

A. I. Nº - 114155.0216/09-9
AUTUADO - DROGARIAS E FARMÁCIA PAGUE POUCO LTDA.
AUTUANTE - PAULO CESAR CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET 18.12.2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0365-05/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO DE NOTAS FISCAIS. MULTA. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. 5. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Defesa inepta e ineficaz. Inexistência de nexo entre os fatos objeto da acusação fiscal e os argumentos apresentados na peça defensiva. Redução de ofício da penalidade lançada no item “3” do Auto de Infração. A Lei nº 10.847/07 estabeleceu que a multa aplicável ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento, passaria para 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço. Redução de ofício da penalidade, aplicando-se o disposto no art. 106, II, “c” do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2009, exige multa e ICMS no valor histórico de R\$ 56.701,80, em razão das irregularidades abaixo descritas:

1. Efetuou o recolhimento a menos 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. Essa irregularidade ocorreu no mês de abril, setembro e dezembro de 2004, gerando uma diferença de ICMS a recolher no valor total de R\$7.979,67 (nove mil, novecentos e setenta reais e sessenta e sete centavos), conforme acha-se demonstrado no Anexo I acostado ao presente PAF, cuja cópia reprográfica foi entregue ao contribuinte em 19.02.2009.
2. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Essa irregularidade ocorreu no exercício de 2006, gerando ICMS a recolher no valor de R\$ 23.672,60 (vinte e três mil, seiscentos e setenta e dois reais e sessenta centavos), nos Termos dos Anexos II acostados ao PAF, cuja cópia reprográfica foi entregue ao contribuinte em 19.02.2009.

3. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente de uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Essa irregularidade ocorreu ao longo dos exercícios de 2004, 2005 e 2006, gerando multa fixa a recolher nos valores indicados nos Anexos III, IV e V, acostado ao presente PAF e cujas cópias reprográficas foram entregues ao contribuinte. Valor da penalidade: R\$ 4.749,69. Enquadramento legal: art. 42, inc. XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02. (multa de 5%).
4. Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s), exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Essa irregularidade deveu-se ao fato de que a empresa embora regularmente intimada em 19.02.2009 para correção das inconsistências encontradas nos seus arquivos magnéticos dos exercícios de 2004 (conforme Anexo VI); 2005 (conforme Anexo VII); e 2006 (conforme Anexo VIII), deixou de proceder a devida regularização, sobretudo no que tange à inserção dos Registros 60A; 60M; 61 e 74, razão pela qual aplicou-se a penalidade fixa prevista na Legislação Tributária Estadual. Valor da multa: R\$ 14.779,85. Enquadramento legal: art. 42, inc. XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04.
5. Extraviou Documentos Fiscais. Essa irregularidade deveu-se a falta de apresentação da Nota Fiscal Fatura do nº 001 a 150 e da NFVC do nº 001 ao 1.800, não obstante os Termos de Intimação expedidos em 19.01.2009 e 19.02.2009, razão pela qual aplicou-se a penalidade fixa prevista na Legislação Tributária Estadual. Valor da Multa: R\$ 4.600,00. Enquadramento legal: art. 42, inc. XIX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.
6. Extraviou o(s) seguinte(s) livro(s) Fiscal (is). Essa irregularidade deveu-se a falta de apresentação do livro fiscal RUDFTO (Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências), não obstante os termos de intimação expedidos em 19.01.2009 e 19.02.2009, razão pela qual foi aplicada a penalidade prevista na Legislação Tributária Estadual. Valor da multa: R\$ 920,00. Enquadramento legal: art. 42, inc. XIV, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

O contribuinte, através de seu advogado, regularmente constituído, conforme procuração anexa (doc. fl. 220), ingressou com defesa, às fls. 212 a 219, aduzindo o que segue.

Afirmou inicialmente que a defesa tem como corolário o Art. 5º inciso LV da Constituição Federal e o Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, que regulamentou o Processo Administrativo Fiscal – RPAF, no Estado da Bahia.

A guisa de intróito, destacou que a empresa em comento, “*DAKA AUTO PECAS E SERVICOS LTDA, trata-se de uma microempresa que comercializa, exclusivamente, baterias automotivas, mercadorias estas que estão enquadradas no regime de substituição tributaria, segundo a legislação do ICMS em vigor no Estado da Bahia*” (SIC).

Argüiu em seguida preliminares de nulidade por cerceamento ao direito de defesa pela não apresentação pelos agentes públicos do demonstrativo de débitos que ensejou a formação da base de cálculo descrita no auto de infração.

Frisou que a Administração Pública, bem como seus agentes, estão subordinados aos princípios de direito administrativo e, em especial, aos princípios instituídos no art. 37, caput, da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Assim, a não observância a qualquer dos elementos acima descritos torna qualquer ato administrativo inválido ou, simplesmente, nulo.

Declarou que não obstante o desconhecimento da formação da base de cálculo, bem como do incoerente procedimento do levantamento de estoque procedido pela fiscalização e, consequentemente, da autuação, não podemos crer, data vénia, que esta colenda Corte julgadora não venha a descharacterizar a nulidade do Auto em comento, pelo cerceamento do direito de defesa tão consagrado em nossa Carta Magna, ainda que seja por não preencher requisitos

formais necessários a lavratura do Auto, ou no mínimo pelo desconhecimento do que esta sendo cobrado pela fiscalização, o que se faz representar por um dos mais consagrados Princípios Gerais do Direito, que é o da Segurança Jurídica em um Estado Democrático.

Transcreveu lições doutrinárias do jurista ALMIRO DO COUTO SILVA.

Pontificou que caso a tese de nulidade não seja aceita por esta Corte, no mérito, apontou questões relacionadas ao ICMS incidente sobre operações com baterias automotivas, nos termos abaixo transcritos, “*in verbis*”:

“Inicialmente, o total desconhecimento da Sra. MARIA DO SOCORRO quanto a procedimentos de fiscalização ou a própria legislação do ICMS, pois não era do seu conhecimento que bateria automotiva estava enquadrada no regime de substituição tributária, pois solicitou que a empresa apresentasse os comprovantes de “Antecipação Parcial”, consoante demonstrado através Termo de Intimação de sua lavra que ora juntamos para conhecimento dos Senhores. A propósito doutos Conselheiros, com a apresentação de todas as Notas Fiscais que também acompanham o presente recurso, que foram objeto de todas as operações de entrada da empresa injustiçada, estas não estariam encerradas a fase de tributação? Pois esta é a norma disciplinadora e regulamentadora da legislação do ICMS: com a substituição tributária encerra-se a fase de tributação do imposto.”

É de se observar, ainda, que a absurda e irresponsável cobrança procedida pelos doutos Auditores, que não tiveram o mínimo de cuidado em verificar se o contribuinte estava realmente estocando mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, pois o trabalho que objetivou a autuação, não pode ser efetuado de maneira aleatória, deve, por conseguinte, ser exercido por prepostos da fiscalização da Inspetoria do Varejo, precedida de regramentos criteriosos concernentes a Auditoria de Estoque. Um descuidado perigoso, pois acarreta prejuízos ao autuado e compromete a Segurança Jurídica de um Estado Democrático de Direito.

Ao querer se reclamar a omissão nos recolhimentos e/ou estocagem de mercadorias sem documentação fiscal, para tanto, aplicando-lhes ardilosa autuação, torna-se imperioso que seja fornecido, especificadamente, o levantamento de todo o estoque existente, de acordo com suas referências, confrontando-os com as notas fiscais de entradas para, a partir de então, termos um resultado contabilmente aceito fins de cobrança ou não de multa ou imposto se devidos. A sua inobservância, como já dito, inobstante mitigar princípios norteadores do Direito Administrativo, especificamente os concernentes a validade do ato administrativo, o que torna o Auto de Infração “nulo de pleno direito”, promove, ademais, um cerceamento do direito de defesa, uma que não conhecendo as notas fiscais, prejudica sobremaneira a defesa do autuado, um direito constitucional.

Nobres do Conselho, não foram apresentados o Demonstrativo de Débito que instruiu a formação da Base de Cálculo, simplesmente porque não existe. Foi feito de maneira aleatória, não passando de um arbítrio, ou melhor, um excesso de exação conforme disposição expressa do art. 316 do CPB, caracterizado pela cobrança rigorosa ou excessiva do imposto, como no caso em tela.

“Incivil est, nisi lege prospecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere”. É contra o Direito julgar ou responder sem examinar o texto em conjunto, apenas considerando uma parte qualquer do mesmo (Celso, Digesto, liv I, tít. 3.º, frag 24).

Analogamente: não se pode concluir pela culpabilidade de alguém sem prova cabal da sua infração, sob pena de leviandade e afronta a justiça. Ora, a imposição tributária, como lembra Ives Gandra, “representa apropriação de bens do cidadão” e, portanto, sempre deverá observar os princípios e preceitos constitucionais. Princípios estes que foram envilecidos no auto de infração em lide, conforme resta provar.

A despeito de toda a antiga querela sobre a natureza do ICMS, se é um imposto neutro ou não, se deve ser utilizado para fins extra-fiscais ou não, ou ainda, se pode ou não ser usado como instrumento regulador da economia fomentando ou desencorajando atividades, A Lei nº 7.357, de 04 de novembro de 1998, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, objetiva desonerar a carga tributária, muitas vezes aviltante, sobre os micros e pequenos empresários baianos, os quais, já escorchados pelos custos do próprio negócio lutam, quase que heroicamente, para sobreviver num verdadeiro mar de incertezas.

O espírito da lei se evidencia na expressão do legislador ordinário, quando se descreve:

Art. 1.º Esta Lei disciplina o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado a ser dispensado às seguintes categorias de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS:

I – microempresa;

II – empresa de pequeno porte
III – ambulante

Art. 7º O tratamento tributário instituído nesta Lei consiste na apuração simplificada do ICMS, observado o seguinte:

(...)

II - tratando-se de empresa de pequeno porte, o imposto a ser pago mensalmente será calculado mediante aplicação, sobre a receita bruta mensal, dos percentuais a seguir indicados, a serem determinados em função da receita bruta global ajustada acumulada da empresa desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo que, caso a empresa tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas de mesma condição cadastral, o percentual será determinado em função da receita bruta global ajustada acumulada de todos eles.

Senhores nota-se de plano que a empresa não tem absolutamente nenhum interesse em sonegar imposto, principalmente por seu produto único de comercialização estar enquadrado no regime da substituição tributária. De uma forma geral, não faz sentido uma empresa optante do Simbahia escusar-se de emitir nota fiscal haja vista a já conhecida voracidade e ganância do Fisco do Estado da Bahia em cobrar imposto. A prova dessa voracidade está aqui, em que o ônus da prova é do contribuinte, contrariando todos os princípios jurídicos existentes, ou seja, a Fazenda simplesmente exige o tributo baseado numa única informação - e mesmo assim, sem comprovação – e caso o contribuinte não consiga provar o contrário...

A nossa confiança reside no fato de que esse Egrégio Conselho não coaduna com a injustiça, nem com a insensatez, ao contrário, sempre se mostrou defensor dos princípios impostos pela axiologia do justo que segundo Sacha Calmon “foram se incorporando aos sistemas jurídicos a exemplo da capacidade contributiva, como fundamento para a tributação; da descrição pormenorizada dos fatos tributáveis (tipicidade) para evitar o subjetivismo dos cheques fiscais e para garantir a certeza dos contribuintes; da proibição do confisco por meio da tributação entre outros”.

Senhores, o AI em lide é vergonhosamente insubstancial, quando não inconsequente, o Fisco baiano extrapola e abusa infligindo, sem provas, ao já penalizado pequeno empresário baiano, uma cobrança absurda e vazia.”

Formulou pedido no sentido de apresentação dos demonstrativos de débito que ensejaram a formação da Base de Calculo e as planilhas correspondentes, sob pena de nulidade do feito. Caso a tese de nulidade não seja acatada, pediu a inteira improcedência do procedimento fiscal a emissão de Certidão Negativa de Débitos Tributários.

O autuante ao prestar informação fiscal (fl. 228), consignou que os argumentos apresentados na defesa não guardam qualquer relação com as infrações objeto do presente lançamento de ofício. Frisou que dentre outras citações, o impugnante fez referência à empresa *Daka Auto Peças e Serviços Ltda*, levando-o à conclusão de ter ocorrido equívoco quanto ao encaminhamento da peça de defesa. Sugeriu que a Inspetoria intimasse novamente o contribuinte, reabrindo-se inclusive o prazo de defesa. Nesse sentido agiu a INFRAZ, conforme comprova o “AR” (aviso de recebimento) anexado à fl. 237, datado de 06/07/09. Mesmo cientificado, o contribuinte não ingressou com nova defesa.

VOTO

Conforme foi muito bem observado pelo autuante, na informação fiscal, os argumentos apresentados na defesa não guardam qualquer relação com as infrações objeto do presente lançamento de ofício.

O advogado do contribuinte, na peça impugnatória, dentre outras citações, fez referência à empresa *Daka Auto Peças e Serviços Ltda*, levando-o à conclusão de ter ocorrido equívoco quanto ao encaminhamento da peça de defesa. Há citações também em torno da cobrança de ICMS por substituição tributária em operações com baterias e autopeças.

Todavia, as acusações fiscais estampadas no lançamento fiscal em exame foram dirigidas à empresa Drogarias e Farmácia Pague Pouco Ltda e nada têm haver com operações de vendas ou aquisições de baterias ou autopeças. Da mesma forma, não procedem as alegações empresariais quanto aos vícios processuais que teriam no que tange ao cerceamento ao direito de defesa.

A Inspetoria, por sugestão do autuante e por cautela, intimou o contribuinte, reabrindo o prazo de defesa, mas o mesmo permaneceu inerte.

Diante desse fato, a defesa apresentada é inepta e ineficaz, aplicando ao caso as disposições do art. 10, incisos III e IV, do RPAF/99, visto que a pedidos e os fundamentos defensivos não tem compatibilidade com a imputação, não produzindo nenhum efeito quanto à matéria de fato que lastreou a acusação fiscal.

Em decorrência, por inexistir na impugnação razões que justifiquem a alteração do lançamento, mantenho a exigência fiscal conforme foi formalizada pela autoridade fazendária.

Todavia, no que se refere à infração 3, apesar de correta a autuação, pois a multa foi imposta em razão da emissão de notas fiscais de venda a consumidor, em substituição ao ECF (cupom fiscal), em desacordo com a legislação, impõem-se a redução, de ofício, da penalidade. Isto porque houve a redução da multa de 5% para 2%, promovida pela Lei nº 10.847 de 28/11/2007, que alterou a alínea “h”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Em razão dessa alteração legislativa, aplique ao caso o preceito contido na alínea “c”, do art. 106, do Código Tributário Nacional - CTN, que prevê a retroatividade benigna para os casos ainda não definitivamente julgados, em que lei tributária impõe a ato ou fato pretérito penalidade menos gravosa que a prevista na lei vigente é época da prática da ocorrência do ilícito fiscal.

Entendo que o autuante incorreu em equívoco ao aplicar a multa de 5%, pois por ocasião da lavratura do Auto de Infração, verificada em 26/03/2009, a Lei do ICMS já havia sido alterada, estabelecendo penalidade menos gravosa.

Assim, fica reduzida a multa desta infração em comento, para 2%, aplicada sobre os valores das operações de saídas em que o sujeito passivo emitiu outro documento fiscal diverso do que estava obrigado. Portanto, o valor do débito que era de R\$ 4.749,69, passa para R\$ 1.899,94, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 3				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	MULTA (%)	VLR JULGADO
31/01/2004	09/02/2004	1.037,86	2	20,76
08/02/2004	09/03/2004	865,04	2	17,30
31/03/2004	09/04/2004	605,93	2	12,12
30/04/2004	09/05/2004	435,17	2	8,70
31/05/2004	09/06/2004	665,15	2	13,30
30/06/2004	09/07/2004	39,51	2	0,79
31/07/2004	09/08/2004	1.063,87	2	21,28
31/08/2004	09/09/2004	1.745,06	2	34,90
30/09/2004	09/10/2004	1.472,63	2	29,45
31/10/2004	09/11/2004	1.733,05	2	34,66
30/11/2004	09/12/2004	1.627,12	2	32,54
31/12/2004	09/01/2005	2.835,37	2	56,71
31/01/2005	09/02/2005	1.560,00	2	31,20
28/02/2005	09/03/2005	1.852,03	2	37,04
31/03/2005	09/04/2005	1.053,20	2	21,06
30/04/2005	09/05/2005	2.032,37	2	40,65
31/05/2005	09/06/2005	2.983,31	2	59,67
30/06/2005	09/07/2005	3.906,81	2	78,14
31/07/2005	09/08/2005	1.064,00	2	21,28
31/08/2005	09/09/2005	1.260,01	2	25,20
30/09/2005	09/10/2005	1.229,15	2	24,58
31/10/2005	09/11/2005	6.477,09	2	129,54
30/11/2005	09/12/2005	5.942,70	2	118,85
31/12/2005	09/01/2006	5.457,13	2	109,14
31/01/2006	09/02/2006	7.864,54	2	157,29
28/02/2006	09/03/2006	5.299,98	2	106,00
31/03/2006	09/04/2006	5.281,76	2	105,64
30/04/2006	09/05/2006	6.011,28	2	120,23

31/05/2006	09/06/2006	5.152,16	2	103,04
30/06/2006	09/07/2006	4.497,15	2	89,94
31/07/2006	09/08/2006	4.888,25	2	97,77
31/08/2006	09/09/2006	5.319,37	2	106,39
30/09/2006	09/10/2006	1.739,15	2	34,78
TOTAL		94.997,20		1.899,94

Considerando o acima exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, promovendo a redução da penalidade do item 3 do lançamento, conforme fundamentação tracejada acima, assim, fica configurado de acordo com o quadro abaixo:

QUADRO DO AUTO DE INFRAÇÃO			
INFRAÇÃO	DECISÃO	VALOR (R\$)	
1	PROCEDENTE	7.979,67	ICMS
2	PROCEDENTE	23.672,59	ICMS
SUBTOTAL		31.652,26	
3	PROC. EM PARTE	1.899,94	MULTA
4	PROCEDENTE	14.779,85	MULTA
5	PROCEDENTE	4.600,00	MULTA
6	PROCEDENTE	920,00	MULTA
TOTAL		22.199,79	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 114155.0216/09-9, lavrado contra **DROGARIAS E FARMÁCIA PAGUE POUCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.652,26**, acrescido das multas de 70% sobre R\$23.672,59 e 60% sobre R\$7.979,67, previstas no art. 42, incisos III e II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$22.199,79**, previstas nos incisos XIX, XIII-A, alíneas “h” e “f”, XIV, do mencionado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA