

PROCESSO - A. I. Nº 279696.0001/16-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FONSECA & CIA. LTDA. (FARMÁCIA CONFIANÇA) - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 5ª JF nº 0208-05/16
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0234-12/17

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 5ª JF, através do Acórdão nº 0208-05/16, por ter desonerado o sujeito passivo do débito lhe imputado, lavrado inicialmente no valor de R\$138.626,04, relativo à constatação de duas irregularidades, ao julgar o Auto de Infração nulo, sendo objeto deste recurso as seguintes exações:

Infração 1 – 07.06.01 – Deixou de recolher ICMS substituto por antecipação, no valor de R\$109.405,47, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Infração 2 - 07.06.01 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, no valor de R\$ 29.220,57, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A Decisão de piso considerou o Auto de Infração nulo, diante das seguintes considerações:

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.

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0208-05/16, por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo dos débitos lhe imputados, ao julgar nulo o Auto de Infração, sob o entendimento de que não encontra condições para a sua validade, pois o fulcro da autuação foi modificado, e novas infrações foram imputadas.

Conforme visto, as exações decorrem da falta de recolhimento ou do recolhimento a menos do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referentes às aquisições de mercadorias provenientes *de outras unidades da Federação*, sendo demonstradas, às fls. 8 a 79 dos autos, as notas fiscais de aquisição, os cálculos para efeito da antecipação tributária e dedução do valor, quando recolhido, apurando-se, afinal, o valor devido.

Neste Auto de Infração se exige a antecipação tributária sob o núcleo da acusação de o adquirente se encontrar na condição de *farmácia, drogaria ou casa de produto natural*, o que o obriga, nos termos do art. 353, §2º, do RICMS/97 e art. 294 do RICMS/12, ao recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições *internas e interestaduais* de produtos não alcançados pela substituição tributária.

Da análise de tais considerações, conclui-se que não houve modificação do fulcro das acusações fiscais, as quais decorrem sob o núcleo da não satisfação da antecipação do ICMS, na condição de farmácia ou drogaria.

Por essa razão, ao contrário da conclusão do Acórdão recorrido, o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais, por conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, como também por ficar comprovado que não houve qualquer preterição do direito de defesa, consoante restou demonstrado na impugnação.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para decretar a nulidade da Decisão recorrida e afastar a nulidade do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Peço a devida vênia para discordar do i. Presidente/Relator que restabeleceu a cobrança inicial, dando provimento ao recurso de ofício ao PAF julgado Nulo em primeira instância.

Conforme expôs muito bem o Relator de piso, houve alteração do fulcro das infrações supostamente cometidas pelo autuado, tendo este sido cientificado formalmente deste fato apenas no momento da Informação Fiscal apresentada pelo auditor autuante, ou seja, em etapa posterior ao lançamento de ofício.

Registra-se que o autuante participou da sessão de Segunda Instância, explicando que a infração 1 deveria ter como código 07.06.03, e a infração 2, deveria ter como código 07.06.04, alegou que o ocorrido interferiu apenas no que tange a origem das mercadorias e detalhou ainda que formulou e-mail nesse teor, tendo encaminhado ao contribuinte dias após a lavratura do AI. Todavia, além dos códigos das infrações, a própria tipificação fazia referências às operações interestaduais, bem como as respectivas capitulações, o que sem dúvida prejudica o entendimento do defendente.

Se déssemos provimento a este Recurso estaríamos abrindo um enorme precedente para que erros dessa natureza fossem corrigidos no decorrer do lançamento fiscal, sendo que não há previsão legal neste sentido.

Por fim, pelos fatos geradores lançados, ainda há possibilidade de se corrigir o erro registrado, pelos moldes adequados, sendo feito um novo lançamento de ofício.

Pelo exposto, mantenho a Decisão recorrida, que julgou pela NULIDADE do lançamento de ofício e desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **279696.0001/16-6**, lavrado contra **FONSECA & CIA. LTDA. (FARMÁCIA CONFIANÇA) - EPP**. Representa-se à autoridade fazendária, nos termos do art. 21 do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Tiago de Moura Simões, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, José Carlos Barros Rodeiro, Denise Mara Andrade Barbosa e Paulo Sérgio Sena Dantas.

VOTO VENCIDO – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/ RELATOR/VOTO VENCIDO

TIAGO DE MOURA SIMÕES – VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE- REPR. DA PGE/PROFIS