

PROCESSO	- A. I. Nº 297856.0006/17-3
RECORRENTE	- LOJAS AMERICANAS S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0449-12/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0270-12/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. Considerando que o estabelecimento autuado se inscreveu como contribuinte substituto no Estado da Bahia e não promoveu a retenção do ICMS-ST, nem comprovou o pagamento do imposto por antecipação por parte de suas filiais localizadas neste Estado (destinatários), tal procedimento configura concorrência desleal em relação aos contribuintes que efetuaram retenção do imposto nas operações interestaduais (substituição tributária) ou dos contribuintes destinatários que promoveram o pagamento por antecipação relativo a aquisição de medicamentos em outros Estados.. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO** e **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão da 2ª CJF (Acórdão CJF nº 0449-12/23-VD) que deu Provimento Parcial ao Recurso de Ofício interposto contra a Decisão proferida no Acórdão JJF nº 0149-05/23-VD, julgado improcedente o Auto de Infração lavrado em 12/06/2017 acusando cometimento da seguinte irregularidade:

*Infração 01 – 08.15.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia (2015). Conforme demonstrado resumidamente no QUADRO RESUMO – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, Convênio ICMS 76/94 e suas alterações, referente ao exercício de 2015 (pág. 07) e demonstração analítica no relatório Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Não Retido - R\$ 120.002,68. Multa 60%.*

Na Decisão objeto do Pedido de Reconsideração (fls. 244/247), foi fundamentado que “*O Autuado requereu e obteve a concessão Regime Especial ao Estado da Bahia para figurar como Substituto Tributário, além do Convênio ICMS 81/93, que trata de normas gerais do regime de substituição tributário atribuir ao remetente a responsabilidade por substituição tributária, nos casos em que este faz uma operação interestadual com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício*”.

No Pedido de Reconsideração formulado pela advogada Luciene Garcia Pereira, OAB/BA 71.752 (fls. 258/262), o sujeito passivo ressalta que no Acórdão CJF nº 0449-12/23 foi reformado a decisão de Primeira Instância sem ter apreciado argumento relevante aduzido na defesa.

Comenta a infração, decisão de Primeira Instância e reforma em Segunda Instância com fundamento de que o estabelecimento autuado possuía regime especial, mas não se manifestou sobre a jurisprudência do CONSEF, inclusive arguida em sustentação oral.

No que se refere a acusação de falta de retenção do ICMS pelo Centro de Distribuição alega que:

- a) No Acórdão CJF nº 0341-11/19 foi apreciado que o Convênio ICMS 76/1994 é posterior ao Convênio ICMS 81/1993 e conforme entendimento manifestado pela PGE/PROFIS “*não se pode imputar a estabelecimento distribuidores a condição de sujeito passivo das operações relativas a produtos farmacêuticos*”, motivo pelo qual deu Provimento ao Recurso Voluntário
- b) Neste lançamento a exigência que foi cancelada na primeira instância e reformada na segunda instância trata da mesma situação em que o Convênio ICMS 81/1993 trata de maneira geral sobre o regime de substituição tributária definida por Convênio ou Protocolo e o Convênio ICMS 76/1994 versa especificamente sobre a matéria que atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto o **estabelecimento importador ou o industrial fabricante**, motivo pelo qual o estabelecimento atacadista **não possui legitimidade** para figurar no polo passivo.

Requer que o Pedido de Reconsideração seja deferido, em consonância com o entendimento do CONSEF e opinativo da PGE/PROFIS reconhecendo a ilegitimidade passiva do autuado.

Registrada a presença das advogadas Sra. Catarina Guimarães Pio de Oliveira na sessão do dia 17/06/2024, sendo adiado para esta sessão que compareceu Sra. Maria Eduarda Rocha que exerceu o seu direito regimental de sustentação oral.

## VOTO

No que se refere a Pedido de Reconsideração interposto contra a decisão proferida por uma das Câmaras do CONSEF, observo que o art. 169, inciso I, “d” do RPAF/BA, estabelece que:

*Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:*

*I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:*

*[...]*

*d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;*

Observa-se, que na situação presente, o Pedido de Reconsideração adequa se a norma, tendo em vista que o Auto de Infração foi julgado improcedente na decisão de Primeira Instância (JJF Nº 0149-05/18) e no Recurso de Ofício foi reformado no mérito a decisão da Primeira Instancia de Improcedente para Procedente em Parte (CJF Nº 0449-12/23-VD).

No Pedido de Reconsideração interposto, o sujeito passivo alegou que no Acórdão CJF nº 0449-12/23 foi reformado a decisão de Primeira Instância sem ter apreciado argumento relevante aduzido na defesa, de que o estabelecimento autuado não procedeu a retenção do ICMS na condição de Centro de Distribuição, matéria que já tinha sido apreciada no Acórdão CJF nº 0341-11/19 firmando entendimento de que o Convênio ICMS 76/1994 é posterior ao Convênio ICMS 81/1993 diante da manifestação da PGE/PROFIS de que “*não se pode imputar a estabelecimento distribuidores a condição de sujeito passivo das operações relativas a produtos farmacêuticos*”, motivo pelo qual deu Provimento ao Recurso Voluntário.

No que se refere a tomada de conhecimento do Pedido de Reconsideração, o art. 173, V do RPAF/BA estabelece:

*Art. 173. Não se tomará conhecimento do recurso que for interposto:*

*...*

*V - sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao pedido de reconsideração previsto na alínea “d” do inciso I do art. 169.*

Constatou que no voto vencedor (CJF Nº 0449-12/23-VD) não foi apreciado o argumento apresentado na defesa de que de que a matéria já tinha sido apreciada no Acórdão CJF nº 0341-11/19, que em situação paradigmática acolheu a tese de ilegitimidade passiva do estabelecimento autuado.

Observo ainda que no mencionado voto vencedor (CJF 0449-12/23) foi fundamentado que o estabelecimento autuado figura no polo passivo, por ter optado ser contribuinte substituto com inscrição no cadastro do Estado da Bahia.

Assim sendo, nos termos do art. 173, V do RPAF/BA tomo CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

Passo então à apreciação das razões de mérito apresentada na impugnação do Auto de Infração, relativo à apreciação da matéria contida no Acórdão CJF 0341-11/19.

**ACÓRDÃO Nº 0341-11/19**

- i) O Auto Infração nº 281066.0004/15-0 lavrado contra as LOJAS AMERICANAS S/A acusa o cometimento de onze infrações, sendo que a INFRAÇÃO 1 trata de falta de retenção do ICMS, de produtos constantes nas notas fiscais previstas no Convênio ICMS 76/94.

Na impugnação o sujeito passivo alegou:

- a) Inclusão de produtos não sujeitos a ST (CHUPETA/MAMADEIRA);  
b) Em relação aos produtos abrangidos pelo Convênio, que embora não tenha feito a retenção, “*o estabelecimento destinatário promoveu recolhimento do ICMS antecipado*”, sendo ilegítimo passivo o estabelecimento autuado.

Na decisão proferida em primeira instância (JJF 0058-01/18) foi apreciado que:

- 1) o estabelecimento autuado era contribuinte do ICMS nos termos do Parágrafo único, cláusula quinta do Convenio ICMS 81/93 e deveria promover a retenção do imposto para a unidade da Federação de destino da mercadoria, de acordo com a Cláusula oitava e regras estabelecidas no Convênio ICMS 76/94 e art. 289 do RICMS-BA;
- 2) Não restou provado recolhimento pelas filiais destinatárias dos produtos objeto da autuação. Julgou PROCEDENTE a infração 1.
- ii) Na apreciação do Recurso Voluntário interposto, com relação a INFRAÇÃO 1 foi acolhido o argumento defensivo de que o recorrente, na condição de atacadista, não era sujeito passivo do ICMS- ST (cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94), por entender que figuram no polo passivo do ICMS ST o estabelecimento importador ou industrial fabricante.

Julgou NULO o Auto de Infração decidindo pela ilegitimidade passiva do estabelecimento autuado, conforme parte do conteúdo do voto (CJF Nº 0341-11/19) abaixo transscrito:

*“No tocante às alegações recursais relativas à infração 1, vislumbro caber razão ao contribuinte quando arguiu que não se enquadra na condição de sujeito passivo por substituição constante do Convênio ICMS 76/94, o qual atribui a qualidade de sujeito passivo por substituição, para fins de retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos, apenas aos estabelecimentos importador ou industrial fabricante, em que não se enquadra o estabelecimento autuado, localizado no Estado de Pernambuco, cuja atividade econômica é de comércio atacadista de mercadorias em geral, conforme consta do seu cadastro na SEFAZ/BA, a título de contribuinte substituto.”*

*Em recente decisão desta 1ª Câmara, através do Acórdão CJF nº 0151-11/19, a cujo voto vencedor anuí, de relatoria da i. Conselheira Lais de Carvalho Silva, por ser de conteúdo extremamente didático, peço venia para transcrever e considerá-lo como minhas palavras ao deslinde do caso concreto.”*

Pelo exposto, o Acórdão CJF 0341-11/19 indicado no Pedido de Reconsideração em análise, utilizou como paradigma do acolhimento do argumento de ilegitimidade passiva o Acórdão CJF 0151-11/19 que passo a analisar o seu conteúdo.

**ACÓRDÃO CJF Nº 0151-11/19**

- A) O Auto de Infração nº 232400.0002/15-9 foi lavrado contra a empresa TAKEDA DISTRIBUIDORA LTDA, localizada no Estado de Santa Catarina, exigindo valor de R\$ 2.036.043,16 relativo à falta de retenção do ICMS-ST de vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Convênio ICMS 76/94).

Na impugnação o sujeito passivo alegou que os Estados da Bahia e de Santa Catarina aderiram ao Convênio ICMS 76/94, e mediante Decreto nº 11.872/2009 o Estado da Bahia instituiu o Regime Espacial de Tributação (Protocolos ICMS 99/2009 e 105/2009 - art. 295 do RICMS/BA) para que as empresas (MEDYCAMENTTHA, PROFARMA, INTERFARMA, GRANFARMA SANTANA S/A, DIST. DE MEDICAMENTOS STA. CRUZ LTDA., PANPHARMA, LGR COM. ATACADISTA PROD. FARM. LTDA) localizadas neste Estado, promovessem o recolhimento do ICMS-ST, por antecipação, relativo à remessa interestadual de medicamentos.

**B)** A 3<sup>a</sup> JJF promoveu realização de diligências fiscais e os autuantes após análise dos comprovantes de recolhimento do ICMS-ST efetuados pelos estabelecimentos destinatários, com base no Termo de Acordo celebrado, reconheceu que o ICMS-ST não retido pelo estabelecimento autuado foi recolhido por antecipação pelos destinatários, o que implicou na redução do débito de R\$ 2.036.043,16 para R\$ 791.874,34.

Decidiu pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração. Foi interposto Recurso de Ofício (JJF 0191-03/16) pela 3<sup>a</sup> JJF e Recurso Voluntário pelo estabelecimento autuado.

**C)** No Acórdão CJF 0151-11/19, em decisão não unânime foi fundamentado que:

**i)** O recorrente, distribuidora de medicamentos localizada no Estado de Santa Catarina, não é sujeito passivo do ICMS-ST, de acordo com a Cl. 1<sup>a</sup> do Convênio ICMS 76/94, que figuram no polo passivo o estabelecimento importador ou industrial fabricante, não sendo os estabelecimentos distribuidores sujeitos passivos do ICMS ST nas operações de remessa interestadual de medicamentos (Cl. 5<sup>a</sup>, Parágrafo Único do Convênio ICMS 81/93 acrescentado pelo Convênio ICMS 114/2003).

Em complemento apreciou que:

*"Outro ponto que merece destaque é o fato de que restou demonstrado pelo recorrente que todos os adquirentes para os quais houve a venda de medicamentos no período fiscalizado, possuem Regime Especial de tributação, concedido nos termos do Decreto nº 11.872/09, o qual lhes atribui a responsabilidade pelo recolhimento antecipado do ICMS devido em relação às operações subsequentes, comprovando, mais uma vez, que o distribuidor não é sujeito passivo do ICMS ST nas remessas interestaduais de medicamentos. É o que dispõe o art. 1º:*

*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 a seguir relacionados, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto: (grifo nosso).*

*Deste modo, por tudo quanto exposto, entendo que merece guarda a tese do contribuinte, motivo pelo qual voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário".*

Feito estes esclarecimentos passo a análise de mérito apresentada no Pedido de Reconsideração de que na Decisão contida no Acórdão CJF nº 0449-12/23-VD, que deu Provimento Parcial ao Recurso de Ofício interposto no Acórdão JJF nº 0149-05/23-VD, não foi apreciado a decisão paradigmática contida no Acórdão CJF Nº 0341-11/19 que acolheu a alegação de o remetente ser ilegítimo passivo.

Pela análise do conjunto das decisões proferidas por este CONSEF, concluo que:

1. As infrações que envolve este lançamento e os indicados como paradigmas se referem a falta de retenção do ICMS-ST relativo a vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia (Convênio ICMS 76/94);
2. No Pedido de Reconsideração em análise, foi alegado que no Acórdão CJF nº 0341-11/19 foi acolhido o argumento de que o estabelecimento autuado (Lojas Americanas) não figurava no polo passivo para promover a retenção do ICMS para o Estado da Bahia, indicando como paradigma o Acórdão CJF Nº 0151-11/19 (TAKEDA DISTRIBUIDORA LTDA).
3. No Acórdão CJF Nº 0151-11/19 foi decidido que a empresa TAKEDA DISTRIBUIDORA LTDA, localizada no Estado de Santa Catarina, não era importador ou industrial fabricante (Cl. 1<sup>a</sup> do

Convênio ICMS 76/94) e que “... restou demonstrado pelo recorrente que todos os adquirentes para os quais houve a venda de medicamentos no período fiscalizado, possuem Regime Especial de tributação, concedido nos termos do Decreto nº 11.872/09, o qual lhes atribui a responsabilidade pelo recolhimento antecipado do ICMS devido em relação às operações subsequentes...”, tendo inclusive juntado ao processo comprovantes de pagamento do ICMS por antecipação efetuado pelos destinatários, mediante concessão de Regime Especial aos distribuidores de medicamentos localizados no Estado da Bahia, e celebração de Termo de Acordo (Decreto nº 11.872/2009 – art. 265 do RICMS/BA).

4. No Acórdão JJF Nº 0149-05/18 (decisão de primeira instância) foi fundamentado que o Convênio ICMS 76/94, atribui a qualidade de sujeito passivo por substituição, para fins de retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos, apenas ao estabelecimento importador ou ao industrial fabricante e que o § 3º, da Cláusula Primeira do citado Convênio estabelece que “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.”
5. Na decisão contida no Acórdão CJF Nº 0449-12/23-VD que deu Provimento Parcial ao Recurso de Ofício (JJF Nº 0149-05/18) foi apreciado que não se trata de caso de ilegitimidade passiva, tendo em vista que o estabelecimento autuado requereu e obteve a concessão de Regime Especial ao Estado da Bahia, para figurar como Substituto Tributário.
6. Também que a cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93, que trata de normas gerais do regime de substituição tributária, atribui ao remetente a responsabilidade por substituição tributária, nos casos em que este faz uma operação interestadual com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Ou seja, o Convênio ICMS 76/94 estabelece regras aplicáveis ao importador ou fabricante para promover o pagamento do ICMS devido por substituição, mas se a mercadoria (medicamento) for comercializada para outro Estado, tendo o distribuidor adquirido a mercadoria com o imposto retido, ao vender para outro Estado, deve promover a retenção do ICMS em favor do Estado destinatário (Regras gerais do Convênio ICMS 81/93 - situação em que deve ser resarcido do ICMS-ST da operação anterior) ou ser efetivado o pagamento do ICMS-ST por antecipação por parte do *estabelecimento varejista que receber os produtos sem a retenção, conforme disposto no § 3º, da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94*.

Transcrevo parte do conteúdo do citado Acórdão:

*“Em 20/01/1999, o Autuado foi inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, passando à condição de responsável, como contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS-ST devido por antecipação tributária na entrada no território deste Estado, nas operações de transferências para suas filiais varejistas, em conformidade com o Art. 8º, VII da Lei nº 7.014/96, o qual estipula a condição de sujeito passivo por substituição ao contribuinte autorizado mediante regime especial de tributação, significando dizer que o Autuado em todo o período objeto da autuação estava na condição de sujeito passivo legítimo para figurar no polo passivo do Auto de Infração”.*

Em conclusão, constato que no Acórdão indicado como paradigma no Pedido de Reconsideração (CJF 0151-11/19) o estabelecimento autuado (TAKEDA DISTRIBUIDORA LTDA), não era importador ou industrial fabricante, e mesmo que tivesse sido inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, os estabelecimentos destinatários, promoveram o pagamento do ICMS por antecipação em conformidade com a concessão de Regime Especial aos distribuidores de medicamentos e celebração de Termo de Acordo conforme previa a legislação do Estado (Decreto nº 11.872/2009 – art. 265 do RICMS/BA).

Ou seja, naquela situação os destinatários mediante celebração de Termo de Acordo assumiram a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por antecipação (§ 3º da Cl. 1ª do Convênio ICMS 76/94) o que afastava a responsabilidade de promover retenção pelo remetente.

Já na situação presente, o estabelecimento autuado se inscreveu no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, e assumiu a condição de responsável, como contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS-ST devido por antecipação tributária na entrada no território deste Estado, relativo as operações de transferências para suas filiais varejistas (art. 8º, VII da Lei nº 7.014/96).

Ressalte se ainda que foram promovidas diligências em primeira e segunda instância do CONSEF em que foi oportunizado a apresentação de prova da alegação de que os pagamentos de ICMS devido por Substituição Tributária foram feitos pelos destinatários (filiais localizadas no Estado da Bahia). Uma das autuantes após análise dos documentos apresentados, indicou que planilhas apresentadas se referem a “produtos que pertencem a outro protocolo (50/05) e não ao Protocolo [Convênio] 76/94 que faz parte do Auto de Infração”, bem como não foi feita a discriminação das mercadorias. Mesmo tendo sido cientificado do resultado das diligências, não foram apresentadas outras provas quanto a alegação de que o ICMS-ST foi recolhido pelos destinatários das mercadorias.

Por fim, entendo que os fundamentos de direito arguidos pelo sujeito passivo no Pedido de Reconsideração não se coaduna com a decisão paradigmática invocada, visto que conforme apreciado na decisão recorrida o estabelecimento autuado se inscreveu no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, passando à condição de responsável, como contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS-ST devido por antecipação tributária na entrada no território deste Estado, nas operações de transferências para suas filiais varejistas (Art. 8º, VII da Lei nº 7.014/96) e a decisão paradigmática (CJF Nº 0341-11/19) tomou como referência o CJF Nº 0151-11/19, situação em que o remetente das mercadorias deixou de promover a retenção do ICMS em razão de que os destinatários estavam amparados por concessão de Regime Especial para promoverem o pagamento do ICMS por antecipação (Decreto nº 11.872/2009 – art. 265 do RICMS/BA) em relação as operações autuadas.

Além disso, considerando que o estabelecimento autuado se inscreveu como contribuinte substituto no Estado da Bahia e não promoveu a retenção do ICMS-ST, nem comprovou o pagamento do imposto por antecipação por parte de suas filiais localizadas neste Estado (destinatários), tal procedimento configura concorrência desleal em relação aos contribuintes que efetuaram retenção do imposto nas operações interestaduais (substituição tributária) ou dos contribuintes destinatários que promoveram o pagamento por antecipação relativo a aquisição de medicamentos em outros Estados.

Assim sendo, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração.

#### VOTO DISCORDANTE

Peço licença para discordar do voto do i. Relator pelos motivos que passarei a expor.

No julgamento que ocorreu pela CJF, o qual modificou a decisão da JJF, fui relator com voto vencido. Mantenho o meu entendimento quanto ao Convênios ICMS 81/93 e 76/94, os quais tratam sobre normas a serem aplicadas na substituição tributária e, especificamente, sobre produtos farmacêuticos, respectivamente. Transcrevo abaixo parte do meu voto que justifico tais concordâncias com o que fora impugnado pelo recorrente:

*“Quanto ao julgamento pela improcedência, comungo com o entendimento esposado pela JJF no voto de piso, pelos argumentos a seguir transcritos:*

*O Convênio de ICMS 81/93 (Estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.) traz:*

**“Cláusula primeira.** Aos Convênios e Protocolos a serem firmados entre os Estados e/ou Distrito Federal, concernentes ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação-ICMS, que estabeleçam o regime de substituição tributária, aplicar-se-ão os procedimentos consignados neste Convênio, ressalvado o disposto na cláusula décima quarta.

(...)

**Cláusula décima quarta.** Os Convênios ou Protocolos firmados entre as unidades da Federação poderão estabelecer normas específicas ou complementares às deste Convênio.” (Grifei)

Ainda tratando do mesmo diploma legal, temos a cláusula quinta:

**“Cláusula quinta.** A substituição tributária não se aplica:

(...)

**Parágrafo único.** Sujeito passivo por substituição é aquele **definido** como tal no **protocolo ou convênio** que trata do regime de substituição tributária **aplicável à mercadoria.**”

Pois bem, estamos tratando de **produtos farmacêuticos**, logo o Convênio ICMS que dispõe sobre essas mercadorias é o nº 76/94 (Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos). Em sua cláusula primeira, temos:

**“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.” (grifei)

Ora, se o Convênio ICMS 81/93 estabelece normas a serem aplicadas ao regime de substituição tributária e, em sua cláusula décima quarta, diz que os convênios ou protocolos poderão estabelecer normas específicas ou complementares à este convênio (81/93), como também o parágrafo único da cláusula quinta diz que o sujeito passivo por substituição é aquele definido em protocolo ou convênio aplicável à mercadoria (produtos farmacêuticos), não me restam dúvidas que o Convênio ICMS 76/94 estabelece, como sujeito passivo por substituição tributária, o importador ou industrial fabricante.

Nesta lide, o sujeito passivo é um **atacadista**, onde está transferindo suas mercadorias de revenda para uma de suas filiais no Estado da Bahia. Diante dos fatos expostos, compactuo com a voto de piso, julgando pela improcedência do auto de infração, visto não tratar-se de um estabelecimento importador ou industrial fabricante.”

Portanto, sou pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração no sentido de tornar o Auto de Infração total IMPROCEDENTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **CONHECER** e **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 297856.0006/17-3, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 92.846,47, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Henrique Silva de Oliveira, João Vicente Costa Neto, João Felipe Fonseca Oliveira Menezes e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Gabriel Henrique Lino Mota.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA - VOTO DISCORDANTE

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS