

PROCESSO - A. I. Nº 935476-0/05  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - H. B. FARMA LABORATÓRIOS LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0042-02/06  
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE  
INTERNET - 07/07/2006

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0239-11/06**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O remetente é o responsável pela antecipação tributária dos medicamentos vendidos para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Aplicação da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 145/04. Base de Cálculo incerta. Inexistência dos elementos necessários à correta aferição da base de cálculo do imposto devido. Recurso **PROVIDO**. Nulidade do Auto de Infração declarada de ofício tendo em vista a insegurança na determinação do valor da base de cálculo. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício de iniciativa do presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, com fulcro no art. 169, §2º, do RPAF, que entendera que a Decisão proferida pela 2ª JJF, no Auto de Infração em análise, é manifestamente contrária à legislação tributária, por ter considerado o autuado parte ilegítima para integrar a relação obrigacional tributária em comento.

A Decisão recorrida, acolhendo a alegação contida na peça de defesa apresentada pelo autuado, declarou nulo o lançamento levado a efeito sob os seguintes argumentos:

1. O Auto de Infração visa à cobrança de ICMS não recolhido pelo remetente da mercadoria objeto da Nota Fiscal nº 64264 (fl. 04), na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado da Bahia.
2. O remetente situa-se no Rio de Janeiro, Estado que teria denunciado o Convênio nº 76/94, a partir de 01/11/2004, consoante Resolução SER nº 140, de 29/09/2004, e Despacho nº 08/04, de 04/10/2004, da Secretaria Executiva do CONFAZ. Assim sendo, o remetente não seria responsável pela antecipação tributária dos medicamentos vendidos a contribuinte localizado neste Estado, “ressaltando-se que o contribuinte autuado não está inscrito neste Estado”.
3. Ao final, observou-se que, “com base no Convênio nº 144/03, o qual o Estado do Rio de Janeiro aderiu através do Convênio ICMS Nº 145/04, a mencionada substituição passou a ser condicionada a uma opção do contribuinte e que, nessas circunstâncias, o remetente das mercadorias que constituem o objeto dessa autuação não deve ser considerado responsável pelo recolhimento do imposto exigido, cabendo ao destinatário baiano arcar com tal ônus”.

O Recurso de Ofício, de seu turno, entendeu equivocada a Decisão recorrida, pois teria havido manifesta violação à legislação tributária, “notadamente ao que diz respeito ao Convênio ICMS Nº 145 de 10 de dezembro de 2004”.

Manifestando-se acerca do Recurso de Ofício apresentado, o autuado reiterou sua matéria de defesa, pugnando pela manutenção da Decisão que declarou nulo o Auto de Infração, ou, alternativamente, pela sua improcedência, com base, principalmente, nos seguintes argumentos:

1. O Convênio ICMS nº 145/04, utilizado como fundamento para a autuação, estabeleceu apenas uma possibilidade de aplicação dos dispositivos do Convênio ICMS Nº 144/03 e, por sua vez, do Convênio ICMS Nº 76/94, dependendo, entretanto, a efetiva aplicação, de norma análoga ao Convênio ICMS nº 14/05, que alcançou apenas o Estado do Paraná.
2. A JJF verificou que a substituição tributária estaria condicionada a uma opção do contribuinte, o que conduz à improcedência da autuação, já que o Estado da Bahia não poderia cobrar ICMS de contribuinte situado no Estado do Rio de Janeiro.

## VOTO

De fato, laborou em equívoco, a 2<sup>a</sup> JJF, ao concluir pela ilegitimidade passiva do autuado na relação tributária em análise, pelo fato de o Rio de Janeiro ter denunciado o Convênio ICMS 76/94, a partir de 01/11/2004, consoante Resolução SER nº 140, de 29/09/2004, e Despacho nº 08/04, de 04/10/2004, da Secretaria Executiva do CONFAZ.

Percebe-se que, por meio do Convênio ICMS 145/04, ao Rio de Janeiro foram estendidas as disposições contidas no Convênio ICMS 144/03:

*“Cláusula primeira Ficam estendidas ao Estado do Rio de Janeiro as disposições contidas no Convênio ICMS Nº 144/03, de 12 de dezembro de 2003.”*

Tal Convênio ICMS 144/03, de seu turno, estabelece:

*“Cláusula Primeira. Aplicam-se as disposições do Convênio ICMS Nº 76/94, de 30 de junho de 1994, aos estabelecimentos localizados no Estado do Paraná, em relação às operações destinadas às unidades federadas signatárias do referido convênio.”*

E é justamente no Convênio ICMS 76/94, que estão previstas as hipóteses de substituição tributária dentre as quais encontra-se aquela tratada nesta demanda administrativa:

*“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.”*

Inegável, portanto, que o autuado tem plena legitimidade para figurar no pólo passivo da relação tributária em comento.

Relativamente à Base de Cálculo utilizada pelo preposto fiscal, para apuração do imposto devido, deve-se ressaltar que a atividade tributária é essencialmente vinculada e deve ser realizada de forma a garantir ao administrado e à própria administração pública que se está agindo em estrito cumprimento à legislação vigente. Não poderá pairar, sobre a atividade de lançar, qualquer dúvida acerca da certeza e liquidez do crédito constituído.

E, neste ponto, entendo correta a assertiva do Contribuinte autuado, quando suscita a imprestabilidade dos dados constantes da nota fiscal, para fins de aferição do preço máximo de venda a consumidor. Os valores utilizados pelo agente fiscal estão consignados no documento de fl. 04 sem qualquer especificação, não ficando absolutamente claro tratar-se do preço sugerido pelo fabricante, para venda a consumidor final. Registre-se que, inexistindo indicação do preço máximo, no documento fiscal ou em qualquer outro fornecido pelo remetente da mercadoria, o próprio Convênio ICMS 76/94 informa os parâmetros que devem ser levados em consideração para aferição da Base de Cálculo:

**“Cláusula segunda** A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o "caput" a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas: (...)".

Existindo meio de se apurar, com segurança, a base de cálculo do imposto perseguido, não vejo motivos para se admitir um lançamento fundado em dados que não se sabe, ao certo, se corretos ou não.

Ressalte-se que não há, nos autos, as informações necessárias à apuração da base de cálculo (valor do frete e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário), razão pela qual deverá ser renovada a ação fiscal, para que seja indicada, com segurança, a base de cálculo do imposto devido, seja com base no preço máximo de venda a consumidor, seja com base nos parâmetros fixados no §1º, da Cláusula Segunda, do Convênio ICMS 76/94.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para reconhecer a legitimidade passiva do contribuinte autuado, declarando, entretanto, de ofício, a nulidade do Auto de Infração, com fulcro no art. 18, IV, “a”, do RPAF, por inexistirem elementos que revistam de segurança o valor atribuído à base de cálculo do imposto e, em consequência, à infração apontada pelo agente fiscal.

Por fim, recomendo que a repartição fiscal renove a ação fiscal, com base no que dispõe o art. 21, do RPAF/99.

## RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso de Ofício apresentado e declarar, de ofício, NULO o Auto de Infração nº 935476-0/05, lavrado contra **H. B. FARMA LABORATÓRIOS LTDA**. Recomendação para que o procedimento fiscal seja renovado, com base no que dispõe o art. 21, do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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