

A. I. Nº - 278987.0006/11-5
AUTUADO - DISOMED - DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS
ORIGEM - INFAC BARREIRAS
INTERNET - 11.04.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0084-04/12

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTAS. a) MEDIANTE INTIMAÇÃO. b) NO PRAZO REGULAMENTAR. Restou comprovado que o estabelecimento autuado tendo sido intimado para corrigir arquivos magnéticos fez a entrega dentro do prazo, porém, sem efetivar as correções, persistindo as divergências de valores entre os Registros 50 e 54, o que caracteriza falta de entrega e cabível a aplicação das multas por descumprimento da obrigação acessória. Infrações 1 e 2 mantidas. Rejeitada a nulidade suscitada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Na apuração do ICMS-ST relativo a imposto apurado a título de antecipação de medicamentos oriundos de Estados e de produtos farmacêuticos de uso medicinais (Convênio ICMS 76/94), foram compensados os valores recolhidos a título de ICMS antecipação parcial o que constitui vício insanável por tornar incerta a determinação da infração e do infrator. Infração 3 nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/09/11, exige ICMS no valor de R\$ 243.847,00, acrescido da multa de 60% além de aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$112.466,89 referentes às seguintes infrações.

01. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informação de operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa (2006/2009) – R\$106.946,89.
02. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega do arquivo, sendo aplicada multa (2006/2009) – R\$5.520,00.
03. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (2006/2009) - R\$243.847,00.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 300/328), preliminarmente ressalta a tempestividade da defesa, descreve as infrações e esclarece que é uma empresa que exerce atividade de comercialização de medicamentos há mais de dezessete anos, teve várias revisões fiscais e raras autuações “sendo os emitidos todos foram considerados nulos ou inconsistentes”, pois sempre primou pela observância das exigências legais.

Destaca a suspensão da exigibilidade com a apresentação da defesa (art. 151 do CTN).

Suscita a nulidade das notificações por entender que estão eivadas de vícios, tendo em vista que o demonstrativo elaborado pela fiscalização foi elaborado sem critérios e cheios de erros e vícios que podem ser constatados através dos documentos apresentados em separado.

Com relação às duas infrações iniciais pondera que o autuante solicitou o envio de informações dos arquivos magnéticos em 14/04/11 e diante de tal solicitação enviou os arquivos em 10/05/11 e 11/05/11, ou seja, dentro dos trinta dias concedidos na intimação, motivo pelo qual requer sua nulidade por a multa ter sido aplicada indevidamente.

Com relação à infração 3, alega que “este item é emblemático pois faremos uma relação de Notas Fiscais que o auditor não utilizou o crédito da entrada da mercadoria ocasionando diferenças, ressaltamos que faltou coerência a entidade fiscalizadora, tentando prejudicar o contribuinte e trazendo transtornos com a separação de documentos para demonstrar o erro de fato ocorrido”.

Em seguida apresentou tabelas por mês no período de 2006 a 2009, nas quais relacionou por colunas: número da nota fiscal, a data do lançamento, crédito não utilizado, recolhido GNRE ou DAE, totalizando os valores mensais de crédito não utilizado e recolhido por GNRE ou DAE.

Observou que no mês de junho/06 “não devolveu as notas fiscais”.

Destaca que o crédito das notas fiscais relacionadas “não foi devidamente utilizado, não podendo ter sido incluso no levantamento efetuado, gerando mais uma causa de nulidade ab initio, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza dos autos de infração”.

Conclui que “a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Auditor, conforme o demonstrado no quadro acima” e que tal procedimento contraria o disposto no art. 142 do CTN.

Por fim, afirma que registra “a falta de devolução das notas fiscais do mês de junho/06, pelo Sr. Auditor até o presente momento” o que impossibilitou a verificação das notas fiscais quanto ao uso de crédito fiscal na dedução do cálculo do imposto devido por substituição. Requer a nulidade da autuação diante das provas juntadas ao processo.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 1869/1870) rebate as alegações apresentadas pelo autuado em sua defesa, especificamente, quanto ao pedido de nulidade, afirmando que:

O contribuinte por não ter apresentado os seus AMs ou SINTEGRAs com os níveis de detalhamentos exigidos na legislação, mesmo após ter sido intimado e terem sido esclarecidos seus 02 (dois) prepostos contadores, que não se comprometeram em efetuar as devidas correções, alegando as dificuldades de identificação de tais mercadorias e que procurariam o proprietário ou alguém da área farmacêutica para viabilizar as correções e atender as intimações, restando apenas a opção de emitir este AI.

Quanto à infração 3, afirma que o autuado tenta conturbar a autuação incluindo notas fiscais que alega não terem sido consideradas pela fiscalização.

Esclarece que o contribuinte exerce atividades de comercialização de produtos com apuração do imposto pelo regime normal e enquadrada no regime de substituição tributária (medicamentos).

Diz que conforme esclarecido ao contabilista da empresa adotou o seguinte procedimento:

1. Efetuamos os cálculos da tributação com débitos e créditos;
2. Calculamos os valores devidos por substituição tributária e,
3. Aplicamos a tributação nos medicamentos, conforme Convênio 76/94 considerando que o contribuinte não está habilitado com o Acordo Atacadista para comercializar medicamentos.
4. Após este procedimento cotejamos todos os seus recolhimentos, na sua totalidade e efetuados as devidas compensações sobre os valores apurados, daí encontramos os valores que fazem parte deste Auto de Infração;
5. Se essas notas fiscais relacionadas na sua defesa não foram computadas, certamente seu débito é maior ainda.

Quanto à alegação de que não foram devolvidas as notas fiscais relativas ao mês de junho/06, afirma que durante a fiscalização recebeu uma caixa lacrada contendo documentos fiscais mediante recibo passado e tendo constatado a necessidade de fazer correções nos arquivos magnéticos, não fez uso de todos os documentos.

Diz que no momento da devolução dos documentos, os prepostos da contabilidade detectaram a falta da documentação relativa ao mês de junho/06 e ficaram de procurarem as mesmas no escritório de contabilidade. Afirma que não procede a alegação de que não devolveu as notas fiscais deste mês, ressaltando que durante os dezessete anos que exerce atividades de fiscalização isso nunca aconteceu e que tem certeza que os documentos do mês de junho/06 não lhe foram entregues, bem como não foi feito qualquer ressalva no recibo de devolução dos documentos. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou nulidade das infrações 1 e 2, argumentando que foi intimado para corrigir os arquivos magnéticos em 14/04/11 e reenviou os arquivos em 10 e 11/05/11, dentro do prazo concedido para atender a intimação e não ocorreu a irregularidade para aplicação das multas.

Por sua vez, o autuante contestou dizendo que os prepostos contadores da empresa não efetuaram as devidas correções nos arquivos magnéticos por falta de condições técnicas, motivo pelo qual aplicou as multas contidas no Auto de Infração.

Pelo exposto, a questão que se apresenta é que a empresa alega ter entregue os arquivos corrigidos antes do prazo que lhe foi concedido e o autuante contesta que não houve correção dos arquivos magnéticos. Portanto, não se trata de vício processual que conduza a nulidade e sim do mérito da questão o que passo a apreciar a seguir.

No mérito, as infrações 1 e 2 tratam de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias em razão do contribuinte não ter fornecido os arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação (infração 1) e da falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação (infração 2).

Pela análise dos elementos contidos no processo, faço as seguintes constatações:

1. Nos demonstrativos às fls. 286/294 foram indicadas as diferenças entre a base de cálculo indicada no Registro 50 (R50) e no Registro 54 (R54). Tomando como exemplo o mês de janeiro/06 no documento à fl. 286 foram indicados diversos valores constantes do R50 e não constantes do R54 e também valores consignados no R54 não constantes do R50.
2. Em 14/04/11 a empresa foi intimada para corrigir inconsistências contidas nos arquivos magnéticos relativos aos meses de janeiro/06 a dezembro/09 os quais foram apresentados constando diferenças entre os arquivos 50 e 54 nas entradas e saídas (fl. 09);
3. A empresa juntou com a defesa cópias do Protocolo Sintegra de entrega dos arquivos magnéticos para tentar provar a alegação de que após a intimação fez a entrega dos arquivos magnéticos corrigidos. Tomando como exemplo o mês de janeiro/06, verifico que a empresa fez entrega do arquivo magnético (fl. 392) em 09/02/06 e após a intimação de 14/04/11 reenviou o arquivo em 10/05/11 (fl. 419). Entretanto, no protocolo de entrega, o R50 indica entrada de R\$19.382,45 e o R54 indica valor de R\$27.837,38 e da mesma forma as saídas indicadas no R50 foram de R\$43.384,16 e no R54 de R\$43.375,36. Logo, constato que os valores constantes do arquivo original e o enviado em momento para atender intimação fiscal permanecem apresentando diferenças entre os valores do R50 e R54.
4. No mês seguinte (fevereiro/06), constato que os valores de R\$34.560,65 no R50 e R\$58.337,64 no R54 informados no arquivo original protocolado em 20/03/06 (fl. 391) persiste com os mesmos valores no protocolo do reenvio do arquivo em 10/05/11 (fl. 421).

5. A mesma apreciação é válida para os demais meses relativos ao período fiscalizado, conforme documentos juntados às fls. 332/418 e 419/442.

Portanto, restou comprovado que tendo sido intimado para corrigir inconsistências nos arquivos magnéticos, o autuado em atendimento à intimação reenviou os arquivos solicitados antes de vencido o prazo da intimação, porém com as mesmas inconsistências contidas nos originais.

O art. 708-A, incisos e parágrafos do RICMS/BA prevêem que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD devem fazer entrega de arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico de cada mês, de acordo com os prazos indicados, contendo dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário, via Internet.

Já o § 6º do citado dispositivo e diploma legal estabelece que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas. Na situação presente, tendo a empresa reenviado os arquivos magnéticos sem corrigir as inconsistências apontadas pela fiscalização fica sujeita a multa prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96 no valor de R\$1.380,00 estabelecida textualmente “falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura...”, por cada período de apuração.

Já o art. 708-B estabelece que sempre que for intimado, o contribuinte deve fornecer os arquivos magnéticos ao fisco num prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Caso os arquivos sejam entregues apresentando inconsistências, a legislação prevê que a fiscalização deve fornecer Listagem Diagnóstico indicando as irregularidades encontradas e conceder prazo de 30 dias úteis para corrigir os arquivos magnéticos apresentados com inconsistências. E por fim, caso o contribuinte não faça as correções necessárias, o parágrafo 6º do mesmo dispositivo legal estabelece que configura não fornecimento, ficando o contribuinte sujeito à penalidade prevista no regulamento que equivale à prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96. Portanto, restou caracterizada as infrações 1 e 2 e correta a aplicação das multas correspondentes. Infrações procedentes.

Quanto à infração 3, o autuado suscitou sua nulidade sob alegação de que os demonstrativos contidos nos autos foram elaborados sem critérios e cheios de erros e vícios que podem ser constatados através dos documentos apresentados em separado.

Na informação fiscal o autuante informou que considerando que a empresa “comercializa mercadorias com tributação simples com créditos e débitos, tributação por substituição tributária e tributação específica, no caso medicamentos” procedeu à apuração do imposto utilizando a seguinte metodologia:

Efetuamos os cálculos da tributação com débitos e créditos;

1. Calculamos os valores devidos por substituição tributária e;
2. Aplicamos a tributação nos medicamentos, conforme Convênio 76/94 considerando que o contribuinte não está habilitado com o Acordo Atacadista para comercializar medicamentos.
3. Após este procedimento cotejamos todos os seus recolhimentos, na sua totalidade e efetuados as devidas compensações sobre os valores apurados, daí encontramos os valores que fazem parte deste Auto de Infração”.

Para facilitar a apreciação reproduzo abaixo o demonstrativo resumo elaborado pela fiscalização referente ao exercício de 2006 (fl. 22) cujo procedimento é idêntico em 2007/2008 e 2009 (fls. 22/23).

Débitos:									
Refer	Antecip	Recolhido	A a Recolher	Substit	Recolhido	B a Recolher	Medicam	Soma	Saldo a Recolher
1/2006	1.077,73	1.855,51	-777,78	1.968,21	2.132,23	-164,02	3.175,35	2.233,55	2.233,55
2/2006	1.186,73	1.725,07	-538,34	6.710,17	8.053,65	-1.343,48	6.427,52	4.545,70	4.545,70
3/2006	2.124,17	4.215,59	-2.091,42	10.798,65	11.889,80	-1.091,15	6.090,72	2.908,15	2.908,15

4/2006	1.750,75	2.982,43	-1.231,68	5.874,16	7.074,94	-1.200,78	5.308,26	2.875,80	2.875,80
5/2006	1.457,17	4.307,61	-2.850,44	8.782,85	7.695,07	1.087,78	8.833,04	7.070,38	7.070,38
6/2006	1.865,98	2.455,11	-589,13	4.050,02	7.621,20	-3.571,18	4.407,12	246,81	246,81
7/2006	2.958,20	3.017,27	-59,07	7.501,10	6.647,97	853,13	8.015,99	8.810,05	8.810,05
8/2006	3.006,74	4.445,62	-1.438,88	6.784,35	13.422,61	-6.638,26	10.292,44	2.215,30	2.215,30
9/2006	2.494,22	3.910,25	-1.416,03	6.222,90	4.695,25	1.527,65	4.871,25	4.982,87	4.982,87
10/2006	1.419,20	3.910,58	-2.491,38	7.032,52	5.925,70	1.106,82	4.162,21	2.777,65	2.777,65
11/2006	1.766,89	3.034,57	-1.267,68	7.382,73	6.141,64	1.241,09	2.026,50	1.999,91	1.999,91
12/2006	2.145,78	2.656,62	-510,84	7.204,05	4.471,71	2.732,34	4.865,47	7.086,97	7.086,97
Soma								47.753,14	47.753,14

Constatou que conforme demonstrativo à fl. 27, o autuante adotou os seguintes procedimentos:

- A) Relacionou as notas fiscais que consigna aquisições de mercadorias em outros estados e não sujeitas ao regime de ST (embora o demonstrativo à fl. 45 não relacione as mercadorias, no arquivo magnético DISOMED RELAÇÃO DE PRODUTOS MVA 2006 indica aquisição de afastador, bolsa, balança, pinça, cadeira, laminia, escada, coletor, etc.).
- Apurou o valor do ICMS antecipação parcial, a exemplo do mês de janeiro/06 totalizando R\$1.077,73 (fl. 27) valor este que transportou para a coluna “Antecip”. Indicou o valor recolhido de R\$1.855,51 relativo a antecipação parcial o que resultou em diferença positiva favorável a empresa no valor de R\$777,79.
- B) Na quinta coluna apurou o ICMS-ST relativo a produtos enquadrados na ST (que não são medicamentos, mesmo arquivo substituição 2006: absorvente, cateter, agulha, água destilada, atadura, seringa, soro, luva, etc.) totalizando R\$1.968,21 no mês de janeiro/06 (fl. 45) e confrontou com o valor recolhido de R\$2.132,23, o que resultou em valor favorável à empresa de R\$164,02.
- C) Na nona coluna apurou o ICMS-ST relativo a produtos enquadrados na ST (medicamentos) conforme demonstrativos às fls. 59/60 totalizando R\$3.175,35 no mês de janeiro/06. Confrontou este valor com o pagamento excedente do ICMS antecipação parcial (A) e de substituição tributária (B) totalizando diferença desfavorável a empresa (C) de R\$2.233,55 (R\$777,78 + R\$164,02 – R\$3.175,35).

Observo que a acusação é de que a empresa procedeu à “retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição”. Como se trata de imposto exigido relativo às operações de entrada em estabelecimento distribuidor, na realidade refere-se a imposto exigido por antecipação.

Na apuração do ICMS devido por substituição (ICMS-ST) relativo a medicamentos, a base de cálculo é apurada aplicando a alíquota interna sobre o Preço Máximo de venda a Consumidor (PMC), deduzindo o valor do imposto pago na operação anterior. Na falta do PMC é acrescida a Margem de Valor Agregado (MVA) indicada nos anexos do Convênio ICMS 76/94, aplicada a alíquota interna e deduzido o ICMS próprio pago na operação anterior.

Já em se tratando de outros produtos farmacêuticos medicinais é acrescida a MVA prevista no citado Convênio e deduzido o ICMS próprio. Em ambos os casos encerra a fase de tributação.

Por sua vez o ICMS antecipação parcial previsto no art. 352-A do RICMS/BA, ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no art. 61, IX do citado diploma legal e deduzido do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Não encerra a fase de tributação.

O §1º, III do art. 352-A do RICMS/BA prevê que a antecipação parcial não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Por tudo que foi exposto, conforme descrito nos itens A, B e C acima, o autuante apurou o ICMS-ST devido relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária referente a produtos regulamentados no Convênio ICMS 76/94 (medicamentos e produtos farmacêuticos medicinais) e do montante apurado por mês, deduziu os valores recolhidos do ICMS-ST e também do ICMS antecipação parcial.

Como se trata de dois institutos diferentes, o ICMS-ST que encerra a fase de tributação e o ICMS antecipação parcial que não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não é possível fazer compensações de valores recolhidos do segundo na apuração do primeiro o que constitui vício insanável. Portanto, nulo o procedimento fiscal.

O procedimento correto a ser adotado seria, na apuração do ICMS normal (relativo a mercadorias não enquadradas na ST), compensar do débito os valores do imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição relativo a mercadorias submetidas à tributação normal e também o ICMS antecipação parcial efetivamente recolhido.

Na apuração do ICMS devido relativo às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deveria ser apurado o imposto com a adição da MVA (ou com base no PMC no caso de medicamentos) considerando os créditos fiscais correspondentes, e do valor do ICMS-ST apurado, deveria ser deduzido os valores do imposto recolhidos por DAE ou GNRE.

Por tudo que foi exposto, declaro nula a infração 3, ao teor do art. 18, IV do RPAF/BA, tendo em vista que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Recomendo que a autoridade competente mande renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 278987.0006/11-5, lavrado contra a **DISOMED – DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$112.466,89**, previstas no art. 42, XIII-A “j”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR