

PROCESSO - A. I. Nº 108875.0011/04-0
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0115-04/05
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 09/11/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO 2ª CJF Nº 0379-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração comprovada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS (REGISTRO 60R). MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. 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, as multas cabíveis são as previstas no art. 42, inciso XX, "a" e "b", 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. Modificada a Decisão recorrida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deo-colônias, são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Infração caracterizada. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Durante o período de 1º de janeiro de 2002 até 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações relacionadas na alínea "h", inciso II, do art. 51, do RICMS/BA., serão acrescidas de dois pontos percentuais, cujo valor recolhido estará vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Infração subsistente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O contribuinte epigrafado não se conformando com a Decisão da 4ª JJF que considerou Procedente o Auto de Infração em tela, apresenta o presente Recurso Voluntário objetivando a reforma da Decisão.

Para que tenhamos uma melhor compreensão do tema, fazemos aqui um breve relato do constante no PAF, em particular quanto ao teor do lançamento, a posição da JJF em relação a cada um dos itens do Auto de Infração e os argumentos que a eles se contrapõe o contribuinte através dos seus representantes legalmente constituídos.

O item 1 exige ICMS e multa em razão da falta de recolhimento do imposto constatada pela apuração tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido 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 anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

O Sr. julgador de 1^a Instância não acatou o pedido de nulidade feito pelo impugnante tendo em vista a inexistência de fundamento para tal. Em relação ao mérito relata que o contribuinte “apontou alguns equívocos que teriam sido incorridos pelo autuante na auditoria de estoques levada a efeito na empresa, os quais foram acatados pelo mesmo quando prestou a informação fiscal, oportunidade em que elaborou um novo demonstrativo das omissões, o que implicou na majoração do imposto cobrado originalmente.” Afirma que em nova intervenção, o autuado se limitou a alegar ser frágil e insegura a autuação já que o autuante agravou o valor da infração. Entendeu que o autuado não tinha razão já que em sua nova manifestação não anexou qualquer levantamento para contraditar com os elaborados pelo autuante. Considerou caracterizada a infração de acordo com o levantamento inicial inclusive pela impossibilidade legal de majoração do valor do mesmo neste lançamento.

Em seu Recurso Voluntário o contribuinte volve a arguir a fragilidade da infração, certamente referindo-se à fragilidade do lançamento, reconhecida segundo ele, pelo próprio autuante quando apresentou novos demonstrativos e em consequência requer outra vez a decretação de nulidade deste item afirmando que o autuado poderá ser novamente fiscalizada. Cita a Súmula nº 1 deste CONSEF para embasar o seu pedido. “É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para apuração do tributo”

A descrição da infração 2 é a seguinte: “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 a sua leitura, pelo que foi aplicada a multa correspondente” Em seu voto o Sr. Julgador diz que o autuado “em relação aos meses de janeiro e fevereiro/01, alegou que os arquivos foram regularmente entregues, conforme protocolos TEC 0291363 e 0291364, bem como os referentes aos meses de outubro a dezembro/03”. Quanto aos demais arquivos não entregues por problemas operacionais, discordou da multa de 1% aplicada sobre o total das saídas, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, por entender que a correta é a indicada no inciso XX, “b”, do mesmo artigo e lei. Afirma aquela autoridade que ao compulsar a listagem dos arquivos enviados pelo autuado e recepcionados pela SEFAZ (fls. 437/43 dos autos), verificou que em relação ao Registro 60R consta como “zerado” nos meses de outubro a dezembro/2000 e de janeiro a fevereiro/2001. No tocante aos demais meses (outubro a dezembro/2003 e de janeiro a junho/2004), afirma não constar na listagem anexada pelo autuante nenhuma informação de que os arquivos foram enviados pelo autuado. E acrescentou que “tendo em vista que o autuado promove vendas de mercadorias por meio de ECF, o mesmo deve informar tais operações através do registro tipo 60, que se subdivide em 60A (análítico), 60M (mestre) e 60R (resumo de item por mês), este com a finalidade de identificar, individualmente, as mercadorias comercializadas através do equipamento emissor de cupom fiscal. Portanto, as operações de vendas do período do estabelecimento por meio do ECF neste registro discriminadas devem, obrigatoriamente, constar na Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA, entregue ao fisco estadual. E conclui seu voto em relação a este item considerando correta a exigência fiscal tendo em vista que o autuado foi intimado pelo autuante em duas oportunidades para apresentar os arquivos magnéticos , e no entanto, deixou de atender. A multa foi corretamente aplicada : art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96 transcrita em seu voto. Quanto ao pedido do autuado, no sentido de ser aplicada a multa prevista no art. 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96 sobre os arquivos magnéticos não enviados, esclareceu que não acolheu, uma vez que existe na legislação multa específica para a infração cometida. Sobre a Decisão trazida pela

empresa, relativa ao Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, ressaltou que a infração imputada pode ter sido de natureza diversa da que foi apurada no presente lançamento.

Quanto a este item 2, o recorrente praticamente repete o já apresentado na impugnação inclusive trazendo-os como se aqui estivessem transcritos. Entende que a multa é “*desproporcional e fora da conduta que lhe deu origem*”. Transcreve trecho de um voto emitido na 2ª JJF onde seu autor, José Bizerra, questiona a aplicação no tempo afirmando que a expressão “mediante intimação” somente foi incluída com a alteração feita pela Lei nº 9.159/04. O recorrente diz não concordar com a multa aplicada e pede que a Câmara de Julgamento Fiscal substitua para aquela contida no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96 a exemplo do ocorrido no julgamento do Auto de Infração nº 147072.0013/04-8. Pede a aplicação do princípio da igualdade. A continuação afirma não ter havido qualquer recusa por parte do autuado em transmitir as informações que seguiram contendo o Registro 50 e 54. Diz não ter havido intimação detalhada para regularização das supostas divergências apuradas nem muito menos diligência pessoal dos Auditores Fiscais para explicitar os motivos das alegadas inconsistências e até mesmo para complementar os arquivos magnéticos. Transcreve o art. 708-B do RICMS. Refere-se à disposição do Convênio nº 57/95, item 26, onde expressamente encontra-se assinalado que os arquivos serão recebidos condicionalmente e submetidos a teste de consistência e em sendo constatada a inobservância das especificações contidas no Manual anexo ao referido Convênio, o arquivo será devolvido para correção, fato que, segundo o recorrente não aconteceu. Comenta a respeito do “Validador Sintegra” e transcreve comentário do Cons. Ciro Seifert sobre o tema onde diz que lhe causa estranheza a “*ocorrência de entrega fora do padrão, posto que este arquivo é entregue via internet através do Programa “Validador/Sintegra” que disponibiliza a impressão do Recibo de Entrega do Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão*”. Insiste no argumento de que “*a existência de intimação específica e detalhada para eventuais ajustes das informações encaminhadas jamais existiu. Pede a anulação da multa*”. Cita e transcreve a alteração ocorrida no RICMS que acrescentou §3º ao art. 708-B do RICMS: “*Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao Contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas*” Pede que prevaleça a nova legislação para substituir ou desconstituir a apontada infração.

As infrações 3 e 4 respectivamente dizem respeito ao recolhimento a menos do ICMS em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e ter deixado de recolher o imposto relativo ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Em relação a infração descrita no item 3 em seu voto o Sr. julgador esclarece que a mesma já foi objeto de inúmeras decisões deste CONSEF com entendimento uniforme a respeito e com base na legislação estadual e conclui que “*diante da norma tributária vigente, sobre as mercadorias autuadas deve ser aplicada á alíquota de 25%*”. Ressalta que a DITRI-GECOT da SEFAZ por meio do Parecer de nº 1.909/98 respondeu a uma consulta formulada pela empresa, cujo entendimento do seu subscritor, teve como base a Lei nº 6.360, de 23/9/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária e os produtos a ela sujeitos, ao definir perfumes e desodorantes, os diferenciando (art. 3º, III e IV), sendo repetida no Decreto nº 79.094/77, em seu artigo 3º, que regulamentou a citada lei.

Sobre a infração descrita no item 4 e a respectiva impugnação do contribuinte o Sr. Julgador diz que sobre a constitucionalidade ou não da legislação tributária estadual não caberia àquele órgão julgador se manifestar, consoante dispõe o RPAF/99 e que Decisão de Tribunal de Justiça de outro Estado não deve ser aplicada ao presente caso, já que a legislação do ICMS do nosso Estado dispõe de forma clara a respeito da cobrança deste adicional. Considerou caracterizada a infração, haja vista que o autuado declarou não haver recolhido o adicional referido.

Sobre estes dois itens o recorrente diz que o CONSEF já conhece os seus argumentos inclusive sobre a ação mandamental que tramita na Vara da Fazenda Pública de Salvador objetivando a obtenção de uma ordem para que o Estado se abstenha de exigir o pagamento do ICMS incidente sobre os produtos – deo colônia e desodorantes corporais – a alíquota de 25% como se perfume

fossem. Aguarda a Decisão final do Tribunal de Justiça ou a reforma da Decisão por parte deste Conselho. Conclui o seu Recurso requerendo o seu provimento de forma a ser anulada a infração 1, substituída ou desconstituída a infração 2, e em relação a 3 e 4 confia numa mudança de posicionamento do CONSEF.

Num primeiro Parecer a PGE/PROFIS após breve relatório conclui que : “*todas as intimações do autuado foram realizadas conforme prevê a legislação, assim não podem prosperar os argumentos de Recurso Voluntário, o qual pelo que se analisou não deve ser provido*”.

De forma inusitada o recorrente “*encarecendo a compreensão dos senhores Conselheiros*” intervem no PAF e justifica seu ato por ter identificado “*um fato novo no levantamento fiscal*” que poderia influenciar no deslinde da infração 1. Traz uma série de documentos que “*visam demonstrar as supostas omissões do exercício de 2002*” e que segundo o autuado as “*omissões registradas estão diretamente relacionadas aos arquivos magnéticos do Sintegra. Diz que os números tomadas por referência correspondem ao Registro 60^a – que contem apenas a situação tributária de cada ECF – valendo notar que encontra ausente a soma do Registro 60R, que é justamente o registro que informa todas as operações realizadas através dos equipamentos de ECF*”. E acrescenta “*esse detalhe sutil representou uma enorme distorção*”, à medida que, “*se computados os valores contidos no Registro 60R, a acusação de que deixou o autuado de contabilizar entradas*” torna-se improcedente. Nesse sentido o recorrente elaborou os anexos demonstrativos, que comprovam que as entradas registradas pelo Registro 60^a correspondem à metade do Registro 60R, o que gerou uma enorme distorção. Pede que diante do fato seja feita uma diligência.

Na assentada do julgamento o PAF foi convertido em diligência a ASTEC para que Auditor estranho ao feito faça um comparativo entre os demonstrativos de estoques do autuado e os relatórios da autuação e sendo encontrados erros elabore um demonstrativo final.

A ASTEC/CONSEF por seu turno elabora um “*Termo de encaminhamento*” onde após breve relatório do ocorrido até aqui conclui: “*Os registros tipo 60, qualquer deles, se destinam às informações referentes às operações realizadas através de ECF ou seja, se relacionam as saídas de mercadorias realizadas através deste equipamento. Ocorre que , no caso presente, as diferenças apontadas no levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias são de entradas, o que significa dizer que, se verdadeira a alegação do recorrente de que as saídas efetuadas por ECF foram consideradas “pela metade”, a correção destes dados levaria a majoração das diferenças, o que não pode ser objeto deste Auto de Infração, mas, ao revés, devem ser apuradas em nova ação fiscal a ser determinada pela autoridade a competente, se for este o seu entendimento*”. Devolve o PAF para que se dê seguimento.

Encaminhado outra vez a julgamento foi solicitado um novo Parecer da PGE/PROFIS onde a Sra. Procuradora conclui: “*Da análise dos autos, verifico que a petição extemporânea do recorrente não logrou êxito em alterar para menos os números apontados pelo levantamento de estoque realizado pelos autuante. Diante disso reitero os termos do Parecer PGE/PROFIS de fls. 775 e 776*”.

VOTO

O nosso entendimento sobre o Recurso cinge-se à análise de cada um dos itens que passamos a fazer na seguinte ordem:

Quanto ao item 1 concordo com o Julgamento de 1^a Instância. Ocorre em equívoco a empresa ao afirmar que há fragilidade no lançamento. Não há comprovação de fatos que possam tornar nulo o procedimento relativo a este item. O procedimento não contém nenhum vício capaz de torná-lo nulo. As alterações ocorridas quando do novo levantamento feito pelo autuante agravaram a situação do contribuinte e a legislação tributária do Estado não permite que o lançamento efetuado seja complementado no mesmo procedimento. A apresentação extemporânea de um

ofício na tentativa de reverter a situação não logrou o êxito esperado. Este “*fato novo no levantamento fiscal*” só influenciaria para agravar a situação. Os documentos trazidos que visavam, de acordo com o recorrente “*demonstrar supostas omissões do exercício de 2002*” em verdade representam uma enorme distorção só que uma análise mais apurada da matéria, feita pela ASTEC conclui: Os tais registros tipo 60, qualquer deles, se destinam às informações referentes às operações realizadas através de ECF, ou seja, se relacionam as saídas de mercadorias realizadas através deste equipamento. E como disse o Sr. Assistente Técnico “*as diferenças apontadas no levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias são de entradas, o que significa dizer que, se verdadeira a alegação do recorrente de que as saídas efetuadas por ECF foram consideradas “pela metade”, a correção destes dados levaria a majoração das diferenças, o que não pode ser objeto deste Auto de Infração*”. Concordamos inteiramente com o entendimento esposado pela ASTEC, consideramos correto o julgamento da JJF e recomendamos como sugeriu o órgão técnico, que estas diferenças sejam apuradas em nova ação fiscal.

Em relação ao item 2 entendo , d. v. , que tem razão o recorrente.

A acusação como vimos foi de que o contribuinte: “*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. A empresa deixou de apresentar a fiscalização, quando intimada, os arquivos magnéticos contendo os registros 60R, referente aos meses de outubro a dezembro de 2000, janeiro a fevereiro de 2001, de outubro a dezembro de 2003, e janeiro a junho de 2004*”.

A exemplo de outros julgamentos realizados nesta Casa, cujo teor adoto neste voto, a discussão envolve questões que dizem respeito entre outras coisas a aplicação da lei no tempo e a interpretação objetiva que deve ser dada a tipificação das infrações em matéria tributária. O Auto de Infração enquadra a infração nos artigos 686, 708 A ou 708 B do RICMS e aplica a multa prevista no art. 42, Inc. XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96. O Recurso Voluntário diz que houve incorreção neste enquadramento e que a multa aplicável neste caso não é a do Inc. XX, “b”, do art. 42.

O art. 686 prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos. Por seu turno o art. 708-A, aplica-se à obrigação de ser feita a entrega mensal dos arquivos magnéticos e o art. 708-B que deve ser aplicado “*se a entrega tiver sido solicitada por intimação*”.

Como bem colocou o Julgador José Bizerra em PAF semelhante “*na descrição do fato, 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 arquivo; e, do mesmo modo, não há como os arquivos “serem entregues” em condições que impossibilitem sua leitura, se o contribuinte “deixou de entregá-los*”.

O ocorrido porém foi o fato do contribuinte não ter deixado de apresentar a fiscalização, quando intimada, os arquivos magnéticos contendo os registros 60R, referente aos meses de outubro a dezembro de 2000, janeiro a fevereiro de 2001, de outubro a dezembro de 2003, e janeiro a junho de 2004. Deste modo , como ocorreu em julgamento similar – Auto de Infração nº 147072.0013/04-8 – “*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”*”.

Esta matéria já cuidadosamente tratada por esta Câmara de Julgamento Fiscal 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 já nos manifestamos em Processos

anteriores entendendo que a multa aplicada nas hipóteses das alíneas “b” e “c” não absorvem as anteriores e são em consequência cumulativas. Voto no sentido de que a infração 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.

Quanto à infração 3 que diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas acompanho as reiteradas decisões desta casa sempre no sentido de que *“diante da norma tributária vigente, sobre as mercadorias autuadas deve ser aplicada á alíquota de 25%”*.

Sobre a infração descrita no item 4 - ter deixado de recolher o imposto relativo ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - entendo que a Decisão da JJF está correta: *“sobre a constitucionalidade ou não da legislação tributária estadual não cabe s órgão julgador administrativo se manifestar, consoante dispõe o RPAF/99. Também entendo que a Decisão de Tribunal de Justiça de outro Estado não deve ser aplicada ao presente caso, já que a legislação do ICMS do nosso Estado dispõe de forma clara a respeito da cobrança deste adicional”*.

Sobre estas infrações informa o contribuinte que tramita na Vara da Fazenda Pública de Salvador objetivando uma ação mandamental para obtenção de uma ordem para que o Estado se abstenha de exigir o pagamento do ICMS incidente sobre os produtos – deo colônia e desodorantes corporais – a alíquota de 25% como se perfume fossem como também para que seja declarada a constitucionalidade e sobre Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Entendo, por fim, que o Recurso Voluntário deve ser PROVIDO EM PARTE modificando-se a Decisão no que concerne ao item 2, mantendo-se, no restante, todo o teor da Decisão da JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108875.0011/04-0, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.522,42**, acrescido das multa de 60% sobre R\$9.816,45 e 70% sobre R\$18.705,97, previstas no art. 42, II, “a”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além do pagamento das multas cumulativas nos valores de **R\$90,00** e **180,00**, previstas no inciso XX, “a” e “b”, do mesmo artigo e lei citados.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Redução Multa): Conselheiros Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej, Álvaro Barreto Vieira e José Antonio Marques Ribeiro.

VOTO (Vencido quanto à Redução Multa): Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

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