

PROCESSO - A.I. Nº 206844.0061/03-2
RECORRENTE - MULTIMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0434-04/03
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 18.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0702-11/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. **b)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. **c)** FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. Afastada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, em razão do Acórdão nº 0434-04/03, prolatado na 1ª Instância, em que foi julgado Procedente o Auto de Infração acima indicado.

As acusações descritas na peça inicial do lançamento decorrem das seguintes infrações:

- 1) deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes no Estado da Bahia, valor de R\$ 147.302,93;
- 2) 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 no Estado da Bahia, no valor de R\$ 33.247,59;
- 3) deixou de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$ 4.967,09.

O relator da Decisão recorrida prolatou o seguinte voto:

“Inicialmente, entendo que as infrações estão caracterizadas, pois o próprio autuado reconhece expressamente as irregularidades, afirmado que não contesta e solicitou o parcelamento do débito, tendo apenas solicitado a redução da multa aplicada, em relação à infração 1.

Vale ressaltar, que a matéria ora em julgamento encontra-se no campo do Direito Tributário e não no Direito Penal.

Assim, analisando a norma tributária aplicada à irregularidade apontada pela ação fiscal e reconhecida pelo autuado, entendo que o procedimento dos autuantes em relação ao enquadramento da multa aplicada foi o correto, vez que, restou comprovado que o contribuinte nas vendas realizadas para outros contribuintes do Estado da Bahia, de mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, reteve o imposto e não o recolheu. Nessa situação a única multa prevista é de 150%, consignada no Artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. ”

O autuado, intimado do julgamento da 1^a Instância em que o Auto de Infração foi considerado Procedente, interpôs Recurso Voluntário – fls. 175 a 179 – onde alega que a defesa não foi analisada regularmente, e argui em preliminar a Nulidade da Decisão sob alegação de falta de fundamentação.

Alega que não foram observados os argumentos pela Junta de Julgamento Fiscal quanto às razões constantes nos parágrafos de 5 a 14 da sua peça de defesa, e pede que seja anulada a Decisão, e que seja encaminhada para outra Junta Julgadora.

No mérito, diz que a multa não está adequada. Diz que a multa de 150%, é cabível para as questões de fato e direito, citando a hipótese do recebimento de verba de terceiro, destinada a pagamento do ICMS, ficando caracterizado a apropriação.

Aduz que teria ocorrido transferência de titularidade das mercadorias, e o que restou caracterizado foi à falta de pagamento do ICMS, como se não houvesse substituição tributária.

Acrescenta que não pode ser enquadrado na lei que define os “Crimes Contra a Ordem Tributária” e que se houvesse interesse de fraudar o Fisco e se apropriar do imposto, não teriam sido escrituradas as operações de saídas de mercadorias, o que não teria possibilitado a realização da ação fiscal nem do lançamento de ofício.

Requer o deslocamento da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” de Lei nº 7.014/96.

Ao final, pede que seja efetuada uma diligência por fiscal estranho ao feito para que possa constatar se houve ou não retenção do imposto, ou se ficou apenas presumido no campo escritural.

Alega ter observado após a defesa, que a fiscalização não levou em conta o crédito a que a empresa faz jus.

Concluiu as razões do Recurso Voluntário onde pede Provimento do mesmo, com a correção da multa do item 1, e ainda cita os dispositivos que entende deva aplicar à infração.

A representante da PGE/PROFIS - às fls. 183 a 184 – discorreu sobre o lançamento e manifestou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que o sujeito passivo não contesta o valor do imposto quanto à infração cometida , e acerca da multa aplicada, está prevista em lei. E que o argumento do recorrente de que as empresas são do mesmo sócio, e assim não se trata de apropriação indébita, é uma inversão, uma vez que se trata de verba pública em mãos de particular quando já pertencia ao Estado.

VOTO

A exigência fiscal que é objeto desta lide, decorre da falta de recolhimento do imposto retido e de recolhimento a menos. O recorrente não contesta o *quantum* apontado.

Inicialmente afasto a nulidade suscitada pelo recorrente, quanto o argumento de que a Decisão recorrida não estaria fundamentada.

Verifico que a Decisão é precisa e objetiva, e em poucos parágrafos o relator sintetizou os fundamentos da sua Decisão, não havendo uma Decisão imotivada que conduza à nulidade prevista no art. 18, II do RPAF/99.

Constato que o recorrente não adentra ao mérito das infrações elencadas no Auto de Infração, concernentes às operações que realiza com mercadorias enquadradas na substituição tributária

(medicamentos), sendo o recorrente o substituto tributário, e no caso das infrações, o imposto foi apurado em conformidade com as cláusulas do Convênio nº 76/94, do qual o Estado de Sergipe é signatário. O sujeito passivo reconheceu as infrações desde a defesa (fl. 149).

Deste modo, se constata que a peça recursal visa a reforma da Decisão, em face da multa aplicada no item 1, onde pugna pela aplicação da multa de 60%, sob argumento de inexistência de dolo, e por isso entende que ensejaria o desenquadramento da multa aplicada.

O recorrente utiliza argumentos metajurídicos para justificar o pedido de alteração de multa, quando alega que os pagamentos foram efetuados pela Multi Express, cujos sócios são os mesmos da Multimed, alegando que não teria ocorrido transferência de titularidade de recursos, e por essa razão não se caracterizava a apropriação indébita.

Não assiste razão ao recorrente quando, sob o argumento de que as empresas referidas são do mesmo sócio, e que não teria ocorrido à hipótese de captação de recursos, mas, tão somente a falta de pagamento do ICMS, posto que neste período reteve e não recolheu o imposto, caracterizando a hipótese prevista na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

De outro modo, a multa aplicada tem previsão legal. E ressalto ainda que esta Câmara de Julgamento Fiscal não tem competência para dispensar ou reduzir multa de infração de obrigação principal, e consoante o art. 159 do RPAF/99, compete a Câmara Superior apreciar o pedido de dispensa de multa ou redução dessa modalidade de obrigação, ao apelo da equidade, observando-se que o recorrente determinou os §§ 1º e 2º do referido artigo.

Acolho a manifestação da PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 183 e 184, e ora transcrevo “os argumentos de recursos de que as empresas são do mesmo sócio e assim não trataria de apropriação indébita, é uma inversão, posto que se trata de verba pública em mãos do Particular quando já pertencia ao Estado”.

Diante do exposto, considero que os argumentos aduzidos na peça recursal não alteram o julgamento de 1ª Instância, e neste sentido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida e homologá-la.

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** o Auto de Infração nº 206844.0061/03-2, lavrado contra **MULTIMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 185.517,61, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$38.214,68 e 150% sobre R\$147.302,93, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS