

A. I. N° - 269140.0202/08-8
AUTUADO - ATHOS FARMA S.A. DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS
AUTUANTE - LUÍS CARLOS BRITO REIS NABUCO e CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP/NORTE
INTERNET - 03.09.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0275-02/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** Exigência da diferença entre a antecipação calculada pela fiscalização e a antecipação calculada e paga pelo contribuinte. **b).** Deduziu no livro RAICMS, valores de ressarcimento superiores às quantias consignadas nas planilhas de cálculo mensal de ressarcimento relativas às saídas interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária. **c)** Exigência das diferenças entre os valores lançados no livro RAICMS e as importâncias recolhidas. Exigências do imposto, infrações não contestadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% do valor comercial das entradas de mercadorias não registradas. Infração não contestada. Rejeitadas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de realização de diligência. Não acolhido pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/03/2009, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$1.755.678,05, acrescido da multa de 60%, e de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$14.739,51, totalizando R\$1.770.417,56, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

1 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas no anexo 88; informado ainda que está sendo cobrada a diferença entre a antecipação calculada pela fiscalização e a antecipação calculada e paga pelo contribuinte, consoante demonstrativos anexos ao PAF, nos exercícios de 2005 e 2006, sendo lançado o valor de R\$1.734.820,16;

2 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88; acrescentado ainda que a exigência foi feita em razão do contribuinte ter deduzido no livro Registro de Apuração de ICMS valores de ressarcimento superiores às quantias consignadas nas planilhas de cálculo mensal de ressarcimento referente às saídas interestaduais sujeitas à substituição tributária, nos meses de janeiro a abril, junho e dezembro de 2005, sendo lançado o valor de R\$3.122,82;

3 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88; informado que tal exigência refere-se a diferenças entre os valores lançados no livro Registro de Apuração de ICMS e as importâncias recolhidas, nos meses de maio e julho de 2005, sendo lançado o valor de R\$17.735,07;

4. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referentes a notas fiscais coletadas nos Postos fiscais, através do sistema CFAMT, sendo imposta a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$14.739,51, equivalente a 10% do valor das entradas não registradas, nos meses de março, abril e dezembro de 2006.

O autuado, apresenta defesa, às fls. 380 a 389, alegando que o Auto de Infração lavrado carece de liquidez, por entender que houve cobrança exorbitante de juros e multa.

Aduz que no mérito aguarda a redução do valor da multa aplicada, tendo em vista seu caráter confiscatório, cita e transcreve o art. 42, inciso II da Lei nº 7.014, arguindo o fundamento legal da penalidade imposta demonstra a desproporcionalidade à suposta infração cometida, caracterizando confisco.

Argumenta que a penalidade imposta pelos autuantes revela caráter abusivo e confiscatório e que a imposição de multas, demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, da situação do contribuinte e de sua atividade, bem como de qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo da penalidade imposta.

Salienta, citando o artigo 3º do CTN, que o tributo não pode ser utilizado para punir, e que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento disfarçado de arrecadação, porque no seu entendimento, a punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger.

Menciona e transcreve, decisão do extinto Egrégio Tribunal Federal de Recursos, onde foi reconhecido o princípio da proporcionalidade entre as circunstâncias de fato, ensejadoras da multa, e a multa imposta, publicada pela RTFR, Vol. 84, pág. 127.

Frisa que as multas, são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, servem também como reparação do Estado pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte, e que, no presente caso, as penalidades além de indevidas, são tão elevadas a ponto de implicar verdadeiro confisco, transcreve a seguir trecho de decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que rejeita a aplicação de multas com efeito confiscatório.

Assevera que por mais grave que seja o ilícito praticado, não se justifica a fixação de penalidades que expropriem o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio de forma desproporcional à infração, se cometida. Entende que por esse motivo, deve ser cancelada a multa exigida pela autuante, por achar que a importância equivalente ao percentual 60% do valor do crédito tributário é desproporcional ao montante do crédito tributário correspondente tornando, o Auto de Infração ilícito.

Prega que não pode prosperar a cobrança dos juros moratórios mediante a utilização da Taxa Selic, criada, segundo o autuado, pela Resolução nº 1.124/96 do Conselho Monetário Nacional, definida pela Resolução nº 2.868/99 e pela Circular nº 2.900/99 do Banco Central do Brasil, porque foi criada para medir a variação apontada nas operações do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, e não para ser aplicada como sanção, por atraso no cumprimento de uma obrigação, dizendo que neste sentido são os entendimentos de Maristela Miglioli Sabbag e do professor Ives Gandra da Silva Martins, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 58.

Argumenta que a Taxa Selic é Inconstitucional e ilegal, quando usada da para correção de débitos tributários, citando manifestação doutrinária publicada na Revista Dialética nº 57 e Gabriel Lacerda Troianelli, além de entendimento do ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Domingos Franciulli Netto, no mesmo sentido.

Transcreve parte do parágrafo 1º, do artigo 161 do Código Tributário Nacional para dizer que, como não existe lei ordinária que tenha criado a Taxa Selic, deve-se aplicar aos juros de mora a taxa de 1% ao mês. Alega que esse entendimento foi acolhido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão, cuja ementa transcreve.

Sustenta que, no presente caso, é inconstitucional e ilegal a aplicação da taxa SELIC, porque considerando a sua natureza remuneratória, não há que se admitir a utilização da mesma, com a natureza de juros de mora.

Assevera que o Auto de Infração lavrado é nulo, dada a iliquidez de seus valores, em razão de erro, seja na aplicação, ou na quantificação dos valores exigidos a título da multa, ou a título de juros moratórios.

Conclui pedindo que na hipótese do auto de infração ser mantido que os seus valores sejam revistos, a fim de se apurar a eventual incidência dos juros de mora com base na legislação em vigor, caso não seja esse o entendimento, que o valor da multa aplicada seja reduzido, porque ficou demonstrado o seu caráter abusivo e confiscatório.

Protesta pela produção de provas, realização de diligências, bem como pela realização de sustentação oral, dentre outras provas em direito admitidas.

O autuante apresenta informação fiscal, fls. 410 e 411, discorre sobre as alegações defensivas, em seguida informa que constam nos autos, demonstrativos por nota fiscal, e por mercadoria, do imposto corretamente calculado, dos valores efetivamente recolhidos e das diferenças apuradas, fls. 1 a 371. Aduz que a infração foi devidamente enquadrada e tipificada como artigos 371 e 125 inciso II alínea b, combinado com o artigo 61 do RICMS/97 e que o autuado tomou ciência do Auto de Infração, recebeu os demonstrativos da infração para análise, e que por isso não pode, falar em nulidade. Defende que é desnecessária a realização de diligências, por estarem consignados nos Autos todos os elementos comprobatórios das infrações levantadas.

Argui que, quanto ao mérito, a multa de 60% do valor do imposto aplicada, está em conformidade com o disposto no art. 42 da Lei 7014/96, e a taxa selic utilizada em restrita obediência a lei, tudo de acordo com o princípio da legalidade objetiva.

Conclui, dizendo que ratifica o procedimento fiscal, aguardando que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente não acolho o pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo, com alegação de iliquidez do Auto de Infração, visto que, foram observados no processo administrativo tributário os princípios da ampla defesa e do contraditório, da verdade material, da legalidade e da reserva legal. Ressalto que o fato gerador está devidamente apontado, enquanto que a infração imputada tem previsão objetiva no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que fundamenta esse imposto, o que lhe dá fundamentação legal. Saliento que os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contêm os elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, tendo em vista que foram baseados nas informações colhidas a partir dos documentos fiscais concernentes às aquisições de mercadorias efetivadas pelo contribuinte e considerando que o Auto de Infração descreve a infração e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes à multa aplicada.

Do mesmo modo, indefiro o pedido de diligência, vez que, os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, para a decisão da lide, com o fulcro na alínea “a”, do inciso I, do art. 147 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração lança ICMS, em razão do seu recolhimento a menos, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, sendo lançada na primeira infração a diferença entre a antecipação calculada pela fiscalização e a antecipação calculada e paga pelo contribuinte; na segunda, em razão do contribuinte ter deduzido no livro Registro de Apuração de ICMS valores de ressarcimento superiores às quantias consignadas nas planilhas de cálculo mensal de ressarcimento referente às saídas interestaduais sujeitas à substituição tributária; na terceira infração referente a diferenças entre os valores lançados no livro Registro de Apuração de ICMS e as importâncias recolhidas; e o lançamento da quarta infração decorreu da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referentes a notas fiscais coletadas nos Postos fiscais, através do sistema CFAMT, sendo imposta a multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 10% do valor das entradas não registradas.

Verifico que o contribuinte, em nenhum momento da defesa rechaça a acusação fiscal, não apresentando qualquer alegação ou elementos de prova, no intuito de elidir quaisquer dos itens da autuação, apesar de ter conhecimento dos levantamentos e demonstrativos levado a efeito pelos autuantes, inclusive, das infrações que lhe são imputadas.

O artigo 123, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, diz que é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Já o artigo 140, do mesmo Diploma regulamentar acima referido, determina:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Portanto, como as provas acostadas aos autos confirmam o cometimento das infrações pelo autuado, que ao silenciar permite que sejam admitidos como verídicos os fatos alegados pelos autuantes, assim, as infrações 01, 02, 03, e 04, são integralmente subsistentes.

Quanto ao pedido de dispensa ou de redução da multa, o mesmo não pode ser acolhido por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

No tocante a arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada, por entender o sujeito passivo que é confiscatória e desproporcional, saliento que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual a mesma fica mantida em face da sua expressa previsão pela Lei nº 7014/96.

E relação às arguições da defesa acerca da inadequação da exigência da taxa SELIC aplicada, registro, a sua previsão está contemplada na Lei 3.956/81 (COTEB), com suas alterações. Ademais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos,

reitero que, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA. Por sua vez, a jurisprudência consolidada deste Órgão Julgador é no sentido de que a mesma é devida, pois a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da mencionada Lei.

Portanto, fica mantido o lançamento do crédito tributário, totalizando o montante de R\$1.770.417,56, em razão do seu recolhimento a menos, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, lançado na primeira infração referente à diferença entre a antecipação calculada pela fiscalização e a antecipação calculada e paga pelo contribuinte, no valor de R\$1.734.820,16; na segunda, em razão do contribuinte ter deduzido no livro Registro de Apuração de ICMS valores de ressarcimento superiores às quantias consignadas nas planilhas de cálculo mensal de ressarcimento referente às saídas interestaduais sujeitas à substituição tributária, no montante de R\$3.122,82; na terceira infração referente a diferenças entre os valores lançados no livro Registro de Apuração de ICMS e as importâncias recolhidas, no valor de R\$17.735,07; e o lançado na quarta infração, decorrente da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referentes a notas fiscais coletadas nos Postos fiscais, através do sistema CFAMT, com imposição da multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 10% do valor das entradas não registradas, na importância de R\$14.739,51.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269140.0202/08-8**, lavrado contra **ATHOS FARMA S.A. DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.755.678,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$14.739,51**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR