

PROCESSO - A. I. Nº 217688.1205/10-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0108-03/11
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 29/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0042-11/12

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou Improcedente o Auto de Infração, lavrado em 27/12/2010 pela fiscalização quando do trânsito das 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 subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Na respectiva descrição fática consta que houve a falta de recolhimento de ICMS relativa 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 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.

A JJJ dirimiu a lide administrativa proferindo julgamento sob os seguintes fundamentos :

“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 subsequentes, 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 subsequentes 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.

Ao final do voto, em obediência ao que impõe o art.169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Do exame dos autos, mais especificamente do teor da informação fiscal de fls. 117/119, constato que razão assiste ao recorrido, como restou firmemente reconhecido pelo próprio autuante, ao se manifestar expressamente nesse sentido, pelo acolhimento da tese defensiva.

É que, como admitido pelo Fisco baiano, este ao autuar não atentou para o relevante aspecto de que a empresa Nazaria Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., destinatária das mercadorias, possui regime especial de tributação, conforme Termo de Acordo para esse tipo de produto, cuja base legal está contida no Decreto nº 11.872/09 combinada com a cláusula 2ª do Protocolo ICMS 105/09, conduzir a ilação de que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por antecipação tributária é do destinatário e não do remetente - o Recorrido - , o qual, por força dessa legislação regente, estava desobrigado de recolher o tributo em tela.

Logo, não paira dúvida alguma de que, com base nos argumentos defensivos, estes estribados nas normas supra aludidas, a JJF decidiu acertadamente ao julgar pela improcedência do Auto de Infração ante a comprovada insubsistência da exação tributária.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo na íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217688.1205/10-6**, lavrado contra **ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA DE SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS