

A. I. Nº - 269278.0313/05-5  
AUTUADO - HEXAL DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - MARIA ROSALVA TELES e SILVIO CHIAROT DE SOUZA  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET - 14/09/05

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0300-03/05**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA.** Ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do remetente das mercadorias, em decorrência do previsto no Convênio 144/03, devendo recair sobre o adquirente das mercadorias, neste Estado, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/03/2005, refere-se à exigência de R\$14.434,07 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta, ainda, na descrição dos fatos, que foram constatados medicamentos consignados na nota fiscal de nº 37.131, provenientes do Estado do Paraná, signatário do Convênio 76/94, sem a devida retenção do imposto por substituição tributária.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 15 a 25), alegando, inicialmente, que não pode figurar no pólo passivo do Auto de Infração porque a norma que disciplina a adesão do Estado do Paraná é o Convênio ICMS 144/03, e esta norma dispõe sobre a aplicação das disposições do convênio ICMS 76/94. Disse que no citado convênio tem a expressão “poderão ser aplicadas” as normas do convênio 76/94, e por isso, entende que é facultado aos estabelecimentos localizados no Estado do Paraná, aplicar ou não as disposições do Convênio 76/94. Argumenta que o remetente do Estado do Paraná não está obrigado a proceder a retenção do ICMS, nas operações destinadas às unidades federadas, signatárias do mencionado convênio, e comentou sobre o art. 155, da Constituição Federal e art. 142 do CTN, além de ensinamentos da doutrina. Salienta que a ABCFARMA foi criada em 1959 para defender os interesses dos associados e resolver os conflitos existentes entre eles, e a mencionada associação não é competente para preencher a lacuna deixada pela inexistência de órgão oficial fixando preço máximo de venda a consumidor, e mesmo que existisse tabela fixando o PMC, “estaria ferindo de morte o art. 148 do CTN e a Lei Federal nº 8.884/94”. Entende que exigir ICMS, calculado sobre a base de cálculo do similar significa inviabilizar aos fabricantes de medicamentos da linha similar, salientando que a carga tributária atribuída aos estabelecimentos distribuidores de medicamentos da linha ética, com base no PMC, é significativamente inferior à carga tributária atribuída aos distribuidores que comercializam medicamentos da linha similar. Disse que nas aquisições de medicamento da linha similar há “descontos mínimos de 50+30+15 e, por via de consequência os créditos recebidos pelas entradas são inferiores aos créditos da linha ética”. Assim, entende que a carga tributária da linha similar é elevadíssima se calculada com base nos preços publicados nas revistas especializadas (ABCFARMA). Prossegue dizendo que alguns Estados têm corrigido essa distorção, a exemplo de Minas Gerais, conforme Lei nº 14.062, de 20/11/2001, que transcreveu.

O defendant pede o encaminhamento dos autos à PROFIS “para se pronunciar a respeito da vedação da utilização de Pauta Fiscal contida no art. 148 do CTN. Afirmou que não infringiu qualquer dos dispositivos da legislação indicados no Auto de Infração, requer revisão por preposto fiscal estranho ao feito, e que lhe sejam deferidos todos os meios de prova, inclusive

perícia, com arbitramento e formulação de quesitos, e no exame do mérito seja julgado totalmente improcedente.

A informação fiscal foi prestada às fls. 39 a 41, pela Auditora Rossana Araripe Lindote, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, dizendo que na data da ação fiscal vigorava o Convênio 144/03, de 12/12/2003, que estabeleceu que os contribuintes localizados no Estado do Paraná poderiam proceder ou não à retenção do ICMS correspondente às mercadorias enquadradas no Convênio 76/94, e, não tendo o remetente das mercadorias procedido à retenção e recolhimento, tal obrigação recaia sobre o adquirente dos citados produtos. Por isso, entende que é irrelevante a discussão sobre os demais argumentos defensivos. Apresentou o entendimento de que o remetente das mercadorias não está obrigado ao pagamento do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, e que o ICMS deve ser exigido do destinatário, consoante os arts. 127, §§ 2º e 3º e 153 do RPAF/99. Opina pela improcedência do presente lançamento e pela lavratura de novo Auto de Infração contra o destinatário, caso se verifique que este não é beneficiário de regime especial concedendo prazo para pagamento do imposto.

Foi acostada à fl. 45 dos autos, petição do autuado, protocolada em 16/08/05, requerendo a juntada do Acórdão JJF Nº 0278-04/05.

## VOTO

Inicialmente, quanto à intervenção da PROFIS, solicitada pelo autuado, entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame não se encontram as situações elencadas no art. 118 do RPAF/99, para solicitação de parecer.

O presente Auto de Infração, se refere à falta de retenção do ICMS na venda de medicamentos realizadas pelo autuado através da Nota Fiscal de nº 037731, para contribuinte localizado neste Estado, sendo apurado o imposto devido no valor de R\$14.434,07, conforme demonstrativo à fl. 04 do PAF.

O autuado alegou que não pode figurar no pólo passivo do Auto de Infração porque a norma que disciplina a adesão do Estado do Paraná é o Convênio ICMS 144/03, e esta norma dispõe sobre a aplicação das disposições do convênio ICMS 76/94.

De acordo com a Cláusula primeira do Convênio 76/94 é atribuída ao fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Entretanto, o Convênio ICMS 144/03, que dispõe sobre a aplicação das disposições do Convênio ICMS 76/94 a estabelecimentos localizados no Estado do Paraná, em relação às operações destinadas a outras unidades federadas, estabelece na Cláusula primeira (redação vigente à época) que poderão ser aplicadas as disposições do Convênio ICMS 76/94, aos estabelecimentos localizados no Estado do Paraná, em relação às operações destinadas às unidades federadas signatárias do referido convênio.

Observo que o Convênio ICMS 144/03, acima mencionado, não estabelecia a obrigatoriedade aos contribuintes do Estado do Paraná de aplicação do Convênio ICMS 76/94, e por isso, o remetente das mercadorias poderia proceder ou não à retenção do ICMS. Neste caso entendo que ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do remetente das mercadorias. Por isso, considero indevido o imposto exigido do autuado, podendo ser aplicado o disposto no § 1º, do art. 125, do RICMS/97, haja vista que, nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de

convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a responsabilidade pelo pagamento do imposto recairá sobre o destinatário das mercadorias, neste Estado.

Observo que, no caso em exame, o autuado não pode figurar no pólo passivo do presente Auto de Infração, por isso, entendo que é nula a exigência fiscal, consoante o disposto no art. 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99, e, com base no art. 156 do citado Regulamento, representando à autoridade competente para que seja realizado novo procedimento fiscal.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE 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 **NULO** o Auto de Infração nº **269278.0313/05-5**, lavrado contra **HEXAL DO BRASIL LTDA**, recomendando-se a instauração de procedimento fiscal em relação ao destinatário das mercadorias.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA AGUIAR - JULGADORA