

A. I. N° - 279696.0001/16-6
AUTUADO - FONSECA & CIA. LTDA. - EPP
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0208-05/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOR. O próprio autuante reconhece no decorrer da instrução processual que o Auto de Infração merece ser corrigido quanto às infrações supostamente cometidas. Nesse caso, como há mudança no fulcro da autuação faz-se necessário a apuração do imposto por meio da lavratura de novo Auto, com as devidas correções. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18.03.2016, exige ICMS no valor total de R\$138.626,04, e multa de 60% por meio das seguintes infrações:

- 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural; referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. ICMS no valor de R\$109.405,47.
- 2 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. ICMS no valor de R\$ 29.220,57.

O autuado ingressa com defesa, fls. 82 a 92, e após transcrever as infrações que lhe estão sendo imputadas, aduz a ilegalidade da exigência diante da impossibilidade de exigência antecipada de ICMS por ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Entende que trata-se de Auto de Infração que exige o recolhimento de ICMS por antecipação Especial, no ato da entrada da mercadoria no Estado da Bahia, tendo como fundamento para a exigência a legislação nele mencionada.

Aduz que a cobrança antecipada do ICMS foi rechaçada pelos Tribunais, posto que ao se antecipar o surgimento da obrigação tributária, está se antecipando, por ficção a ocorrência do fato gerador. Menciona que o Supremo Tribunal Federal está discutindo essa questão através do RE 598677.

Traz também o posicionamento do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, na Ap. Civil nº 70006802201, julgado em 14/10/2003. Assim, pela ilegalidade e inconstitucionalidade dessa exigência do ICMS antecipado, que viola a Constituição Federal, deve ser cancelado o lançamento.

Reclama que a multa é confiscatória, que atenta contra o patrimônio do contribuinte, pois o Estado quer dar maior valor ao acessório do que ao principal.

Ao final requer que seja declarado nulo o Auto de Infração e pugna pela produção de todos os tipos de prova em direito permitidos. Requer prazo de 10 (dez) dias para posterior juntada da procuração.

O autuante presta a informação fiscal de fl. 101, e ressalta que toda a defesa do contribuinte baseia-se em argumentos que questionam a constitucionalidade da cobrança do ICMS antecipadamente, e nada tem a informar quanto a isto.

Aproveita a oportunidade para registrar apenas a necessidade de uma pequena correção, já informada ao contribuinte, relativa aos códigos das infrações do AI, que deveu-se a erro quando da sua lavratura.

Salienta a cópia do e-mail anexa, enviada para o representante do contribuinte em 30/03/2016, fl. 102.

Assim, a infração 01 deveria ter como código 07.06.03, e a infração 02, deveria ter como código 07.06.04. Isto refere-se apenas à origem das mercadorias e em nada modifica o resultado da autuação. Simulou a lavratura do AI com os códigos corretos, referentes às aquisições neste Estado, que representa a realidade do contribuinte, e o resultado foi exatamente o mesmo, conforme fls. 103 a 107, anexas.

Aduz que isto não foi objeto de contestação ou defesa pelo contribuinte, apenas aproveitou a oportunidade para a correção. Requer a procedência da autuação.

VOTO

Preliminarmente, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância dos requisitos constantes do art. 39 do RPAF/99, Decreto 7.629/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Contudo, não obstante as formalidades legais terem sido observadas pelo autuante, na sua lavratura, este incidiu em equívoco ao tipificar e enquadrar na legislação as infrações que teriam sido cometidas pela autuada.

É que no decorrer da instrução processual, no momento de prestar a informação fiscal, o autuante deu-se conta do erro e por meio de comunicação ao contribuinte, por correio eletrônico, para o seu representante legal, em 30/03/2016, informou que as infrações 01 e 02, deveriam ter como códigos 07.06.03 e 07.06.04, respectivamente.

Nesse teor, elaborou uma simulação do Auto de Infração, com as correções das infrações, fls. 103, 104, que deste modo, além de assumirem novos códigos, passaram a ter uma nova descrição fática e novo enquadramento legal, mantendo, no entanto os valores do ICMS inicialmente exigidos.

Por todo o exposto, concluo que o Auto de Infração não encontra condições para a sua validade, haja vista que o fulcro da autuação foi modificado, e novas infrações foram imputadas à sociedade empresária, fato que não é passível de correção no lançamento fiscal, pois não se trata de erro formal, caso em que seria passível de correção e de supressão por determinação da autoridade competente. Na presente lide o que restou atingido, na sua validade foi o próprio Auto de Infração, o que fulmina de nulidade. Neste caso, deve ser lavrado novo Auto de Infração, desta feita de forma correta, pelo que represento à autoridade fazendária, nos termos do art. 21 do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **279696.0001/16-6**, lavrado contra **FONSECA & CIA. LTDA. - EPP**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR