

A. I. N° - 279115.0004/12-4  
AUTUADO - CRISTÁLIA PRODUTOS FARMACEÚTICOS LTDA.  
AUTUANTE - JORGE CALMON MONIZ DE BITENCOURT FILHO e GERALDO CAMPOS  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 10/06/2013

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0125-03/13

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR. Aplica-se o regime da substituição tributária/antecipação do fato gerador às operações interestaduais realizadas entre contribuintes localizados em estados signatários de Convênios e Protocolos. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O lançamento de ofício foi lavrado contra o contribuinte em epígrafe ao qual foi imputado o cometimento das seguintes infrações tributárias:

Infração 01: “procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

Infração 02: “deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

A empresa autuada através de advogados legalmente habilitados apresenta tempestivamente a sua impugnação e inicialmente observa que “*o relatório fiscal que acompanha o Auto de Infração é vago e impreciso em relação às acusações formuladas, tanto que boa parte é tomada por transcrições de planilhas*” e “*não apontou de forma específica o que se sucedeu*”. Anota que “*o enquadramento legal que embasa as acusações objeto do AIIM seria o descumprimento das disposições contidas no Convênio Confaz n.º 76/94 e alterações posteriores*” e acrescenta que “*o Estado de São Paulo denunciou o referido convênio no ano de 1997 e, desde então, suas disposições não se aplicam às operações iniciadas em território paulista!*”.

Entende que “*nesse sentido, as operações interestaduais envolvendo medicamentos entre estabelecimentos localizados nos Estados de São Paulo e da Bahia somente passaram a estar sujeitas ao regime de substituição tributária do ICMS por antecipação com a entrada em vigor do Protocolo ICMS n.º 105/2009, em 1º de janeiro de 2010, consoante determinado pelo Despacho Secretário Executivo n.º 398/2009. Segue-se daí, sem dificuldade, que grande parte das operações objeto da autuação fiscal ocorreu antes da entrada em vigor do regime de substituição tributária do ICMS, o que, data venia, evidencia a ilegalidade da cobrança.*”

Anota como é sabido “*que as operações interestaduais somente podem estar submetidas à sistemática da “substituição tributária por antecipação” caso haja previsão expressa em Convênios ou Protocolos celebrados pelos Estados envolvidos.*” E mais: “*de acordo com o Auto de Infração ora combatido, o crédito tributário de ICMS exigido da Defendente possui como fundamento legal o desrespeito ao Convênio ICMS n.º 76/94 e alterações posteriores*”. Acrescenta que por meio do Ato COTEPE-ICMS n.º 15/97, com efeitos a partir de 1º de novembro de 1997 que transcreve, o Estado de São Paulo por intermédio do Decreto nº 42.346, de 17.10.97, publicado no Diário Oficial do Estado de 18.10.97, com efeitos a partir de 1º. 11.97, denunciou o

Convênio ICMS 76/94, de 30.06.94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos e portanto, desde o ano de 1997, aquele Estado deixou de ser signatário do aludido Convênio. Tal situação permaneceu inalterada até janeiro de 2010, quando entrou em vigor o Protocolo ICMS n.º 105, de 10 de agosto de 2009, celebrado pelos Estados de São Paulo e Bahia, e que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano. O referido Protocolo, esclarece o impugnante, passou a produzir efeitos em relação às operações interestaduais destinadas ao Estado da Bahia apenas em janeiro de 2010, por força do Despacho do Secretário Executivo do Confaz n.º 398/2009 que anexa. Questiona: *“se por vontade da própria Administração Tributária do Estado da Bahia, as disposições relacionadas ao Protocolo ICMS n.º 105/09 somente passaram a produzir efeitos só em 1º de janeiro de 2010, como podem os Srs. Auditores Fiscais exigirem o ICMS devido pelo regime de substituição tributária por antecipação relativo às operações interestaduais ocorridas nos meses de novembro e dezembro de 2009?”*

E acrescenta: *“o que mais salta aos olhos neste caso é que do valor total atualizado de R\$ 458.306,09 exigido no Auto de Infração, R\$ 445.478,02 dizem respeito aos meses de novembro e dezembro de 2009”. “Vale dizer, 97% (noventa e sete por cento) do crédito tributário apontado no AIIM é manifestadamente inexigível, uma vez que à época dos fatos não havia previsão legal para que fosse adotada a sistemática da “substituição tributária por antecipação”!*

Entende que *“em casos como esse, é imperioso o cancelamento integral do crédito tributário pela ausência de sujeição passiva tributária da Defendente em relação aos referidos fatos geradores.”*

Cita e transcreve texto doutrinário a respeito da matéria bem como decisões deste Conseg que, de acordo com o impugnante fazem a mesma interpretação. Cita como exemplo o AI n.º 281331.0708/08-0, Acórdão JJF n.º 0152-04/09, e AI n.º 24272.0084/01-2, Acórdão JJF n.º 0030-12/02, 2ª CJF.

Entende ainda que *“o lançamento tributário como um todo decorre de erro grave na capituloção da infração supostamente cometida”* e que a *“inaplicabilidade da fundamentação legal da suposta infração cometida conduz a nulidade de todo o lançamento tributário”* Traz a colação comentários doutrinários sobre a matéria.

Em resumo conclui a sua impugnação reafirmando que: *“não sendo o Estado de São Paulo signatário do Convênio ICMS n.º 76/94 desde o ano de 1997, não há o que se falar em atribuição de responsabilidade tributária por substituição à Defendente nas operações interestaduais envolvendo medicamentos com destinatários localizados no Estado da Bahia até janeiro de 2010, quando entrou em vigor o Protocolo ICMS n.º 105/2009; disso decorre que o Auto de Infração ora atacado, que exige ICMS indevidamente da Defendente nos meses de novembro e dezembro de 2009 é nulo, pois não há sustentação legal para tanto; não bastasse isso, deve-se destacar que o equívoco na fundamentação legal constante dos relatos das infrações supostamente cometidas causou a nulidade integral do Auto de Infração, inclusive naquelas supostamente cometidas quando da vigência do Protocolo ICMS n.º 105/2009.”*

Pede o “arquivamento do presente processo administrativo.”

Os Auditores Autuantes apresentam a Informação Fiscal onde reconhecem as alegações da Defendente o que levou à exclusão do levantamento fiscal do Relatório Apuração do ICMS ST Não Retido 2009 que constava no Anexo 2 do AI, e à consequente reemissão do Demonstrativo de Débito (fl.105). Consideram porém descabida a solicitação da Autuada de anulação completa do AI, pois entendem que devem ser mantidos *“intactos os demais Relatórios constantes do AI (Anexos 2 e 3), que compõem as duas infrações originais, referentes aos exercícios 2010 e 2011”*. Retificam assim a autuação.

É o relatório.

## VOTO

As infrações atribuídas ao contribuinte em epígrafe dizem respeito como vimos a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia bem como ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O contribuinte apresenta sua impugnação e de forma concatenada e bem fundamentada através de decisões anteriores sob a mesma matéria tomadas por este Conseg desconstitui parcialmente a pretensão punitiva do Estado da Bahia.

Como bem aduziu o impugnante os fatos tidos como geradores de responsabilidade tributária por substituição e antecipação do fato gerador não poderiam ter sido atribuídos integralmente a autuada.

Reitero posições adotadas por este Tribunal Administrativo no sentido de que a aplicação do regime da substituição tributária deve seguir rigorosamente as disposições legais que exige dentre outros requisitos que em se tratando de operações interestaduais exista entre os Estados um Convênio ou um Protocolo que trate exclusivamente da matéria sob pena de ser inaplicável a exigência antecipada do imposto e a responsabilização do contribuinte-substituto.

Creio desnecessário repetirmos aqui os fundamentos apresentados pelo contribuinte e reconhecidos pelos Autuantes.

Consideramos assim que devem ser expurgados da autuação os valores que correspondem ao período anterior a edição do Ato Cotepe que fez ingressar no mundo jurídico a “denúncia do convênio” por parte do Estado de São Paulo.

Entendo, e assim voto, que o lançamento de ofício aqui realizado deve ser parcialmente procedente mantendo-se apenas a exigência do pagamento de imposto e penalidade pecuniária relativa aos valores que deixaram de ser recolhidos referentes aos exercícios de 2010 e 2011.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE RM PARTE** o Auto de Infração nº **279115.0004/12-4** lavrado contra **CRISTÁLIA PRODUTOS FARMACEÚTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.158,01**, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2013.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR