

A. I. Nº - 298945.0500/13-6
AUTUADO - PRODMASTER COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. EPP
AUTUANTE - JOSERITA MARIA SOUSA BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26.06.14

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-02/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado que o adquirente efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária de medicamentos originados de fornecedores situados em Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, não tendo o defendente logrado êxito em destituir a acusação, a qual se fundamenta na legislação vigente à época do fato gerador. Exigência procedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Alegação de defesa sem elemento probatório de que existe produto isento. Item subsistente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA, QUANDO INTIMADO. MULTA. Comprovado o descumprimento da obrigação tributária acessória, apesar de intimado, submetendo-se a multa específica. Razões de defesa insuficientes para elidir a exigência. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2013, para exigir o montante de R\$67.297,89, referente a três infrações, a seguir:

INFRAÇÃO 1 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$37.586,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos Anexos 88 e 89, nos meses de janeiro a novembro de 2008. Foi consignado, ainda, que, por ser o contribuinte signatário do Decreto 7799/00, na apuração dos valores devidos foram considerados os benefícios nele previstos. Também foi consignado que, quando a apuração do imposto a antecipar foi feita com base no caput do art. 3-A do citado Decreto, a redução da base de cálculo de 18,53% não foi concedida para as aquisições junto aos fornecedores que tem como atividade o comércio atacadista.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 16.106,62, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, visto que o contribuinte efetuou venda de mercadorias tributadas como se fossem isentas do ICMS, no exercício de 2008.

INFRAÇÃO 3 – Multa de R\$ 13.605,05, por ter o contribuinte fornecido informações através de arquivos magnéticos, exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ao deixar de informar o valor das entradas de mercadorias nos arquivos eletrônicos, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de janeiro a dezembro de 2008.

Em sua defesa, às fls. 467 a 478 dos autos, preliminarmente, o sujeito passivo arguiu a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de “FALTA DE ADEQUADA TIPIFICAÇÃO/ENQUADRAMENTO,

acarretando, por certo, a nulidade do ato, mormente por não ter considerado a legislação estadual específica que rege a matéria, e o Termo de acordo assinado com a Fazenda Estadual.”

No mérito, em relação à infração 1, o defendente requer seja feita a adequada exegese da “Lei” 7799/2000, Decreto nº 11.872/2009; e o Termo de Acordo firmado com a SEFAZ, visto que entende que a aplicação do termo de acordo recai sobre todas as aquisições de mercadorias interestaduais e não apenas sobre compras interestaduais adquiridas da indústria, como defende a autuante.

Salienta que a competência 07/2008, apresenta um valor devido de R\$14.247,82, embora o valor apurado de forma adequada é de R\$10.538,38, valor este que resta confessado.

Diz que a acusação fiscal faz menção ao artigo 353 do RICMS/BA, mas como se depreende do mencionado dispositivo, constata-se que mais uma vez a capitulação legal se mostra inadequada, pois em nada se relaciona com tudo quanto afirmado pela autuante, do que transcreve o art. 353 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13780/2012.

Em seguida, após transcrever o Decreto nº 11.872/09 e os artigos 371 e 125 do RICMS/12, conclui que o enquadramento da infração 1 está totalmente equivocado, o que o impossibilita ao exercício da ampla defesa e do contraditório, por não guardar relação com a matéria, visto que “O RICMS 13.780/2012, PUBLICADO SOB A ÉGIDE DO ATUAL GOVERNO ESTADUAL, RESTANDO CEDIÇO QUE, QUANDO EDITADA LEI (EM SENTIDO GERAL, POIS NO CASO SE TRATA DE DECRETO), A LEI POSTERIOR REVOGA A LEI ANTERIOR. No caso, além de se reportar a um Regulamento revogado, a capitulação é sofrível, quando cotejada coma legislação em vigor, repita-se: RICMS – DECRETO 13.780/2012, fatos estes bastantes e suficientes para inquinar de nulidade o Auto de Infração acima epigrafado.”

No tocante à infração 2, o autuado alega que o item EXTENSÃO PARA ASPIRAÇÃO 2MT (Produto isento do ICMS que não foi observado pela auditoria) e que representa os maiores valores, foram adquiridos no fornecedor IMPLAMEDICAL Comércio de Produtos Médicos LTDA, dentro do Estado. Diz ser a isenção uma hipótese de não incidência, logo, tal exigência do imposto é indevida.

Registra que o enquadramento reportou-se aos artigos 2º, 50, 111 e 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, do que aduz não guardar relação com a legislação estadual vigente, ou seja, o “RICMS 13.780/2012”, pois, além de se reportar a um Regulamento revogado, a capitulação é sofrível, quando cotejada coma legislação em vigor, repita-se: RICMS – DECRETO 13.780/2012, fatos estes bastantes e suficientes para inquinar de nulidade o Auto de Infração acima epigrafado.

Quanto à infração 3, o autuado diz que a suposta infração está vinculada ao descumprimento de normas do SINTEGRA, contudo a capitulação legal remete aos artigos 686 e 708-B do RICMS aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, cujos dispositivos, quando da criação da publicação do aludido Decreto, sequer existia o Sistema SINTEGRA. Reitera que “Mais uma vez não guarda relação com a Legislação Estadual vigente em matéria de ICMS, qual seja: O RICMS 13.780/2012, PUBLICADO SOB A ÉGIDE DO ATUAL GOVERNO ESTADUAL, RESTANDO CEDIÇO QUE, QUANDO EDITADA LEI (EM SENTIDO GERAL, POIS NO CASO SE TRATA DE DECRETO), A LEI POSTERIOR REVOGA A LEI ANTERIOR”. Repete que “No caso em tela, além de se reportar a um Regulamento revogado, a capitulação é sofrível, quando cotejada coma legislação em vigor, repita-se: RICMS – DECRETO 13.780/2012, fatos estes bastantes e suficientes para inquinar de nulidade o Auto de infração acima epigrafado”.

Por fim, diz tratar-se de uma empresa do ramo de prestação de serviços de distribuição de produtos farmacêuticos e hospitalares, que toda a documentação solicitada foi devidamente entregue nos prazos solicitados, o que reforça a sua boa-fé, devendo ser anulado o Auto de Infração, ao tempo que invoca os princípios do Não Confisco e Ofensa ao Direito de Propriedade.

Pede a produção de todos os meios de prova admitidos em direito e que se anule o Auto de Infração.

A autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 508 a 512 dos autos, inicialmente salienta que o autuado quando cita a “Lei 7799/2000”, na verdade refere-se ao Decreto 7799/00.

Diz que o autuado, inerente à infração 1, ao contestar o valor apurado para o mês de julho de R\$14.247,82, não apresenta demonstrativo que embase o valor alegado de R\$ 10.538,38, do que

acredita que o autuado refere-se à aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 3º-A do Decreto 7799/00, em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores, o qual reproduz, para comprovar que a redução da base de cálculo de 18,53% será concedida quando as mercadorias forem adquiridas "*diretamente a estabelecimentos industriais*", como apurou o fisco, deixando de conceder a redução da base de cálculo quando as aquisições foram feitas junto a estabelecimentos com atividade de comércio atacadista, cuja identificação da atividade econômica dos fornecedores foi feita no sítio da Receita Federal, conforme cópia no Anexo V.

A autuante salienta que a interpretação de norma que trate de isenção deve ser literal, conforme determina o art. 111 do CTN e que, no caso em tela, a redução de base de cálculo equivale a isenção, conforme decidiu o STF no julgamento do RE 174.478-SP, em 17/03/05.

Já a alegação de que o enquadramento legal da infração 1 está equivocado, diz que o autuado não observou que os citados dispositivos referem-se ao RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, visto que, como previsto nos artigos 105 e 144 do CTN:

Art. 105. "A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.", e no art. 144.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Assim, concluiu a autuante que os Decretos 11.872 e 13.780 são, respectivamente, dos anos de 2009 e 2012, e os fatos geradores referem-se ao exercício de 2008. Logo, restou provada a total falta de fundamento das alegações do autuado e a manutenção da infração.

Em relação à alegação de defesa, atinente à infração 2, de que o produto EXTENSÃO PARA ASPIRAÇÃO 2MT é isento do ICMS, a autuante diz que o autuado deixou de trazer qualquer elemento que sustente a sua pretensão. Quanto à reiterada argumentação de que o enquadramento da infração 2 com base no Decreto 6.284/97 "...não guarda relação com a Legislação Estadual vigente em matéria de ICMS, qual seja: O RICMS 13.780/2012,....", a autoridade fiscal aduz já ter demonstrado que esta alegação carece de qualquer fundamento. Assim, mantém a infração 2.

No que tange à infração 3, que cobra multa em razão de ter o autuado omitido o valor de entradas de mercadorias nos arquivos magnéticos - SINTEGRA, a autuante diz que a defesa não contesta as omissões apuradas por esta fiscalização, apenas, mais uma vez, insurge-se contra o enquadramento da infração com base no Decreto 6.284/97, fato já rebatido anteriormente. Mantém a infração 3.

A respeito da suposta ofensa ao "...PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO E OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE", a autuante aduz que deixa de se manifestar, eis que o autuado passou a reportar-se a exigência do fisco federal.

Por fim, não tendo encontrado qualquer argumento capaz de elidir os lançamentos efetuados, a autuante pede que seja julgado procedente o Auto de Infração.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de três infrações, com o débito exigido no montante de R\$ 67.297,89.

Inicialmente, rejeito a arguição de nulidade do Auto de Infração, pois o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, estando o enquadramento legal das infrações de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores, conforme dispõe o art. 144 do CTN.

Quanto à alegação do Não Confisco e Ofensa ao Direito de Propriedade, há de salientar que as multas aplicadas são as legalmente previstas aos casos em análise, não sendo da competência

deste colegiado a declaração de inconstitucionalidade da lei, nos termos previstos no art. 167, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, o autuado nada comprova sobre suas alegações em relação a todas as infrações, visto que:

1) No tocante à infração 1, relativa à exigência por ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, tendo em vista que os medicamentos originaram-se de fornecedores situados em Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, por se tratar de fatos geradores relativos ao exercício de 2008, aplica-se o Decreto nº 7799/2000, assim como do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigentes à época, não tendo o apelante demonstrado qualquer equívoco nos números apurados, em que pese afirmar, à fl. 470 dos autos, sem contudo comprovar com documentação hábil, que para a competência de 07/2008 (cujo lançamento de ofício exige o valor de R\$ 14.247,82) “o valor apurado de forma adequada é de R\$10.538,38”.

Por sua vez, a aludida infração 1 está fundamentada na planilha sintética, à fl. 19 dos autos, e nas planilhas analíticas, às fls. 21 a 35 dos autos, as quais demonstram de forma didática todo o cálculo do ICMS devido por antecipação tributária, informando, por nota fiscal, o Estado de origem, a NCM, o produto adquirido, a quantidade e o valor da operação, a MVA, base de cálculo da substituição tributária e seu correspondente percentual de redução, assim como o ICMS-ST.

Assim, por não ter o defendente comprovado qualquer equívoco existente nos números apurados no levantamento fiscal, não logrou êxito em destituir a acusação fiscal. Exigência procedente.

2) Inerente à infração 2, relativa à acusação de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, igualmente à ocorrência anterior, por se tratar de fatos geradores relativos ao exercício de 2008, aplica-se a legislação vigente à época dos fatos, logo os dispositivos legais ínsitos no enquadramento, à fl. 2 dos autos, no caso os artigos 2º, 50, 111, inciso I, e 124, inciso I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme foi consignado, consoante determinação prevista no art. 124 do CTN, o qual prevê: *Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Quanto à alegação do defendente de que o item EXTENSÃO PARA ASPIRAÇÃO 2MT se trata de produto isento do ICMS, há de se ressaltar que, em que pese o autuado afirmar, à fl. 474 dos autos, que anexou aos autos cópia da nota fiscal de compra, como prova de sua alegação, assim não o fez, deixando de trazer elemento probatório que sustente a sua alegação.

Assim, nos termos do artigo 143 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, cuja infração encontra-se respaldada em demonstrativos analíticos às fls. 58 a 63 dos autos, não tendo o autuado se desincumbido de elidi-la. Exigência procedente.

3) No tocante à infração 3, na qual se exige a multa no valor de R\$ 13.605,05 em razão do descumprimento de obrigação tributária acessória, por ter o contribuinte fornecido informações através de arquivos magnéticos com omissão de operações ou prestações, ao deixar de informar o valor das entradas de mercadorias nos arquivos eletrônicos, tendo sido intimado, nos termos previsto no art. 708-B, §§ 3º e 5º, do RICMS/97, às fls. 9 e 10 dos autos, em 20/09/2013, para no prazo de trinta dias corrigir as inconsistências apontadas na aludida intimação. Contudo, o contribuinte não cumpriu com sua obrigação tributária acessória, se submetendo à multa prevista no art. 42, XIII-A, inciso “i”, da Lei nº 7.014/96, conforme memória de cálculo demonstrada às fls. 76 a 88 dos autos.

Por sua vez, o autuado limita-se apenas a alegar que os dispositivos, tidos como infringidos, não existiam quando da publicação do Decreto nº 6.284/97, olvidando-se que os citados §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/97 tiveram suas redações acrescentadas pelo Decreto nº 9.332, de 14/02/05, com efeitos a partir de 15/02/05. Portanto, vigentes à época dos fatos, conforme já analisado.

Contudo, verifico que existe um erro material na presente autuação, que deve ser corrigido nesta oportunidade, referente à data da ocorrência e de vencimento dessa infração, pois, nos casos em

que se atribuiu ao contribuinte a falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida à infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente, haja vista que, antes ou durante o prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração.

Nesse sentido, inclusive, dispõe a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, item 6, a saber:

“6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com correção dos erros indicados.

6.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Assim sendo, como o termo final da intimação para apresentação dos arquivos magnéticos só ocorreu em 30/10/2013, somente em 31/10/2013 considera-se existente a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” de toda autuação relativa à terceira infração.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo-se considerar, para a terceira infração, a data de ocorrência e vencimento de 31/10/2013.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298945.0500/13-6**, lavrado contra **PRODMASTER COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. EPP**, devendo ser intimado o autuada para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$53.692,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, incisos “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13.605,05**, prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR