

**PROCESSO** - A. I. Nº 279115.0004/12-4  
**RECORRENTES** - CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA. (LABORATÓRIO CRISTÁLIA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDOS** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA. (LABORATÓRIO CRISTÁLIA)  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0125-03/13  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 06/02/2014

**3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0007-13/14**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR. **a)** RETENÇÃO A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o auto de infração que foi lavrado em razão do 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”.*

Em Primeira Instância, assim concluiu a 3ºJJF:

*O contribuinte apresenta sua impugnação e de forma concatenada e bem fundamentada através de decisões anteriores sob(sic) a mesma matéria tomadas por este Consef 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.*

Em razão da redução parcial da infração 2 ter superado o valor de R\$ 100.000,00, a 3ª JJF interpôs Recurso de Ofício, com base no art. 169, I, “a”, do RPAF.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Diz que as operações interestaduais envolvendo medicamentos entre estabelecimentos localizados nos Estados de São Paulo e Bahia somente passaram a estar sujeitas ao regime de substituição tributária do ICMS por antecipação com a entrada em vigor do Protocolo ICMS 105/2009, em 1º de janeiro de 2010, consoante determinado pelo Despacho Secretário Executivo nº 398/2009.

Assevera que o Relatório Fiscal que acompanha o Auto de Infração é vago e impreciso em relação às acusações formuladas, tanto que boa parte do relatório é tomada por transcrições de planilhas, e não aponta de forma específica o que se sucedeu. Entende que a autuação não analisou adequadamente os documentos relativos às operações tidas como irregulares.

Suscita nulidade da infração porque o enquadramento legal apontado pela autuação seria o descumprimento das disposições contidas no Convênio CONFAZ nº 76/94 e alterações posteriores.

Frisa 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 há erro grave na capitulação legal da infração objeto do Auto de Infração e que este erro cometido pela d. fiscalização estadual de forma grosseira impossibilita a convalidação do ato administrativo. Cita decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Em parecer de fls. 160/162, a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Junior, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Observa que o art. 19 do RPAF prescreve que o erro na capitulação não se configura em causa de nulidade, desde que pela descrição dos fatos fique claro a conduta infracional imputada.

Quanto à denúncia ao Convênio realizada pelo Estado de São Paulo, observa que a decisão recorrida já expurgou este período do lançamento, remanescentemente o período que o Protocolo ICMS 105/09 entrou em vigor, impondo a aplicação do regime de substituição tributária nas operações de medicamentos realizados entre contribuintes situados nos Estados de São Paulo e Bahia.

## VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, observo que a redução decorreu do acolhimento da alegação defensiva de que o Estado de São Paulo denunciou o Convênio ICMS 76/94.

Na Informação Fiscal de fls. 102/105, o próprio autuante reconhece a alegação defensiva, o que foi ratificado pela decisão de primeira instância.

De fato, em razão da denúncia do Estado de São Paulo ao Convênio ICMS 76/94, a obrigação do recolhimento do ICMS ST nas operações advindas do estado paulista somente é cabível a partir da vigência do Protocolo ICMS 105/09.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, observo que o cerne da questão está no erro no enquadramento legal constante no auto de infração, que mencionou o Convênio ICMS 76/94, o qual não se aplica ao Estado de São Paulo.

Com efeito, resta equivocada o enquadramento legal constante no auto de infração, contudo, a descrição das infrações é clara e não deixa dúvida de que o imposto exigido se refere a ICMS ST nas vendas realizadas para o Estado da Bahia.

Neste ponto, entendo ser aplicável o art. 19 do RPAF:

*Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

Assim, não vejo motivo para que seja declarada a nulidade da autuação fiscal, haja vista que o imposto exigido é devido a partir da vigência do Protocolo ICMS 105/09, e a indicação do Convênio 76/94 não macula a autuação de vício insanável, sendo passível de retificação.

Frise-se, ainda, que tal erro não prejudicou em nada a compreensão da infração imputada ao Recorrente e não lhe causou qualquer cerceamento do direito à ampla defesa.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279115.0004/12-4 lavrado contra **CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA. (LABORATÓRIO CRISTÁLIA)**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de janeiro de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

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