

PROCESSO	- A. I. Nº 206.969.0006/02-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- L F COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICO HOSPITALAR LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JF nº 0327-04/02
ORIGEM	- INFAZ ILHÉUS
INTERNET	- 23.12.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0471-12/02

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. a) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. b) EXTRAVIO. MULTAS. Infrações caracterizadas, porém ficam absorvidas pela multa por descumprimento da obrigação principal, na forma prevista no § 5º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Infração caracterizada. **3. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO.** Reformada a decisão de 1ª Instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de considerar que houve inobservância ao devido processo legal. Não se verifica a nulidade arguida ante a que dispõe os artigos 406-A e 408-S do RICMS/97. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão Recorrida para apreciação das razões de mérito. Recurso **PROVIDO**. Em relação ao Item 4, Decisão unânime. Quanto ao Item 5, Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício previsto no art. 169, I, “ã”, do RPAF/99, submetido à apresentação de uma das Câmaras do Conselho de Fazenda Estadual, em face da decisão ter desonerado, o sujeito passivo do crédito tributário exigido por este lançamento, objeto da remessa necessária de que se refere a este processo.

A exigência fiscal consignada na peça vestibular lançamento “*ex officio*”, aponta as seguintes irregularidades cometidas pelo autuado:

- 1) deixou de apresentar documentos fiscais quando regularmente intimado, pelo qual foi cobrada a multa de R\$80,00.
- 2) Extraviou o talonário de Nota Fiscal nº 201 a 250, tendo feito o “comunicado” na imprensa local em 26/01/02 e à repartição fazendária em 30/01/02, após ser intimado para apresentação dos documentos à fiscalização, sendo aplicada a multa de R\$200,00, pelo cometimento da infração.
- 3) Deixou de apresentar informações econômico fiscais exigidas através da DME referente ao exercício de 2001, o que motivou a aplicação da multa de R\$200,00.

- 4) Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições em outros Estados, de mercadorias relacionadas no anexo 69 e 88 – R\$45.943,64.
- 5) Recolheu a menor ICMS apurado pela fiscalização como contribuinte normal (em decorrência de irregularidade apurada quando da impressão de documentos fiscais em duplicidade e saídas através desses documentos.(infração 04), levando o contribuinte à perda do direito à opção da apuração do ICMS pelo regime simplificado do imposto – R\$3.025,49.

O autuado apresentou defesa às fls. 332 a 334, reconhecendo a infração nº 05 e alegando que considera correto os valores apurados pelo autuante e que pediria o parcelamento em razão da sua situação financeira.

Diz quanto aos itens 1 e 2 que as multas deveriam ser relevadas porque antecipadamente, avisou à repartição fiscal o extravio, e que o talonário fiscal continha 50 notas fiscais em branco.

- 1) Quanto à infração 04 diz que a infração “refere-se às notas fiscais fornecidas pelo TCM, que a autuante disse impressas em duplicidade”.

Argumentou ainda que “a antecipação tributária é uma figura das mais esdrúxulas de base de cálculo e do seu enquadramento fiscal”.

Alegou que teve o seu talonário extraviado e a autuante não tinha elementos para atribuir-lhe a impressão em duplicidade e cobrar imposto por ato que efetivamente não foi por ele praticado, e por isso estaria afastada a sua responsabilidade.

Ao final requereu a procedência parcial do Auto de Infração, com a exclusão dos itens impugnados.

A autuante na informação fiscal de fls. 342 e 344, rebateu os argumentos defensivos, nos seguintes termos:

“ Infração 1 – Fez um breve relato dos fatos que motivaram a ação fiscal levada a efeito na empresa e dos seus desdobramentos. Diz que o contribuinte realmente comunicou a INFAZ-Ilhéus o extrativo do talonário de nº 0201 a 0250, em 30/01/2002, quando o mesmo já estava sob ação fiscal desde 23/01/2002, conforme AR (ver fls. 11, 12, 24 a 27), enquanto a intimação referia-se a vários documentos e livros fiscais da empresa (ver fls. 11 e 12). Sustenta que a infração não deve ser relevada, pelo fato de que já existiam “avisos de extravios antecipadamente avisados a Repartição Fiscal”, como alega o advogado do autuado (fl. 333).

Infração 2 – Frisa que a multa por extravio do talonário fiscal de nº 0201 a 0250, também não deve ser relevada, uma vez que a comunicação do seu extravio foi posterior ao início da ação fiscal, cuja multa é devida, conforme previsão legal.

Infração 3 – Salienta que a “desativação da empresa” sem o atendimento das formalidades legais – pedido de baixa de inscrição estadual, não desobriga o contribuinte do cumprimento das obrigações tributárias, ou seja, de entregar a DME no prazo legal, pelo que mantém a penalidade.

Infração 4 - Transcreveu o teor da acusação fiscal, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, aduziu que foi feito o levantamento das notas fiscais de emissão do contribuinte enviadas pelo TCM, as quais estão discriminadas no Anexo I, cujas notas demonstram que as mercadorias nelas consignadas (medicamentos) e vendidas pelo contribuinte de forma irregular (através de talões emitidos em duplicidade), foram adquiridas sem documento fiscal, tendo sido cobrado o imposto por antecipação tributária conforme demonstrativo à fl. 13.

Infração 5 - Diz que o contribuinte concorda com a autuação e que o imposto será objeto de pedido de parcelamento.

Ao finalizar, mantém integralmente a infração e espera o julgamento totalmente procedente”.

A Junta de Julgamento Fiscal considerou subsistente as infrações 1, 2, e 3 concernentes às penalidades fixas, e quanto ao item 04, considerou o mesmo insubsistente ou infração não caracterizada, e referente ao item 05, entendeu que houve inobservância ao devido processo legal, e julgou Nulo o referido item. Concluiu assim, pela Procedência Parcial do Auto de Infração e como determina o art. 23, inciso VI, do Regimento Interno (Dec. nº 7592/99), e o art. 169, I, “a” do RPAF/99, submeteu a decisão à apreciação da 2ª Instância. Eis na íntegra o voto da Decisão Recorrida:

“Após a análise das peças que compõem o PAF observei o seguinte:

Por não ter sido localizado o contribuinte no endereço onde foi inscrito no Cadastro do ICMS, foi preenchido por preposto fiscal da SEFAZ a FLC de fl. 46, o que ensejou o seu cancelamento em 29/12/2001, conforme extrato do SIDAT à fl. 16.

Diante do fato acima, a autuante não teve outra opção, senão a de intimar o contribuinte por intermédio de um dos seus sócios, o Sr. Luiz Felipe de Menezes Lima, no seu endereço residencial, localizado na Av. Duque de Caxias nº 192 – Centro, na cidade Itabuna, cujo AR e intimação encontra-se às fls. 11 e 12 dos autos.

Foi anexada aos autos pela autuante, além de outros documentos, uma cópia do Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, da lavra da ATE Najara Gomes, bem como dos Termos de Início de Fiscalização lavrado em 23/01/2002 e de Prorrogação datado de 22/03/2002.(fls. 24, 9 e 10, respectivamente, dos autos).

Prestadas as informações acima, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Reporta-se a falta de apresentação de livros e documentos fiscais, apesar de regularmente intimado via AR, cuja ciência ocorreu em 23/01/2002, pelo que foi cobrada a multa de R\$80,00, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7014/96.

Em sua defesa, o autuado se limitou a alegar que a penalidade deveria ser relevada, em virtude de ter avisado a Repartição Fiscal o extravio, juntando, para tanto, uma cópia do comunicado à fl. 34, o que, em meu entendimento, não elide a autuação. É que segundo a autuante em sua informação fiscal, o referido comunicado foi protocolado em 30/01/2002, quando o autuado já estava sob ação fiscal desde 23/01/2002, além do que no mesmo foi apenas informado o extrativo de um talão de nota fiscal, enquanto a intimação se referia a vários livros e documentos fiscais da empresa. Desse modo, entendo correta a exigência fiscal, já que restou comprovada a falta de entrega de livros e documentos por parte do contribuinte, pelo que mantenho a autuação.

Infração 2 - Diz respeito a extravio do talonário de nota fiscal de nº 201 a 250, tendo sido aplicada a multa de R\$200,00. A exemplo da infração anterior, não assiste razão ao autuado,

tendo em vista que a comunicação do extravio ocorreu em data posterior ao início da ação fiscal, o que exclui a espontaneidade do sujeito passivo, ao teor do que dispõe o art. 138, parágrafo único do CTN.

Infração 3 - Refere-se à falta de apresentação da DME relativa ao exercício de 2001, no prazo regulamentar, o que ensejou a aplicação da multa de R\$200,00. Sobre a defesa formulada, a mesma não merece a minha acolhida, pois se restringiu a alegar que a falta da entrega do referido documento, decorreu da desativação da empresa, o que não é verdadeiro. Ao compulsar as cópias das notas fiscais de saídas anexadas pela autuante aos autos às fls. 86 a 241, este Relator constatou que a empresa efetuou vendas de mercadorias nos meses de janeiro a novembro/2001, o que cai por terra o argumento defensivo. Assim sendo, considero correta a exigência fiscal, devendo, por isso mesmo, prevalecer a sua cobrança.

Infração 4 - De acordo com a autuação, a infração detectada foi à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária.

Do exame das notas fiscais acostadas pelo autuante como prova da infração, constata-se que são notas fiscais de vendas de mercadorias emitidas pelo autuado, as quais foram impressas em duplicidade, tendo como destinatário a Prefeitura Municipal de Eunápolis.

Entendo que por está as mercadorias objeto da autuação enquadradas no regime de substituição tributária, o momento para a exigência do imposto seria, caso o mesmo não tivesse sido retido em operação anterior, quando da entrada das mercadorias no estabelecimento emitente das notas, ou \ seja, o autuado. Ademais, a autuante não comprovou que as mercadorias objeto das saídas através de documentos inidôneos foram adquiridos em outras unidades da Federação e/ou sem o pagamento do imposto.

Com base na explanação acima, considero que a infração apontada não ficou caracterizada, motivo pelo qual não deve subsistir.

Infração 5 – Apesar de ter o autuado reconhecido em sua defesa a exigência fiscal, com fulcro no art. 20, do RPAF/99 e em obediência ao princípio da legalidade, entendo que a infração não deve prosperar. Como justificativa para tal entendimento, esclarece que para a exigência do imposto pelo regime normal de apuração, conforme previsto no art. 408-L, V, do RICMS/97, teria que ser o contribuinte desenquadrado de ofício, requisito que não foi cumprido pela administração tributária. Desse modo, considero nula a infração, por inobservância do devido processo legal.

Ante o exposto, entendo parcialmente correta a exigência fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir a multa no valor total de R\$480,00”.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente processo e do Acórdão proferido na 4ª Junta de Julgamento Fiscal, faço algumas considerações antes de emitir o meu voto.

Verifico que os itens 4 e 5 exigindo imposto foram sucumbidos e assim me reportarei aos mesmos, uma vez que são eles, os itens objeto da remessa obrigatória para apreciação na 2ª Instância, consoante o disposto no art. 169, I, “a”, do RPAF vigente.

O item 04 refere-se a exigência fiscal à título de antecipação de imposto. A autuante fundamentou a autuação, alegando que tratava-se de notas fiscais emitidas pelo autuado em documentos impressos em duplicidade, que não foram apresentados à fiscalização, e foram enviados pelo Tribunal de Contas do Município de Eunapólis à Repartição Fiscal. Constatam dos autos as referidas notas às fls. 30 a 45, todas tendo como destinatário a Prefeitura Municipal daquele Município. Conforme o demonstrativo de fl. 13, totalizam o montante de R\$270.256,70, e sobre este valor foi exigido o ICMS de R\$45.943,64.

O fulcro da autuação foi a exigência de imposto em razão da falta de antecipação do ICMS, referente às aquisições de mercadorias adquiridas em outros Estados, em razão das aquisições sem documentos fiscais.

Ocorre que como se vê do demonstrativo de débito à fl. 13, a autuante considerou o valor da nota fiscal de saída e aplicou a alíquota de 17% (alíquota interna), ou seja apurou o imposto por omissão de saídas, não dando o tratamento à mercadoria “medicamento” na forma prevista de apuração do imposto por antecipação relativo às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, como dispõe o art. 371, I, “a”, do RICMS/97, indicado como o dispositivo infringido. Contudo, resta comprovado nos autos que houve emissão de notas fiscais em duplicidade, referente a “medicamentos”, e este é um fato incontroverso, uma vez que está consubstanciado pelos documentos acostados aos autos, e enseja a cobrança do imposto, inobstante ser contribuinte inscrito na condição de Microempresa, conforme indica os documentos fiscais já referidos, posto que o art. 408-L, inciso V, do RICMS/97 dispõe que perderá a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado do ICMS a empresa que incorrer na prática das infrações indicadas nos incisos III, IV, alíneas “a” e “c”, e inciso V, do art. 915, do mesmo regulamento.

Constata-se nos argumentos defensivos que o autuado não traz elemento de prova capaz de elidir a acusação, robustecida das provas acostadas à peça vestibular.

Entendo que o fato do autuado ter arguido extravio de 1 talonário, conforme documento de fl. 25, em (29/01/02), após o início da ação fiscal (23/01/02), não milita a favor do acusado. O que se verifica é a existência de talonário emitido em duplicidade, conforme se vê do confronto das notas fiscais às fls. 30 a 45 e as de fls. 65 a 79, que possuem, inclusive, o número da mesma autorização fiscal para documentos fiscais (AIDF).

De outro modo, o contribuinte não traz a prova do recolhimento do imposto das referidas mercadorias, por ocasião das entradas no seu estabelecimento, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Deste modo, entendo que a infração está caracterizada, posto que através da saída de mercadorias com notas fiscais emitidas em duplicidade, ficou constatado que a empresa adquiriu mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. E, como não exibiu as notas fiscais de aquisição, tampouco o recolhimento do imposto por ocasião das entradas, considero que procede

a acusação fiscal apontada na presente lide, e reformo a Decisão Recorrida para restaurar a exigência fiscal do item 04.

Ressalto ainda que a autuação decorrente da constatação de utilização de documento fiscal (nota fiscal de saídas em duplicidade) enseja a reforma da multa aplicada nesta infração para 100% conforme dispõe o art. 42, inciso IV, "e", da Lei nº 7.014/96 e o art. 915, inciso IV, alínea "e", do RICMS/97.

Relativamente ao item 05, que exige o recolhimento a menor em razão de erro nos valores do imposto, cujo procedimento da autuante foi apurar o imposto de abril a novembro de 2001 pelo regime normal, embora a empresa recolhesse imposto pelo sistema simplificado – SIMBAHIA, de acordo com o que dispõe o art. 408-S e 406-A, inciso VII do RICMS/97, o desenquadramento teria respaldo legal. Sendo que o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento. Portanto, a arguição de Nulidade deste item deve ser afastada, devolvendo-se à Junta de Julgamento Fiscal para apreciação do mérito.

Devo ressaltar que embora os itens 1 e 2 não sejam objeto do presente Recurso de Ofício, entendo que as multas apontadas, deverão ser absorvidas pela multa da infração principal, como determina o § 5º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pois o descumprimento da obrigação principal guarda uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, o que faço de Ofício.

Por todo o exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso, reformo a Decisão Recorrida e julgo Procedente o item 04 e quanto ao item 05 devolvam-se os autos à 1ª Instância (4ª JJF), para proferir uma decisão de mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, quanto ao item 4 e, em Decisão não unânime, quanto ao item 5, **PROVER** o Recurso de Ofício e modificar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0006/02-9**, lavrado contra **L F COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICO HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.943,64**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, V “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$200,00**, prevista no inciso XVII, da citada lei, com a nova redação dada pela Lei nº 7.753/00, devolvendo-se os autos à 4ª Junta de julgamento Fiscal para apreciar as razões de mérito do item 5.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFUZ