

PROCESSO - A. I. Nº 206900.0086/14-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚB. ESTADUAL e UP COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA. (COSMÉTICOS DA VILA LTDA. - UP COSMÉTICOS)
RECORRIDOS - UP COMERCIAL DE COSMETICOS LTDA. (COSMÉTICOS DA VILA LTDA. - UP COSMÉTICOS) e FAZENDA PÚB. ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0014-04/16
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0290-12/17

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. Demonstrado que foram incluídas, indevidamente, no levantamento fiscal mercadorias tributadas à alíquota de 17%. Revisão realizada pelo autuante reduz valor originalmente cobrado. Excluídos os estojos. Infração parcialmente subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES TANTO DE SAÍDAS QUANTO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS SAÍDAS. Refeito o lançamento pelo próprio autuante em virtude de erros no levantamento. Reduzido o imposto a ser lançado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 4ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0014-04/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206900.0086/14-0, lavrado em 30/09/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$826.709,11, em decorrência de quatro infrações distintas. O sujeito passivo reconheceu as imputações 1 e 4, sendo objeto dos presentes recursos as seguintes irregularidades.

...

INFRAÇÃO 02: 03.02.02 – Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente registradas. O contribuinte ao promover as saídas de mercadorias no mercado interno de produtos de perfumaria, aplicou a alíquota de 17%, quando deveria aplicar a alíquota prevista no art. 16, inciso II, item h da Lei 7.014/96, sendo exigido o valor de R\$481.262,45, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 03: 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, no exercícios de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$236.615,91, acrescido da multa de 100%;

...

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 25/02/2016 (fls. 181 a 186) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O Auto de Infração imputa ao autuado o cometimento de quatro ilícitos, sendo que as infrações 01 e 04 foram

totalmente reconhecidas pelo contribuinte, inclusive realizando o seu parcelamento. Dessa forma, em razão de inexistir lide nesses lançamentos, as infrações subsistem em sua totalidade.

A infração 02 trata de recolhimento a menos em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente registradas, tendo em vista que o contribuinte ao promover as saídas de mercadorias no mercado interno de produtos de perfumaria, aplicou a alíquota de 17%, quando deveria aplicar a alíquota prevista no art. 16, inciso II, item h da Lei 7.014/96.

Na apresentação da defesa o sujeito passivo reconhece parte da exigência e se insurge em relação aos itens estojos, bolsas, nécessaire, PIN Distribuidor, sacolas, Revista UP Acontece, portfolio, caixa de presente e catalogo, pois no seu entendimento aplicou corretamente a alíquota de 17%.

Os autuantes ao prestarem a Informação Fiscal reconhecem que equivocadamente incluiu os itens questionados, exceto “estojos” pois os mesmos são conjuntos de perfumes e portanto devem ser tributados à alíquota de 25%. Elaboram novos demonstrativos totalizando o valor de R\$464.470,53.

Da análise do demonstrativo que inicialmente embasaram a acusação desta infração inserido na mídia anexada à fl.74 e em meio físico, por amostragem às fls.23 a 25, verifico que efetivamente foi incluído indevidamente os itens bolsas, nécessaire, PIN Distribuidor, sacolas, Revista UP Acontece, portfolio, caixa de presente e catalogo, pois os mesmos são tributados à alíquota de 17%.

Em relação ao item “estojos” acompanho o entendimento do autuante de que se trata de saídas de perfumes, e portanto, tributados à alíquota de 25%, conforme previsto na alínea “h” do inciso II da Lei 7.014/96. Ressalto que o autuado foi devidamente cientificado das alterações que foram processadas pelo autuante, conforme se verifica no documento de fl. 170, porém não se pronunciou.

Desta maneira, acolho as intervenções efetuadas pelos autuantes, e julgo subsistente em parte a infração 02 no valor de R\$464.470,52 conforme demonstrativo de débito à fl.144.

A infração 03 trata de levantamento quantitativo de estoque onde foi apurado tanto omissão de entrada quanto de saídas de mercadorias tributáveis, sendo exigido o maior valor monetário, no caso o das saídas tributáveis.

Em sua defesa o autuado alegou que a auditoria levou em consideração as informações por ele transmitidas no SPED fiscal. Reconhece ter havido equívocos na transmissão de dados pois estariam divergentes dos seus documentos fiscais.

Elaborou novos levantamentos, nos mesmos moldes da fiscalização, considerando os referidos documentos fiscais, resultando diferenças de entradas e saídas nos montantes de R\$348.199,20 e R\$187.902,68, respectivamente.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante informou que após conferência dos demonstrativos apresentados na defesa com os respectivos documentos fiscais constatou serem verídicas as suas argumentações. Ressaltou, entretanto, que a autuada adicionou e exclui quantidades consideradas indevidas no levantamento fiscal, mas não as alocou nem excluiu nos itens corretos.

Elaborou novos demonstrativos de estoques, dessa feita considerando as quantidades inseridas nos documentos fiscais, conforme mídia anexada à fl. 168, apurando omissão de entradas no valor de R\$161.546,55 e omissão de saídas de R\$703.043,18, resultando no imposto devido de R\$189.821,65.

Importante salientar, que o autuado foi devidamente cientificado das alterações que foram processadas pelo autuante, fl. 170, porém não se pronunciou. Assim, acolho as intervenções efetuadas pelo mesmo e julgo subsistente em parte a infração 03, no valor de R\$189.821,65.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, sendo as infrações 02 e 03 subsistentes em parte e as demais procedentes.”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 4ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário às fls. 204 a 213, mediante o qual ataca as infrações 2 e 3, deduzindo as alegações que seguem.

Quanto à Infração 2, alega que a fiscalização não pode deduzir que o item “estojo” se refere a saída de perfumes, pois o exame das notas fiscais avaliadas pela fiscalização permite perceber que tal item está destacado em separado, justamente porque é vendido de forma apartada dos perfumes, os quais também se encontram especificados nas notas citadas.

Argumenta que basta confrontar o preço do estojo com o do perfume para se constatar que são itens separados e assim são vendidos.

Afirma que a tributação por presunção fere o princípio da legalidade, que se constitui em limitador do poder de tributar, um dos pilares do estado democrático de direito, o qual é contrariado ao se querer tributar com alíquota de 27% os estojos que possuem alíquota própria de 17%.

Assim, insiste a Recorrente que seja considerada também a alíquota de 17% para os estojos, pois são mercadorias vendidas separadamente dos perfumes, estes sim tributados à alíquota de 27%.

Quanto à Infração 3, alega que o preço médio utilizado no levantamento quantitativo para o item TM5011 (R\$33,58) não corresponde ao valor de compra da mercadoria, e sim a uma devolução de venda conforme Nota Fiscal nº 7216, de 28/11/2013, conforme se pode verificar pelas aquisições feitas no período, que demonstram que o custo de aquisição foi R\$11,88, o que reduziria o débito lançado de R\$314.879,56 para R\$111.398,76.

Quanto ao item TM5013, alega que a quantidade correta das aquisições é 6.840 unidades, ao invés de 3.440, conforme demonstrativo em anexo com discriminação das NF de aquisição “Entradas TM5013”.

Quanto ao item TM5047, alega que a quantidade correta das aquisições é 30.680 unidades, ao invés de 23.880, conforme demonstrativo em anexo com discriminação das NF de aquisição “Entradas TM5047”.

Explica que todas estas alterações já haviam sido mencionadas quando da apresentação de sua impugnação, pontos que não foram, contudo, contemplados pela revisão efetivada pela autoridade fiscal.

Conclui a sua peça recursal, afirmando que, como consequência de tais alterações, o imposto devido fica reduzido de R\$189.821,66 para R\$94.013,78.

Às folhas 247/248, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou por baixar o feito em diligência ao fiscal autuante, com vistas a que fosse adotada as seguintes providências: *“a) Quanto à Infração 2, promover alteração no demonstrativo de débito, de forma a tributar as operações com estojos à alíquota de 17%; b) Quanto à Infração 3, abordar, de forma especificada, as quatro incorreções, apontadas pela recorrente, no levantamento quantitativo de estoques, conforme itens 25, 26, 27 e 28 da sua peça recursal (folhas 211/212), explicitando, se for o caso, os motivos pelos quais não acata a revisão fiscal requerida pela empresa”*.

Às folhas 251/252, o fiscal autuante cumpriu a diligência, tendo informado que, relativamente à Infração 2, conforme solicitado, fez os ajustes solicitados, o que resultou na redução do imposto devido para o valor de R\$440.040,60. Informa que o demonstrativo com a sua totalidade de páginas está apensado ao presente processo em meio magnético.

Quanto à Infração 3, informa, inicialmente, que os erros ora corrigidos foram decorrentes de informações incorretas prestadas pela própria autuada na elaboração da sua Escrita Fiscal Digital, constituindo-se em conduta passível de multa conforme estabelece o Art. 42, Inciso XIII-A, letra “m”, da Lei nº 7014/96. Contudo, em busca da verdade material, com referência a letra “b” do pedido de Diligência Fiscal, informa que acata parte dos argumentos da autuada e descreve abaixo correções efetuadas em cada item da apuração de estoque conforme segue.

Quanto ao Item 25, explica que reconhece o erro ao adicionar a Nota Fiscal nº 7216 no rol de notas para o cálculo do preço médio e efetua as alterações na forma indicada no “Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio – ENTRADAS”, em anexo, reduzindo a base de cálculo do imposto, neste item, ao valor de R\$111.398,76.

Quanto ao Item 26, explica que a autuada, indevidamente lançou em sua Escrita Fiscal Digital o item 3 da NFE nº 5572, informando o código TM5015 enquanto que o correto seria o código TM5013.

Quanto ao Item 27, explica que novamente a autuada errou ao lançar o item 5 da NFE nº 5572 em

sua Escrita Fiscal Digital informando indevidamente o código TM5038 enquanto o correto seria o código TM5045. Também não lançou o valor do item 06 no código TM5047.

Quanto ao Item 28, explica que, com referência à NFe nº 6336, a autuada informou para o item 16 em sua Escrita Fiscal Digital o código TM5038 enquanto que o correto seria o código TM5045.

Informa que anexou um novo relatório “Demonstrativo da Auditoria de Estoque”, assim como, demonstrativo e cópias das NFe’s que comprovam a veracidade dos ajustes acima comentados evidenciando a base de cálculo de R\$ 381.760,20 e R\$ 103.075,25 de imposto devido.

Informa que os demonstrativos originais estão anexados em meio magnético na página 74 do presente PAF, e os demonstrativos com as alterações acima mencionadas estão apensados em meio magnético a presente informação.

Após duas tentativas, o sujeito passivo foi intimado em 19/05/2017, pela EBCT, mediante Aviso de Recebimento, não tendo se manifestado.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 4ª JF (Acórdão Nº 0014-04/16), desonerou o sujeito passivo, reduzindo o valor lançado de R\$1.652.761,76 para R\$1.516.190,12, em valores atualizados de março/16 (vide folha 186), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, observo que a redução do débito está relacionada à decretação de procedência parcial das infrações 2 e 3, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 2, a redução do valor lançado decorreu do acolhimento, por parte dos autuantes, de parte das alegações defensivas, relativas às saídas de bolsas, nécessaire, PIN Distribuidor, sacolas, Revista UP Acontece, portfolio, caixa de presente e catalogo, pois admitiu que tais itens devem mesmo ser tributados à alíquota de 17%, ao invés dos 27%. A JF acompanhou o opinativo da fiscalização e excluiu tais operações do levantamento de débito.

Examinando os autos, é forçoso concluir que não se pode fazer incidir a alíquota de 27% (aplicável aos perfumes) às demais mercadorias comercializadas pelo estabelecimento autuado, sob pena de tornar regra uma carga tributária aplicável exclusivamente às mercadorias expressamente tratadas como supérfluas pelo legislador. Entendo, portanto que não merece reparo a decisão recorrida neste ponto.

Quanto à Infração 03, igualmente ao que ocorrera com a infração anterior, a redução do valor lançado decorreu do acolhimento, por parte dos autuantes, de parte das alegações defensivas, que refez, assim, o levantamento de estoques e apurou novos valores. Os novos demonstrativos foram acolhidos pela 4ª JF.

Trata-se, como se pode ver, de matéria eminentemente fática. O refazimento do demonstrativo de débito se encontra devidamente fundamentado nos novos documentos fiscais acostados às folhas 149/156, não havendo reparo à decisão recorrida, a qual mantenho.

Assim, entendo que restou acertada a decisão de piso, em função do que Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, o sujeito passivo se insurge em relação às infrações 2 e 3, sendo este o objeto do recurso.

Quanto à Infração 2, a acusação fiscal é “*Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente registradas*”. A conduta autuada foi a saída de mercadorias no mercado interno de produtos de perfumaria, com aplicação de alíquota de 17%.

Em sede recursal, o contribuinte alega que, mesmo após a exclusão de grande parte das

mercadorias autuadas, permaneceu no demonstrativo de débito o item relativo a “estojos” que não se refere a artigo de perfumaria, mas a embalagem vazia, utilizada para acondicionar as mercadorias.

Atendendo a diligência solicitada por esta 1ª CJF, o autuante refez o demonstrativo de débito, tendo excluído os estojos do presente lançamento, o que reduziu o valor da infração para R\$440.040,60, conforme CD à folha 278.

Examinando o preço médio praticado para os estojos, em comparação com aqueles praticados para os perfumes, é possível constatar-se que os estojos comercializados pela Recorrente são apenas caixas vazias, sem qualquer mercadoria embalada, conforme alega a empresa.

Assim, reformo a Decisão recorrida para excluir do levantamento de débito os estojos. Acolho o demonstrativo de débito refeito pelos autuantes, acostado ao CD à folha 278. A Infração fica reduzida para R\$440.040,60.

Quanto à Infração 3, a acusação fiscal é *“Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis”*.

O contribuinte contesta parcialmente o lançamento, tendo apontado quatro erros no levantamento fiscal, abordados a seguir.

Quanto ao erro no cálculo do preço médio (Item 25), os autuantes acolheram a alegação recursal, tendo admitido o equívoco apontado e refeito o demonstrativo de débito. Não mais existe lide neste ponto.

Quanto ao erro no código do “Item 3” da NFE nº 5572 (Item 26), os autuantes explicam que decorreu da informação errada na EFD. Promoveram a correção indicada pelo sujeito passivo. Anexam relatório demonstrativo à folha 259. Acolhida a alteração indicada pela empresa, deixa, portanto, de existir lide neste ponto.

O mesmo se deu em relação ao “Item 5” da NFE nº 5572 (Item 27) e em relação à Nota Fiscal 6336, cujas correções indicadas foram acolhidas, sempre antecedidas da explicação acerca da errônea informação transmitida na EFD.

Observe que as correções, indicadas e devidamente acolhidas pelos autuantes, estão respaldadas por cópias dos documentos fiscais (DANFE’s) acostadas às folhas 260/274, tendo, a autoridade fiscal, anexado um demonstrativo (folha 259) que explicita os números alterados.

O contribuinte foi intimado e não se manifestou, conforme comprovante à folha 285. Assim, entendo que não mais existe lide.

Acolho o demonstrativo de débito acostado pelo sujeito passivo em CD, à folha 278, cujo resumo se encontra à folha 256, perfazendo um valor total para a Infração 3 de R\$103.075,25.

Ex-positis, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, ao tempo em que dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, cujo débito remanescente apresenta a configuração abaixo:

INFRAÇÃO	ICMS
1	3.722,58
2	440.040,60
3	103.075,25
4	105.108,17
TOTAL	651.946,60

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206900.0086/14-0**, lavrado contra **UP COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA. (COSMÉTICOS DA VILA LTDA. - UP COSMÉTICOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$651.946,60** acrescidos das multas de 100% sobre R\$106.797,83 e 60% sobre R\$545.148,77, previstas no art. 42, incisos III, II “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos com o parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS