

A. I. Nº - 279115.0006/17-8  
AUTUADO - CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA.  
AUTUANTES - NILCEIA DE CASTRO LINO, SUELY CRISTINA TENÓRIO M. RIBEIRO, JORGE CALMON M. DE BITENCOURT FILHO e CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/12/2017

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

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0244-03/17

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o contribuinte não é obrigado ao recolhimento do ICMS ST quando da realização de operações de compra e venda com as empresas que possuíam regime especial à época dos fatos geradores, que as dispensavam da retenção antecipada do ICMS nos termos dos Protocolos 99/09 e 105/09. Infrações insubstinentes. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 12/06/2017, exige crédito tributário no valor de R\$148.988,50, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

**Infração 01** - 08.15.03 - deixou de proceder a retenção e consequente recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de abril a dezembro de 2012 no valor de R\$144.650,17;

**Infração 02** - 08.15.03 - deixou de proceder a retenção e consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, março a junho e dezembro de 2013, no valor de R\$4.338,33;

O autuado ingressa com defesa fls. 28/39, mediante advogado, procuração fl.41. Requer seja recebida e processada conforme a legislação vigente onde deverá ser julgada procedente e cancelado o auto de infração.

Diz que a empresa foi autuada, nos termos observados no auto de infração em epígrafe, por supostamente deixar de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos períodos de 2012, 2013, 2014.

Afirma que demonstrará na defesa, ao contrário do que afirmou o Agente Fiscal, que a empresa sempre adimpliu integralmente suas obrigações tributárias, sem qualquer atitude que implicasse lesão ao Erário, fato que não foi acertadamente verificado pela fiscalização e que ensejou a lavratura deste Auto de Infração.

De início, diz sustentar a ocorrência de decadência parcial, das reclamações constantes do lançamento, no tocante aos fatos geradores de 30/04/2012 e 31/05/2012.

Aduz que em caso de inércia do credor em constituir o crédito tributário no prazo devido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que nas exações cujo lançamento se faz por homologação, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (150, § 4º, do

CTN (STJ - RESP 504822 - PR - 2<sup>a</sup> T. - Rel<sup>a</sup> Min. Eliana Calmon - DJU 25.01.2004 -p. 00149). Portanto, o crédito relativo à cobrança do tributo deve ser constituído dentro do prazo decadencial de 5 anos, em obediência ao Código Tributário Nacional, sob pena de extinção, na dicção dos artigos 150, § 4º e 156, V, que transcreve.

Diz não ser demais reforçar que no caso em tela que a decadência operou-se, uma vez que o suposto crédito tributário superou o prazo legal para sua constituição definitiva.

Assim, se o Fisco entender que a atividade exercida pelo contribuinte está equivocada, ocasionando redução tributária, caberá o lançamento complementar, por via de lançamento direto, porém, dentro do prazo decadencial de cinco anos previsto no § 4º, do art. 150, do CTN.

No presente caso os fatos geradores ocorridos em 30/04/2012 e 31/05/2012, tiveram sua constituição definitiva somente em 06/2017, com a ciência da Defendente acerca da lavratura do presente auto. Logo o prazo decadencial de cinco anos se operou.

Assim sendo, requer a declaração da decadência do direito da Defendente, por não ter observado o prazo de 05 (cinco) anos para lançar parte do suposto crédito tributário.

Em que pese o esforço realizado autoridade fiscal para a realização do presente lançamento, diz que restará demonstrado que as infrações constantes do Auto de Infração não se coadunam com a realidade documental e com as práticas realizadas pela defensante.

Afirma que a introdução do instituto da substituição tributária no direito positivo pátrio ocorreu por meio do Código Tributário Nacional (Lei 5.172 de 1966), através do já revogado art. 58, § 2º, II, "a" e "b". O mesmo Código em seu art. 128 que foi recepcionado pela Lei Maior e ainda vigente, atribui à Lei Ordinária a competência para a implantação do instituto da substituição tributária.

No entanto, na atual Carta Magna a substituição tributária veio a ser constitucionalizada pela mesma emenda constitucional, restando que cabe à lei complementar dispor sobre substituição tributária do ICMS. Assim reza o artigo 155, § 2º, XII, "b" da Constituição atual. Reproduz o art.128 do CTN.

Dessa forma, em relação ao ICMS, diz que em obediência ao comando constitucional, e o art. 128 do CTN, permite que a lei estadual possa atribuir a terceiro a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do imposto, conforme art. 6º da Lei 87/96 que transcreve, podendo o contribuinte ser dispensado do cumprimento da obrigação principal ou ainda responder pelo seu cumprimento em caráter parcial ou supletivo.

Já no Estado da Bahia, a atribuição constitucionalmente prevista, encontra-se no art. 10 da Lei nº. 7014 /96 e foi justamente neste dispositivo que a infração impugnada foi enquadrada c/c cláusulas 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> do Convênio ICMS 76/94 e alterações posteriores.

A Defendente alega que nada deve no tocante ao ICMS ST das operações em questão. Isso porque, não é obrigada ao recolhimento do ICMS/ST quando da realização de operações de compras e vendas com as empresas Lampart Comércio Hospitalar Ltda., DSL Distribuidora de Medicamentos e Produtos Ltda. e Prodmaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Isto porque as referidas empresas possuíam regime especial à época dos fatos geradores que dispensavam seus fornecedores da retenção antecipada do ICMS nos termos dos Protocolos 99/09 e 105/09.

Diz que no caso da Lampart Comércio Hospitalar, o citado Regime Especial foi concedido pelo Comunicado SAT 004/2010. A DSL Distribuidora de Medicamentos e Produtos Ltda. obteve o Benefício Fiscal através do Comunicado SAT 005/2010. Já a empresa Prodmaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda através do Comunicado SAT 008/2010. E por tais razões, espera o acolhimento de sua defesa, quer pela preliminar, quer pelo mérito, seja o Auto de Infração cancelado e arquivado.

Os Autuantes prestam a informação fiscal, fls.73/74. Repetem as infrações imputadas ao autuado. Aduzem que o Autuado alega não ser obrigado ao recolhimento do ICMS ST, quando da realização de operações de compra e venda com as empresas Lamport Comércio Hospitalar Ltda., DSL Distribuidora de Medicamentos e Produtos Ltda. e Prodmaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Também afirma que as referidas empresas possuíam regime especial à época dos fatos geradores que dispensavam seus fornecedores da retenção antecipada do ICMS nos termos dos Protocolos 99/09 e 105/09.

Confirmam que efetivamente, as empresas citadas possuíam regime especial de tributação à época dos fatos geradores. Disseram que contatado o setor de informática da INFAZ foi esclarecido que devido a uma falha na atualização no sistema de auditoria, tais empresas não foram incluídas na tabela dos detentores de regime especial de tributação. Feita a correção no sistema, verificaram que não há qualquer valor a reclamar da presente infração - ICMS ST não retido.

À vista do exposto, opinam pelo acolhimento integral da solicitação da Autuada, cancelando-se a presente Autuação Fiscal.

Entendem os auditores fiscais que cabe integral razão ao Autuado nas suas alegações e devido ao explanado deve o Auto de Infração ser cancelado e arquivado.

#### VOTO

O Auto de Infração trata da falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos exercícios de 2012 e 2013.

O defendente arguiu a decadência das exigências constantes do lançamento, no tocante aos fatos geradores até 31/03/2012. Afirmando que considerando que só tomou ciência do Auto de Infração em junho de 2017, já teriam decorridos mais de cinco anos dos fatos geradores.

O entendimento que vem prevalecendo no CONSEF é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN”.

A partir dessa análise, verifico que no presente caso, a acusação fiscal trata-se de falta de retenção e respectivo recolhimento do ICMS/ST. Portanto, não assiste razão ao contribuinte e os eventos ocorridos até 31/03/2012 não estariam fulminados pela decadência, considerando que nada foi declarado e não houve qualquer recolhimento do imposto lançado.

Neste caso, aplica-se o disposto no art.173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”, pois nada há a ser homologado. Entretanto, este fato não trará qualquer repercussão para a Decisão a ser tomada, considerando que no mérito, no presente caso, as infrações são improcedentes.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou que nada devia no tocante ao ICMS ST das operações em questão. Isso porque, não estava obrigada ao recolhimento do ICMS/ST quando da realização de operações de compras e vendas com as empresas que possuíam regime especial à época dos fatos geradores que as dispensavam da retenção antecipada do ICMS, nos termos dos Protocolos 99/09 e 105/09.

Os Autuantes na informação fiscal declararam que, de fato, as empresas envolvidas nas operações alvo do levantamento fiscal, possuíam regime especial à época dos fatos geradores que dispensavam seus fornecedores da retenção antecipada do ICMS nos termos dos Protocolos 99/09 e 105/09.

Esclareceram que contatado o setor de informática da INFAZ foram informados que devido a uma falha na atualização no sistema de auditoria, tais empresas não foram incluídas na tabela dos

detentores de regime especial de tributação. Feita a correção no sistema, verificaram que não há qualquer valor a reclamar da presente infração - ICMS ST não retido.

Entenderam os auditores fiscais que cabe integral razão ao Autuado nas suas alegações e devido ao explanado deve o Auto de Infração ser cancelado e arquivado.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que, efetivamente, consta dos Autos, que os fornecedores não estão obrigados ao recolhimento do ICMS/ST quando da realização de operações de compras e vendas com empresas que possuíam regime especial à época dos fatos geradores, que dispensavam seus fornecedores da retenção antecipada do ICMS nos termos dos Protocolos 99/09 e 105/09.

Observo que para a empresa Lampart Comércio Hospitalar, o citado Regime Especial foi concedido pelo Comunicado SAT 004/2010. A DSL Distribuidora de Medicamentos e Produtos Ltda obteve o Benefício Fiscal através do Comunicado SAT 005/2010. Já a empresa Prodmaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda através do Comunicado SAT 008/2010.

Dessa forma, acato as conclusões dos autuantes considerando que as irregularidades apontadas se revelaram insubstinentes.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279115.0006/17-8, lavrado contra **CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA**.

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, 11 de dezembro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR