

**PROCESSO** - A. I. Nº 299164.0130/05-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0194-04/05  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 09/09/2005

**1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0298-11/05**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 76/94 em 1º de janeiro de 2005, desobrigando seus contribuintes, a partir daquela data, da responsabilidade de recolhimento do imposto devido nas operações de venda dos produtos enquadrados no regime da substituição tributária e elencados no referido convênio, que estejam localizados em outra unidade da Federação. As notas fiscais foram emitidas em data posterior. É do adquirente das mercadorias, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração de 31/01/2005 exigindo ICMS de R\$47.673,19 mais multa de 60% por não retenção da substituição tributária, como sujeito passivo, relativa às operações subsequentes de vendas de mercadorias para contribuintes neste Estado, inclusas no Convênio ICMS Nº 76/94.

Inicialmente, prepostos do autuado trazem a informação de tratar-se de indústria situada no Estado de Minas Gerais, listando em seguida razões para afirmar que o Auto de Infração era nulo de pleno direito.

1. Alegam que a CF estabeleceu as competências para tributar, e delimitando geograficamente as áreas de localização dos contribuintes. Assim, o fisco baiano não poderia autuá-lo. Cita doutrina a respeito da matéria.
2. Informam não possuírem preços controlados pelo governo, daí inexistir tabela de preços oficiais. Não são todos os produtos que constam no caderno de preços máximos, pois este se constitui em simples orientação às farmácias.
3. Cita o art. 145, II da CF e art. 78 do CTN destacando que o poder de polícia do fisco baiano não poderia autuá-lo, por incompetente para fazê-lo.

Aduz que, ainda não fossem acatadas as preliminares de nulidade argüidas, o imposto não era devido, por clara ilegalidade e inconstitucionalidade. Comentam que o Estado da Bahia aderiu ao Convênio ICMS nº 76/94; à luz da CF, Decreto nº 40668 e do CTN, a infração não tem, em absoluto, amparo legal. Afirmam, ainda, que o mencionado Convênio ofendeu a Carta Magna e legislação infraconstitucional, pois o ICMS já se encontrando regulamentado, alterações provisórias somente poderiam se referir a novas incidências. Transcreve ementa de Decisão no Recurso Especial nº 36.337/SP do STJ.

Destaca o princípio da isonomia, haja vista que o fisco baiano tem concedido redução da base de cálculo do ICMS em casos semelhantes.

Ao final requerem a nulidade do Auto de Infração, considerando a inexistência de dolo, má-fé, fraude ou simulação.

Às fls. 67 a 69 contém relato de auditora fiscal, convocada para contra-arrazoar os argumentos de defesa, a qual ressalta que, a despeito de não caber, no foro administrativo, discussão da

legitimidade dos convênios, o que só poderia ser no âmbito judicial, o recorrido não está obrigado ao recolhimento do imposto exigido, pois Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, conforme verificado no Despacho nº 05/2001, da Secretaria Executiva do CONFAZ, desobrigando a partir desta data da responsabilidade do recolhimento do imposto. Como as notas fiscais foram emitidas em 26/01/2005, a responsabilidade cabe ao contribuinte baiano, não arrolado no presente lançamento. Em decorrência opina pela improcedência da autuação e pela lavratura de novo Auto de Infração em nome dos destinatários das mercadorias se o mesmo não dispor de Regime Especial para recolhimento em momento posterior.

Os ilustres julgadores da 4ª Junta de Julgamento Fiscal rejeitam os argumentos de nulidade à ação fiscal, tecendo comentários a respeito, individualmente aos itens 1, 2 e 3 retromencionados.

Dizem também da qualidade administrativa do foro do Colegiado, incompetente na discussão da constitucionalidade da norma legal, consoante art. 167 do RPAF/99.

Confirmam relato da auditora fiscal, verificado no site do CONFAZ de que o Estado de Minas Gerais denunciou o Convenio ICMS nº 76/94, assim desobrigando seus contribuintes, a partir daquela data, da responsabilidade do imposto devido nas operações de venda, dos produtos inclusos no Regime de substituição tributária e contidos no referido Convênio, para contribuintes localizados em outra unidade da Federação.

Concluem que o recorrido não se configura como sujeito passivo da infração em comento e decidem pela Nulidade do lançamento fiscal.

#### **VOTO**

As minhas considerações, a partir da extensa indicação de incompetência levantada pelos prepostos advogados do recorrido, e todas rechaçadas com muita propriedade e indicações do tecido legal pelos ilustres julgadores da 1ª Instância, não perdem de vista o arrazoadado inserido pela auditora fiscal especialmente convocada para contra argumentar à defesa.

O conteúdo de referido arrazoadado, estabelece que quanto à discussão da legitimidade dos Convênios, esta questão somente pode ser discutida no âmbito judicial.

O recorrido não está obrigado ao recolhimento do imposto exigido na autuação, já que o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, portanto o mesmo está claramente desobrigado da responsabilidade quanto ao recolhimento do ICMS devido nas operações de vendas das mercadorias nele inclusos, para contribuintes situados no Estado da Bahia, a partir de 07/01/2005; Como as notas fiscais datam de 26/01/05, está patente que a responsabilidade tributária compete ao destinatário baiano.

Meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, representando à repartição, para que seja exercida nova fiscalização, junto ao adquirente das mercadorias no território baiano, para verificar-se seu imposto foi recolhido (art. 156 do RPAF/99).

#### **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 **NULO** o Auto de Infração nº **299164.0130/05-6**, lavrado contra **CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA**. Recomendada a verificação do pagamento do imposto pelo estabelecimento destinatário.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

CLAÚDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS