

A. I. Nº - 000.917.252-1/02

AUTUADO - RUIFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.

AUTUANTES - RAUL DA COSTA VITORIA NETO

ORIGEM - IFMT-DAT/METRO

INTERNET - 13.05.04

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154/01-04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Não é devido o imposto tendo em vista que os contratantes da operação desistiram do negócio, de modo que o fato gerador do imposto que deveria ocorrer foi inviabilizado. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/05/02, cobra o ICMS no valor de R\$34.445,77, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que o contribuinte deixou de atender intimação para apresentação do DAE referente as mercadorias enquadradas na Portaria nº 270/93 das Notas Fiscais nº 169.532 e 169.876, emitidas pela CIMED Indústria de Medicamentos LTDA.

Consta à fl. 03 do PAF a Intimação desta SEFAZ, emitida pelo Supervisor da IFMT/METRO, e datada de 08/05/02, solicitando que o autuado apresentasse no Posto Fiscal, localizado no Terminal de Cargas do Aeroporto de Salvador, o comprovante de recolhimento da antecipação do ICMS referente às mercadorias enquadradas na Portaria nº 270/93 das Notas Fiscais nº 169.532 e 169.876, emitidas pela CIMED Indústria de Medicamentos LTDA.

Também estão acostados aos autos:

1. Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210320.0108/02-8, datado de 02/04/02 - fls. 5/6;
2. Listagem de preço de medicamentos elaborada pela CIMED Indústria de Medicamentos LTDA - fls. 7/8;
3. Notas Fiscais nº 169.532 e 169.876 com retificações por irregularidade naqueles documentos (referem-se a despesas de frete) - fls. 9/12;
4. Conhecimento de Transporte nº 822471/5, emitido pela VASP – Viação Aérea São Paulo S/A com data de 01/04/02, referente ao transporte das mercadorias consignadas nas notas fiscais acima indicadas - fls. 13/12;
5. Conhecimento de Transporte nº 235468, datado de 01/04/02, emitido pela INTEC Transportes, referente ao transporte das mercadorias consignadas nas notas fiscais acima indicadas - fl. 27;
6. Conhecimento de Transporte nº 078706, emitido pela ATIVA Distribuição, com data de 27/03/02, referente ao transporte das mercadorias consignadas nas notas fiscais acima indicadas - fl. 29;
7. DAE para pagamento do imposto, emitido em 05/04/02, porém não quitado - fl. 30;

8. Hard copy do Sistema de Informações do Contribuinte, informando que a solicitação do autuado para pagamento do ICMS na forma da Portaria nº 517/97 foi indeferido - fl. 15;
9. Fax à CIMED, objetivando dar solução as mercadorias aprendidas através do Termo de Apreensão nº 210320.0108/02-8, com data de 29/04/02;
10. Intimação para apresentar quitar o Auto de Infração, ora em discussão, ou apresentar defesa, recebido pelo autuado em 23/07/02.

O autuado apresentou defesa, em tempo hábil (fls. 36/44), afirmando que, não obstante suas operações comerciais terem ocorrido na mais perfeita ordem e legalidade, foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, pois a fiscalização estadual entendeu que a base de cálculo utilizada não se encontrava condizente com a legislação tributária, ou seja, a retenção do imposto por substituição teria sido feita a menor.

No seu arrazoado, afirmou que, em razão do princípio da segurança jurídica e da legalidade, não existe qualquer relação jurídica de índole tributária antes da ocorrência do fato gerador do tributo. Dessa maneira, na lide existem, a princípio, pelo menos duas razões para a improcedência do lançamento:

1. não se completou o contrato de compra e venda realizado pelo fabricante, no caso, a CIMED e ao autuado;
2. não existe possibilidade da realização do fato gerador presumido do ICMS, inerente à substituição tributária.

Explicou que, com a apreensão das mercadorias no posto fiscal, desistiu do negócio, pois esse estava condicionado à entrada das mercadorias em sua sede. Prova do que afirmou é a declaração do autuado, que disse ter anexado aos autos. Entendeu que não se poderia esperar outro desfecho, pois havia no bojo da transação comercial a condição das mercadorias chegarem em seu destino em Feira de Santana, o que não foi possível tendo em vista suas apreensões.

Seguiu argumentando que o ICMS é da competência dos Estados e Distrito Federal, conforme estabelece o art. 155 da Constituição Federal. Entretanto não é qualquer conduta que enseja o fato gerador do imposto, mas sim e tão somente, os negócios jurídicos que envolvem circulação de bem móvel destinado ao comércio. Nesta circunstância, não restava dúvida de que o principal negócio jurídico inerente ao ICMS é o contrato de compra e venda. No entanto, este contrato somente estará plenamente acabado juridicamente quando existe a entrega da mercadoria ao seu destino ou a transferência de sua propriedade, gerando a incidência do ICMS. A regulamentação da matéria foi, inclusive, objeto de atenção do legislador do CTN através do seu art. 110, que transcreveu.

Voltou a ressaltar que o contrato de compra e venda entre a si e CIMED foi desfeito, não tendo qualquer efeito jurídico, o que descharacterizou a realização do fato gerador presumido do imposto por substituição tributária, ou seja, vendas futuras.

Especificando, detalhadamente, quando ocorre a incidência do ICMS em um contrato de compra e venda, transcreveu trecho da obra de Hugo de Brito Machado (Aspectos Fundamentais do ICMS, ed. Dialética, 1997, pág. 26).

Frisou, a seguir, que é elemento fundamental da substituição tributária a consideração do fato gerador futuro, que é presumido quando existe a tributação do substituto. Ora, não havendo qualquer possibilidade deste acontecimento vir a ocorrer, como no presente caso, não se poderia falar em qualquer tributação, já que inexistente, e a sua cobrança configurava-se mero confisco. Transcreveu

o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, o art. 10 da Lei Complementar nº 87/96 e art. 12 da Lei nº 7.014/96, visando caracterizar que o ordenamento jurídico nacional determina o resarcimento do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se concretizar. Neste mesmo sentido, citou jurisprudência do STF e STJ.

Contudo, prosseguiu, não seria necessário recorrer aos tribunais. O próprio CONSEF já decidiu matéria semelhante. A 2ª JJF julgou improcedente o Auto de Infração nº 312353, quando um sinistro acontecido, não chegou a concretizar a entrega das mercadorias. Esta decisão foi mantida pela 3ª CJF. E, através do Acórdão JJF nº 2039-01/01, a 1ª JJF observou a impossibilidade da cobrança do imposto em razão de não ter sido concretizado o contrato de compra e venda realizado, como também, pelas mercadorias já terem sido liberadas por ordem judicial para retornarem à CIMED.

Em seguida, passou a guerrear a forma como foi determinada a base de cálculo do imposto por substituição tributária, citando o art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, art. 61 do RICMS/97 e Cláusula Segunda do Convênio 76/94.

Segundo a defesa, a fiscalização considerou a tabela da ABCFARMA para estabelecer a base de cálculo aplicável à substituição tributária do ICMS relativo aos medicamentos. Porém aquele órgão não tem qualquer competência legal para fixar preço de medicamentos, pois não há norma que lhe dê esta competência, assim como, não possui procuração do impugnante para tal. Trata-se de entidade privada que cuida em defender os interesses econômicos e sociais de alguns fabricantes multinacionais de produtos farmacêuticos e suas publicações dos preços de medicamentos possuem efeitos somente à eles, não vinculando, em nenhuma hipótese, as indústrias do setor, inclusive à CIMED. Se assim fosse, entendeu que se estaria diante da chamada pauta fiscal, já derrubada pela jurisprudência do STF e STJ, que citou.

Comentou, novamente, que levando em conta as determinações da legislação anteriormente citada e na hipótese de não haver determinação de preço por órgão competente, deve prevalecer ou o preço sugerido pelo industrial, ou o preço de venda ao consumidor, com redução de 10%. E, no seu caso, o efetivamente tomado pela CIMED, pois os medicamentos, todos, são por ela fabricados. E, a rigor, pouco importa se há ou não sugestões de preços finais ditados pela CIMED e estes utilizados pelo fisco, pois não se pode, aleatoriamente, eliminar a possibilidade da política de rebaixamento de preços para conquistar determinado mercado, como ocorreu no caso em exame. Por fim, o autuante utilizou tabela da ABCFARMA vigente com data anterior ao da autuação.

Concluiu sua exposição requerendo a improcedência do Auto de infração.

Após protocolização da impugnação, o defendant anexou, ao PAF, a Nota Fiscal Avulsa nº 012094 emitida pela IFMT dando trânsito as mercadorias apreendidas e liberadas por força de decisão judicial em Medida Cautelar Inominada, com Pedido Liminar concedida pelo Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública e procuração da CIMED a advogados para representá-la em demandas (fls 47/55).

A Inspetoria anexou aos autos outra defesa apresentada antes da acima descrita (fls. 57/61). Nesta, o impugnante, após informar que é cliente da CIMED, afirmou que, por ocasião da lavratura do Auto de Infração, os prepostos daquela empresa haviam comunicado ao fisco estadual o desfazimento do negócio realizado através das Notas Fiscais nº 169.532 e 169.876, antes do embarque dos medicamentos, pela existência de erro da remessa das mercadorias.

Além do mais, quando da descrição da infração, o autuante indicou que não houve atendimento à Intimação feita para quitação do imposto. No entanto, em momento algum tomou conhecimento desta solicitação, até porque, somente com a intimação para apresentar defesa é que soube do Auto

de Infração, vez que, o pedido, constante das notas fiscais, foi cancelado antes das suas emissões. Neste contexto, entendeu que é a CIMED a real responsável para ser notificada à assumir a responsabilidade pelo trânsito das mercadorias.

Prosseguindo, observou que os dispositivos legais, invocados pelo autuante e ditos infringidos, não se aplicam às distribuidoras de medicamentos e sim às farmácias, drogarias e casas de produtos naturais. Que a autuação foi realizada de encontro das disposições contidas nos art. 915 e 962 do RICMS, pois existem erros de caráter formal, bem como, a apuração do imposto foi realizada fora das determinações legais, ferindo o princípio da realidade tributária.

Além do mais, na suposição de que houve recolhimento a menor, por erro no preço das mercadorias, não se pode deixar ao lado a prática dos descontos incondicionais praticados na comercialização dos medicamentos, não somente dos similares e genéricos, bem como os de marca.

Diante do que tudo expôs, solicitou a improcedência da autuação.

O autuante ratificou a ação fiscal, comentando os argumentos de defesa e entendendo que todos eles não conseguiram elidir a ação fiscal (fls. 65 a 66).

Diante do rumo dos fatos, esta 1^a JJF, em pauta suplementar, decidiu baixar os autos em diligência à Repartição Fiscal, visando a comprovação da efetiva saída das mercadorias do Estado, o que caracterizaria o desfazimento do negócio contratual. Para isto, foi solicitada a pesquisa junto à transportadora quando, de fato, houve o embarque dos medicamentos consignados no documento fiscal (fl. 68).

O Supervisor da IFMT/METRO, em atendimento ao solicitado, informou que obteve junto à VASP – Viação Aérea São Paulo S.A., cópia reprográfica do Conhecimento Aéreo no 922511-1, emitido em 9/10/02, correspondente à devolução das mercadorias apreendidas para o remetente indicado no Conhecimento Aéreo de remessa (fl. 13). Disse que o embarque das mercadorias foi confirmado pelo Sr. Josué, supervisor da VASP (fl. 69).

Chamado para tomar conhecimento da diligência realizada, o sujeito passivo não se pronunciou (fls. 71/80).

VOTO

O impugnante requereu a improcedência da ação fiscal vez que houve o desfazimento do negócio entre si a o fornecedor dos medicamentos.

Diante do arrazoado do impugnante e dos documentos acostados aos autos, observei que na Medida Cautelar Inominada, com Pedido de Liminar deferida pelo Juiz da 9º Vara de Fazenda Pública, observa-se que foi impetrada pelo autuado e pela CIMED Indústria de Medicamentos LTDA. Por outro lado, a liberação das mercadorias foi solicitada pelo advogado da CIMED e a Nota Fiscal Avulsa nº 012094, que deu trânsito aos medicamentos apreendidos, foi emitida em nome da CIMED. Neste documento fiscal consta que as mercadorias deveriam seguir para Minas Gerais, ou seja, Estado do vendedor das mercadorias, através da empresa VASP - Viação Aérea São Paulo, com endereço na Marques de Leão, 455, Barra, em Salvador/BA.

Visando a comprovação da efetiva saída das mercadorias do Estado, esta JJF solicitou que preposto fiscal, designado pela Repartição Fiscal, pesquisasse junto à transportadora quando, de fato, houve o embarque dos medicamentos consignados no documento fiscal (fl. 68). O Supervisor da IFMT/Metro informou que obteve junto à VASP – Viação Aérea São Paulo S.A., cópia reprográfica do

Conhecimento Aéreo nº 922511-1, emitido em 9/10/02, correspondente à devolução das mercadorias apreendidas para o remetente indicado no Conhecimento Aéreo de remessa (fl. 13). Disse que o embarque das mercadorias foi confirmado pelo Sr. Josué, supervisor da VASP (fl. 69).

Nestas circunstâncias, comungo com o entendimento da defesa de que um contrato de compra e venda de mercadorias, por si só, não é fato gerador do ICMS enquanto não implicar em circulação de mercadoria, ou seja, na execução do negócio. No caso presente, embora tenha havido o início desta circulação, o ato jurídico não restou acabado, pois não houve sua entrega ao comprador, retornando as mercadorias deste Estado ao seu proprietário inicial, estabelecido em outra unidade da Federação, não estando, assim, configurada hipótese da ocorrência do fato gerador presumido do ICMS, inerente à substituição tributária.

Por essas razões, neste momento não há porque se entrar no mérito quanto a discutida apuração da base de cálculo aplicada.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração Nº 000.917.252-1/02, lavrado contra a empresa **RUFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 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 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de maio de 2004

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR