

**A. I. Nº** - 217688.1205/10-6  
**AUTUADO** - ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A  
**AUTUANTE** - PAULO ROBERTO BRANDÃO ARGOLO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 08/06/2011

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0108-03/11**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS RETIDO. Contribuinte destinatário detentor de regime especial para postergação do recolhimento do imposto, não tendo ocorrido ainda o termo final do referido prazo de recolhimento, conforme reconhecido na informação fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2010, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, para exigir ICMS retido e não recolhido no valor de R\$64.468,24, acrescido da multa de 150%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Data de ocorrência de 27/12/2010.

Consta, na descrição dos fatos, que ocorreu a falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação tributária de mercadorias constantes nos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFES ali enumerados, emitidos pelo sujeito passivo, relativos a medicamentos oriundos do Estado de São Paulo, Estado signatário, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por força do Protocolo ICMS nº 105/09, sendo citado o Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE nº 1109765, emitido em 21/12/2010, à fl. 07. Consta também que o remetente, com inscrição estadual de substituto tributário, e na condição de baixado no cadastro de contribuintes desta SEFAZ, fez a retenção mas não efetuou o respectivo recolhimento do ICMS referente à operação. O fato foi enquadrado nas Cláusulas Primeira e Quarta do Convênio ICMS nº 76/94. Demonstrativo fiscal à fl. 04. Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 05 e 06. Cópias de DACTE à fl. 07 e de DANFES às fls. 08 a 29.

O autuado, por intermédio de advogada com Procuração à fl. 83, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 64 a 71 aduzindo ser cumpridor das obrigações legais. Relata que realizou, em 20/12/2010, a venda de produtos farmacêuticos para seu cliente localizado no Estado da Bahia, cuja razão social é Nazaria Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., inscrito no CNPJ sob o nº 07.224.991/0010-26, inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia sob o nº 80.574.079-NO. Afirma que esta venda está consubstanciada nos DANFES nº 266.703 a 266.706, 266.708, 266.712, 266.714, 266.718 e 266.719, acostados aos autos.

Aduz ter sido surpreendido quando foi autuado no Posto Fiscal Benito Gama por suposta infração capitulada nas cláusulas primeira e quarta do Convênio ICMS nº 76/94, que dispõe sobre a incidência do ICMS devido por substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, bem como sobre a possibilidade de recolhimento até o 9º dia do mês subseqüente ao da venda, pelo remetente da mercadoria. Copia as cláusulas primeira e quarta deste Convênio ICMS nº 76/94.

Afirma que esta operação de venda se enquadra nas previsões do Protocolo ICMS nº 105/2009, vigente para operações entre os Estados da Bahia e São Paulo, pelo qual fica o remetente das mercadorias obrigado à retenção do ICMS devido por substituição tributária. Prossegue expondo que tal imposto, nos termos da legislação mencionada, pode ser recolhido até o 9º dia do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, quando o remetente estiver regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado de destino, neste caso a Bahia. Que, em caso contrário, o imposto devido por substituição tributária deverá ser recolhido antecipadamente à remessa das mercadorias.

Que assim, neste sentido, ao transitar pelo Estado da Bahia foi surpreendido com a presente autuação, motivada pela ausência de recolhimento antecipado do ICMS devido por substituição tributária, uma vez que a sua inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia consta como “baixada”, fato que impediria o recolhimento do imposto em questão somente no 9º dia do mês subsequente à remessa. Transcreve a cláusula quinta do Convênio ICMS nº 76/94, e o artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e afirma que, desta feita, o Fisco aplicou a ele, sujeito passivo, a multa de 150% tipificada no artigo 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pois considerou, equivocadamente, que o recolhimento não teria sido realizado dentro do prazo legalmente previsto.

Alega que, contudo, o contribuinte destinatário da mercadoria, Nazaria Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., é detentor de Regime Especial concedido pelo Estado da Bahia, sob o número 22792 2010, que autoriza o remetente, no caso ele, autuado, ao não recolhimento antecipado do ICMS devido por substituição tributária.

Argumenta ser fato que, nos termos da cláusula segunda, inciso V, do Protocolo ICMS nº 105/2009, a existência de regime especial exonera o remetente do recolhimento do ICMS devido por substituição tributária antecipadamente, motivo pelo qual afirma que a presente autuação não deve prosperar. Copia as cláusulas primeira, parágrafo único, e cláusula segunda, inciso V, do Protocolo ICMS nº 105/2009.

Relata que tal Regime Especial foi concedido sob a égide do Decreto nº 11.872/2009, do Estado da Bahia, pelo qual fica atribuída ao distribuidor de medicamentos, nas importações e aquisições interestaduais, a responsabilidade pela antecipação tributária relativa ao ICMS substituição tributária. Que ademais, existindo Protocolo ICMS assinado entre os Estados envolvidos (São Paulo e Bahia), exime-se o remetente do recolhimento antecipado do ICMS devido por substituição tributária devido por antecipação, como previsto nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 11.872/2009 do Estado da Bahia, que transcreve.

Assevera que, assim, resta claro que a presente autuação não merece prosperar uma vez que, em razão do Regime Especial concedido ao contribuinte destinatário, o ICMS devido por antecipação tributária, objeto da autuação, é de responsabilidade deste contribuinte destinatário, que neste caso é a empresa Nazaria Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda.

Neste sentido o sujeito passivo pugna pela nulidade do Auto de Infração, uma vez que inexistente infração tipificada pelo artigo 42 inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pois o destinatário da mercadoria é detentor de Regime Especial, concedido pelo Estado da Bahia, o qual exime o remetente de recolher o ICMS devido por substituição tributária antecipadamente; pede que sejam liberadas as mercadorias apreendidas conforme Termo de Apreensão 217688.1205/10-6, referente ao Auto de Infração em lide; e que todas e quaisquer intimações sejam realizadas pessoalmente em nome dos advogados e no endereço que cita na impugnação.

O autuado anexa documentos.

A informação fiscal, às fls. 117 e 118, foi prestada pelo Agente de Tributos Estaduais Eraldo Velame Filho, nos termos do artigo 127, §2º, do RPAF/99, na qual o mesmo pede pela declaração de improcedência da autuação, expondo que o autuado, na condição de substituto tributário por força do Protocolo ICMS nº 105/09, efetuou a retenção do ICMS conforme vários Documentos

Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica - DANFES emitidos por ele, sujeito passivo, DANFES esses referentes a diversos produtos farmacêuticos, em operação de vendas destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia. Que o autuado não efetuou o recolhimento do ICMS antes da saída da mercadoria, devido a que sua inscrição estadual de substituto estava em situação de “baixada”. Que, porém, o destinatário possui regime especial para recolhimento determinado em Termo de Acordo definido pelo Decreto estadual nº 11.872/09, o que invalida o presente lançamento de crédito tributário.

Resume os termos da impugnação ao lançamento de ofício expondo que o autuado apresentou defesa, através de advogado, alegando que o contribuinte destinatário da mercadoria, Nazaria Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., possui regime especial concedido pelo Estado da Bahia, sob nº 22792/2010, com cópia anexa, e que de acordo com o inciso V da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 105/09 a existência de regime especial exonera o remetente ao recolhimento do ICMS. Que o autuado afirma que tal regime foi concedido sob a égide do Decreto nº 11.872/2009 do Estado da Bahia, pelo qual fica atribuída ao distribuidor de medicamentos, nas importações e aquisições interestaduais, a responsabilidade pela antecipação tributária relativo ao ICMS da substituição tributária, e que alega o sujeito passivo, ainda, que existindo o mencionado Protocolo ICMS entre os Estados envolvidos, exime-se o remetente (autuado) do recolhimento do ICMS da substituição tributária devido por antecipação, segundo os artigos 1º e 2º do Decreto nº 11.872/2009. Que o autuado finaliza afirmando que o Auto de Infração não merece prosperar, em razão do Regime Especial, no qual o contribuinte destinatário é beneficiário, requerendo que o presente Auto de Infração seja anulado e as mercadorias liberadas.

O preposto fiscal informa que a ação fiscal que originou o presente Auto de Infração foi realizada no Posto Fiscal Benito Gama, quando o condutor do veículo com placa policial GVI-7788 apresentou diversos DANFES, sendo verificado que havia sido efetuada a retenção do ICMS referente à substituição tributária devida conforme o Protocolo ICMS 105/09, porém sem os respectivos comprovantes de recolhimento do ICMS, obrigatórios em razão de a inscrição de contribuinte substituto do remetente estar em situação de “baixada”, e considerando a falta de recolhimento do ICMS.

Expõe que o autuante concentrou sua atenção nos DANFES apresentados com destaque do ICMS retido e sem as Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRES, pois o emitente indicou valores nos campos de “base de cálculo de ICMS substituído” e “valor do ICMS substituído”. Que, tendo sido observado que a inscrição do emitente, ora autuado, no Estado da Bahia, estava na condição contribuinte substituto estadual em situação de inscrição baixada, foi lavrado o Auto de Infração.

Afirma que o autuante foi induzido a esse procedimento pelo próprio autuado e emitente das notas fiscais eletrônicas, por conta do destaque indevido do ICMS nos referidos documentos. Que o autuante não verificou a situação do destinatário em relação à obtenção de regimes especiais e que, por conta disto, este dado passou despercebido. Que, porém, tal situação praticamente invalida o procedimento fiscal.

Que realmente o destinatário, contribuinte Nazaria Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., inscrição estadual nº 80.754.079, possui regime especial de tributação e decorrente Termo de Acordo para produtos farmacêuticos, conforme previsto no Decreto nº 11.872/09. Que portanto, de acordo com o inciso IV da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 105/09, e o artigo 2º do Decreto nº 11.872/2009, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária de produtos farmacêuticos é do destinatário, o qual firmou Termo de Acordo com o Estado da Bahia, conforme tela denominada “Processos Tributários” do sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ que ele, preposto fiscal, reproduz à fl. 120.

Conclui expondo que, diante do exposto, e com fundamento na legislação, pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

## VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2010, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, para exigir ICMS retido e não recolhido no valor de R\$64.468,24, acrescido da multa de 50%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, constando, na descrição dos fatos, que ocorreu a falta de recolhimento de ICMS referente a antecipação tributária em razão de operações com as mercadorias constantes nos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFES ali enumerados, emitidos pelo sujeito passivo, relativos a medicamentos oriundos do Estado de São Paulo, Estado signatário, e sujeitas à substituição tributária por força do Protocolo ICMS nº 105/09. Consta também que o remetente, com inscrição estadual de substituto tributário, e na condição de baixado no cadastro de contribuintes desta SEFAZ, fez a retenção mas não efetuou o respectivo recolhimento do ICMS referente à operação. O fato foi enquadrado nas Cláusulas Primeira e Quarta do Convênio ICMS nº 76/94. Demonstrativo fiscal à fl. 04. Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 05 e 06. Cópias de Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE à fl. 07 e de DANFES às fls. 08 a 29.

O autuado, localizado em São Paulo, é o remetente das mercadorias (medicamentos) para a empresa “Nazaria Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda.”, localizada na Bahia. A empresa destinatária detém Termo de Acordo (fls. 110, 111 e 120) para adoção de regime especial de Tributação conforme Decreto Estadual nº 11.872/09, que dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado.

Prevêem os artigos 1º e 2º do mencionado Decreto nº 11.872/09:

*Decreto nº 11.872/09:*

*art. 1º Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subseqüentes nos termos deste Decreto.*

*(...)*

*art. 2º Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto.*

Prevê o Protocolo ICMS nº 105/09, do qual são signatários os Estados da Bahia e de São Paulo, e que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano:

*Protocolo ICMS nº 105/09:*

*Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com os produtos listados no ANEXO ÚNICO deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento de fabricante ou importador, em relação às mercadorias fabricadas ou importadas por qualquer estabelecimento da mesma empresa, 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.*

*(...)*

*Cláusula segunda. O disposto na Cláusula Primeira não se aplica:*

*(...)*

*V - na hipótese de saída interestadual promovida com destino a contribuinte detentor de regime especial e considerado "distribuidor hospitalar", como tal definido pela legislação da unidade federada de destino, que poderá, a seu critério, dispensar a retenção antecipada de que trata este Protocolo.*

*(...)*

*Cláusula quinta. O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição regularmente inscrito no cadastro de contribuintes na unidade federada de destino será recolhido até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, na forma do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, ou outro documento de arrecadação autorizado na legislação da unidade federada destinatária.*

Por conseguinte assiste razão ao contribuinte, tal como reconhecido pelo Agente de Tributos Estaduais que prestou a informação fiscal, no sentido de que sendo o destinatário da mercadoria detentor de regime especial concedido pelo Estado da Bahia, está eximido o remetente, ora autuado, de recolher o ICMS devido por substituição tributária antecipadamente, pelo que o pagamento do ICMS não poderia ter sido exigido do remetente.

Pelo exposto, configura-se a ilegitimidade passiva, e seria nulo o Auto de Infração nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea "b", do RPAF/99.

Porém, considerando que as mercadorias objeto desta imputação foram remetidas em 21/12/2010, conforme cópia do Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE nº 1109765, emitido em 21/12/2010, à fl. 07, e de cópias dos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFES anexadas ao presente processo às fls. 08 a 29, tem-se que na data da lavratura do Auto de Infração, 27/12/2010, ainda não ocorrera o termo final do prazo para recolhimento do ICMS em razão dessas operações, que seria o dia 09 do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, conforme cláusula quinta do Protocolo ICMS nº 105/09, pelo que não procede a autuação. Assim, considerando o teor do parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, é improcedente a imputação.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217688.1205/10-6**, lavrado contra **ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A**.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR