

PROCESSO - A. I. Nº 108875.0010/04-4
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA. (O BOTICÁRIO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0342-03/05
ORIGEM - INFAS IGUATEMI
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-11/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** 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, a de saídas. Refeitos os cálculos, o valor originalmente apurado ficou reduzido. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de entradas superior ao das saídas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos Recursos. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados em arquivos magnéticos. Infração comprovada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO POR FALTA DE INCLUSÃO DO PERCENTUAL DESTINADO AO COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. Mantido o lançamento do crédito tributário. Suspensa a sua exigibilidade até a decisão da lide no âmbito do poder judiciário. Recurso **PREJUDICADO** em relação às infrações 4 e 5 (itens 3 e 4). Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO** quanto às infrações 1, 2 e 3 (itens 1 e 2). Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 3ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração lavrado em 30/09/2004, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício de 2001, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, o das saídas. Valor do débito: R\$52.781,67.
2. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração 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, no exercício de 2002. Valor do débito: R\$25.290,15.
3. 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. Consta, ainda, que o autuado não entregou os arquivos magnéticos contendo o registro 60R, referente aos meses de outubro a dezembro de 2003 e de janeiro a julho de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$25.259,25
4. Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a julho de 2004. Valor do débito: R\$53.310,77.
5. Deixou de recolher o imposto destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, no período de janeiro a julho de 2004. Valor do débito: R\$13.327,71

Sustenta a Decisão recorrida que:

- fica rejeitado o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.
- o autuado alega a existência de equívoco quanto às citadas infrações 01 e 02, porque identificou diversas notas fiscais repetidas, e argumenta que tal fato gerou distorções no resultado do levantamento fiscal.
- de acordo com a informação prestada pelo autuante (fl. 1117), foram acatados os questionamentos do autuado, relativamente às notas fiscais e itens de mercadorias que estavam em duplicidade, por erro nos arquivos do contribuinte.

O autuante informou que efetuou os necessários ajustes em decorrência das comprovações que foram acatadas apurando o ICMS devido na primeira infração de R\$44.560,16 (exercício de 2001) e R\$27.656,48 para a segunda infração (exercício de 2002).

Vale ressaltar, que a repartição fiscal enviou ao contribuinte, cópias da informação fiscal e respectivos demonstrativos (fls. 1117 a 1157), sendo concedido o prazo de 10 dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo. Entretanto, decorrido o prazo concedido, não foi apresentado qualquer pronunciamento pelo defendant.

- considerando que na revisão efetuada pelo autuante foi apurado à fl. 1154, o valor de R\$27.656,48, e, originalmente o débito indicado no Auto de Infração é de R\$25.290,15, vota pela Procedência desta infração, e representa à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal e exigir o valor remanescente, de R\$2.366,33 (27.656,48 – 25.290,33).
- em relação à infração 3, o autuado reconheceu que parte dos arquivos não foi entregue por problemas operacionais, discordando da multa aplicada, estabelecida no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, por entender que a sua conduta refere-se à falta de atendimento a

intimação para apresentação dos arquivos magnéticos, por isso, ao invés da multa indicada no citado dispositivo legal, entende que deveria a fiscalização ter aplicado a multa com base no inciso XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, ou seja, a multa seria de R\$180,00. Disse que essa pretensão já foi analisada por este CONSEF, no julgamento decorrente do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, lavrado contra contribuinte diverso.

- observa que o art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686. A legislação exige que o contribuinte mantenha guardados todos os dados relativos às suas operações realizadas, e as informações devem ser apresentadas de acordo com as especificações técnicas vigentes na data de entrega dos arquivos magnéticos.
- a multa está sendo aplicada porque o autuado não atendeu à intimação à fl. 10, solicitando a apresentação dos arquivos magnéticos com o Registro 60R (relativo a operações com mercadorias ou serviços registradas em ECF), fato reconhecido pelo autuado nas razões de defesa, ficando caracterizado o cometimento da infração apontada pelo autuante.
- quanto à Decisão do CONSEF citada nas razões de defesa, entende que se trata de situação diversa, conforme comprova a intimação acostada aos autos (fl. 10), e em diversos outros julgamentos as decisões proferidas foram no sentido de considerar procedente a aplicação da multa, como ocorreu no presente processo. Portanto, entende que está correta a multa nos moldes como foi exigida, consoante os cálculos efetuados à fl. 530 dos autos.
- no que diz respeito à infração 04, o autuado alegou que embora o CONSEF já tenha proferido decisões no sentido de que a alíquota correta para o tipo de produto objeto da autuação é 25%, impetrou Mandado de Segurança, sendo a liminar concedida revogada, mas interpôs Recurso. Disse que pretende continuar discutindo a infração apontada, se este CONSEF não rever sua posição, ou se o Poder Judiciário não devolver os efeitos da liminar.
- em relação ao argumento do contribuinte de que está discutindo a infração apontada no âmbito do Poder Judiciário, observa que não foi trazido aos autos qualquer documento que comprove tal argumento. Ademais, nos julgamentos administrativos neste CONSEF, prevalece o entendimento de que as liminares não evitam o lançamento fiscal, haja vista que a concessão de liminar não impede o Fisco de exercer o seu dever de autuar, sob pena de responsabilidade funcional. Assim, a Decisão proferida é no sentido de que seja constituído o crédito tributário em definitivo e antes da inscrição do débito em dívida ativa, que sejam pesquisados os andamentos dos Mandados de Segurança. No caso em exame, não houve comprovação da existência de Decisão judicial; a exigência fiscal é decorrente de recolhimento efetuado a menos pelo autuado, tendo em vista que foi apurado erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de deocolônias, uma vez que o contribuinte aplicou a alíquota de 17%.
- o art. 51, inciso II, alínea “h”, RICMS/97 está de acordo com o art. 16, inciso II, alínea “h”, da Lei 7.014/96, encontrando-se detalhados os produtos, perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deo-colônia.

Assim, pelos dispositivos legais acima mencionados, verifica-se que perfumes (extratos) e águas-de-colônia e deo-colônias são produtos que estão enquadrados na mesma categoria em nossa legislação, e por isso, entende que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que foi considerada no levantamento efetuado pelos autuantes a alíquota de 25% para as operações internas no exercício fiscalizado. Portanto, considera subsistente esta infração, tendo em vista a previsão legal de que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas.

- quanto à infração 5 de acordo com as alegações defensivas, o referido adicional deveria incidir apenas sobre produtos e serviços supérfluos definidos em lei federal que ainda não foi editada, por isso, o recorrente entende que a omissão do legislador federal em definir os produtos supérfluos para efeito da incidência desse adicional de 2% limita a eficácia do art. 51-A, do RICMS/97, e este órgão julgador pode evitar a manutenção desta infração.

Observa que o adicional em comento está previsto no art. 16-A, da Lei nº 7.014/96.

- o autuado reconhece que não está recolhendo o imposto, sob alegação de ineficácia da legislação estadual. Quanto a esse questionamento do autuado, observa que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade de dispositivo regulamentar, consoante o art. 167, do RPAF/99. Assim, mantém a exigência fiscal.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega, preliminarmente, a nulidade do lançamento quanto às infrações 1 e 2, pois os demonstrativos seriam inexatos.

No mérito, afirma que a multa aplicada à infração 3 estaria errada, pois incidiria, sim, àquela prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96. Ademais, não teria sido intimado para regularizar as divergências apuradas nos registros TIPO 50 e 54 apresentados à Fiscalização.

No que se refere à infração 4, afirma a existência de liminar, concedida no Mandado de Segurança nº 96455563/03, que reconheceria aplicação da alíquota 17% às deo-colônias e desodorantes corporais; da mesma forma, existiria ação judicial questionando a legalidade do tributo cobrado no item nº 5 do lançamento.

Instada a se manifestar a representante da PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, quanto aos itens 1 e 2. Isto porque, o lançamento foi devidamente respaldado em demonstrativos detalhados dos débitos e documentos fiscais que evidenciam as infrações, não existindo, portanto, omissões que acarretem sua nulidade.

No mérito, entendo que os ajustes feitos pelo autuante nas infrações 1 e 2 em decorrência das comprovações feitas pelo recorrente, devem ser mantidos e, por conseguinte, julgadas procedentes as referidas infrações, uma vez que intimado para se manifestar o recorrente permaneceu silente.

Outrossim, considerando que na revisão efetuada pelo autuante foi apurado à fl. 1154, o valor de R\$27.656,48, e, originalmente o débito indicado no Auto de Infração é de R\$25.290,15, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal e exigir o valor remanescente, de R\$2.366,33 ($27.656,48 - 25.290,33$).

Quanto à infração 3, entendo que não procede a alegação do recorrente de inadequação da multa aplicada. Sustenta o recorrente que a multa aplicada pela não apresentação dos arquivos magnéticos deve ser substituída pela não apresentação, após intimação, de documentos fiscais.

Ocorre que no presente caso não foram apresentados arquivos magnéticos contendo informações sobre entrada e saída de mercadorias do estabelecimento comercial, infração esta que prevê multa específica. E pelo princípio da especialidade, impõe-se, portanto, a sua incidência.

Por fim, em relação às infrações 4 e 5, partilho do entendimento da ilustre representante da PGE/PROFIS, no sentido de que o processo administrativo deve ser extinto em relação a elas, já que estão sendo discutidas na esfera judicial.

Ante o exposto, entendo como PREJUDICADO do Recurso Voluntário em relação às infrações 4 e 5, e pelo NÃO PROVIMENTO das infrações 1, 2 e 3, para que seja mantida a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** em relação às infrações 4 e 5, e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado quanto às infrações 1, 2 e 3, apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108875.0010/04-4, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA. (O BOTICÁRIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$136.488,79**, acrescido das multas de 60% sobre R\$66.638,48, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96; 70% sobre R\$69.850,31, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$25.259,25**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 9.159/04, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser intimado o recorrente na forma regulamentar e, em seguida, encaminhados os autos à PGE/PROFIS para as providências de sua alçada, até decisão final da lide na esfera judicial, relativamente às infrações 4 e 5.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS