICOS LTDA
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/12/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0406-03/06

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIA ENQUADRADA COMO SUPÉRFLUOS COMERCIALIZADA COM ALÍQUOTA NORMAL. Não comprovado na defesa que os produtos objeto da autuação não se enquadram na aplicação da alíquota de 25%. Infração subsistente. 3. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado o registro de parte dos documentos. Infração parcialmente elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. ENTRADA DO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS. ESTABELECIMENTO NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO EM MOMENTO POSTERIOR. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 29/06/06, para exigir o ICMS no valor de R\$38.420,95 acrescido das multas de 60% e 70%, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$18.101,29, em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (janeiro a maio/05) – R\$14.411,48.

02. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2004 e 2005) - R\$24.009,47

03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal - R\$2.069,72.

04. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente - R\$16.031,57.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 344 a 350), inicialmente discorre sobre as infrações, tece comentários sobre as funções e deveres constitucionais da administração pública, afirmando que a autoridade fiscal não pode agir por interesse próprio.

Transcreve parte de texto publicado na Revista de Processo/Jan/82, para reforçar seu posicionamento de que a função fiscalizadora deve obedecer estritamente às determinações contida nas leis em obediência ao princípio da reserva legal.

No mérito, reconhece o cometimento da primeira infração e acata a penalidade imposta na autuação.

Contesta a segunda infração, dizendo que conforme disposto no art. 51, II, "h" do RICMS/BA, será aplicada alíquota de 25% nas operações de comercialização de perfumes e águas de colônia, inclusive colônia e deo-colônia, exceto dos produtos: lavanda, óleos essenciais, substâncias odoríferas, preparações para barbear, desodorantes corporais, sais perfumados para banhos, sachês, produtos de beleza, cosméticos, artigos de maquiagem, bronzeadores, produtos para pedicuro, xampus, laquês e outras preparações capilares, cujos códigos da Norma Brasileira de Mercadorias (NBM) indicou à fl. 348.

Afirma que o mencionado dispositivo legal deixa claro que a alíquota de 25% só se aplica na comercialização dos produtos enquadrados no código NBM/SH 3303.0010 e 3303.00.20, o que não foi considerado no presente lançamento. Ressalta que no demonstrativo elaborado pela autuante não foi indicada a classificação dos produtos com o código NBM previsto para aplicação da alíquota de 25%.

Alega que a quantidade de produtos relacionados no anexo contempla 2.325 itens de mercadorias, além dos fornecedores não identificarem nas notas fiscais de vendas as nomenclaturas dos produtos, solicita a concessão de um prazo de quarenta e cinco dias para identificar a classificação correta dos produtos constantes do anexo elaborado pela autuante e contestar ou não a procedência da infração.

Com relação à infração 3, diz que reconhece parcialmente a penalidade imposta no valor de R\$1.784,71, tendo em vista que as notas fiscais de nºs 2728 e 15653 (abril e novembro/04), tiveram o pagamento do ICMS antecipação parcial e registro no livro de Entradas de Mercadorias (REM), conforme cópias de DAEs e das folhas onde foram registradas no mencionado livro.

Quanto à infração 4, diz que não reconhece pelo fato de que nunca comercializou mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e entende que houve equívoco por parte da autuante.

Finaliza pedindo que a autuação seja julgada parcialmente procedente face às irregularidades elencadas anteriormente.

A autuante, na informação fiscal prestada à fl. 365, esclarece que em relação à segunda infração fez contato com a empresa e o contador, para providenciar a classificação fiscal das mercadorias relacionadas nos anexos constantes das fls. 239 a 340, tendo em vista que as notas fiscais de entradas constam códigos fiscais diferentes dos indicados nas notas e cupons fiscais de saídas. Informa que mesmo assim, no levantamento fiscal foram consideradas as mercadorias cujas denominações indicam perfumes, água de colônia, colônia e deo-colônia e não tendo a defesa provado ao contrário, não lhe compete conceder novo prazo para o contribuinte juntar provas ao processo.

No tocante à terceira infração, acata as notas fiscais de nºs. 2728 e 15653 (grafou 2175), conforme novo demonstrativo acostado à fl. 366.

Em relação à quarta infração, ratifica a infração, esclarecendo que não se trata de produto enquadrado no regime de substituição tributária e sim da exigência do ICMS antecipação parcial regulamentado pelo Dec. 8.969/02, com efeitos a partir de 01/03/04.

Conclui dizendo que com as retificações procedidas, o débito foi reduzido para R\$56.237,23. Pede a procedência parcial da autuação.

A Inspetoria Fazendária expediu intimação ao autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, inclusive fornecido cópia dos documentos juntados ao processo, conforme documentos juntados às fls. 367 e 368, e concedeu prazo de dez dias para manifestar-se, caso quisesse, o que não ocorreu.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência de diversas infrações: Omissão de saída de mercadoria a título de presunção relativo à venda com pagamento em cartão de crédito, recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias e multas pela falta de registro na escrita fiscal e pela falta de pagamento do ICMS antecipação parcial.

Na defesa, o impugnante reconheceu a primeira infração, devendo ser mantido o valor total exigido.

Com relação à segunda infração, o recorrente alegou que foi exigido imposto relativo à diferença da alíquota de 17% para 25% relativo a produtos que não se enquadram na condição de supérfluo, nos termos do art. 51, II, "h" do RICMS/BA e pediu que fosse concedido um prazo de quarenta e cinco dias para apresentar demonstrativo conclusivo. Verifico que no demonstrativo elaborado pela autuante (fls. 239 a 340), foram relacionados os números das notas e cupons fiscais de vendas, bem como a discriminação do produto. Logo, sendo o contribuinte detentor dos documentos fiscais, caberia a ele apresentar as provas que possui para tentar elidir a acusação. Não tendo apresentado qualquer prova em contrário, deixo de acatar tal alegação.

Em relação ao pedido formulado para apresentação das provas 45 dias após a apresentação da defesa, verifico que a mesma foi protocolada no dia 07/08/06 (fl. 343) e tendo a Inspetoria Fazendária intimado o seu representante legal (fl. 367) para tomar conhecimento da informação fiscal e concedido prazo de dez dias para se manifestar a contar do dia 25/09/06, e não tendo se manifestado no prazo concedido, o pedido de prazo inicial perdeu a sua eficácia, motivo pelo qual não acato. Ademais o contribuinte poderia a qualquer momento juntar ao processo as provas que dispunha e não tendo feito implica em simples negativa do cometimento da infração.

Concluo que conforme ressaltado pela autuante, o levantamento fiscal das saídas de mercadorias (fls. 239 a 340) contemplam perfumes, água de colônia, colônia e deo-colônia, cuja alíquota prevista na legislação é de 25%, e que o defendente aplicou alíquotas de 17%. Não tendo o impugnante apresentado às provas que prometeu juntar a defesa, para elidir a acusação, deve ser mantida a exigência fiscal na sua totalidade.

Em relação à infração 3, restou comprovado o registro no livro próprio das notas fiscais de nºs 2728 e 15653, conforme cópia do livro REM juntado com a defesa às fls. 352 e 357, que foram acatadas pela autuante. Assim sendo, concordo com o demonstrativo juntado pela autuante à fl. 366 e considero devido o valor da multa de R\$1.784,72, conforme demonstrativo abaixo. Infração parcialmente subsistente.

Data Ocorr	Data Vencdo	Base de Cálculo	Multa %	Valor em Real
31/03/04	09/04/04	921,10	10%	92,11
30/04/04	09/05/04	5.914,70	10%	591,47
30/07/04	09/08/04	4.421,60	10%	442,16
30/11/04	09/12/04	1.274,80	10%	127,48
31/12/04	09/01/05	5.315,00	10%	531,50
Total				1.784,72

Quanto à infração 4, na defesa, o autuado argumentou que nunca comercializou mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e que houve equívoco por parte da autuante. Por sua vez a autuante na informação fiscal esclareceu que a multa foi aplicada em decorrência da falta do pagamento do ICMS antecipação parcial e não de ICMS substituto.

Pela análise dos documentos juntados ao processo verifico que:

- a) No Auto de Infração (fl. 2), foi indicada a aplicação da multa, em decorrência do não pagamento do ICMS por antecipação tributária, relativo a compra de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. Entretanto a infração foi enquadrada no art. 61, IX, 352-A, 125-II, §§ 7º e 8º do RICMS, que trata do fato gerador, base de cálculo e prazo de vencimento do ICMS antecipação parcial;
- b) O levantamento fiscal juntado às fls. 11 a 15, indica que foi efetuado o cálculo relativo ao ICMS antecipação parcial.

Dessa forma, restou comprovado que o levantamento fiscal e o enquadramento da infração referem-se efetivamente à falta de pagamento do ICMS antecipação parcial, tendo ocorrido um equívoco por parte da autuante ao indicar na descrição da infração que houve a falta de pagamento do imposto de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Tendo a autuante esclarecido o mencionado equívoco na informação fiscal, e sido indicado o enquadramento legal correto, além dos demonstrativos demonstrarem se tratar de ICMS antecipação parcial, constato que o contribuinte tomou conhecimento deste fato, mediante intimação feita pela Inspetoria Fazendária. Concedido novo prazo para se manifestar, considero que estas incorreções foram saneadas nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA, haja vista que é possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Ademais, o sujeito passivo foi comunicado da infração cometida e não se manifestou no prazo concedido, o que implica no reconhecimento tácito da infração.

Dessa forma, não tendo comprovado o pagamento do ICMS antecipação parcial no prazo devido, considero correta a multa aplicada. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 115969.0030/06-3, lavrado contra **I. O. S. COMÉRCIO DE PERFUMES E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.420,95**, acrescido das multas de 70% sobre R\$14.411,48 e de 60% sobre R\$24.009,47 previstas, respectivamente, nos incisos III e II “a” do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multas no total de **R\$17.816,29** previstas nos incisos IX e II “d” do citado artigo e lei dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR