

A. I. Nº - 147072.0014/04-4
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - CÉSAR DE SOUZA LOPES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 30. 03. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-04/05

EMENTA: ICMS. 1. 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. Após as devidas comprovações, constatou-se a diminuição do débito originalmente cobrado relativo ao exercício de 2001. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE DADOS QUANDO DA APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS (REGISTRO 60R). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com todos os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais. Diminuído o débito cobrado. 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. Infrações comprovadas. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/9/2004, reclama ICMS no valor de R\$85.084,03, acrescido das multas de 60% e 70%, mais a penalidade no valor e R\$44.210,25, pelas seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a sua respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valores inferiores ao das efetivas saídas omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o valor o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (exercício de 2001) - R\$44.102,00;
2. 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 impossibilitam a sua leitura. Na descrição dos fatos, consignados no Auto de

Infração, consta que o contribuinte entregou os arquivos magnéticos sem os dados do Registro 60R, referentes aos meses de outubro a dezembro de 2000, janeiro a dezembro de 2002 e outubro a dezembro de 2003. Multa no valor de R\$44.210,25;

3. Recolhimento a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (janeiro a abril de 2004) – R\$32.785,62;
4. Falta de recolhimento dos dois pontos percentuais adicionais à alíquota de ICMS incidentes sobre os produtos especificados no art. 51, II, “h” combinado como o art. 51-A, II, do RICMS/97 (janeiro a abril de 2004) -

O autuado (fls. 494/505), através de advogado, descrevendo inicialmente todas as infrações apuradas no Auto de Infração, atacou em primeiro lugar a apontada como primeira (levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadorias), ressaltando que identificou diversas notas fiscais repetidas. Deu exemplo com as Notas Fiscais nº 17.854, 13.970 e 16.463 e disse que as outras duplicidades encontravam-se assinaladas nas cópias do levantamento executado, que anexou ao processo. Entendeu que este fato gerou fragilidade da autuação, prejudicando a real contabilização das mercadorias.

Atacando a infração 2, apensou aos autos parte dos comprovantes de entrega dos arquivos magnéticos ora reclamados e, quanto aqueles ainda não entreguem, por problemas operacionais, discordou da multa aplicada. Entendeu que a fiscalização deveria ter aplicado a multa determinada no art. 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, pois a infração, expressamente registrada no final de sua descrição, refere-se ao descumprimento da apresentação dos arquivos magnéticos, quando intimado. Para consubstanciar sua posição transcreveu os votos dos Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco, da 2ª Instância deste Colegiado, no Auto de Infração nº 269141.0008/03-9. Em seguida afirmou que a manutenção desta multa, “de duvidosa constitucionalidade”, terminava por atentar contra o patrimônio do contribuinte.

Apresentando suas razões de defesa quanto à infração 3 (erro na aplicação da alíquota do ICMS sobre as saídas de “Deo-Colônias” e Desodorantes Corporais) entendeu correta aquela de 17%, e não de 25%. Ressaltou que a questão é matéria por demais conhecida do Estado da Bahia, já com o envolvimento do Poder Judiciário, por conta de ação mandamental que ainda se encontra em tramitação no Egrégio Tribunal de Justiça e que tem por objeto a anulação de ato do Sr. Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que, por seus subordinados hierárquicos, vem lhe exigindo o pagamento do ICMS incidente sobre a operação de comercialização de “Deo-Colônias” e Desodorantes Corporais, da marca Boticário, a uma alíquota de 25%, como se perfumes fossem. Disse que era notória a classificação dos citados produtos como desodorantes, pois expressamente previsto em lei, bem como, em decorrência de atos individuais e concretos emanados do Ministério da Saúde, por meio da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária. Transcreveu, nesta oportunidade decisão do MM. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública desta Capital.

Prosseguindo em sua argumentação, observou que, mesmo tendo sido revogada a liminar concedida quando da prolação da sentença, registrava que tal fato apenas decorreu do entendimento de que a via do Mandado de Segurança não era a mais correta para comprovar as características técnicas do produto indicado como se fosse desodorante. Informou, ainda, que o processo de Mandado de Segurança (nº 9.645.563/03), atualmente se encontra em fase de recurso, pois seu entendimento da questão em discussão continuava o mesmo.

Em relação à quarta infração, frizou que durante muito tempo pagou o adicional de 2% relativo ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Entretanto, havia concluído que ele se encontrava amparado em dispositivo legal estadual flagrantemente contrário às normas dos art. 82, § 1º e art. 83 do ADCT da CF, com a redação da EC 31/2000, haja vista que este adicional deveria incidir, apenas, sobre produtos e serviços supérfluos definidos em lei federal, ainda não editada. Com esta omissão, concluiu, existe limitação da eficácia do art. 51-A do RICMS do Estado da Bahia. Entendeu que este

Conselho de Fazenda Estadual poderia evitar a manutenção desta "infração", como fez o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão publicada em 19/2/2004, por conta do julgamento do Agln 3654.2003 e que transcreveu. Portanto, afirmou, não se tratar de discutir a constitucionalidade do art. 51-A do RICMS-BA, matéria que fugia da competência administrativa, mas apenas de ser reconhecida a temporária ineficácia do referido dispositivo estadual.

Diante do que expôs, requereu a nulidade das infrações 1, a procedência parcial da infração 2 para aplicação da multa prevista no art. 42, XX, "b", da Lei nº 7.014/96, a improcedência da infração 3 e 4, sendo esta última pela temporária ineficácia da legislação estadual.

O autuante (fls. 633/637) após analisar a razão de defesa e em relação à infração 1, com ela concordou, refazendo o levantamento fiscal retirando todas as duplicidades de notas fiscais existentes. Com esta situação, houve a diminuição do débito do ano de 2001 para R\$37.021,50.

No tocante à infração 2, observou que a rijeza do artigo 708-B do Regulamento traz em si uma ação benigna para o contribuinte, ao lhe dá uma outra oportunidade de regularização da situação demanda pelo artigo 708-A, em um segundo momento quando dos trabalhos de auditora, já que sem eles ou com a falta de dados tornaria inexecutível o trabalho de fiscalização através de arquivos magnéticos. Assim, entendeu que o art. 708-B, do RICMS/97 não tem apenas uma função formal de entrega ou não dos arquivos, muito pelo contrário, tem por objetivo a geração dos instrumentos e dados fiscais que permitam a Secretaria da Fazenda cumprir suas funções e aos contribuintes ficarem em dias com suas obrigações tributárias. Acrescentou, ainda, que este é o entendimento da Sefaz quando concebeu o Sistema SAFA ao alimentá-lo de conformidade com o Regulamento do ICMS, vinculando o art. 708-A e 708-B com a multa do artigo 42, XIII-A, "g" da Lei 7.014/96. Nesta linha de raciocínio, transcreveu as determinações dos citados artigos (Regulamento e Lei) e afirmou que diante de suas análise, a pretensão do impugnante não poderia ser aceita, ou seja, a aplicação da multa de R\$180,00 determinada no inciso XX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, uma vez que o referido artigo se refere ao não atendimento de intimação para apresentação de livro ou documento fiscal e arquivo magnético, situação diversa dos que contém valor das operações de entrada e de saída, anteriormente previsto no inciso XIII-A. E, para refutar em definitivo o argumento defensivo, transcreveu o art. 708-B e seu § 2º, com intuito de demonstrar a clareza do Regulamento do ICMS com relação à questão em lide. Ratificou o procedimento fiscal.

Em relação à infração 3, ressaltou que o procedimento fiscal teve por base na legislação vigente do Estado da Bahia. Embora o autuado tenha impetrado mandado de Segurança de nº 9.645.563/03-L, que teve curso na 9ª Vara de Fazenda Pública de Salvador, a liminar foi revogada e a segurança denegada. Com isto, o impugnante interpôs Recurso de Apelação que foi objeto de contra-razões do Estado da Bahia, sendo que os autos foram enviados para o Egrégio Tribunal de Justiça.

Chamado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 770/775), o defendente manifestou-se trazendo toda a sua argumentação anterior no que diz respeito às infrações 1 e 2. Observou que a diminuição do débito original da infração 1 era prova inconteste da fragilidade da autuação. Entendeu que a fiscalização deveria proceder a um minucioso levantamento para que não houvesse necessidade de correção dos lançamentos somente após a impugnação do contribuinte.

Quanto à infração 2, que equivocadamente grafou como 3, trouxe os mesmos argumentos anteriormente expostos. Solicitou que este Colegiado dispensasse o mesmo tratamento dado em relação ao outro Auto de Infração, também já anteriormente comentado.

Em relação às infrações 3 e 4, ratificou o entendimento anterior. Fez as mesmas solicitações quanto à decisão dos autos.

VOTO

A primeira infração do Auto de Infração exige ICMS apurado através de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias. Foram apuradas diferenças de entradas e saídas de mercadorias, sendo o valor das saídas superiores ao das entradas, base de cálculo da cobrança do imposto.

O defendente demonstrou, baseado nas cópias do levantamento, de que havia duplicidades de lançamentos de notas fiscais de entradas, as indicando e que foram, quando da informação fiscal, analisadas e todas retiradas. Diante desta situação, entendeu que o levantamento quantitativo se provou frágil e inseguro, devendo ser decidido pela sua nulidade. Este é argumento, diante das determinações legais, que não pode ser acolhido. Todos os equívocos existentes foram sanados e o imposto calculado corretamente. O autuado teve conhecimento da modificação do débito, inclusive se pronunciando e não trazendo aos autos qualquer outra prova material que pudesse modificá-lo. Com base no § 1º do art. 18 do RPAF/99 (Dec nº 7.629/99) mantenho a irregularidade apurada no valor de R\$37.021,50.

A infração 2 trata da exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão de o autuado ter transmitido, via Sistema SINTEGRA, os arquivos magnéticos referentes aos meses de outubro a dezembro de 2000, exercício de 2002, outubro a dezembro de 2003 e janeiro a julho de 2004 sem o Registro 60R. O impugnante apensou aos autos parte dos comprovantes de entrega dos arquivos magnéticos ora reclamados e, para aqueles não entregues, por problemas operacionais, discordou da multa aplicada, entendendo que ela deveria ser a determinada no art. 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, pois a infração, expressamente registrada no final de sua descrição, refere-se ao descumprimento da apresentação dos arquivos magnéticos, quando intimado.

De acordo com o Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, o contribuinte é obrigado a apresentar, em arquivo magnético, todos os dados referentes às suas operações de entradas e saídas de mercadorias, cujas determinações a ele concernentes estão ali insertas. Também foi confeccionado, apensado a este Convênio, Manual de Orientação, onde estão estabelecidas todas as instruções de formas e procedimentos aos arquivos magnéticos afetos. Estas determinações e orientações foram inseridas no RICMS/97 e no seu Anexo. Como o contribuinte promove vendas de mercadorias por meio de ECF, deve informar tais operações através do registro tipo 60, que se subdivide em 60A (analítico), 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 através de ECF neste registro discriminadas devem, obrigatoriamente, constar na Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA, entregue ao fisco estadual. Sua ausência, inclusive, inviabiliza todo o objetivo da criação e obrigação do envio dos arquivos magnéticos, mensalmente, ao fisco estadual, pois sem ele não se poderá desenvolver qualquer roteiro normal de fiscalização, nele baseado. O RICMS/97 trata da questão nos seus art. 708-A e 708-B e a Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, XIII-A, “g”, determina textualmente (redação atual da aliena “g” dada pela Lei nº 9.430, de 10/2/2005, efeitos a partir de 11/2/2005):

Art. 42

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas 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 tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;

Diante destas determinações e dos esclarecimentos feitos, o registro tipo 60R não pode, em qualquer hipótese, ser omitido, como ficou provado através dos arquivos enviados.

Com a competência legal que dispõe, o fisco estadual solicitou a apresentação dos arquivos magnéticos (fl. 8) e expediu nova intimação para que fosse sanada a irregularidade detectada (fl. 9) – Intimações em 8/6/2004 e 31/8/2004. O contribuinte não cumpriu as determinações legais.

Entretanto, analisando o Relatório da Relação dos Arquivos recepcionados (fls. 207/213) o Registro 60R está “zerado” nos meses de outubro a dezembro de 2000, nos meses de abril a dezembro de 2002. Nos meses de janeiro a março de 2002 foram informados valores neste registro e para os demais meses não existe relatório. Como a autuação se baseou neste relatório, entendendo que a cobrança da multa nos meses de janeiro a março de 2002 deve ser excluída da autuação. Quanto aos meses que não estão apontados no relatório (outubro a dezembro de 2002, outubro a dezembro de 2003 e janeiro a julho de 2004) o contribuinte trouxe aos autos os arquivos recepcionados pelo Sintegra em 3/10/2003 referentes a outubro a dezembro de 2002 e novembro e dezembro de 2003, recepcionados em 20/8/2004 (fls. 594/6602 e 627/630). Nestes, consta o envio do Registro tipo 60A, porém não o do Registro tipo 60R.

Quanto à aplicação da multa determinada no art. 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96 sobre os arquivos magnéticos não enviados, conforme pleiteou o defendente, na situação da irregularidade ora discutida, não pode ser aplicada, uma vez que existe multa legal específica para a infração cometida. E, em relação as decisões dos Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco, da 2ª Instância deste Colegiado, no Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, pode ter sido situação, naquele processo, de natureza diversa à presente.

Por tudo exposto, subsiste em parte a ação fiscal no valor de R\$41.798,92, com a exclusão da multa dos meses de janeiro a março de 2002.

A infração 3 diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a abril de 2004. O autuado calculou o imposto devido com alíquota de 17% ao invés de 25%.

A ação fiscal foi desenvolvida após ter sido denegado o pedido do impugnante, através de Mandado de Segurança impetrado na 9ª Vara da Fazenda Pública, para que o fisco estadual se abstinhasse de cobrar o ICMS sobre as operações de vendas das deo-colônias e desodorantes colônias da marca “O Boticário” (Autos nº 9.645.563/2003), mercadorias autuadas.

A defesa se pauta de que as mercadorias em lide não poderiam ser classificadas como “perfumes” e sim como “desodorantes”, portanto, sua classificação é a de higiene pessoal.

O fato gerador da irregularidade em discussão tem larga discussão neste Conselho de Fazenda, com entendimento uniforme a respeito do mesmo e com base na legislação estadual.

Determina a Lei nº 7.014/96:

***Art. 15.** As alíquotas do ICMS são as seguintes:*

***I** - 17% (dezessete por cento):*

.....

***Art. 16.** Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

***II** - 25% nas operações e prestações relativas a:*

.....

***h)** perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;*

O RICMS/97, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos (art. 51, II, “h”). Diante da norma tributária vigente, sobre as mercadorias autuadas deve ser aplicada a alíquota de 25%. Esta foi, inclusive, a resposta dada ao impugnante quando realizou consulta a esta Secretaria da Fazenda (Parecer GECOT nº 1.909/98). Por fim, resalto que tal definição teve por base a própria 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 de 5 de janeiro de 1977, em seu artigo 3º, que regulamentou a citada lei.

Mantenho a autuação no valor de R\$32.785,62.

A infração 4 diz respeito a falta de recolhimento dos dois pontos percentuais adicionais à alíquota de ICMS incidentes sobre os produtos especificados no art. 51, II, “h” combinado como o art. 51-A, II, do RICMS/97 nos meses de janeiro a abril de 2004 e relativo às mercadorias levantadas na infração 3 do presente Auto de Infração. O impugnante entendeu que este Colegiado poderia evitar a manutenção desta infração, vez que havia concluído sem amparo legal a lei estadual, pois flagrantemente contrária às normas dos art. 82, § 1º e art. 83 do ADCT da CF, com a redação da EC 31/2000. Observou que a situação limitava a eficácia do art. 51-A do RICMS do Estado da Bahia e que no momento não se tratava de discutir a sua constitucionalidade ou não. Informou que por conta da Agln 3654.2003, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão prolatada em 19/2/2004, assim se posicionou.

De fato, neste foro administrativo não se pode discutir a constitucionalidade ou não da lei e normas estaduais e sim aplicá-las. Quanto à decisão de Tribunal de outro Estado, esta posição, neste Estado, não pode ser recepcionada.

No mais, determina o art. Art. 16-A da Lei nº 7.014/96:

Art. 16-A. Durante o período de 1º de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados no inciso II e IV do artigo anterior, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O RICMS/97, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos indicados no art. 51, II, "h". Diante da norma tributária vigente, sobre as mercadorias levantadas deve se aplicada o percentual de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza. Mantenho a autuação no valor de R\$8.196,41.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração para exigir o ICMS no valor de R\$78.003,53, mais a multa no valor de R\$41.798,92.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147072.0014/04-4**, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$78.003,53**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$37.021,50 e de 60% sobre o valor de R\$40.982,03, previstas no art. 42, III, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$41.798,92**, sendo R\$2.260,30 atualizado monetariamente e R\$39.538,62 com os acréscimos legais, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, do citado Diploma Legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2005

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR