

PROCESSO - A. I. Nº 147072.0014/04-4
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA. (O BOTICÁRIO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0092-04/05
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0110-11/06

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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário apresentado refere-se ao Auto de Infração, lavrado em 30/9/2004, o qual reclama ICMS no valor de R\$85.084,03, acrescido das multas de 60% e 70%, mais a penalidade no valor de 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 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. Deixou de recolher os dois pontos percentuais adicionais à alíquota do ICMS, incidentes sobre os produtos especificados no art. 51 inciso II alínea ‘h’ combinada com o art. 51^a inciso II do RICMS/BA – R\$8.196,41 (janeiro a abril de 2004).

A ilustre JJF diz da primeira infração do Auto de Infração que foram apuradas diferenças de entradas e saídas de mercadorias, sendo o valor das saídas superior ao das entradas, e foi esta a base de cálculo da cobrança do imposto. O deficiente demonstrou que havia duplicidades de lançamentos de notas fiscais de entradas, as quais foram, quando da informação fiscal, analisadas e todas retiradas. Assim, entendeu o lançamento quantitativo frágil e inseguro, e deveria ser nulo. Indicam os srs. Julgadores que frente às determinações legais, este argumento não pode ser acolhido, eis que os equívocos foram sanados e o imposto calculado corretamente, e que o autuado teve conhecimento da modificação do débito, inclusive se pronunciando, porém, não carreando ao PAF qualquer outra prova material que pudesse ser considerada. E conforme o § 1º do art. 18 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) os ilustres julgadores mantêm a irregularidade apurada no valor de R\$37.021,50.

Passam ao comento da infração 2, referente à multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão de o autuado ter omitido, na transmissão via Sistema SINTEGRA, nos 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, o Registro 60R. O impugnante apensou aos autos parte dos comprovantes de entrega dos arquivos magnéticos ora reclamados e, para aqueles que não foram entregues, sob alegação de problemas operacionais, discordou da multa, dizendo entender que deveria ser a determinada no art. 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, pois a infração refere-se ao descumprimento da apresentação dos arquivos magnéticos, após intimado.

Citam o Convênio ICMS 57/95 e suas alterações, o qual dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados: este 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. Subsidiaram a informação de que também foi confeccionado, apensado a este Convênio, Manual de Orientação, onde estão estabelecidas todas as instruções de formas e procedimentos aos arquivos magnéticos, e que as mesmas foram inseridas no RICMS/97 e no seu Anexo. Como ocorre o contribuinte promover vendas de mercadorias por meio de ECF, 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. Assim, continuam os i.julgadores, as operações de vendas através ECF neste registro discriminadas devem, obrigatoriamente, constar na Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA, entregue ao fisco estadual. E que sua ausência provocará o não desenvolvimento de qualquer roteiro normal de fiscalização. Aduzem que 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;

Concluem após estes esclarecimentos, que o registro tipo 60R não pode, em qualquer hipótese, ser omitido, e com a competência legal que dispõe, o fisco estadual solicitou, na presente lide, 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.

Da análise do Relatório da Relação dos Arquivos recepcionados (fls. 207 a 213), observam os ilustres julgadores que o Registro 60R está “zerado” nos meses de outubro a dezembro de 2000, e 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. Dizem que como a autuação se baseou neste relatório, a multa relativa aos meses de janeiro a março de 2002 deve ser excluída da autuação. Com respeito 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. 594/660 e 627/630). Nestes, consta o envio do Registro tipo 60A, porém não o do Registro tipo 60R.

Abordando a aplicação da multa determinada no art. 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96 sobre os arquivos magnéticos não enviados, julga a ilustre JJF que ao pleito do defendant, na situação da irregularidade ora discutida, não cabe sua aplicação, em virtude da existência de multa específica para a infração cometida. Comentam com relação às citadas 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, poder ter tido aquele processo situação de natureza diversa à presente.

Julgam pela subsistência em parte da ação fiscal no valor de R\$41.798,92, com a exclusão da multa dos meses de janeiro a março de 2002.

Passam a análise da infração 3, motivada por recolhimento a menos do ICMS por erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias escrituradas nos meses de janeiro a abril de 2004, por ter aplicado a alíquota de 17% ao invés de 25%.

Esclarecem que 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 abstivesse 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.

E que a defesa se pauta na tese de que estas mercadorias não poderiam ser classificadas como “perfumes” e sim como “desodorantes”, portanto, sua classificação é a de higiene pessoal.

Larga tem sido a discussão neste Conselho de Fazenda, com entendimento uniforme a respeito do mesmo e com base na legislação estadual.

À guisa de esclarecimento, citam 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;

Informam em seqüência que o RICMS/97, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos (art. 51, II, "h"). E que diante da norma tributária vigente, sobre as mercadorias autuadas deve ser aplicada a alíquota de 25%, inclusive tendo sido esta a resposta dada ao impugnante quando realizou consulta a esta Secretaria da Fazenda (Parecer GECOT nº 1.909/98). Ressaltam que 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 diferenciam (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. Mantêm a autuação no valor de R\$32.785,62.

Passam a apreciação da infração 4, relativa à 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. Ressaltam que 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, deu azo a este entendimento.

Dizem os ilustres julgadores que nesta esfera administrativa não se pode discutir a constitucionalidade ou não da lei e normas estaduais e sim aplicá-las.

E, por conseguinte, citam 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.

Ao final de seu julgamento, apontam que o RICMS/97, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos indicados no art. 51, II, "h". Portanto pela norma tributária vigente, sobre as mercadorias levantadas, deve se aplicado o percentual de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza. Mantêm a JJF, a autuação no valor de R\$8.196,41.

E votam 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.

Em Recurso Voluntário à Decisão proferida, advogados prepostos do recorrente vêm aos autos, dizer concordarem com o lançamento da infração 2, seja a multa substituída pela 4ª JJF e que providenciará seu recolhimento logo que concluída esta lide.

Diz o recorrente que à infração 1 foi lavrada a partir de informações do autuado, a qual se penitencia pela inexatidão das mesmas diante da natural dificuldade gerada pela complexidade do sistema. E que na ação fiscal para o período de 2001, alguns meses não foram considerados, destacadamente o de janeiro. Anexa demais documentos (fls. 801 a 918) informando que a ausência desses registros gerou repercussão no estoque e induziu à conclusão de omissão de saídas.

Com referência às infrações 3 e 4, objetos de tradicionais discussões, o recorrente aduz que pretende continuar a questionar a infração ora impugnada, no caso do CONSEF não rever sua posição ou o Judiciário não resolver em definitivo a questão que lhes foi posta.

Em posterior requerimento, fl. 923, o recorrente diz do seu equívoco cometido quando da apresentação do Recurso Voluntário, tendo concordado com a multa da infração 02, substituída pela JJJ, pois sua real pretensão era a de reiterar a substituição dessa multa, para a prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7014/96. Encerra seu petitório corrigindo o quanto requerido, qual seja ver substituída a multa desta infração 02 para a citada acima, haja vista o julgamento do Auto de Infração no. 147072.0013/04-8, dizendo que os elementos básicos em que se apoiaram as autuações, foram os mesmos. E pelo princípio da igualdade, há no presente caso até a identidade comum das partes.

A PGE/PROFIS anue em seus termos o Parecer ASTEC nº 0185/2005, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário em relação ao item 1 do Auto de Infração em comento, à vista do recorrente ter renitido em suas argumentações, da inexistência de prazo hábil para atendimento a intimação, embora diversas aberturas de prazos tenham sido concedidas para esse mister.

Com referência à infração 3, diz duto procurador que conforme análise da 4ª JJJ, ser pacífico o entendimento no CONSEF, com suporte no art.15 da Lei nº 7014/96, bem como das demais Leis esparsas, que a alíquota aplicável é a de 25%, inclusive este entendimento tem sido ratificado pela Procuradoria em lides coincidentes a esta.

Em relação à infração 4, o ilustre procurador cita que julgar constitucionalidade de Normas vigentes extrapola o âmbito administrativo, mantendo-se, assim, a legalidade da imputação contida no lançamento fiscal.

E nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

A infração 1 decorre de diferenças no quantitativo levantado, onde apurou-se saídas de mercadorias superiores às entradas, base para cálculo do imposto. O recorrente indicou existência de irregularidades, por duplicidades de lançamentos de notas fiscais de entradas, e em virtude disto entendeu que o mesmo deveria ser anulado tendo em vista a fragilidade e a insegurança da autuação.

Dentro desta infração 1, frente à contestação do recorrente quanto a não ter sido considerados informes pertinentes a alguns meses de 2001, com destaque para janeiro desse ano, foi requerida Diligência à ASTEC para revisão de informações de todas as entradas e saídas de mercadorias no ano de 2001. O Parecer de nº 0185/2005, narra a impossibilidade de realização dessa tarefa, tendo em vista o não fornecimento de dados por parte do recorrente, embora tenha sido intimado e recebido prazo para este mister.

Verifico que houve saneamento de todas discrepâncias aventadas, e o autuado teve conhecimento da modificação do débito original, tendo se pronunciado, porém não carreado aos autos qualquer prova que pudesse modificar o lançamento, pelo que voto pela manutenção desta infração no valor de R\$37.021,50.

A infração 2, refere-se à multa por descumprimento de obrigação acessória, em virtude de não terem sido transmitidos arquivos 60R do SINTEGRA. O fisco estadual solicitou esses arquivos (fl. 8), expediu nova intimação (fl. 9) datadas de 8/6 e 31/8/2004, e o recorrente não atendeu ao quanto solicitado. O RICMS/97, art. 708-A e 708-B, e a Lei nº 7014/96, art. 42 inc. XIII-A, “g”, determina a atribuição de 1% de multa a ser aplicada sobre o valor das saídas de mercadorias em cada período de apuração, quando do não fornecimento, mediante intimação, do arquivo magnético ou pelo fornecimento em padrão diferente do previsto em legislação, ou ainda em forma diversa que

impossibilita a sua leitura, os quais deverão conter a totalidade de entradas e de saídas de mercadorias. Assim, não cabe acolhimento ao requerido, quanto à substituição da multa desta infração pelo recorrente.

Em virtude da utilização de equipamento fiscal (ECF), obrigatoriamente devem ser informadas mensalmente tais operações havidas através os registros tipo 60, os quais se subdividem em 60A (analítico), 60M (mestre) e 60R (resumo do item).

Conseqüentemente, o registro 60R, consoante restou provado, não poderia ter sido omitido, dando-se azo a que a multa acima especificada seja aplicada, com o que concordo; porém, observada a prestação de informes em questão relativos aos meses de janeiro a março de 2002, a infração em comento foi corretamente reduzida para R\$41.798,92, valor este que deve ser mantido.

Com relação à infração 3, observa-se longa e farta discussão com este CONSEF, com predominância ao entendimento uniforme quanto à correta classificação do produto, prevista no art.16, inc. II, “h”, da Lei nº 7014/96, com a resultante alíquota de 25%, cabendo destacar neste sentido o Parecer GECOT nº 1909/98 respondendo neste sentido a consulta deste próprio recorrente. Mantendo a infração lançada, no valor de R\$32.785,62.

A infração 4 não pode ser contestada, tendo por foco a Lei nº 7014/96, art. 16-A, o qual prescreve para o período compreendido de 1/01/2002 ate 31/12/2010, o acréscimo de dois pontos percentuais às alíquotas incidentes nas operações indicadas no art. 15 inciso I da citada Lei, aplicáveis aos produtos relacionados nos incisos II e IV, cuja arrecadação será destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Referido lançamento compreendeu as saídas ocorridas de janeiro a abril de 2004, de mercadorias apuradas na infração 03 do presente Auto de Infração. O valor da autuação para este item é de R\$8.196,41 com o qual concordo.

O meu voto, portanto, é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 147072.0014/04-4, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA. (O BOTICÁRIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$78.003,53**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$37.021,50 e 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**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, do citado Diploma Legal, acrescentado pela Lei nº 9.159/04, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS