

A. I. N° - 299164.0130/05-6
AUTUADO - CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTES - LUIZ GONZAGA SOUZA VAZ e OSVALDO CEZAR RIOS FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 15. 06. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0194-04/05

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/1/2005, exige ICMS no valor de R\$47.673,19, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção da substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativa às operações subseqüentes à venda de mercadorias incluídas no Convênio ICMS nº 76/94, para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Impugnando o lançamento fiscal (fls. 22/45), através de advogado legalmente qualificado, o autuado inicialmente informou ser indústria de medicamentos, situada no estado de Minas Gerais. Em seguida, elencou as seguintes razões para afirmar que o lançamento fiscal era nulo de pleno direito:

1. Princípio da territorialidade - alegou que a Constituição Federal estabeleceu as competências para tributar, e delimitou os efeitos jurídicos de uma lei aos limites geográficos do ente tributante. Portanto, o fisco baiano não poderia autuá-la sobre pena de infringir o referido princípio constitucional. Citou doutrina a respeito da matéria.
2. Inexistência da infração – entendeu oportuno esclarecer que há muito tempo não possui produtos com preços controlados pelos órgãos governamentais, inexistindo tabela oficial de preços dos medicamentos. Além do mais, nem todos os produtos que fabrica constam do caderno de preços máximos ao consumidor sugeridos pelo Guia de Farmácia, que se constituem, apenas, em uma orientação ao proprietário das farmácias. Desta forma, ao prevalecer a livre iniciativa e em atendimento aos princípios constitucionais vigentes, cumpriu fielmente a legislação tributária mineira em vigor.
3. Inexistência, na hipótese, de poder de polícia do fisco baiano - citando, mais uma vez, doutrina, art.145, II da Constituição Federal e art. 78, do CTN, ressaltou que o poder de polícia só é regular quando desempenhado pelo órgão e agente competente para fazê-lo. Portanto, restava evidente que o fisco baiano não poderia autuá-lo.

No mérito, argumentou que mesmo que não fossem acatadas as preliminares de nulidade argüidas, o imposto não era devido pelo impugnante por manifesta ilegalidade e

inconstitucionalidade, mesmo a luz da atual sistemática da substituição tributária. Observou que o Estado da Bahia aderiu ao Convênio ICMS nº 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com medicamentos e outros itens. Por este convênio, os estabelecimentos remetentes dos produtos estão obrigados a reter e recolher antecipadamente o imposto que seria devido nas subseqüentes saídas realizadas pelos contribuintes baianos. No entanto, à luz da Constituição Federal, do Decreto nº 406/68 e do Código Tributário Nacional, a infração em combate não poderia prevalecer por absoluto amparo legal, não podendo obrigar o autuado a reter e recolher o ICMS que seria devido na subseqüente saída a ser realizada pelos adquirentes comerciais. Analisando o art. 146 e 155 da Constituição Federal, art. 97, art. 113 e art. 128, do CTN e art 1º do Decreto-Lei nº 406/68 (todos transcritos), afirmou que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, bem como definir os respectivos fatos geradores, base de cálculo, contribuintes, etc. No caso, nem mesmo a lei ordinária havia atribuído à terceiros uma vinculação ao fato gerador da obrigação tributária. Portanto, esta responsabilidade não poderia ser atribuída por protocolo. Transcreveu decisão do STF sobre a questão (Recurso Extraordinário nº 77.885/MG) e afirmou que o Convênio ICMS nº 76/94 ofendeu a Carta Magna e a legislação infraconstitucional, uma vez que como o ICMS já se encontrava regulamentado, quando da sua edição, a regulamentação provisória somente poderia se referir a novas incidências. Transcreveu ementa de decisão proferida no Recurso Especial nº 36.337/SP do STJ.

Com estes argumentos, afirmou ser a sistemática da substituição tributária inconstitucional, pois incompatível com o princípio da não-cumulatividade do ICMS e da legalidade estrita, além de ter sido revogada pela emenda Constitucional, “pela legislação citada”. Observou que continua em vigor, sob a hierarquia de leis complementares e do princípio da recepção, o Decreto-lei nº 406/68 e o CTN, quanto à disciplina do ICMS, por não conflitarem com a CF de 1988. Assim, por absoluta falta de amparo legal e afronta a constituição, nem o protocolo, nem o convênio e nem a lei estadual poderiam dispor sobre a ocorrência do fato gerador do imposto, nem alterar sua base de cálculo e determinar o recolhimento antecipado, apenas legislar no que concerne às “lacunas” existentes, conforme determinações do ar. 34, § 8º do ADCT. E, afora o exposto, tomou-se como base de cálculo não o valor da operação, mas sim, um valor previsto “em tabela”, arbitrário e que não coincide com o real preço de comercialização, como por exemplo, os descontos dados pelas farmácias aos aposentados.

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

Por fim requereu a nulidade do Auto de Infração, o seu cancelamento ou a redução da multa imposta, considerando que as operações não foram praticadas com dolo, má-fé, fraude ou simulação. Protestou pela juntada posterior de documentos e requereu fossem as intimações relativas ao processo enviados ao endereço profissional do seu advogado.

Auditora fiscal convocada para contra arrazoar os argumentos de defesa (fls. 67/69), inicialmente fez um relato de todos os argumentos expostos pelo impugnante. Ressaltou que, a despeito de não caber, no foro administrativo, discussão da legitimidade dos convênios, questão que somente pode ser discutida no âmbito judicial, o autuado não está obrigado ao recolhimento do imposto exigido na autuação, já que o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, em 07/1/2005, conforme Despacho nº 03/2005, da Secretaria Executiva do CONFAZ, desobrigando-se assim da responsabilidade de recolhimento do imposto devido nas operações de venda dos produtos nele enquadrados para contribuintes localizados no Estado da Bahia, a partir desta data. As notas fiscais foram emitidas em 26/1/2005. No caso, a responsabilidade tributária cabe ao destinatário baiano.

Opinou pela improcedência da autuação e pela lavratura de novo Auto de Infração em nome do destinatário das mercadorias, caso o mesmo não disponha do benefício do regime especial

concessivo para recolhimento do imposto em momento posterior.

VOTO

No que se refere ao pedido, feito na peça defensiva, para que as intimações e notificações do processo, ao autuado, sejam encaminhadas ao seu procurador, nada obsta que o órgão competente assim proceda, porém será igualmente válida a intimação encaminhada para o endereço do contribuinte. A intimação do sujeito passivo constitui procedimento disciplinado no art. 108, do RPAF/99.

A defesa, apresentou, inicialmente, três argumentos de nulidade á ação fiscal que abordo e as rejeito. Estes foram:

1. Afronta ao princípio constitucional da territorialidade. A fiscalização foi realizada no trânsito de mercadorias, quando elas se encontravam no território baiano. Diante das determinações legais, caso provada a irregularidade poderia ser do autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto. Não houve qualquer afronta ao citado princípio.
2. Inexistência da infração da não ter os preços de suas mercadorias controlados pelos órgãos governamentais, inexistindo tabela oficial de preços dos medicamentos, bem como de que nem todos os produtos que fabrica constam do caderno de preços máximos ao consumidor sugeridos pelo Guia de Farmácia. Este é entendimento do defendente. O art. 61, I, e seu § 2º, I, do RICMS/97, deste Estado, é expresso quanto á base de cálculo do imposto sobre medicamentos. Não posso comungar com sua opinião, não existindo qualquer motivação á nulidade da ação fiscal por esta questão.
3. Inexistência de poder de polícia do fisco baiano apara autuá-lo. De fato, o poder de polícia só é regular quando desempenhado pelo órgão e agente competente para fazê-lo. Este foi o caso. O órgão e o agente público possuem competência para realizar a fiscalização. As mercadorias foram apreendidas neste Estado e existe Convênio imputando a responsabilidade pelo recolhimento antecipado do ICMS á contribuinte localizado em outro Estado da Federação que realizar operações de comercialização de medicamentos com contribuintes deste Estado.

Em seguida, a defesa do contribuinte tratou da questão de mérito da autuação, ou seja, da exigência do imposto pela falta de retenção do ICMS e, conseqüentemente, do seu recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo ás operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado, exclusivamente, diante da inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 76/94. Em linhas gerais, afirmou que os protocolos e convênios somente podem legislar sobre “lacunas” existentes no ordenamento jurídico. No caso, á luz da Constituição Federal, do Decreto Lei nº 406/68 e do Código Tributário Nacional, o fato gerador do ICMS, bem como sua base de cálculo já se encontrava regulamentada anteriormente á data de sua entrada em vigência, não podendo retroagir. Que o Convênio ICMS nº 76/94 criou uma hipótese de antecipação ao exigir o tributo antes da ocorrência do seu fato gerador e definiu, como substituto tributário, um terceiro sem qualquer vínculo com o fato imponível. Nesta linha de raciocínio, insubordinou-se contra o instituto da substituição tributária, já que ofende ao princípio da não-cumulatividade inerente ao imposto em discussão, e afirmou que o Decreto Lei nº 406/68 ainda se encontrava em vigor, invocando, para isto, o princípio constitucional da recepção.

Este Colegiado, foro administrativo, não possui competência para discutir a constitucionalidade, ou não, da norma legal vigente no ordenamento jurídico pátrio, conforme art. 167, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Somente observo que o instituto da substituição tributária é matéria pacificada pelo STF e que a Lei Complementar nº 87/96, que determinou aos Estados e Distrito Federal a competência de instituir o ICMS, é a vigente. Portanto, a linha mestra da impugnação não pode ser, neste momento, discutida.

Entretanto, a auditora fiscal que apresentou o contra arrazoado á impugnação do defendente,

trouxe, aos autos, a informação, após por mim confirmada no site do CONFAZ, de que o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, em 7/1/2005 (Decreto Estadual nº 43.950, de 5 de janeiro de 2005, publicado no Diário Oficial Estadual do dia 6 do mesmo mês, em vigor desde 1º de janeiro de 2005), conforme Despacho nº 03/2005, do Secretário Executivo do CONFAZ, publicado em 10/1/2005. Com esta atitude, desobrigou 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. Como as notas fiscais foram emitidas em data posterior (26/1/2005), cabe ao adquirente, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) na operação comercial realizada, no momento da entrada das mercadorias no território baiano, caso não possua regime especial para postergação do recolhimento do imposto.

Diante do exposto e na situação, o autuado não se configura como sujeito passivo da relação tributária em comento e com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, voto pela nulidade do lançamento fiscal, representando à Repartição para que seja realizada nova fiscalização junto ao adquirente das mercadorias para verificar se o imposto já foi recolhido ou não (art. 156, do RPAF/99).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299164.0130/05-6**, lavrado contra **CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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, 07 de junho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR