



ACÓRDÃO Nº:	079/2024
PROCESSO Nº:	2015/6040/505068
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2015/004326
RECORRENTE:	LABORATORIO CATARINENSE S-A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.999.079-6
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

I - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL - É procedente em parte a reclamação tributária que exige do substituto tributário o ICMS – ST não recolhido nas operações que destinaram a contribuintes deste estado, produtos farmacêuticos, excluídos os valores cuja responsabilidade é dos destinatários, conforme parágrafo 6º da Lei 1.790/07.

II - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. DECADÊNCIA - É extinto pela decadência o crédito tributário constituído após o decurso do prazo decadencial previsto no art. 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional, relativos aos campos 4.11, 5.11 e parte do campo 6.11.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o sujeito passivo qualificado na peça inicial, referente a ICMS devido por substituição tributária, deixou de efetuar ou efetuou a menor a retenção do ICMS sobre as operações interestaduais de produtos farmacêuticos, relativas aos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

O contribuinte foi intimado do auto de infração, por via postal (fls. 113/114), compareceu tempestivamente ao processo, por meio de advogado devidamente constituído, alegando:





- Que em conformidade ao Convênio ICMS 76/94, ratificado por ambos os estados, onde define que nas operações interestaduais, cabe o recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes ao estabelecimento remetente, entretanto, a impugnante como os seus adquirentes, entendendo ser o caso de se aplicar a regra geral dos Termos de Acordo de Regime Especial, celebrados entre o Estado do Tocantins e os distribuidores adquirentes da impugnante,

- Que, em via de regra, o regime de substituição tributária (doc. 02-Termos de Acordo), passaram a não efetuar o recolhimento na saída da mercadoria do Estado de Santa Catarina, mais sim no momento da ocorrência efetiva do fato gerador do imposto, qual seja, o momento da saída referente às operações praticadas pelos distribuidores.

- Ainda que se entenda não estar correto o procedimento adotado, dúvidas não há de que o Estado do Tocantins, não sofreu qualquer prejuízo, porquanto o tributo devido pela operação própria do substituído foi devidamente recolhido ao Tocantins (doc. 03-comprovantes de pagamento) pelo próprio contribuinte, que não foi substituído, mas que, pagou integralmente o imposto devido por suas próprias operações.

A impugnante pede em preliminar a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, em razão de que a peça básica não permite uma clara identificação e compreensão que está efetivamente exigido, se apenas o valor principal ou apenas o valor da multa, ou ambos.

Questiona também, devido às incertezas do lançamento dos créditos tributários, a aplicação da multa proporcional em razão do montante e a forma dos créditos tributários lançados, o que caracterizaria cerceamento de defesa, na medida da incerteza, no sentido de que o tributo deveria ser recolhido, ou a aplicação de multa de 50% ou 100% por cento.

No mérito, a impugnante apresenta as seguintes argumentações:

- A Decadência do crédito tributário lançado referente ao período de 01.01.2010 a 27.10.2010, a consequente inexigibilidade da qualquer multa decorrente de débitos tributários decaídos, nos termos do art. 173 e não o artigo 15 § 4º do CTN.

- A impossibilidade de cobrança do valor do tributo que deveria ter sido retido pela impugnante, nos casos em que o substituído realiza o recolhimento do tributo que é devido em função de sua própria operação.



f



- Sustenta que a cobrança é indevida, pois o sujeito passivo é o contribuinte quando esse tem a responsabilidade de recolher o tributo e aquele que pratica o fato gerador, responsável tributário.

- Impossibilidade de cobrança da multa do artigo 48, inciso III, alínea "d" da Lei estadual 1.287/2001. No caso, diz ser improcedente a aplicabilidade da multa, visto que parte da premissa de que o tributo não foi recolhido, pois houve a extinção do crédito tributário mediante o pagamento realizado pelo contribuinte substituído.

- Nesse sentido, a argumentação é sustentada na justificativa de que o regime de substituição tributária não pode ser utilizado como meio de aumento de carga tributária e que o Estado não pode tributar com base em uma "frustrada expectativa" de auferir tributo maior que apurado sobre os valores efetivamente praticados.

- Caráter confiscatório da multa aplicada, caso seja subsidiariamente entendida como multa de mora e necessidade de sua redução ao limite de 20% imposta pelo Supremo Tribunal Federal.

- Contradita a aplicação de multa proporcional de 100% do valor do tributo, sem que tenha havido qualquer lesão ao bem jurídico erário.

- Cobrança indevida de ICMS substituição tributária para os itens classificados pela NCM 33069000, segundo o protocolo ICMS 191/2009, em relação às mercadorias descritas como: outras preparações para higiene bucal ou dentária.

- Por fim, além das arguições de preliminares já citadas, pede-se o cancelamento do lançamento e afastadas quaisquer multas, em razão de ter havido total pagamentos dos tributos reclamados pelo fisco estadual e subsidiariamente, sejam baixados os autos em diligências para apuração dos valores que perfaçam a incidência de multa reduzida ao montante correspondente que deveria ter sido antecipado pelo autuado como substituto, diminuindo os valores recolhidos pelos contribuintes que deveriam ter sido substituídos:

- a) Valores recolhidos pelos distribuidores a título próprio;
- b) Valores recolhidos pelos distribuidores como substitutos dos varejistas;
- c) Valores recolhidos pelos varejistas pelas próprias operações.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

A defesa do sujeito passivo faz juntadas (fls.148/328) de cópias de documentos da empresa, procuração, cópia dos termos de acordo das empresas Tocantinenses e destinatárias de mercadorias, documentos de arrecadação destas empresas junto ao Estado, cópias de notas fiscais de saídas de mercadorias com retenção de ICMS das vendas às contribuintes desse Estado e cópias de livros fiscais de registros de apuração do imposto.

O julgador singular retorna os autos ao autor do procedimento para saneamento processual e manifestações sobre as alegações trazidas pela impugnante (fls. 330/332).

O autor do procedimento apresenta o seu contra arrazoamento (fls. 333/390), alterando os demonstrativos dos créditos tributários, os levantamentos fiscais dos exercícios fiscalizados e em conjunto emite termo de aditamento (fls.385/390), onde para determinados exercícios altera o percentual da multa, a penalidade, a descrição da infração constatada, base de cálculo e valor originário.

O sujeito passivo é intimado das alterações processadas e pelo termo de aditamento, e apresenta nova impugnação com os mesmos argumentos apresentados na anterior (fls.397/435).

Quanto a preliminar de Nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, em razão de que a peça básica não permite uma clara identificação e compreensão daquilo que está efetivamente exigido, se apenas o valor principal ou apenas o valor da multa, ou ainda, ambos.

É necessário esclarecer que os preliminares de nulidade do auto de infração arguida pela defesa, quase na sua totalidade, se confundem com as razões de mérito.

A infração cometida pelo sujeito passivo está descrita de forma clara e de acordo com a legislação nacional e estadual, bem como a penalidade sugerida pelo autor, que é respalda pelo Código Tributário Estadual.

Desta forma, o julgador singular entende que a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, não se sustenta, pois, seus argumentos são frágeis e não retratam a realidade dos autos, sendo assim rejeita a preliminar arguida pela defesa, por falta de consistência do objeto.

Observa-se que o Convênio ICMS 76/94, na sua cláusula primeira, estabelece como contribuinte substituto tributário o fabricante (laboratório), na





qualidade de sujeito passivo por substituição, e atribui à responsabilidade da retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso e ou consumo do destinatário.

Além do mais, pode-se observar no documento de (fls.160) termo de acordo dos destinatários, trazidos pela defesa:

Cláusula nona – a ACORDADA é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, devido pelas operações subsequentes, quando adquirir mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária:

I – de fornecedor estabelecido em outras unidades da federação, ao qual não seja atribuída a obrigatoriedade de fazer a retenção e o recolhimento do ICMS, mediante Convênio ICMS, protocolo ICMS ou Termo de Acordo de Regime Especial celebrado com este Estado.

Considerando que a cobrança indevida de ICMS substituição tributária para os itens classificados pela NCM 33069000, segundo o protocolo ICMS 191/2009, foi excluída dos levantamentos fiscais e deduzido o valor do imposto incidente nas operações com esses produtos e feito os cálculos no termo de aditamento (fls.385/390) dos autos.

O lançamento do crédito tributário pretendido pelo fisco estadual está em conformidade aos requisitos exigidos nos processos de fiscalização e Auditoria Fiscal, a reclamação tributária tem sustentação na legislação tributária nacional e estadual.

Diante do exposto, o julgador singular conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga procedente o auto de infração nº 2015/004326, conforme o referido termo de aditamento, condenando o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários especificados.

Em Recurso Voluntário, o sujeito passivo requer que seja reconhecida a nulidade da decisão singular, pela ausência de fundamentação nos termos do art. 56, inciso III e art. 489 do CPC, e cerceamento de defesa do contribuinte, em que não é possível identificar a consequência legal atribuída a suposta infração cometida pela recorrente, bem como não há no auto de infração, indicação da composição do crédito tributário. No mérito que seja dado provimento ao presente recurso, cancelando o lançamento tributário, ou ainda que seja baixado os autos em diligência para apuração de valores que perfaçam a incidência da multa reduzida ao montante.





A Representação Fazendária em seu parecer, após análise aos fatos processuais, diz que estariam prejudicados pelos efeitos da decadência, sendo inexigíveis, os créditos tributários derivados das notas fiscais emitidas até a data limite de 27/11/2015, data da intimação do sujeito passivo, somente nessa data é que a relação processual se conclui.

É o Relatório.

VOTO

O crédito tributário crédito tributário contra o sujeito passivo, já qualificado na peça inicial é referente a ICMS devido por substituição tributária, deixou de efetuar ou efetuou a menor a retenção do ICMS sobre as operações interestaduais de produtos farmacêuticos, relativas aos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

No mérito, o sujeito passivo em Recurso Voluntário requer o cancelamento do lançamento, e afastadas quaisquer multas, em razão de ter havido total pagamentos dos tributos reclamados pelo fisco estadual e subsidiariamente, sejam baixados os autos em diligências para apuração dos valores que perfaçam a incidência de multa reduzida ao montante correspondente que deveria ter sido antecipado pelo autuado como substituto, diminuindo os valores recolhidos pelos contribuintes que deveriam ter sido substituídos (fls.454/500).

Desta forma, a Representação Fazendária em seu parecer, após análise aos fatos processuais, diz que estariam prejudicados pelos efeitos da decadência, sendo inexigíveis, os créditos tributários derivados das notas fiscais emitidas até a data limite de 27/11/2015, data da intimação do sujeito passivo, somente nessa data é que a relação processual se conclui (fls.503/507).

Verificado os dados e documentos através do despacho nº 1.882/2017 (fls.450), para que o sujeito passivo seja notificado da decisão de primeira instância, esta que foi desfavorável em parte, certifica-se também da manifestação da Representação Fazendária, que se manifestou dizendo que estariam prejudicados pelos efeitos da decadência, sendo inexigíveis, os créditos tributários derivados das notas fiscais emitidas até a data limite de 27/11/2015.





Sendo assim, por entender que os trabalhos de auditoria foram corretamente auditados, demonstram de forma clara de que ocorreu o ilícito narrado no auto de infração, considerando ainda que o autor dos procedimentos após análise dos documentos apresentados emite Termo de Aditamento (fls.385/390).

A Legislação citada como infringida, foi o art. 44, inciso IX, da Lei nº 1.287/2001 e art. 42 do RICMS (Decreto nº 2.912/2006).

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:
IX – reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;

Art. 42. Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte estabelecido em outra Unidade da Federação, com as mercadorias relacionadas no Anexo XXI deste Regulamento, o estabelecimento remetente é responsável pela retenção e recolhimento do imposto em favor deste Estado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. (Convênio ICMS 81/93)

Diante do exposto, o julgador singular considera formalizado o processo e tudo mais que dos autos consta, conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga procedente a exigência do auto de infração, condenando o sujeito passivo do pagamento dos créditos tributários (fls.437/449).

Analizando o caso concreto, realmente existe o ICMS Substituição Tributária, e deixou de efetuar ou efetuou a menor a retenção do ICMS sobre as operações interestaduais de produtos farmacêuticos, verifica-se que a referida autuação é procedente em parte, considerando que o Fisco estadual no presente caso fica caracterizado o ilícito praticado pela autuada, sendo que o levantamento fiscal acostado aos autos, é próprio aos fins a que se propõe.

Verifica-se ainda que a partir de janeiro de 2013, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST nestes casos recai sobre os destinatários, conforme parágrafo 6º da Lei 1.790/07, prejudicando os créditos tributários lançados nos campos 7 e 8 do auto de infração.

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário dou-lhe provimento para, reformar a decisão de primeira instância, que julgou procedente, para julgar procedente em parte o auto de infração 2015/004326, conforme Termo de Aditamento (fls.385/390), e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

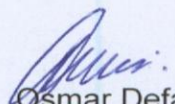
tributário de parte do campo 6.11, absolver dos valores do campo 7.11 e do campo 8.11, e extinto pela decadência o campo 4.11, campo 5.11 e parte do campo 6.11.

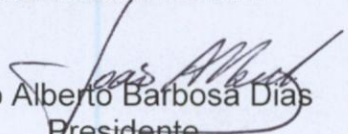
É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e por maioria, dar-lhe provimento parcial para, reformar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração 2015/004326, conforme Termo de Aditamento de fls. 385/390 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de: R\$ 49.357,10 (quarenta e nove mil, trezentos e cinquenta e sete reais e dez centavos), do campo 6.11, mais os acréscimos legais. E absolver dos valores de: R\$ 87.724,45 (oitenta e sete mil, setecentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), do campo 7.11; E R\$ 90.843,51 (noventa mil, oitocentos e quarenta e três reais e cinquenta e um centavos), do campo 8.11. E extinto pela decadência os valores de: R\$ 27.177,63 (vinte e sete mil, cento e setenta e sete reais e sessenta e três centavos), do campo 4.11; R\$ 79.189,80 (setenta e nove mil, cento e oitenta e nove reais e oitenta centavos), do campo 5.11; E R\$ 1.266,00 (um mil, duzentos e sessenta e seis reais), do campo 6.11. Voto divergente do Conselheiro Edson José Ferraz. O Representante Fazendário Gaspar Mauricio Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Osmar Defante, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Ricardo Shiniti Konya e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e um dias do mês de março de 2024, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos três dias do mês de maio de 2024.


Osmar Defante
Conselheiro Relator


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

