

PROCESSO - A. I. Nº 206837.0007/06-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FARMÁCIA MORIMOTO LTDA.
(PHARMACIA ARTE FÓRMULAS)
RECORRIDOS - FARMÁCIA MORIMOTO LTDA. (PHARMACIA ARTE FÓRMULAS) e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0059-04/07
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0389-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIA E DROGARIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com o art. 371, inciso I, alínea “c” do RICMS/97, os estabelecimentos inscritos como farmácia, drogaria, ou casas de produtos naturais estão sujeitas ao pagamento do imposto antecipado na entrada no território baiano de qualquer mercadoria, salvo existência de regime especial para recolhimento na entrada no estabelecimento. Comprovado o pagamento do imposto antes da ação fiscal. Infração insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias para o ativo fixo do estabelecimento. Infração não caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração parcialmente caracterizada. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Diante do regime tributário a que se encontrava enquadrada a empresa autuada à época dos fatos geradores, esta infração não pode subsistir. De ofício, infração desconstituída. Modificada a Decisão recorrida. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. MULTA. Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de Livros Fiscais (SEPD) deverão entregar, ao Fisco, quando intimado, os arquivos magnéticos com registro fiscal (por item de mercadoria) dos documentos emitidos por qualquer meio, contendo a totalidade das operações de entradas, de saída e das prestações efetuadas. Infração subsistente, porém com fulcro no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a multa foi reduzida para 10% do valor exigido na autuação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0059-04/07, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo

contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2006, exigiu ICMS no valor de R\$34.938,78, acrescido da multa de 60%, mais multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$37.225,64 pela constatação das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação - R\$29.445,87.
2. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$5.492,91.
3. Deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$20.087,30.
4. Deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias não sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$175,05.
5. Forneceu informações através de arquivos magnéticos, exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, referente aos exercícios de 2002 e 2003. Multa no valor de R\$16.963,29.

A 4ª JFJ diante dos documentos apresentados pela empresa e da conclusão a que chegou a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, decidiu que as infrações 1 e 2 restaram descaracterizadas, já que houve comprovação de que o imposto havia sido recolhido antes da ação fiscal.

Quanto à infração 3, entendeu que a diligência apontou saldo remanescente de ICMS no valor de R\$785,04, com o qual concordou. De igual forma, houve o entendimento de ser correto o valor de R\$ 155,10, referente à infração 04, conforme indicado pela ASTEC/CONSEF.

Por fim, no que tange à infração 05 (arquivos magnéticos), ela foi considerada totalmente procedente, em obediências às determinações do art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, equivalente a 5% sobre a soma das entradas de mercadorias, bem como dos serviços tomados e realizados, omitida de arquivos magnéticos exigidos na legislação, limitada a 1% das saídas do estabelecimento, já que de acordo com o artigo 685 combinado com o artigo 708 e seus parágrafos, do RICMS/97, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitado, no prazo de cinco dias úteis contados da data do recebimento da intimação, documentação minuciosa, completa e atualizada dos arquivos magnéticos com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio inerente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias de cada mês, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega, estabelecidas no Convênio ICMS 57/95, atualizado pelo Convênio ICMS 39/00, cuja entrega deve ser feita na repartição fazendária mediante recibo. Já o artigo 686 prevê a obrigatoriedade do fornecimento dos arquivos magnéticos por total de documento e por item de mercadoria.

Não foi acatado o argumento de defesa de que o autuante não havia lhe concedido prazo exequível para que fosse realizada a verificação das informações que constavam como irregulares, pois, conforme documento anexo ao PAF à pág. 09/10, o contribuinte foi intimado a regularizar os seus arquivos magnéticos, sendo-lhes concedido prazo de 30 dias para a apresentação das informações corretas em meio magnético.

Ao tomar conhecimento da decisão da 4ª JFJ (fls. 478/479), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fl. 484).

Em relação às infrações 1, 2, 3 e 4, disse ratificar sua defesa inicial. As notas fiscais foram devidamente escrituradas e o imposto regularmente recolhido. Observou que informou ao SINTEGRA a respectiva escrituração dos documentos fiscais, conforme recibos de entrega já apensados aos autos.

Em relação à infração 5, disse que quando transmitiu os arquivos, o SINTEGRA não informou erros nem inconsistências, validando as informações, conforme recibos já citados. Entendeu, ainda, que somente as empresas que emitem notas fiscais por processamento de dados são obrigadas a transmitir os arquivos magnéticos, o que não era o seu caso.

Solicitou a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS emitiu parecer (fl. 490) não dando provimento ao recurso interposto, já que nada de novo havia sido apresentado pelo recorrente para reformar a Decisão recorrida. Entendeu que a diligência efetuada no curso da instrução do processo robusteceu a procedência do auto de infração, não sendo elidida por prova contrária produzida pelo recorrente nos termos dos arts. 140 c/c e 143 do RPAF.

Na assentada de julgamento, na sessão de 11/12/2008, o advogado da empresa, informou que estava, naquele momento, renunciando ao teor do Recurso Voluntário interposto. No entanto, se apresentava para solicitar a redução da multa aplicada relativa ao item 05 do Auto de Infração (arquivos magnéticos). Invocando o princípio da proporcionalidade, solicitou que ela fosse reduzida em 90% do valor originalmente exigido.

Por sua vez, a procuradora representante da PGE/PROFIS, em manifestação oral, opinou pelo Não Provimento do pedido feito pelo representante do recorrente, em razão de ser a atividade tributária vinculada à lei e que, na situação, houve prejuízo à fiscalização.

VOTO

Acatada pelos membros da 2ª CJF a solicitação do representante da empresa que desconsiderasse o Recurso Voluntário interposto anteriormente e que considerasse tão-somente aquele que, no momento, estava apresentando oralmente, passo ao meu pronunciamento.

O presente processo trata de Recurso de Ofício em relação às infrações 1, 2, 3 e 4. A infração 5 diz respeito, exclusivamente, ao Recurso Voluntário já que a 4ª JJF decidiu pela sua total procedência não havendo sucumbência do Estado neste item do auto de infração.

Aprecio, em primeiro lugar, o Recurso Voluntário interposto.

A infração 5 trata da exigência de multa pela entrega de arquivos magnéticos com omissões de informações nos exercícios de 2002 e 2003.

Observe que o contribuinte é usuário de processamento eletrônico (SEPD) de livros fiscais desde 2000 e para emissão de nota fatura até 2007, além de ser usuário de ECF. Portanto, obrigado a enviar à Secretaria da Fazenda os arquivos magnéticos, conforme determina a legislação tributária desde Estado.

Estando obrigado a gerar os arquivos magnéticos, o art. 686, no seu § 5º estabelece que o contribuinte deverá fornecer arquivo magnético contendo as informações previstas no referido artigo, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega, estabelecidas no Convênio ICMS 57/95 e 39/00. Indo adiante, o art. 699 da norma regulamentar determina que o armazenamento do registro fiscal em meio magnético é disciplinado pelo Manual de Orientação para Usuários de Sistema de Processamento de Dados de que trata o Convenio ICMS 57/95. Além destas obrigações acessórias, o Decreto nº 7886 de 29/12/00 indicou procedimentos para os contribuintes usuários do sistema eletrônico de processamento de dados de livros e documentos fiscais, como exemplo, a obrigatoriedade do envio dos arquivos magnéticos, mensalmente, à SEFAZ, conforme cronograma que estabeleceu. Estas determinações foram inseridas no RICMS/97, no seu art. 708-A.

No mais, a fiscalização obedeceu à norma regulamentar. O recorrente teve 30 dias para corrigir todas as inconsistências detectadas pelo fisco, não o fazendo. Desta forma, a infração está provada.

No entanto, alguns aspectos devem ser analisados.

Em relação à análise feita pelo autuante nos arquivos magnéticos transmitidos pelo recorrente (fl. 9), constata-se que mesmo com inconsistências, o recorrente apresentou os registros tipo 50 e 54 que tratam das entradas de mercadorias. Não se pode saber, pelos documentos apensados aos autos, se o valor apresentado no registro tipo 54 (analítico) foi maior ou menor daquele tipo 50 (sintético). O autuante informa que existiam valores no registro tipo 54, porém nos documentos que acosta ao processo (fls. 302/320) este registro está zerado.

Esta situação é parecida com os registros de saídas. O autuante informa que as notas fiscais de saídas não foram inseridas nos arquivos. De fato, todos os registros tipo 60 não estão gerados (cupons fiscais) mais o registro tipo 61 (notas fiscais emitidas manualmente) possui registros.

O registro tipo 74 (inventário) passou a ser exigido pelo fisco baiano somente a partir de 14/2/2005, com a edição do Decreto nº 9.332/05. Por consequência, não existe divergência a ser verificada para os exercícios de 2002 e 2003.

Erros de validação não são puníveis com a multa aplicada.

Além destes fatos, o recorrente era obrigado a recolher o imposto, à época dos fatos geradores, por antecipação tributária em relação a todas as mercadorias comercializadas. Afora que, nos citados exercícios, a legislação, inclusive em relação ao *lay-out* dos arquivos, passou por diversas alterações, o que determinou inúmeros erros nas transmissões destes arquivos.

Por consequência ao exposto, entendo que no caso concreto não restou configurado dolo, fraude ou simulação, embora exista uma infração à legislação tributária. Este órgão colegiado, diante de cada situação apresentada deve adequar a multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. No presente, entendo que ela resta desproporcional com a situação já exposta. Assim, conforme concede o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a multa deve ser reduzida para 10% do valor exigido no auto de infração, ou seja, para R\$1.696,32, sendo dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar em parte a decisão guerreada.

Passo a apreciar o Recurso de Ofício interposto pela JJF.

As infrações 1 e 2 tratam de exigência do ICMS. Na primeira pela falta de recolhimento por antecipação tributária já que o recorrente encontra-se inscrito como farmácia, drogaria, ou casas de produtos naturais, como dispõe o art. 371, inciso I, alínea “c” do RICMS/97. Também pelo fato das mercadorias se encontrarem enquadradas no regime da substituição tributária neste Estado. Na segunda, o recorrente foi acusado de não ter recolhimento o ICMS decorrente da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Os documentos fiscais autuados foram colhidos junto ao sistema CFAMT.

Com a documentação apresentada pela defesa, a ASTEC/CONSEF foi chamada para analisá-la concluindo que o imposto reclamado relativo às notas fiscais autuadas já havia sido anteriormente recolhido (Parecer ASTEC nº 0206/2006 – fl. 461/462). Diante deste quadro, a JJF desconstituiu as infrações ora examinadas. Entendo correta a decisão recorrida. A questão em lide é exclusivamente de provas materiais. Sendo elas apresentadas, nada mais resta a ser comentado. Mantidas as decisões recorridas, ratificando a improcedência das infrações 01 e 02 do auto de infração.

A infração 3 exige multa de 10% e a infração 04 a multa de 1% sobre o valor das operações comerciais realizadas sem a devida escrituração. Após análise feita pela ASTEC/CONSEF ficou provado que somente as Notas Fiscais nºs 66.293, 6.010, 7.451, 289.364, 91.906, 17.306, 22.160 e 9.217, relativas ao exercício de 2002 e as de números 762, 10.673 e 480.807 não se encontravam lançadas no livro Registro de Entradas. Nesta diligência indicou que os documentos fiscais de nºs 289.364 e 91.906 não estavam apensados aos autos, porém calculou a multa de 10% sobre as mesmas. Em relação ao exercício de 2003 não realizou a qualquer cálculo, pois, de igual forma, não os havia encontrado nos autos. A JJF decidiu pela procedência parcial da autuação conforme indicado na diligência.

Em relação a todas as exclusões realizadas e acatadas pela JJF, nada resta a ser comentado, pois, como já exposto, trata de comprovação material dos fatos. Neste sentido, nego provimento ao Recurso de Ofício interposto.

Entretanto, alguns aspectos desta Decisão os entendo equivocados. Desta forma, de ofício, neste momento sano os erros existentes para a correta apuração da multa aplicada.

Analisando as notas fiscais não escrituradas e relativas ao exercício de 2002, constata-se:

1. As Notas Fiscais nºs 289.364 e 91.906 não foram apensadas aos autos pelo autuante, apenas constam na relação do sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda (fls. 30/34). Este CONSEF, em reiteradas decisões, já firmou posicionamento de que uma simples listagem do CFAMT indicando notas fiscais colhidas junto aos postos de fronteiras desta Secretaria da Fazenda não substituem, como meio de prova, os documentos fiscais. Eles devem ser carreados aos autos para que se possa determinar com segurança a infração dita ocorrida. Portanto, as notas fiscais acima relacionadas devem ser excluídas da autuação.
2. As Notas Fiscais nºs 66.293, 6.010, 7.451 e 17.306 fizeram parte do levantamento da infração 01, ou seja, estavam albergadas pelo regime da antecipação tributária e, embora não registradas, o imposto foi recolhido conforme analisado pelo fiscal estranho ao feito da ASTEC/CONSEF. As de nºs 22.160 e 9.217 não foram incluídas no levantamento da infração 01. Acontece que o art. 371, inciso I, alínea “c”, vigente à época dos fatos geradores, determinava que os estabelecimentos inscritos como farmácia, drogaria, ou casas de produtos naturais (caso do recorrente) estavam sujeitos ao pagamento do imposto antecipado na entrada no território baiano de qualquer mercadoria, salvo existência de regime especial para recolhimento na entrada no estabelecimento. Ou seja, qualquer mercadoria adquirida pelo recorrente deveria ter o imposto recolhido antecipadamente. Neste caso, a multa exigida não é de 10% sobre o valor da operação, mas sim de 1%, conforme determina o art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/97, ora vigente e a seguir transcrito.

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

3. Quanto ao exercício e 2003, todas as notas fiscais que comprovadamente não foram escrituradas, de igual forma, também não foram apresentadas pela fiscalização, apenas indicada em uma listagem do sistema CFAMT da Secretaria da Fazenda. Como já exposto, elas não podem permanecer no levantamento fiscal, o que e em consequência, desconstitui a infração 04, já que a base para o cálculo da multa foi a nota fiscal nº 480.807, relativa a este exercício.

Pelo exposto, a multa aplicada na infração 3 passa para o valor de R\$78,50, conforme demonstrativo a seguir e a infração 4 é , em sua totalidade, desconstituída.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 03

NF	DATA	VALOR BASE DE CÁLCULO	MULTA
66293	8/1/2002	509,32	5,09
06010	14/3/202	989,75	9,90
07451	18/4/2002	305,34	3,05
17306	16/7/200	1.322,80	13,23
22160	31/10/2002	3.931,20	39,31
09217	7/11/2002	792,00	7,92
TOTAL			78,50

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para decidir pela procedência da infração 5, porém com a redução da multa para o valor de R\$1.696,32, como dispõe o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto. De ofício, voto pela procedência parcial da infração 3, para exigir a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$78,50 e pela improcedência da infração 4.

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** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0007/06-9**, lavrado contra **FARMÁCIA MORIMOTO LTDA. (PHARMACIA ARTE FÓRMULAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.774,82**, previstas no art. 42, XI e XIII-A, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO CASALLI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS