



ACORDÃO Nº: 156/2018
PROCESSO Nº: 2012/6040/501954
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 3.739
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2012/001326
INTERESSADO : MEGA FARMA DISTRIBUIDORA DE
MEDICAMENTO LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.403.691-1
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO IMPRECISÃO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. É nulo a reclamação tributária que não apresenta precisão e clareza necessária para o exercício do amplo direito de defesa.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à cobrança de ICMS devido por substituição tributária decorrente de aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária nos exercícios de 2010 e 2011, totalizando o valor de R\$ 360.588,60, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04 e 697/698).

Foram anexados ao presente processo, os levantamentos do ICMS substituição Tributária e resumos de notas fiscais eletrônicas (fls. 05/179).

A autuada foi intimada por via postal e por meio de advogado legalmente constituído apresentou impugnação tempestiva acompanhada de documentos arguindo preliminar de nulidade do auto de infração por falta de clareza na descrição das infrações e por inexistência dos ilícitos fiscais e em suas razões de mérito alega que não há diferença de ICMS substituição tributária vez que os medicamentos são genéricos ou similares e que a motivação para a autuação não existe; que houve equívoco por parte do autuante nas páginas 68 e 88 dos levantamentos fiscais, quando no item 4 (legenda) do quadro resumo das diferenças apuradas, o autuante considerou como tipo de medicamento GEN para genérico e #N/D para não genérico, porém não levou em conta essas informações na execução dos levantamentos na elaboração da base de cálculo; que por conter erros nos levantamentos estes não servem para provar a materialidade das infrações; que houve excesso de exação ao pretender receber tributo sem o fato gerador que



justifique o seu nascedouro; que é possuidora de termo de Acordo para fruição dos benefícios da Lei nº 1.790/08 e que as exigências tributárias são indevidas e ao final pede a improcedência do auto de infração e requer ainda diligência e perícia e o processo é remetido para julgamento (fls. 180/693).

O julgador de primeira instância por meio do despacho retornou os autos para saneamento quanto as descrições das infrações e tipificação das infrações e manifestação quanto as alegações do sujeito passivo (fls. 694/696).

Por sua vez, o autuante aditou o auto de infração alterando os campos 4.13, 5.13, 6.13 e 7.13 para o art. 44 inciso IX, art. 13 inciso III alínea "a", ambos da Lei nº 1.287/01 c/c art. 2º da Lei nº 1.790/07 e Clausula Nona do Termo de Acordo nº 1.997/08 e se manifestou entendendo que as descrições das infrações não merecem reparos; que os levantamentos fiscais contém todas as informações necessárias e relativas às notas fiscais relacionadas e que foram observadas as classificações dos medicamentos comercializados e as regras contidas no Termo de Acordo do sujeito passivo e ao final fez juntada de e-mail acompanhado de anexos (fls. 697/707).

O sujeito passivo foi intimado do termo de aditamento por via postal e apresentou contestação tempestiva arguindo preliminar de nulidade do auto de infração uma vez que os levantamentos fiscais afirmam a apuração de diferença no recolhimento do ICMS e não ausência de recolhimento do tributo e em suas razões alega que o autuante desconsiderou o TARE1.997/08 afastando o benefício concedido por lei; que o autuante pugnou por perícia do relatório juntado pela autuada (fls. 634/649) demonstrando que todos os medicamentos são genéricos e similares e abrangidos pelo TARE; entende a autuada desnecessária a perícia por ter sido elaborado por profissional competentes e que no site da ANVISA é possível obter todas as informações de registro de medicamentos como genéricos e similares, por fim ratifica suas alegações anteriores que não houve comprovação material do ilícito fiscal; que não prevalece o crédito tributário por inoccorrência e falta de comprovação de ilicitude; que a autuação é ilegítima e que o autuante pretende receber tributo sem fato gerador que justifique seu nascedouro e que são indevidas as exigências tributárias por inexistir a obrigação principal e ao final requer a sua improcedência, diligência e perícia e o processo é encaminhado para julgamento (fls. 708/717).

O julgador de primeira instância por meio do despacho retornou novamente os autos para saneamento quanto aos campos 4.1 e 7.1 e apresentação de provas de que o sujeito passivo adquiriu mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nos levantamentos fiscais de fornecedores não responsáveis pela retenção por meio do Convênio, Protocolo ou TARE e manifestação sobre as alegações (fls. 718/720).



O autuante se manifestou prestando esclarecimentos justificando os motivos que ensejaram a presente autuação e o processo foi remetido para julgamento (fls. 721/723).

O julgador de primeira instância por meio do despacho retornou novamente os autos para informações sobre a realização de perícia e por sua vez auditor em substituição se manifestou informando que para a precisa identificação dos medicamentos genéricos e similares é necessária a manifestação do órgão fiscalizador competente ou fabricante dos produtos e o processo retornou para julgamento (fls. 724/727).

O julgador de primeira instância por meio do despacho retornou novamente os autos para revisão das infrações e atendimento ao despacho (fls. 726), por sua vez auditor em substituição se manifestou prestando esclarecimentos e o processo retornou para julgamento (fls. 728/732).

A Julgadora afirma que todos os requisitos mínimos e necessários, previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/11 devem ser observados na lavratura do auto de infração; que a impugnação ao auto de infração e a contestação ao termo de aditamento são tempestivas e foram apresentadas por advogado legalmente constituído e pelo próprio sujeito passivo, respectivamente, nos termos do *caput* do art. 20 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11; que os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.598/12.

Entendeu ser desnecessária a realização de perícia para produção de provas, por não se tratar de matéria que necessita de conhecimento técnico especializado, bastando para tanto analisar a documentação juntada aos autos para solucionar a lide e dos próprios levantamentos fiscais (fls.05/72, e 85/172) verifica-se que todos os produtos relacionados foram considerados como genéricos pelo autuante e para o cálculo foi utilizado o V.A de 80%, conforme determina a Lei nº 1.790/08. Por outro lado, o próprio sujeito passivo em contestação ao termo de aditamento (fls. 712/716) se manifestou entendendo desnecessária a perícia, tendo em vista que o relatório por ela apresentado (fls. 634/649) foi elaborado por profissional competente e que no site da ANVISA é possível obter todas as informações de registro de medicamentos como genéricos e similares. Desta forma nos termos da alínea “c”, do inciso IV, do art. 56, da Lei nº 1.288/01, indeferiu a realização de perícia para produção de provas.

Em relação à preliminar de nulidade do auto de infração arguida pelo sujeito passivo quanto à falta de clareza na descrição das infrações tendo em vista que os levantamentos fiscais afirmam a apuração de diferença no recolhimento do ICMS e não ausência de recolhimento do tributo e que por isso inexistem ilícitos fiscais, concordou em parte. Concordou em parte porque entendeu que existe sim



ilícitos fiscais, mas que o autuante não conseguiu demonstrar em seus levantamentos fiscais, nas descrições das infrações e nas tipificações dos ilícitos.

As infrações descritas nos campos 4.1, 5.1, 6.1 e 7.1, são: "...referente a ICMS substituição tributária (retenção na fonte) sobre operações de saídas de mercadorias...". Os levantamentos fiscais (fls. 05/72 e 85/172) apuraram diferença de ICMS ST a recolher. O autuante afirma em sua manifestação (fls. 721/722) que o auto de infração está exigindo ICMS devido por substituição tributária sobre as saídas de medicamentos genéricos, tendo em vista que o sujeito passivo é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS ST e tipificou todas as infrações no inciso IX, do art. 44, que dispõe que são obrigações do contribuinte e do responsável reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação. Sugeriu como penalidade multa por falta da retenção do imposto devido pelo sujeito passivo por substituição nos campos 4.15 e 7.15 e por apuração a menor do imposto devido nos campos 5.15 e 6.15.

Na verdade o que se entende é que o autor do lançamento pretendia exigir a diferença de ICMS ST incidente sobre as saídas aplicando o V.A de 80%, conforme definido no art. 2º da Lei nº 1.790/08, considerando que o sujeito passivo é beneficiário da Lei nº 1.790, tendo em vista que as entradas de tais medicamentos genéricos vieram com retenção sob o cálculo dos V.A definidos no Convênio ICMS nº 76/94.

Outra não pode ser a intenção do autuante, pois a Clausula Primeira do Convênio ICMS nº 76/94 é bastante clara ao dizer que a responsabilidade da retenção e recolhimento do ICMS ST é do estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária:

Nova redação dada ao *caput* da clausula primeira pelo Conv. ICMS 147/02, efeitos a partir de 01.01.03.

.....
Cláusula primeira - Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.
.....



A Clausula Nona do Termo de Acordo de Regime Especial nº 1.997/08 do sujeito passivo juntado (fls. 689/692) é clara ao dispor que o sujeito passivo é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, devido pelas operações subsequentes, mas é somente quando adquirir mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária de fornecedores estabelecidos em outros Estados e que não seja obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido mediante Convênio ICMS.

E não foi por outro motivo que por meio de despacho (fls. 718/719) essa instância julgadora solicitou provas de que as entradas de medicamentos genéricos no estabelecimento do sujeito passivo foram sem a devida retenção, pois a responsabilidade da autuada é somente quando adquirir tais mercadorias de fornecedores estabelecidos em outros Estados e que não sejam obrigados a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido, porém o autuante discordou afirmando que os levantamentos fiscais foram feitos por meio das notas fiscais de saídas. Ora, se está exigindo ICMS pelas saídas é porque o autuante entendeu que sobre a entrada de tais medicamentos não houve a retenção ou teve retenção a menor e para isso é necessário provar que não houve a retenção anteriormente ou que houve a retenção a menor, fato que seus levantamentos fiscais não demonstraram e isso é principalmente por que os §§ 2º e 3º do Convênio ICMS nº 76/94, são bastante claros ao dizer que é vedado ao estabelecimento importador ou industrial fabricante promover saída de medicamentos para destinatário revendedor sem a correspondente retenção do imposto e que o estabelecimento varejista que receber medicamentos, por qualquer motivo, sem a retenção prevista no *caput*, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual:

Clausula primeira.....

Acrescido o § 2º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 04/95, efeitos a partir de 01.05.95.

§ 2º É vedado ao estabelecimento importador ou industrial fabricante promover saída dos produtos indicados nesta cláusula para destinatário revendedor sem a correspondente retenção do imposto.

§ 3º O estabelecimento varejista que receber os produtos indicados nesta cláusula, por qualquer motivo, sem a retenção prevista no *caput*, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual.

Desta forma, o que se conclui é que os levantamentos fiscais (fls. 05/72 e 85/172) que ampararam as exigências tributárias dos campos 4.11 e 7.11 não têm consonância com as infrações descritas nos campos 4.1 e 7.1 e nem com a tipificação dos campos 4.13 e 7.13 do termo de aditamento (fls. 697/698). Por outro



lado, os levantamentos fiscais (fls. 05/72 e 85/172) não amparam as exigências tributárias dos campos 5.11 e 6.11, pois não demonstram os valores de R\$ 2.861,47 e de R\$ 1.735,66, caracterizando cerceamento de defesa, assim como previsto no inciso II, do art. 28 da Lei 1.288/01:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

II – com cerceamento de defesa;

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, acolheu a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa caracterizado pela falta de clareza na descrição das infrações arguida pelo sujeito passivo, julgou NULO o auto de infração nº 2012/001326 e absolveu o sujeito passivo dos valores de:

R\$ 69.118,08 (sessenta e nove mil cento e dezoito reais e oito centavos) referente ao campo 4.11 do auto de infração;

R\$ 2.861,47 (dois mil oitocentos e sessenta e um reais e quarenta e sete centavos) referente ao campo 5.11 do auto de infração;

R\$ 1.735,66 (um mil setecentos e trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos) referente ao campo 6.11 do auto de infração, e

R\$ 286.873,39 (duzentos e oitenta e seis mil oitocentos e setenta e três reais e trinta e nove centavos) referente ao campo 7.11 do auto de infração.

Submeteu a decisão em relação aos campos 4.11 e 7.11 à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da alínea “f”, do inciso IV, do art. 56, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11 e parágrafo único do art. 58, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15).

A Representação Fazendária com fulcro no art. 5º, incisos II e III da Lei 1288/01 alterada pela Lei 2.521/11, c/c o art. 2º inciso IV e art. 11 do regimento Interno do CAT, Decreto 3.198/07 manifesta-se ao processo e finaliza requerendo que seja mantida a decisão à quo. Ao COCRE.

Notificação de sentença/parecer REFAZ nº 16/2018, pelo diário oficial nº 5.056 de 21 de fevereiro de 2018, fls. 752, e Termo de incoerência de manifestação, fls. 753.

É o relatório.

VOTO





Visto, analisado e discutido, o presente auto formalizado por meio do auto de Infração contra o contribuinte acima qualificado na peça inaugural, referente à cobrança de ICMS devido por substituição tributária decorrente de aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária nos exercícios de 2010 e 2011, totalizando o valor de R\$ 360.588,60, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04 e 697/698).

A nobre julgadora de primeira instancia conclui que *“os levantamentos fiscais (fls. 05/72 e 85/172) que ampararam as exigências tributárias dos campos 4.11 e 7.11 não têm consonância com as infrações descritas nos campos 4.1 e 7.1 e nem com a tipificação dos campos 4.13 e 7.13 do termo de aditamento (fls. 697/698). Por outro lado, os levantamentos fiscais (fls. 05/72 e 85/172) não amparam as exigências tributárias dos campos 5.11 e 6.11, pois não demonstram os valores de R\$ 2.861,47 e de R\$ 1.735,66, caracterizando cerceamento de defesa, assim como previsto no inciso II, do art. 28 da Lei 1.288/01,”*

O autor do procedimento descreve o ilícito da seguinte forma: *“Deverá recolher ao tesouro do Estado referente a ICMS substituição tributária sobre operações de saídas de mercadorias por intermédio das notas fiscais constantes do levantamento especial do ICMS”* e utilizou o artigo 44, inciso IX, 13 e inciso III, alínea “a” da Lei 1.287/2001 para tipificação da infração:

Art. 13. São responsáveis por substituição em relação às operações subseqüentes:

.....
III – o revendedor local, em relação:

a) às mercadorias constantes dos segmentos do Anexo I a esta Lei, adquiridas em outro Estado, nos casos em que o remetente não seja substituto tributário deste Estado; (Redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.15). **efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**

.....
Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:

.....
IX – reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;

.....
Ao analisar o levantamento especial produzido pelo autor do procedimento, demonstram diferenças de recolhimento do ICMS substituição tributária nas saídas de medicamento do seu estabelecimento.



A julgadora de primeira instância e a representação fazendária entenderam que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS substituição tributária para medicamentos é atribuída a destinataria autuada quando não ocorrer a retenção pelo remetente nas operações interestaduais, neste caso seria necessário por parte do autuante a comprovação da omissão total ou parcial da retenção e recolhimento do ICMS substituição tributária nos autos, fato que caracteriza a imprecisão, clareza e ferindo o disposto no art. 35, inciso I alínea “c” da lei 1.288/01:

Art. 35. O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

- a) a identificação do sujeito passivo;
- b) a data, local e hora da lavratura;
- c) a descrição clara, precisa e resumida do fato e indicação do período de sua ocorrência;

.....

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais – COCRE vem decidindo no mesmo sentido da sentença prolatada em primeira instância:

ACÓRDÃO Nº. : 025/2017

PROCESSO Nº. : 2011/6040/500356

➔ **REEXAME NECESSÁRIO :** 3418

➔ **AUTO DE INFRAÇÃO :** 2011 / 000133

➔ **INTERESSADO :** GOMES E BORGES LTDA

➔ **REQUERENTE :** FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

➔ **EMENTA :** ICMS. DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES.

FALTA DE CLAREZA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

NULIDADE. É nulo o auto de infração quando as

infrações não são descritas com clareza e precisão

conforme determinado no art. 35, inciso I, alínea “c” da

Lei 1.288/2001, caracterizando cerceamento de defesa

previsto no inciso II, do art. 28, da mesma Lei.

ACÓRDÃO Nº. : 039/2017

PROCESSO Nº. : 2012/6850/500531

➔ **REEXAME NECESSÁRIO :** 3484

➔ **AUTO DE INFRAÇÃO :** 2012 / 003596

➔ **INTERESSADO :** DINAMICA COMERCIO DE

MEDICAMENTOS E PERFUMARIA LTDA

➔ **REQUERENTE :** FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

➔ **EMENTA :** ICMS. MULTA FORMAL. OBRIGAÇÃO



ACESSÓRIA. AUSÊNCIA DOS DEMONSTRATIVOS E DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DOS FATOS. NULIDADE. É nulo o auto de infração quando constatado a ausência dos demonstrativos e documentos comprobatórios dos fatos, em que se fundamentar, conforme art. 35, inciso IV, Lei no 1.288/2001, configurando cerceamento de defesa previsto no art. 28, inciso II, da mesma Lei.

Considerando o conteúdo processual recomendo a confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nula a reclamação tributária constante do auto de infração nº 2012/001326 e extinto o processo sem análise de mérito.

É o voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nula a reclamação tributária constante do auto de infração nº 2012/001326 e extinto o processo sem análise de mérito. O representante fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Josimar Júnior de Oliveira Pereira, Luiz Carlos da Silva Leal e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e oito dias do mês de maio de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas - TO, aos seis dias do mês de julho de 2018.

Luiz Carlos da Silva Leal
Presidente em Exercício

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

