

GT10 – COTEPE, PGFN e PROCURADORIAS ESTADUAIS
(Participantes: Rep. da COTEPE, PGFN e Procuradorias Estaduais)

Data da reunião: 24.02.10
Horário: 9 horas
Local: Secretaria-Executiva
Memorando: 0144/10

A T A

ASSUNTO 01- 01120042.000087.2009.000.000

Ofício - PGE/ PA - 14/01

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

PGE/PA

Transferência de Mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular (A01 GT10 de 11.11.09)

DEBATE: A representante do Estado do Amazonas, Dra. Sandra, Presidente da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, informa que a questão está afetada à Câmara Técnica, onde foi criado um subgrupo formado por representantes dos Estados do Mato Grosso, Espírito Santo e Pará, que deverá apresentar uma minuta de manifestação conjunta no RESP 1.125.133/SP. Foi estipulado o prazo do próximo dia 04.03.2010 para apresentação da minuta, e o dia 11.03.2010 - data da próxima reunião da Câmara Técnica - para deliberação e colheita das assinaturas. Rio de Janeiro informa que estuda internamente a possibilidade de ajuizar uma ADC sobre a questão. Goiás sugere o ingresso do Rio de Janeiro no subgrupo, a fim de agregar às discussões a possibilidade do ajuizamento da ADC.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta para acompanhamento, aguardando informações da Câmara Técnica.

Providências posteriores: Procuradoria-Geral do Estado do Pará encaminha aos 08.03.2010 minuta de manifestação acerca da aplicação da Súmula 166 (ANEXO I).

Providências PGE/MS: Informar, via CI, as Especializadas PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários, PF – Procuradoria Fiscal e PRB – Procuradoria Regional de Brasília, sobre o debate e teor do Anexo I, com destaque à PRB tendo vista que o tema será levado à Câmara Técnica para assinatura da manifestação a qual, salvo melhor juízo, entendemos deverá refutar os prováveis argumentos desfavoráveis à tese do Estado, como: seria possível a tributação sem capacidade contributiva? sem a dimensão do fato gerador? tratando-se do mesmo CNPJ, seria viável a cobrança? Minuta de manifestação

ASSUNTO 02 - 01120042.000336.2010.000.000

Ofício - SEFAZ/ SE - 02/02

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

SEFAZ/SE

DEMANDAS DE MUNICÍPIOS (SE) VISANDO RECEBIMENTO DE SUA PARTE NO ICMS NÃO ARRECADADO- BENEF. FISCAIS

DEBATE: O Coordenador fez breve explanação sobre a questão, decorrente da iminente publicação da Súmula Vinculante 30, tendo como precedente o RE 572.762/SC. Representante do Estado de Sergipe informa a situação local, instando o GT10 sobre a situação dos demais Estados e requerendo atuação conjunta. Rio Grande do Sul afirma que a questão tem repercussão sobre as

adjudicações. Goiás declara a situação grave do Estado, com inúmeras ações já ajuizadas, com decisões desfavoráveis em primeiro e segundo grau. Informa as teses defendidas pela PGE/GO (prescrição e a necessidade de observar o regime de precatório, porque converte a obrigação de fazer com a de pagar). Ceará sugere que a questão seja solucionada no pré-CONFAZ, com a celebração de um convênio para o futuro. Sugere a participação de um Procurador de Estado na próxima reunião do pré-CONFAZ. Goiás entende que a decisão não abrange incentivos aprovados pelo CONFAZ e questiona a repercussão desse entendimento do STF nos incentivos fiscais de impostos federais, como IPI. Ceará informa que o assunto é político. Rio de Janeiro entende que se deve evitar a publicação da súmula vinculante. O assunto deve ser levantado no Colégio Nacional de Procuradores Gerais na reunião a ser realizada amanhã. Suscita o Rio de Janeiro a tese de impossibilidade jurídica do pedido quanto ao passivo, diante da necessidade de recomposição da distribuição da ICMS, informando a existência de um precedente do TJRJ em processo do Estado do Rio de Janeiro contra o Município do Rio de Janeiro. Dra. Sandra, Presidenta da Câmara Técnica, informa que a Câmara Técnica aprovou a criação de um subgrupo para acompanhar as propostas de súmula vinculante (PSV). Sugeriu como encaminhamento que o GT10 crie um subgrupo para interagir com o subgrupo criado na Câmara Técnica para atuação perante o STF na proposta de súmula vinculante de matéria tributária. Goiás informa que no precedente de Santa Catarina não se questionou se o benefício foi ou não autorizado no CONFAZ. Assevera que o STF invoca muito Aliomar Baleeiro, como ponto de apoio da tese adotada pelo Excelso Pretório, mas que esse grande jurista afirma exatamente o contrário. Sugere o estudo de possibilidade de uma ADI contra súmula vinculante.

DELIBERAÇÃO: Deliberou-se pela criação de um subgrupo formado pelos Estados de GO, RJ e MT para interagir com o subgrupo da Câmara Técnica. A questão principal será submetida ao Colégio Nacional de Procuradores Gerais.

RE 572762 / SC - SANTA CATARINA

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 18/06/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008

RECTE.(S): ESTADO DE SANTA CATARINA

ADV.(A/S): PGE-SC - ROGÉRIO DE LUCA

RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE TIMBÓ

ADV.(A/S): CARLOS EDUARDO SERPA DE SOUZA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido.

Providências PGE/MS: Informar, via CI, as Especializadas PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários, PF – Procuradoria Fiscal e PRB – Procuradoria Regional de Brasília, bem como o

Procurador-Geral do Estado/Presidente do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais para conhecimento do debate. Destaco acima as “teses jurídicas defensivas dos interesses dos Estados” aventadas para que sejam analisadas pelas Especializadas competentes, aprimoradas e utilizadas se necessárias, bem como para que, havendo novos argumentos jurídicos, sejam comunicados à representante da PGE/MS junto ao GT10 para debate no fórum com os demais Estados e submissão à Câmara Técnica por intermédio da PRB. Tendo em vista que o tema é pauta do Colegiado presidido pelo Procurador-Geral do Estado de MS, ressalvo a necessidade de conhecimento por parte deste das discussões e reitero a repercussão desse entendimento nos incentivos fiscais de impostos federais, com o possível ajuizamento de ação pelos Estados em face da União se acaso publicada a referida Súmula (ANEXO II – artigo virtual veiculado sobre o assunto).

Registro ainda a necessidade apontada pelo Procurador-Geral do Estado de que os representantes da PGE/MS no CDI (Dr^a. Vaneli, titular; e Dr. Fernando, Suplente) tragam informações acerca da observância ou não pelo Estado, nos benefícios fiscais que concede sobre tributos estaduais que os municípios têm uma cota de participação na arrecadação, dos limites legais compatíveis com a preservação do repasse devido ao FPM.

ASSUNTO 03 - 01120042.000501.2009.000.000

Ofício - PGE-AM - 20/02

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

PGE-AM

ICMS INCIDENTE SOBRE ASSINATURA BÁSICA E SERVIÇOS ADICIONAIS E FACILIDADE. (A02- GT10 11.11.09)

DEBATE: Amazonas promoveu esclarecimentos, atualizando a questão.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta.

ASSUNTO 04 - 01120042.000520.2009.000.000

Ofício - FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - 25/02

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Tese sobre a imunidade de ICMS sobre produtos importados pela FUB. Trabalho do Subgrupo (A03- GT10)

DEBATE: Rio de Janeiro sugere a retirada de pauta, inclusive pela ausência de interesse da PGFN. Goiás opina pela manutenção do tema em pauta, entendendo que deve haver uma nota técnica ou parecer sobre a questão, a fim de, encerrando-a, dar um suporte jurídico aos Secretários de Fazenda para que não façam mais convênio pela isenção. Distrito Federal apresenta um parecer sobre a questão, defendendo a imunidade quanto ao imposto de importação. O parecer será encaminhado pelo DF à Secretaria-Executiva do COTEPE e será distribuído para exame dos demais Estados, ficando a deliberação para a próxima reunião. O Distrito Federal insiste na presença na próxima reunião do representante da PGFN, a fim que a questão seja definida no CONFAZ, onde o PGFN tem assento.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta, ficando para a próxima reunião a deliberação a respeito dos pareceres apresentados pelo Distrito Federal que serão encaminhados à Secretaria-Executiva da COTEPE para integrar este relatório. A PGFN será convidada a participar.

Providências posteriores: ANEXOS III e IV – segue inteiro teor do Parecer noticiado.

Providências PGE/MS: Informar, via CI, as Especializadas PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários e PF – Procuradoria Fiscal, para conhecimento do teor do Parecer noticiado, em razão da matéria.

ASSUNTO 05- 01120042.000605.2009.000.000

Ofício - GT10 - 4/03

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10

ACOMPANHAMENTO DA ADI 4171. ESTORNO DE ICMS INCIDENTE SOBRE O ÁLCOOL ADICIONADO (A04 GT10 11.11.09)

DEBATE: A questão está afetada à Câmara Técnica. Dra. Sandra, Presidente da CT, traçou um quadro da atual situação da CT que não foi constituída para esse mister, mas apenas as repercussões gerais e os processos repetitivos. Há atuação, eventual, em outras ações relevantes, inclusive ADIs. Foram trazidas informações atualizadas sobre a ADI, inclusive com a manifestação da maioria das Secretarias de Fazenda dos Estados e parecer da PGR pela improcedência da ação.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta, para acompanhamento. Foi feita a solicitação, ainda, que a Câmara Técnica encaminhe ao GT10 todas as manifestações daquela câmara de matéria tributária.

Providências PGE/MS: Informar, via CI, a PRB – Procuradoria Regional de Brasília, já que o assunto está afeto à Câmara Técnica; bem como a PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários e PF – Procuradoria Fiscal, para acompanhamento da ação, em razão da matéria.

ASSUNTO 06 - 01120042.000607.2009.000.000

Ofício - GT10 - 4/03

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10

Minuta manual de procedimentos contábeis p/cobrança dívida ativa (A05- GT10 11.11.09)

DEBATE: Diante da ausência de novidade, fica mantido o assunto na pauta.

DELIBERAÇÃO: Assunto mantido na pauta.

ASSUNTO 07 - 01120042.000608.2009.000.000

Ofício - GT10 - 4/03

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10

RE 437006/RJ. SAÍDA COM BASE DE CALCULO REDUZIDA E OBRIGATORIEDADE DE ESTORNO (A06- GT10 11.11.09)

DEBATE: Rio de Janeiro informa a questão de fundo, asseverando que a sistemática de S. Paulo resolve o problema. Atesta que o RE 437.006/RJ está afetado ao Pleno do STF. A questão é de saída da mercadoria com base de cálculo menor do que o valor de entrada (caso de venda de celular a preço subsidiado, visando a fidelização do cliente). A Câmara Técnica também acompanha o julgamento do feito. Houve pedido de inclusão do Distrito Federal como ‘amicus curiae’, mas que restou indeferido pelo Ministro Relator, eis que o RE é anterior à sistemática da repercussão geral.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta para acompanhamento.

Providências PGE/MS: Informar, via CI, a PRB – Procuradoria Regional de Brasília, já que o assunto está afeto à Câmara Técnica; bem como a PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários e PF – Procuradoria Fiscal, para acompanhamento do debate e do recurso, em razão da matéria.

ASSUNTO 08 - 01120042.001580.2008.000.000

Ofício - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 9999/08

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADPF-Inconstitucionalidade Decreto criação da EBCT (A07- GT10 11.11.09)

DEBATE: Ficou em pauta para aguardar a publicação do acórdão. Rio de Janeiro faz ponderações sobre o julgamento e de outras ações. Instou que os Estado que ainda possuem ACO em curso fiquem atentos. Sergipe e Amazonas informam que o Pará tem a ACO 919/PA em que foi pedido uma perícia. A perícia foi inicialmente deferida, mas depois suspensa, como toda a ação, aguardando o julgamento da ADPF 46. S. Paulo ajuizou execução fiscal cobrando dos ECT o ICMS referente aos serviços de transporte de mercadorias não abrangidos pela imunidade. O subgrupo já criado deve atualizar o memorial apresentado por S. Paulo.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta para acompanhamento.

Providências PGE/MS: Informar, via CI, a PRB – Procuradoria Regional de Brasília, PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários e PF – Procuradoria Fiscal, para conhecimento do teor do acórdão, cuja ementa segue abaixo, e reflexos no âmbito estadual (inclusive ações existentes envolvendo o tema), bem como acompanhamento do debate e do julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. A ementa do acórdão que julgou a ADPF 46, publicado aos 26 de fevereiro de 2010:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.

Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

ASSUNTO 09 - 01120042.001862.2009.000.000

Ofício - SEFAZ/ SC - 29/05

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

SEFAZ/SC

PUBLICIDADE EM INTERNET PC 202/09 E PC 203/09. QUESTÕES A SEREM ESCLARECIDAS PELO GT10.

DEBATE: A questão cinge-se a saber se a publicidade veiculada pela internet está abrangida na imunidade dos meios de comunicação. O DF informa que já solicitou, em fase de finalização, adiantando que o entendimento já firmado será no sentido da não imunidade.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta para acompanhamento. O Distrito Federal deverá encaminhar ao GT10 o parecer citado, quando finalizado e aprovado, para análise prévia dos demais representantes e deliberação na próxima reunião.

ASSUNTO 10 - 01120042.002122.2008.000.000

Ofício - PROFIS/ PGE - 9999/08

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

PROFIS/PGE

PC 16/09 - Prop. CV Cooperação RFB e as UF's -P/ CON. EX. ATA 137ª COTEPE ORD.(A08-GT10 11.11.09)

DEBATE: Ficou estabelecido que o CNJ intermediaria a celebração do aludido convênio, após provocação do Colégio Nacional de Procuradores Gerais. A minuta, ao que consta, ainda está na Secretaria da Receita do Brasil para análise. Rondônia informa que a proposta já foi aprovada e que

a mesma já foi aprovada pela COTEPE e que a Receita Federal está reanalisando a proposta. Sugere que seja instada (interpelada) a Receita Federal para reafirmar o seu interesse na celebração do convênio. Bahia sugere que, acaso aprovada a proposta de Rondônia, seja elaborada pelo GT10 uma minuta de comunicação, encaminhando-a ao COTEPE para assinatura e expedição. Bahia sugere que o assunto também seja levado ao pré-CONFAZ para agendamento de reunião com o novo Secretário da Receita Federal.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi mantido em pauta para acompanhamento. Aprovada a proposta de interpelação da Receita Federal sobre o interesse na celebração do aludido convênio. A minuta será elaborada pelo Representante de Rondônia e, posteriormente, acompanhada ao COTEPE.

Providências PGE/MS: Ciência ao PROCURADOR-GERAL DO ESTADO/PRESIDENTE DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS para conhecimento, tendo em vista ser o tema objeto das reuniões do colegiado.

ASSUNTO 11 - 01120042.003022.2009.000.000

Ofício - GT38 - MICROEMPRESA - 24/08

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT38 - MICROEMPRESA

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL PARA CONTRIBUINTES QUE ULTRAPASSARAM O LIMITE MÁXIMO DA RB.

DEBATE: Foram dados os informes da última reunião.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi retirado de pauta.

ASSUNTO 12 - 01120042.003247.2009.000.000

Ofício - SEFAZ/ BA - 11/09

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

SEFAZ/BA

PC 176/09 - DISPÕE SOBRE A DISP. DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE DA ANP PELAS SEC. DE FAZ. Convite ANP

DEBATE: Amazonas sugere ampliar o debate, além do âmbito de abrangência da ANP para demais legislações aplicáveis. O DF apresenta parecer para encaminhar aos demais representantes da minuta de convênio. Bahia sugere que sejam feitas as modificações na minuta para incluir as sugestões do Amazonas. DF sugeriu que o subgrupo consolide as propostas e apresenta nova minuta para a próxima reunião.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, ficou aprovado o texto da minuta, com as observações dos pareceres do DF e do AM. O DF encaminhará o parecer diretamente à Secretaria-Executiva da COTEPE para anexar a este relatório. O subgrupo irá consolidar a redação do convênio e encaminhará ao COTEPE para aprovação.

Providências posteriores: Vide ANEXOS V e VI – Pareceres do DF e do AM.

Providências PGE/MS: Ciência ao PROCURADOR-GERAL DO ESTADO/PRESIDENTE DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS para conhecimento, tendo em vista a possibilidade de o tema ser levado às reuniões do colegiado, constando nos ANEXOS V e VI,

abaixo, o inteiro teor dos pareceres noticiados. Ciência à PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários e PF – Procuradoria Fiscal para conhecimento.

ASSUNTO 13 - 01120042.003600.2008.000.000

Ofício - GT10-Procuradorias Estaduais - 20/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

Julgamento ADIN sobre subst. tributária - SP e PE (A12- GT10 - 11.11.09)

DEBATE: Rio de Janeiro informa que em audiência com o Ministro Carlos Britto, do STF, o indicativo é que o voto seria contrário aos interesses dos Estados. S. Paulo acredita que o recurso extraordinário afetado ao regime de repercussão geral (RE 593.849) será julgado em primeiro lugar. A Câmara Técnica está acompanhando o caso, inclusive do recurso extraordinário. Rio Grande do Sul informa caso específico em que houve composição com o contribuinte. Rio de Janeiro requer a inclusão do RE 593.849 para acompanhamento neste assunto. A Presidente da CT informa que foi estabelecido prazo até o dia 11.03 para assinatura da manifestação conjunta dos Estados e do DF.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto foi retirado de pauta.

Providências PGE/MS: Informar, via CI, a PRB – Procuradoria Regional de Brasília, para acompanhamento, já que o assunto está afeto à Câmara Técnica.

ASSUNTO 14 - 01120042.003601.2008.000.000

Ofício - GT10-Procuradorias Estaduais - 20/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

PA: Demanda Contratada de E. Elétrica (A12- GT10 - 26.08.09)

DEBATE: Noticiou-se as ações em curso, especialmente, no STF, afetado à repercussão geral. Bahia repassou a solicitação dos Secretários para que um procurador do GT10 fosse à próxima reunião do pré-CONFAZ, em 25.03.2010, em Boa Vista (RR) para tratar sobre o assunto.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto fica mantido em pauta, aguardando o respectivo julgamento. Foi indicada a Representante de Minas Gerais para ir à reunião do pré-CONFAZ, em atenção à solicitação dos Secretários. Dra. Vanessa consultará a PGE sobre a solicitação e indicação. Em caso de impossibilidade da representante de MG, a Câmara Técnica indicará outro Procurador.

Providências PGE/MS: Ciência à PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários e PF – Procuradoria Fiscal, para acompanhamento dos debates no STF.

ASSUNTO 15 - 01120042.003602.2008.000.000

Ofício - GT10-Procuradorias Estaduais - 20/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

ICMS nas prestações serviços de transporte utilizados nas atividades da Petrobrás (A13 GT10 - 26.08.09)

DEBATE: Foram dados os informes da última reunião. Não houve novidade.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto fica mantido em pauta, aguardando apresentação do parecer por Sergipe na próxima reunião.

ASSUNTO 16 -01120042.003604.2008.000.000

Ofício - GT10-Procuradorias Estaduais - 20/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

Proposta da PGFN p/ racionalização da cobrança do crédito público (A15-GT10-11.11.09)

DEBATE: Foram dados os informes da última reunião. O representante da PGFN não compareceu.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto fica mantido em pauta para acompanhamento. O Grupo aguarda a manifestação do representante da PGFN.

ASSUNTO 17 - 01120042.003606.2008.000.000

Ofício - GT10-Procuradorias Estaduais - 20/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

ADIN 1600. Restituição ICMS das empresas de transporte aéreo. (A16-GT10-11.11.09)

DEBATE: Foram dados os informes a respeito por Minas Gerais, Goiás e Rio de Janeiro (RESP 1.105.349) de casos concretos. Goiás indicou o RESP 1.008.256, de relatoria do Min. Castro Meira.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto mantido em pauta.

ASSUNTO 18 - 01120042.003610.2008.000.000

Ofício - GT10-Procuradorias Estaduais - 20/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

Amicus curiae na ADC 18-A constitucionalidade inclusão ICMS na BC do PIS/COFINS(A17-GT10 - 11.11.09)

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto mantido em pauta.

ASSUNTO 19 - 01120042.003943.2009.000.000

Ofício - CNPGEDEF - 28/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

CNPGEDEF

STF-RE 594.996/RS-ICMS NA IMPO. D EQUIPAMENTO MÉDICO OU POR SOCIEDADE CIVIL NÃO CONTRIBUINTE

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto mantido em pauta.

ASSUNTO 20 - 01120042.003944.2009.000.000

Ofício - CNPGEDEF - 28/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

CNPGEDF

STF - RE 439.796/PR - ICMS NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA POR PESSOA FÍSICA NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto mantido em pauta.

ASSUNTO 21 - 01120042.003947.2009.000.000

Ofício - CNPGEDF - 28/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

CNPGEDF

STF- RE 593.849/MG - ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

DEBATE: Tema tratado no Assunto 13

DELIBERAÇÃO: O assunto fica agrupado ao Assunto 13.

ASSUNTO 22 - 01120042.003949.2009.000.000

Ofício - CNPGEDF - 28/10

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

CNPGEDF

RESP 113.977-4 - PROTESTO EM EXECUÇÃO FISCAL

DEBATE: Goiás informa que, inscrito o crédito em dívida ativa, protesta o título pelo SERASA. Judicialmente, o Estado de Goiás vem vencendo os questionamentos. S. Paulo que realiza o protesto. Houve um mandado de segurança que não adentrou no mérito. S. Paulo tem receio de multiplicar os contenciosos e questiona a experiência de outros Estados. Rio de Grande do Sul afirma que estuda aumentar o limite mínimo para execução, promovendo essas medidas alternativas de cobrança. Goiás afirma que não tem levantamento estatísticos, mas afirma que há ações contra o protesto e inscrição no SERASA. O problema está no procedimento administrativo que tem que ser hábil para evitar a nulidade do crédito e a indenização por danos morais.

DELIBERAÇÃO: O Rio de Janeiro irá se manifestar no processo, encaminhando a peça ao GT10. Assunto mantido em pauta.

Providências PGE/MS: Informar, via CI, a PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários, solicitando informações sobre o tema e eventuais precedentes ou casos práticos de Mato Grosso do Sul.

ASSUNTO 23 - 01120042.004172.2009.000.000

Ofício - GT10-Procuradorias Estaduais - 13/11

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

DEBATE: Cumprida a orientação, assunto retirado de pauta.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, o assunto retirado de pauta.

ASSUNTO 24 - 01120042.000177.2009.000.000

Ofício - SEFAZ/SC - 27/91

01282642 - GT040- Comunicações

SEFAZ/SC

AÇÃO JUDICIAL PROMOVIDA PELA EMPRESA CLARO S/A QUE SOLICITA RESTITUIÇÃO DO ICMS (A1-GT40-09 e 10.01.10)

DEBATE: A questão está na pauta do GT10 para acompanhamento. Sem novidades.

DELIBERAÇÃO: Por unanimidade, mantido em pauta para acompanhamento.

ASSUNTO 25 - 01120042.000500.2010.000.000

Ofício - SEFAZ/PE - 19/02

01282545 - GT10-Procuradorias Estaduais

GT10-Procuradorias Estaduais

INCIDÊNCIA DO ICMS OU DO ISS NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS/SERVIÇOS PRESTADOS POR FARMÁCIAS DE MANIPULAÇÃO.

DEBATE: Pernambuco informa que o entendimento seria pela incidência do ICMS, mas que recentemente o STJ teria fixado o entendimento pela incidência do ISS. Não há informação do precedente do STJ. DF defende a incidência do ISS, rebatendo os argumentos dos outros Estados. Entende que o produto manipulado destinado especificamente ao consumidor, incide o ISS, mas quando o produto já está previamente preparado e posto à comercialização, a incidência seria do ICMS. Segundo o DF esse posicionamento já está pacificado nos Tribunais. Pernambuco busca informações a respeito dos demais Estados. Bahia sugere agregar ao tema a questão da fabricação das lentes de contato. Alagoas noticia que o Conselho Federal de Farmácia (Resolução n. 499/2008) não enquadra a manipulação de medicamentos como sendo serviços farmacêuticos, servindo tal fato como base para cobrança do ICMS por aquele Estado. DF solicitou que a mencionada norma do CFF seja repassado ao GT10.

DELIBERAÇÃO: Assunto mantido em pauta, ficando os Estados de trazer informações locais sobre o assunto.

Providências posteriores: Encaminhado Parecer sobre o assunto (ANEXO VIII).

Providências PGE/MS: Informar, via CI, a PAT – Procuradoria de Assuntos Tributários e PF – Procuradoria Fiscal, solicitando informações sobre o tema e eventuais precedentes ou casos práticos de Mato Grosso do Sul. Cientificar, ainda, a CJUR-SES, pela natureza do tema.

ANEXO I – Assunto nº 01

ICMS e SUMULA 166/STJ

Texto elaborado por: José Eduardo Cerqueira Gomes – Mestre em Direito (UNAMA-PA), Procurador Geral Adjunto do Estado do Pará e Samira Hachem Franco Costa – Especialista em Direito Financeiro e Tributário (PUC-RJ), Advogada, Assessora do Procurador Geral do Estado do Pará.

1. Origem do ICMS na legislação pátria

O ICMS é decorrente de uma evolução legislativa, que iniciou com o imposto sobre vendas mercantis; depois imposto sobre sobre vendas e consignações, tornou-se imposto sobre a circulação de mercadorias e, atualmente, é imposto incidente sobre a circulação de mercadorias, serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal.

Em pormenor, a origem de um imposto incidente sobre o consumo no Brasil é datada de 1922, com a promulgação da Lei nº 4.625 de 31 de dezembro de 1922. Tal tributo foi chamado de “Imposto sobre vendas mercantis – IVM”, sua instituição era de competência da União.

Com o advento da Carta Política de 1934, o IVM passou a chamar-se “Imposto sobre vendas e consignações - IVC”, pois passou a incidir também sobre as operações de consignação mercantil.

A alteração mais marcante – trazida pela novel Carta Magna - foi o deslocamento da competência da União para os Estados para a instituição dos tributos, veja-se:

“Art. 8º – Também compete privativamente aos

Estados:

(...)

e) vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual;”

A cobrança do IVC mostrou-se prejudicial à economia, principalmente aos setores industriais que detinham larga cadeia produtiva, pois o imposto incidia sobre todas as etapas da produção onerando demasiadamente o produto final.

Diante deste quadro, o legislador alterou a forma de tributação sobre o consumo, criando o sistema de não-cumulatividade com a edição Lei nº 4.502 de 30 de novembro de 1964, conforme se verifica no artigo abaixo transcrito:

“Art. 25. Para efeito do recolhimento, na forma do art. 27, será deduzido do valor resultante do cálculo:

I – o impôsto relativo às matérias-primas, produtos intermediários e embalagens, adquiridos ou recebidos para emprêgo na industrialização e no acondicionamento de produtos tributados.

II – o impôsto pago por ocasião do despacho de produtos de procedência estrangeira ou da remessa de produtos nacionais ou estrangeiros para estabelecimentos revendedores ou depositários.”

Com este artigo, ficou instituída a regra da não-cumulatividade para o imposto sobre o consumo, e com a Constituição de 1967 este sistema ganhou *status* constitucional.

A Carta Política de 1967 alargou a base de cálculo do IVC, quando passou a chamar-se de ICM:

“Art. 24. Compete aos Estados e ao Distrito Federal decretar imposto sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos, na forma do art. 22, §6º, realizadas por produtores, industriais e comerciantes.

(...)

§5º – O imposto sobre circulação de mercadorias e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, nos termos dispostos em lei, o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo Estado ou outro Estado, e não incidirá sobre produtos industrializados e outros que a lei determinar, destinados ao exterior.”

A Constituição Federal de 1988 acresceu ainda mais situações à base de cálculo do ICM, alcançando fatos que anteriormente eram bases de cálculo de outros impostos, como os minerais por exemplo, passou a prever a prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação como fatos geradores do ICM, quando, por isso, passou a ser chamado de ICMS – imposto sobre a circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior.

De acordo com a Carta Política de 1988, constituem fato gerador do ICMS:

- operações relativas à circulação de mercadorias;
- serviços de transporte interestadual e intermunicipal;
- serviços de comunicação;
- produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica, e;
- extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

Anos após, foi editada a Lei Kandir - Lei Complementar nº 87/1996 - que regulamentou as hipóteses de incidência do ICMS perante a CF/88, são elas:

- circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;
- fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência dos Municípios;
- fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao ISS, quando a lei complementar aplicável sujeitar à incidência do imposto estadual.

Esta lei complementar, também, passou a prever detalhes sobre as demais hipóteses de incidência do referido imposto.

A Emenda Constitucional nº 33 de 2001, alterou o art. 155, §2º, IX, “a” da CF, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 155

(...)

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre serviço prestado no exterior,

cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.”

Esta nova hipótese de incidência foi severamente criticada, principalmente porque incluiu no rol de sujeitos passivos do ICMS contribuinte não habitual do imposto e pessoas físicas quando da importação de bens, porém isto já foi superado, com a edição das súmulas 155 e 198 do STJ, que conferiu legalidade a cobrança do ICMS nesses casos.

2. Análise da regra matriz de incidência

Os diversos elementos integrantes da regra matriz de incidência do ICMS, devem ser analisados e aplicados de modo coerente e harmônico, para poder se encontrar a real materialidade das hipóteses de incidência do imposto.

O ICMS incide sobre a circulação de mercadorias, que envolvam negócio jurídico mercantil, e não simples mercadorias ou qualquer circulação.

Por “operações”, deve-se entender como fatos jurisdicizados, que constituem a transferência real ou jurídica do direito de posse ou propriedade de um tipo especial de bens: as mercadorias.

Geraldo Ataliba, ressalta que para os operadores do Direito só interessa o sentido jurídico da palavra operações, e diz:

“Operações são atos jurídicos; atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica; são atos juridicamente relevantes; circulação de mercadoria são, nesse sentido, adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações.”

Souto Maior Borges, ao seu turno afirma:

“a operação – fato gerador do imposto – pode ser jurídica, embora não deva ser necessariamente uma compra e venda, como acontecia com o velho IVC, que, aliás, fora estendida à troca e à empreitada”... “o que nos parece bem difícil – talvez impossível – é que a mercadoria seja objeto de operação econômica legítima sem que ocorra ato ou negócio jurídico.

Creemos que o legislador ampliou o IVC dos negócios jurídicos de venda para quaisquer atos jurídicos que transfiram o domínio sobre mercadorias entregues à circulação econômica.”

Para ser entendido o significado de “mercadoria” é preciso socorrer-se aos conceitos consignados no Direito Empresarial, dentre eles destaca-se o reproduzidos por Aliomar Balleiro: “bem econômico que alguém, com o propósito de liberado de lucro, produz para vender ou compra para revender.”

Carvalho de Mendonça ensina:

“as coisas quando objeto de atividade mercantil, por outra quando objeto de troca de 'circulação econômica' tomam nome de mercadorias. (...) A coisa, enquanto se acha na disponibilidade do industrial, que a produz, chama-se produto, manufato ou artefato; passa a ser mercadoria logo que é objeto de comércio do produtor ou do comerciante por grosso ou a retalho, **que a adquire para revender a outro comerciante ou ao consumidor.**” (grifo nosso)

Tradicionalmente, “mercadoria” é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial, e comerciante, tendo por a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é caso do ativo permanente.

Porém, com o advento da Carta Política de 1988 e leis pertinentes posteriores, o conceito de mercadoria foi temperado, ao se incluir no âmbito de incidência do ICMS a energia elétrica - bem incorpóreo – e bens negociados ou transmitidos por particulares, prestadores de serviços, financeiras etc., sem implicar mercância, ou não transacionados com habitualidade, os quais também detém natureza diversa de mercadoria, entendida em sua acepção técnica.

“Circulação” é passagem das mercadorias de uma pessoa a outra, mudança de patrimônio.

Geraldo Ataliba e Cleber Giardino entendem que:

“circular significa, para o Direito mudar de titular. Se um bem ou mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por

titularidade de uma mercadoria, à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica) (...) não só a transferência da propriedade stricto sensu importa circulação. Também a mera transferência de posse a título negocial produz 'circulação' quando implique transferir poderes jurídicos atípicos do domínio, conferindo ao transmitido disponibilidade jurídica sobre a mercadoria.”(grifo nosso)

Ressalta-se, que não é imperativo para a incidência do ICMS, que ocorra a identidade entre circulação física, econômica e jurídica, para fins de deflagrar obrigação tributária de recolhimento do ICMS há de se observar a circulação jurídica, pois é esta que tutela fato juridicamente relevante.

Os ensinamentos de Carvalho de Mendonça merecem destaque neste estudo, veja-se:

“as mercadorias passando por diversos intermediários no seu percurso entre os produtores e os consumidores, constituem objeto de variados e sucessivos contratos. Na cadeia dessas transações dá-se uma série continuada de transferência da propriedade ou posse das mercadorias. Eis o que se diz circulação de mercadorias.” (grifo nosso)

A partir desse conceito de circulação é possível vislumbrar-se, com propriedade, a falta de adequação da Súmula 166 do STJ, que diante da Constituição Federal de 1988 tem-se mostrado superada, conforme será demonstrado a seguir.

Continuando a pormenorizar a regra matriz de incidência, analisa-se o aspecto temporal para fins de nascimento da obrigação de recolher o ICMS.

O elemento temporal da hipótese de incidência consiste no momento em que se deve reputar consumado, acontecido um fato imponível.

A “saída” foi eleita pelo legislador como marco temporal do nascimento do direito subjetivo da Fazenda Pública Estadual de exigir o tributo e, em consequência, a obrigação ao sujeito passivo em recolhê-la.

José Eduardo Soares de Melo, em obra dedicada ao assunto afirma:

“Assim, elegendo a 'saída' (circulação pela via pública, estranha aos limites físicos do estabelecimento do contribuinte), como o momento em que nasce o fato gerador do ICMS, é de todo irrelevante perquirir-se a respeito de situações ocorridas antes de tal evento, ou mesmo sobre circulações internas dentro da própria empresa.”

A Lei complementar nº 87/1996, prevê como um dos momentos de consumação do fato gerador do referido imposto “saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.”, conforme previsto no. 12, I da LC nº 87/96 que também denota a falta de congruência da Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça com o atual sistema jurídico vigente, surgindo, destarte, a necessidade de se afastar a aplicação da súmula, uma vez que essa não condiz com os preceitos legais atualmente vigente.

Sobre o aspecto espacial, depreende-se a figura do “estabelecimento”, que significa o próprio local ou edifício em que o negócio vai ser instalado, de modo que passa a compreender todo um conjunto de instalações e aparelhamentos necessários ao desempenho da atividade.

Buscando-se conceito no Direito Empresarial, estabelecimento é o complexo de bens, materiais ou imateriais, usado pelo empresário na execução da atividade mercantil. Rubens Requião diz tanto o estabelecimento quanto o fundo de comércio são instrumentos da atividade empresarial.

A importância do conceito de “estabelecimento” é de alta relevância, porque a Lei Complementar nº 87/96 faz várias referências a ele para efeitos de incidência (art. 2º, §1º, I); não-incidência (art.3º, VI, paragrafo único, I); contribuinte (art. 4º, I); local da operação (art. 11, I, “a”, “c”, “d”, II, “c”, IV); fato gerador (art. 12, I, II, IV); base de cálculo (art. 13, §4º, III, §5º, art. 15, II, III e art. 17); não-cumulatividade (arts. 20, 21, 23, 25, 26, 32).

Destaca-se, o art. 11 da LC nº 87/96:

“Art. 11 – O local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§3º – Para efeito desta Lei Complementar estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou

jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação...”
(grifo nosso)

Em relação às alíquotas, ou seja, o *quantum* incidente sobre a base de cálculo, elas podem ser específicas ou *ad valorem*.

A alíquota é *ad valorem* quando incidir sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência; e específica quando para sua fixação for adotada unidade de medida.

A fixação das alíquotas interestaduais e de exportação do ICMS é feita através de Resolução do Senado Federal, a qual pode ser de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, sendo facultado ao Senado estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados.

Os Estados e o Distrito Federal, no que tange às operações internas, não podem estipular alíquotas menores do que as previstas para as operações interestaduais.

Outra peculiaridade marcante é o critério de fixação da alíquota do ICMS quando se tratar de operação interestadual, pois a localização geográfica do Estado de origem e de destino influenciam na alíquota incidente. É o chamado “diferencial de alíquota”.

Se a operação/prestação (envolvendo contribuintes do ICMS) iniciar em um dos Estados da região Norte, Nordeste, Centro-Oeste ou no Estado do Espírito Santo a alíquota a ser aplicada é no valor de 12%, independente da localização do destinatário. Se, porém, a operação/prestação começar em um dos Estados da região Sul ou Sudeste, e o destinatário também estiver numa delas, a alíquota aplicável será de 12%, se o Estado de destino for situado na região Norte, Nordeste, Centro-Oeste ou no Espírito Santo a alíquota será de 7%.

Isto quer dizer que caberá ao Estado destinatário o recolhimento de ICMS relativo a diferença da alíquota já recolhida no Estado remetente e a aplicada internamente (art. 155, §2º, VIII da CF).

A qualidade do sujeito passivo também interfere na estipulação da alíquota incidente na

operação. Se o destinatário da mercadoria estiver em outro Estado e não for contribuinte habitual do imposto a alíquota a ser aplicada é a mesma fixada para as operações internas no Estado remetente

Para finalizar a análise da regra matriz de incidência, analisa-se, também, os sujeitos ativos da relação tributária do ICMS.

Os entes detentores de competência para instituir o ICMS são os Estados e o Distrito Federal (art. 155, II da CF).

O sujeito passivo do referido imposto é, de acordo com Geraldo Ataliba: “é o devedor, convencionalmente chamado de contribuinte. É a pessoa que fica na contingência legal de ter o comportamento objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito passivo.”

Em suma, os sujeitos passivos do ICMS são: o industrial; comerciante; produtor; importador; arrematante; instituições financeiras; seguradoras; sociedades civis; consumidor final, enfim, uma gama exaustiva de sujeitos.

Ressalta-se, que o instituto da substituição tributária é marcadamente utilizada no recolhimento do ICMS, como forma de facilitar a fiscalização e a arrecadação do tributo, onde muitas vezes o grande número de contribuintes em uma determinada fase da produção ou sua comercialização dificultam o trabalho de fiscalização.

3. ICMS e a Súmula nº 166 do STJ

No presente estudo, procura-se indagar acerca da aplicabilidade da Súmula nº 166 do STJ, que determina: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para o outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”, visando-se manter sua aplicação, apenas, quando se tratar de transferência de mercadoria **acabada** (qual seja aquela que já encerrou seu ciclo de produção e foi colocada à venda para o consumidor final) entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, e desde que estejam localizados no mesmo Estado. O motivo para se excluir da incidência do ICMS a mercadoria acabada é porque essa já encerrou o seu ciclo de produção e não há mais nada a ser acrescido no produto em si.

A Súmula 166 do STJ, foi editada em 1996, com base no Decreto-Lei nº 406/1968. Ao tempo, o regramento constitucional e legal dado ao ICMS era completamente diverso do que é visto, atualmente, em nosso ordenamento jurídico. Esta súmula foi expedida antes do advento da Lei Kadir (LC nº 87/1996), lei complementar que fixa as regras atuais do ICMS (art. 146, III CF/88), diploma editado em consonância com a Constituição Federal de 1988 e que encontra-se em plena vigência, portanto a legislação que serviu de base para a edição da súmula não mais se encontra em vigor e o STJ ainda não promoveu a revisão da súmula para adequá-la ao ordenamento

jurídico.

Antes de mais nada, cumpre demonstrar os precedentes que ensejaram a edição da Súmula 166 STJ, veja-se:

A empresa Cimento Tupi S/A impetrou mandado de segurança para afastar a incidência do ICMS em relação ao deslocamento físico de mercadoria da matriz para a filial da mesma empresa. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que incide ICMS quando se tratar de transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo titular, situados em Estados diferentes. Diante do inconformismo do acórdão do TJMG, a empresa recorreu, indo o caso concreto à apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Outro precedente se deu com a manifestação da empresa Camargo Correa S/A, que comprou cimento no Estado da Bahia – para a construção do aeroporto de Manaus – e, como não possuía espaço no canteiro de obras locou depósito de outra empresa, vindo a ser autuada quando deslocava o cimento do depósito para o canteiro de obras.

É certo que antes da edição da súmula 166, duas turmas do STJ já tinham entendimento pacífico de que não há incidência de ICMS **quando houver a simples transferência de mercadoria de um estabelecimento para o outro do mesmo titular.**

Porém, deve-se trazer à discussão os pontos levantados pelo então Ministro Milton Luiz Pereira, no julgamento do recurso especial nº 36.060-9, que em seu voto suscitou:

“Senhor Presidente, esta questão que foi posta e debatida não só nesta Turma como na egrégia Segunda turma, e também na Seção. São três hipóteses distintas: uma se refere à transferência de matéria-prima da matriz para filial para manufaturar determinado produto; a segunda, quando se transfere de um Estado para o outro, da matriz para filial, o produto já manufaturado, mas sem operação de mercância; a terceira, quando produzido em um Estado e o comprador é de outro e a mercadoria é transferida para o Estado onde está o domicílio do comprador...”
(grifo nosso)

Como se verifica, o resultado do julgamento do REsp nº 36.060-9 MG, e a conseqüente edição da Súmula nº 166, tiveram como objeto apenas uma das situações suscitadas pelo Ministro Milton Pereira, qual seja **“quando se transfere de um Estado para o outro, da matriz para filial, o**

produto já manufaturado, mas sem operação de mercância”, as demais questões não foram respondidas.

A par disso, não é possível se vislumbrar uma “interpretação extensiva” desta súmula, de forma a fazê-la incidir sobre operações que envolvam transferência de mercadoria entre Estados diferentes, embora seja do mesmo titular; para industrialização quando a mercadoria é produzida em um Estado e o comprador está em outro e a mercadoria é transferida para o Estado onde está o domicílio do comprador; quando ocorre transferência de produto **inacabado** entre estabelecimentos do mesmo titular..., enfim, a aplicação da Súmula nº 166 do STJ está adstrita a transferência de mercadoria (entenda-se “acabada”) entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sendo, portanto, inservível a tutelar qualquer outro caso concreto.

A mercadoria inacabada, ou seja, aquela em que é transferida entre o estabelecimento da matriz e filial com o fim de produção ou transformação em nova mercadoria ou beneficiamento, não está enquadrada no preceito contido na Súmula nº 166/STJ por dois motivos: primeiro, essa relação não foi considerada para efeito de edição da referida súmula e nem faz partes dos precedentes de julgamento; o segundo motivo é que a mercadoria inacabada ainda irá passar por outros ciclos produtivos que são fatos geradores de ICMS no Estado em que eles ocorrem até que fique apta para ser utilizada pelo consumidor final.

Caso seja mantido o preceito da Súmula nº 166/STJ com aplicação às mercadorias inacabadas estaria sendo permitida a realização de um verdadeiro diferimento na cobrança do ICMS onde não há previsão legal que a autorize, já que enquanto o produto fosse sendo transformado na cadeia produtiva e estivesse sempre com o mesmo contribuinte, apesar de passar por diversos estabelecimentos em cidades e/ou Estados diferentes, o ICMS não seria cobrado até que o produto chegasse ao consumidor final, quando, então, seria recolhido integralmente o tributo sem levar em consideração suas demais fases.

O presente caso fica ainda mais grave quando na mesma situação posta acima, mas quando o produto final for destinado para a exportação. Dessa forma, e considerando o diferimento posto pela Súmula nº 166/STJ não haveria recolhimento de ICMS em decorrência do imunidade tributária das exportações, fazendo os Estados perderem ainda mais divisas por conta das exportações, já que as fases produtivas que não eram voltadas à exportações não foram tributadas.

O entendimento aqui defendido adquire maior robustez quando se toca nas questões constitucionais e legais, conforme dito ao norte, a Lei Complementar nº 87/96 está em plena vigência e com aplicabilidade imperativa, devendo ser obedecida por todos. Vale lembrar, que este digesto é o de maior importância quando se fala em ICMS.

O Decreto-Lei nº 406/1968, em seu art. 6º, §2º, dispõe:

“(…)

§2º – Os Estados poderão considerar como contribuinte autônomo cada estabelecimento comercial, industrial, ou produtor, permanente ou temporário, do contribuinte, inclusive veículos utilizados por este no comércio ambulante.”

O dispositivo supra foi transcrito do diploma que embasou a decisão do Ministro Milton Luiz Pereira, então percebe-se que as leis atinentes ao tema são no mesmo sentido, e embasam cristalinamente o entendimento ora pretendido.

Some-se aos argumentos supra, ressalta-se que a incidência de ICMS entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não gera nenhum prejuízo a ele, pois eventuais débitos experimentados pelo estabelecimento remetente serão compensados pelos créditos a que o estabelecimento destinatário terá direito. Assim, o ICMS é destacado na saída da mercadoria, creditado na entrada e posteriormente compensado na conta unificada do contribuinte, o que elimina o saldo devedor e facilita o cálculo para a distribuição financeira do produto da arrecadação tributária. Assim, foi pensado pelo legislador no inciso I do art. 12 da LC nº87/96, ao definir o fato gerador do ICMS.

Outro fator, que concorre para a conclusão demonstrada é a circunstância de que a saída da mercadoria, para estabelecimento da mesma empresa situado em outro Estado teria como consequência a perda, pelo Estado de origem, do tributo devido pelas etapas do ciclo econômico ocorrido em seu território.

Nesse sentido, cita-se uma parte da obra de Hamilton Dias de Souza “O Fato Gerador do ICM e a participação dos Municípios na arrecadação do produto”, que diz:

“... apresenta gravíssimo inconveniente: o de não permitir a arrecadação do ICMS nos Municípios e mesmo nos Estados, onde ocorrem os fatos materiais que identificam a circulação física das mercadorias. A prevalecer tal corrente – acrescenta – um Município onde estiverem localizados apenas estabelecimentos industriais que promovam a saída para outros estabelecimentos da mesma empresa, situados em outros Municípios ou Estados, terá suas receitas gradualmente diminuídas, embora necessite arcar com toda

a infra-estrutura necessária à manutenção do parque industrial. Isto porque, não havendo transferência de propriedade ou posse não haveria fato gerador e, em consequência, não seria arrecadado o tributo em seu território.”

A arrecadação e distribuição dos valores arrecadados é essencial ao cumprimento do princípio Republicano brasileiro que visa a redução das desigualdades regionais, que garante, também, o desenvolvimento nacional, através da melhor distribuição da receita entre os Estados e municípios. Por isso, que as transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, quando tributada em cada operação irá facilitar o cálculo de divisão do Fundo de participação dos Municípios.

Diante dos que fora exposto, pretende-se chamar atenção à incorreta aplicação da Súmula nº 166 do STJ, para que ela venha a ser aplicada apenas aos casos que versem sobre transferência de mercadorias acabadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, devendo prosseguir a discussão sobre as demais situações, que com toda a certeza não são agasalhadas pelos ditames desta súmula.

4. A súmula nº 166 STJ X jurisprudência recente

A discussão sobre a aplicabilidade da súmula 166 do STJ aumentou face aos recentes julgados encontrados, destacando-se o REsp nº 242388, que teve como relatora a Ministra Eliana Calmon.

A ementa do julgado é a seguinte: “ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, MAS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. NÃO-APLICAÇÃO DA SÚMULA 166/STJ. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.”

A manifestação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça se deu pelo inconformismo da Cooperativa central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda., diante da decisão do TJMG que julgou improcedente ação anulatória, considerando devida a incidência de ICMS em transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

No voto, a Ministra Eliana Calmon reputou inservíveis os precedentes legais apontados pela Cooperativa, quais sejam: súmula nº 166 STJ; art.1º, I do Decreto-Lei nº 406/68 e que o Decreto nº 31.457/90 ao alterar a base de cálculo do ICMS nas transferências de mercadorias, negou vigência

ao art. 97, IV do CTN, justamente porque não têm correspondência fática e jurídica, vejamos:

*“Em preliminar, reputo inservíveis os precedentes trazidos como paradigmas, pois não dizem respeito à mesma situação fática, qual seja a transferência interestadual de mercadorias para estabelecimento pertencente a uma mesma empresa. (...) Embora possa parecer caso de incidência do referido enunciado, temos que fazer distinção, pois, na hipótese dos autos, o outro estabelecimento contribuinte, para onde foram transferidas as mercadorias situam-se em outro Estado-membro. Daí afasta-se a aplicação da Súmula e segue-se a jurisprudência formada em torno da questão: **TRIBUTÁRIO. ICM. MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA, LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO-MEMBRO. INCIDENCIA.**”*

Faz-se, também, alusão ao mandado de segurança impetrado pela empresa Camaquã Alimentos Ltda., visando a não-incidência do ICMS na transferência de mercadoria (arroz) da matriz para as filiais, mesmo que encontrem-se – algumas delas - fora do Estado do Rio Grande do Sul.

A impetrante invocou em seu favor a súmula 166 STJ, bem como o art. 12, I da LC nº 87/96 e art. 4º, I do RICMS/RS.

Na decisão verificou-se que mais uma vez a aplicação da súmula 166 STJ foi afastada por falta de identidade fática e jurídica com o caso concreto discutido no *mandamus*.

ANEXO II – Assunto nº 02

Por: Fernando Facury Scaff

A Constituição brasileira atual estabeleceu diversas fontes de recursos financeiros de modo a assegurar a autonomia dos entes federados. Uma das formas é a que institui competência tributária própria para cada unidade da federação. Nesse caso, cada ente subnacional poderá cobrar o valor que entender pertinente, de conformidade com os parâmetros estabelecidos nacionalmente em lei complementar. Cumpridos estes, é possível até mesmo implementar uma política de incentivos fiscais de modo a deixar de cobrar parte do imposto ou mesmo sua totalidade visando desenvolver uma região ou uma atividade econômica.

A outra forma de autonomia financeira acontece quando um ente federativo arrecada valores que devem ser distribuídos com os demais, de forma direta ou indireta. Neste caso, poderia o ente que arrecada renunciar a parcela de receita que deveria transferir?

O Supremo Tribunal Federal (STF), em recente decisão, entendeu que a parcela do imposto estadual (ICMS), a que se refere o artigo 158, IV, da Carta Magna, e que deveria se constituir como receita transferida aos municípios, pertence de pleno direito aos municípios. Ou seja, transformou o que era considerado como receita transferida em receita própria: "O repasse da quota constitucionalmente devida aos municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual".

O Estado de Santa Catarina estabeleceu um programa de incentivos fiscais onde concedia até 100% de renúncia fiscal do ICMS. Este tributo, a despeito de ser de exclusiva competência estadual, tem 25% de sua arrecadação transferida diretamente aos municípios onde é arrecadado. Logo, quando o Estado estabeleceu a renúncia fiscal de todo o imposto, os municípios tiveram perda de arrecadação transferida.

No julgamento ficou assegurado aos entes subnacionais que a parcela de receita transferida a ele pertence, não sendo possível haver renúncia fiscal de valor que não pertence ao ente federado incumbido de arrecadar o tributo.

É curiosa a expressão usada pelo ministro Ricardo Lewandowski, que bem caracteriza a situação, ao mencionar que, ao assim proceder o ente incumbido de arrecadar estava nada mais fazendo do que "dar esmola com chapéu alheio".

A ministra Carmen Lúcia foi bastante clara ao assegurar que a "Federação brasileira se compõe exatamente com a garantia da autonomia municipal. Ora, se essa autonomia, que depende sempre dos recursos na forma estabelecida pela Constituição, pudesse deixar de ser atendida, evidentemente, estaríamos diante de um quebrantamento, mais do que de uma regra, de um princípio constitucional".

No mesmo diapasão se pronunciou o ministro Carlos Britto, ao vincular a arrecadação à autonomia federativa. "De fato, não se pode falar em autonomia municipal sem autonomia tributário-financeira, que, aliás, é suporte da autonomia político-administrativa de qualquer das atividades federativas. É certo que a Constituição, no artigo 158, inciso IV diz que pertencem aos municípios, ou seja, se o tributo, ICMS, é de titularidade estadual - o Estado titulariza, cria, impõe, fiscaliza e arrecada o tributo -, uma parte da receita, por expressa designação constitucional, é dos municípios. (...). Há um condomínio federativo (...) no plano das receitas".

A conclusão do voto do ministro Celso de Mello foi contundente. "Concluo o meu voto, senhor presidente, reconhecendo que a repartição constitucional de receitas tributárias qualifica-se como um instrumento necessário e essencial à

preservação da integridade da autonomia do município, compreendida esta em sua dimensão e projeção financeiras".

Assim, ficou assegurado por este julgamento que as receitas transferidas, de forma direta ou indireta, pertencem ao ente federativo a que se destinam, e não ao que as arrecada.

O aspecto curioso da questão é que esta decisão, verdadeiro leading case, decorreu de uma disputa entre Estado e município. Não há precedente que estabeleça parâmetro semelhante relacionando a União aos demais entes subnacionais. Isso é de fundamental importância, pois é usual haver renúncia fiscal por parte da União nos casos em que é necessária a implementação de política econômica anticíclica, tal como a que reduziu diversos tributos federais para reverter a crise econômica de 2008-2009. Havendo a redução dos tributos federais compartilhados, deveria ser preservada a parcela a ser transferida aos demais entes subnacionais? Seguindo o parâmetro da decisão do Supremo Tribunal Federal aqui comentada deveria ser preservada a parcela da receita a ser transferida; mas ainda não existe debate judicial definitivo a respeito. O fato é que o Supremo neste caso votou em favor do ente federativo menor, restringindo a possibilidade de o ente federativo maior realizar política econômico-fiscal com seus recursos, a fim de preservar a autonomia municipal. Dá a entender que este caso reverte o centralismo das últimas décadas, no que tange ao federalismo fiscal, mas, sem a definição relativa às relações da União com os demais entes, não se pode fazer uma afirmação dessa natureza. O que se pode afirmar é que a competência tributária de cada Estado para a concessão de incentivos fiscais foi drasticamente restringida a partir desta decisão do Supremo.

Fernando Facury Scaff é sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro Scaff Advogados, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ANEXO III – Assunto nº 04

Parecer nº: 126/2009/PROFIS/PGDF

Processo nº: 020.000.558/09

Interessado: Procurador Geral do DF e GT 10 – COTEP/CONFAZ

Assunto: Viabilidade da extensão da imunidade tributária recíproca ao ICMS incidente sobre produtos importados pela Fundação Universidade de Brasília

EMENTA.

Aplicação da imunidade tributária recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, § 2º, da Constituição Federal, ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – cobrado pela Fazenda Pública do Distrito Federal sobre os produtos importados pela Fundação Universidade de Brasília – FUB.

Parecer pela imunidade tributária da FUB.

I

O Procurador-Geral do Distrito Federal determinou elaboração de estudo em relação à imunidade tributária da Fundação Universidade de Brasília (FUB) quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incidente sobre os produtos importados por esta, constitucionalmente prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, cumulado com o § 2º do mesmo dispositivo.

Em Memorando de fl. 2, informou-se que a solicitação tem como causa a deliberação constante do assunto 17 da Reunião do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ – G10 – COTEPE, PGFN E PROCURADORES ESTADUAIS), realizada em 02/03/2009, na qual foi estabelecida a criação de um grupo de estudo para analisar a viabilidade da extensão da imunidade tributária em questão, incidente sobre os produtos

importados por Fundações Públicas.

Registrou-se, ainda, naquela oportunidade, que o CONFAZ vem concedendo isenção de ICMS sobre a importação de equipamentos voltados para as finalidades precípuas das Fundações Públicas, por intermédio de Convênios, tais como o CONFAZ 71/2008 e o CONFAZ 104/89.

Deve ficar destacado que o assunto ainda permanece na pauta do GT-10.

II

A imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988 (CF-88), tem como fundamento a isonomia, o equilíbrio e a consequente manutenção do Estado federativo consagrado no Brasil.

Nas exatas palavras de Paulo de Barros Carvalho, a imunidade é *“decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios”*¹.

Justifica a assertiva o simples fato de que a imposição tributária implica fiscalização e controle daqueles a quem a norma obriga e essa relação de sujeição não se coaduna com a autonomia constitucionalmente conferida aos entes da federação.

O Ministro Celso de Mello, na ADI 939, afirmou que *“no processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio*

¹CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13 ed. Saraiva: 2000. p. 183.

funcionamento da Federação”.

Dessa forma, parafraseando José Souto Maior Borges, o escopo da imunidade tributária recíproca é assegurar certos princípios fundamentais ao regime e assegurar a incolumidade de determinados valores, ante a uma constante perturbação tributária².

No entanto, ao inserir no bojo da CF-88 a imunidade recíproca em comento, o constituinte o fez de forma tímida quanto ao seu alcance, visto que, em uma primeira leitura, parece restringi-la tão-somente a impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, excluindo-se desse rol aqueles cujas hipóteses de incidência não se relacionam com esses fatores.

Questiona-se, portanto, ante a literalidade do dispositivo, se aqueles entes agraciados com a imunidade do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, também estariam acobertados com a imunidade quanto ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, que no CTN é classificado como imposto sobre a produção e a circulação.

Sobre o assunto, Leandro Paulsen³, evocando lições de Sacha Calmon Navarro Coelho, explica que houve uma impropriedade redacional, que por vezes se repetiu em errôneas interpretações da norma em questão, pois “*a imunidade não é restrita aos impostos sobre o patrimônio, sobre a renda ou sobre serviços, mas a toda imposição tributária, a título de impostos, que possa comprometer o patrimônio, a renda e os serviços do ente imune*”.

O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, afastou a interpretação que tentava limitar a imunidade tributária recíproca aos impostos incidentes sobre patrimônio, renda e serviços dos entes federativos e suas fundações e autarquias, na linha de classificação do Código Tributário

²BORGES, José Souto Maior *apud* CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22 ed. Malheiros, 2006. p. 691.

Nacional. Neste sentido o Agravo Regimental no RE 540.725/SC, relator Ministro Eros Grau:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 150, VI, "c". O Supremo fixou jurisprudência no sentido de que a imunidade de que trata o artigo 150, VI, "c", da CB/88, não se submete a critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Assim, é cabível rememorar os ensinamentos de Jorge Miranda para quem, “[...] *a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma*”⁴. Ou seja, somente pelo abandono da literalidade da alínea *a* do inciso VI do artigo 150, é que se torna possível o alcance da essência da imunidade tributária, que é justamente aquela finalidade outrora exposta de preservação do correto funcionamento da Federação.

No ponto em exame, mister destacar que a extensão da imunidade recíproca a fundações como a Universidade de Brasília, além da expressa previsão no artigo 150, § 2º, da CF-88, decorre do fato de que tanto o ente instituidor – União – como a FUB se prestam à execução de atividades tipicamente públicas.

Na lição de Aliomar Baleeiro⁵, para “*alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger os impostos que, por seus efeitos*

³PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11 ed. Livraria do Advogado: 2009. p. 244.

⁴MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: Constituição. Tomo II. [s.l.] Coimbra, 2000. p. 256.

⁵BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais do Poder de Tributar, 7ª edição, Editora: Forense, 1997, página 313.

econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas por sua própria natureza”.

Não é demais ressaltar que a importação de produtos e equipamentos pela FUB, por certo, destina-se a atividades educacionais e de pesquisa a ela relacionadas e estreitamente ligadas aos princípios delineados na Lei 3.998/61, que autorizou sua criação.

Até mesmo porque, nos termos do artigo 3º, da Lei 3.998/61 a FUB é “*instituição de ensino superior de pesquisa e estudo em todos os ramos do saber e de divulgação científica, técnica e cultural*”.

Neste diapasão, traz-se à discussão o caso concreto, em que se questiona se a Fundação Universidade de Brasília é acobertada pela imunidade tributária do § 2º do artigo 150 da Constituição, quando ela importa bens sobre os quais incidem Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

Inicialmente, há que se afastar qualquer dúvida acerca da natureza jurídica da entidade em tela, vez que a Lei 3.998/61, claramente, diz tratar-se de uma fundação, cujas dotações financeiras são provenientes do Poder Público. Dessa forma, a Fundação Universidade de Brasília está, em regra, protegida pela imunidade tributária.

Por outro lado, não se pode olvidar que a referida imunidade encontra óbice no mesmo dispositivo constitucional que a estabeleceu. Ou seja, somente é imune a Fundação Universidade de Brasília àqueles impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda ou o serviço vinculados a sua finalidade.

Isto, contudo, não quer dizer que outros impostos cujas hipóteses de incidência não envolvam patrimônio, renda ou serviço, estejam excluídos do rol de imunidade da fundação, como é o caso do ICMS.

Significa, ao contrário, que a Fundação Universidade de Brasília, na linha do que acima foi exposto, é imune a qualquer imposto, desde que a operação que o originar esteja atrelada a sua finalidade e ela seja a contribuinte.

É premissa necessária a circunstância de que o que leva a FUB a adquirir uma dada mercadoria são receitas advindas de sua renda que, por força constitucional, é imune.

Além disso, é inegável que a mercadoria adquirida será incorporada ao seu patrimônio, também imune à tributação.

Mais especificamente, atentando-se ao ICMS incidente sobre a importação de mercadorias, caso a Fundação Universidade de Brasília resolva importar bens com o objetivo precípuo de integrá-los ao seu patrimônio e vinculá-los a sua finalidade, não há que se falar em tributação, mas sim em imunidade da FUB.

Devendo-se anotar que não cumpre à Fazenda Pública a análise da necessidade ou da importância do bem importado às atividades da FUB, pois certo que tal exame compete tão-somente a ela. Assim, a simples operação de importar o bem, com a consequente integração deste ao seu patrimônio, basta para que se presuma a operação vinculada à finalidade da fundação.

Neste sentido, a decisão do Ministro Celso de Mello, quando Relator da ACO 1195, foi bastante clara: *“se o bem adquirido integrar o patrimônio da entidade imune, a imunidade também abrangerá os impostos que incidiriam sobre a operação de aquisição de referido bem”*.

III

Com base nas considerações acima, é possível afirmar que a Fundação Universidade de Brasília, quando em seu nome realizar importação de mercadorias, gozará de imunidade tributária em relação ao ICMS.

É o parecer que envio à superior consideração de Vossa
Senhoria.

Brasília, 23 de junho de 2009

Márcio Wanderley de Azevedo
Procurador do Distrito Federal

ANEXO IV- Assunto nº 04



ASSUNTO: 04.

PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Procuradoria Fiscal

Parecer nº: 126/2009/PROFIS/PGDF

Processo nº: 020.000.558/09

Interessado: Procurador Geral do DF e GT 10 – COTEP/CONFAZ

Assunto: Viabilidade da extensão da imunidade tributária recíproca ao ICMS incidente sobre produtos importados pela Fundação Universidade de Brasília

EMENTA.

Aplicação da imunidade tributária recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, § 2º, da Constituição Federal, ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – cobrado pela Fazenda Pública do Distrito Federal sobre os produtos importados pela Fundação Universidade de Brasília – FUB.
Parecer pela imunidade tributária da FUB.

I

O Procurador-Geral do Distrito Federal determinou elaboração de estudo em relação à imunidade tributária da Fundação Universidade de Brasília (FUB) quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incidente sobre os produtos importados por esta, constitucionalmente prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, cumulado com o § 2º do mesmo dispositivo.

Em Memorando de fl. 2, informou-se que a solicitação tem como causa a deliberação constante do assunto 17 da Reunião do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ – G10 – COTEPE, PGFN E PROCURADORES ESTADUAIS), realizada em 02/03/2009, na qual foi estabelecida a criação de um grupo de estudo para analisar a viabilidade da extensão da imunidade tributária em questão, incidente sobre os produtos importados por Fundações Públicas.

Registrou-se, ainda, naquela oportunidade, que o CONFAZ vem concedendo isenção de ICMS sobre a importação de equipamentos voltados para as finalidades precípua das Fundações Públicas, por intermédio de Convênios, tais como o CONFAZ 71/2008 e o CONFAZ 104/89.

Deve ficar destacado que o assunto ainda permanece na pauta do GT-10.

II

A imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988 (CF-88), tem como fundamento a isonomia, o equilíbrio e a consequente manutenção do Estado federativo consagrado no Brasil.

Nas exatas palavras de Paulo de Barros Carvalho, a imunidade é *“decorrência pronta e imediata do postulado da*

isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios”¹.

Justifica a assertiva o simples fato de que a imposição tributária implica fiscalização e controle daqueles a quem a norma obriga e essa relação de sujeição não se coaduna com a autonomia constitucionalmente conferida aos entes da federação.

O Ministro Celso de Mello, na ADI 939, afirmou que *“no processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da Federação”*.

Dessa forma, parafraseando José Souto Maior Borges, o escopo da imunidade tributária recíproca é assegurar certos princípios fundamentais ao regime e assegurar a incolumidade de determinados valores, ante a uma constante perturbação tributária².

No entanto, ao inserir no bojo da CF-88 a imunidade recíproca em comento, o constituinte o fez de forma tímida quanto ao seu alcance, visto que, em uma primeira leitura, parece restringi-la tão-somente a impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, excluindo-se desse rol aqueles cujas hipóteses de incidência não se relacionam com esses fatores.

¹CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13 ed. Saraiva: 2000. p. 183.

²BORGES, José Souto Maior *apud* CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22 ed. Malheiros, 2006. p. 691.

Questiona-se, portanto, ante a literalidade do dispositivo, se aqueles entes agraciados com a imunidade do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, também estariam acobertados com a imunidade quanto ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, que no CTN é classificado como imposto sobre a produção e a circulação.

Sobre o assunto, Leandro Paulsen³, evocando lições de Sacha Calmon Navarro Coelho, explica que houve uma impropriedade redacional, que por vezes se repetiu em errôneas interpretações da norma em questão, pois “*a imunidade não é restrita aos impostos sobre o patrimônio, sobre a renda ou sobre serviços, mas a toda imposição tributária, a título de impostos, que possa comprometer o patrimônio, a renda e os serviços do ente imune*”.

O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, afastou a interpretação que tentava limitar a imunidade tributária recíproca aos impostos incidentes sobre patrimônio, renda e serviços dos entes federativos e suas fundações e autarquias, na linha de classificação do Código Tributário Nacional. Neste sentido o Agravo Regimental no RE 540.725/SC, relator Ministro Eros Grau:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE

³PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11 ed. Livraria do Advogado: 2009. p. 244.

ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 150, VI, "c". O Supremo fixou jurisprudência no sentido de que a imunidade de que trata o artigo 150, VI, "c", da CB/88, não se submete a critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Assim, é cabível rememorar os ensinamentos de Jorge Miranda para quem, “[...] *a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma*”⁴. Ou seja, somente pelo abandono da literalidade da alínea *a* do inciso VI do artigo 150, é que se torna possível o alcance da essência da imunidade tributária, que é justamente aquela finalidade outrora exposta de preservação do correto funcionamento da Federação.

No ponto em exame, mister destacar que a extensão da imunidade recíproca a fundações como a Universidade de Brasília, além da expressa previsão no artigo 150, § 2º, da CF-88, decorre do fato de que tanto o ente instituidor – União – como a FUB se prestam à execução de atividades tipicamente públicas.

Na lição de Aliomar Baleeiro⁵, para “*alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger*

⁴MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: Constituição. Tomo II. [s.l.] Coimbra, 2000. p. 256.

⁵BALEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais do Poder de Tributar, 7ª edição, Editora: Forense, 1997, página 313.

os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas por sua própria natureza”.

Não é demais ressaltar que a importação de produtos e equipamentos pela FUB, por certo, destina-se a atividades educacionais e de pesquisa a ela relacionadas e estreitamente ligadas aos princípios delineados na Lei 3.998/61, que autorizou sua criação.

Até mesmo porque, nos termos do artigo 3º, da Lei 3.998/61 a FUB é “*instituição de ensino superior de pesquisa e estudo em todos os ramos do saber e de divulgação científica, técnica e cultural*”.

Neste diapasão, traz-se à discussão o caso concreto, em que se questiona se a Fundação Universidade de Brasília é acobertada pela imunidade tributária do § 2º do artigo 150 da Constituição, quando ela importa bens sobre os quais incidem Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

Inicialmente, há que se afastar qualquer dúvida acerca da natureza jurídica da entidade em tela, vez que a Lei 3.998/61, claramente, diz tratar-se de uma fundação, cujas dotações financeiras são provenientes do Poder Público. Dessa forma, a Fundação Universidade de Brasília está, em regra, protegida pela imunidade tributária.

Por outro lado, não se pode olvidar que a referida imunidade encontra óbice no mesmo dispositivo constitucional que a estabeleceu. Ou seja, somente é imune a Fundação Universidade de Brasília àqueles impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda ou o serviço vinculados a sua finalidade.

Isto, contudo, não quer dizer que outros impostos cujas hipóteses de incidência não envolvam patrimônio, renda ou serviço, estejam excluídos do rol de imunidade da fundação, como é o caso do ICMS. Significa, ao contrário, que a Fundação Universidade de Brasília, na linha do que acima foi exposto, é imune a qualquer imposto, desde que a operação que o originar esteja atrelada a sua finalidade e ela seja a contribuinte.

É premissa necessária a circunstância de que o que leva a FUB a adquirir uma dada mercadoria são receitas advindas de sua renda que, por força constitucional, é imune.

Além disso, é inegável que a mercadoria adquirida será incorporada ao seu patrimônio, também imune à tributação.

Mais especificamente, atentando-se ao ICMS incidente sobre a importação de mercadorias, caso a Fundação Universidade de Brasília resolva importar bens com o objetivo precípuo de integrá-los ao seu patrimônio e vinculá-los a sua finalidade, não há que se falar em tributação, mas sim em imunidade da FUB.

Devendo-se anotar que não cumpre à Fazenda Pública a análise da necessidade ou da importância do bem importado às atividades da FUB, pois certo que tal exame compete tão-somente a

ela. Assim, a simples operação de importar o bem, com a consequente integração deste ao seu patrimônio, basta para que se presuma a operação vinculada à finalidade da fundação.

Neste sentido, a decisão do Ministro Celso de Mello, quando Relator da ACO 1195, foi bastante clara: *“se o bem adquirido integrar o patrimônio da entidade imune, a imunidade também abrangerá os impostos que incidiriam sobre a operação de aquisição de referido bem”*.

III

Com base nas considerações acima, é possível afirmar que a Fundação Universidade de Brasília, quando em seu nome realizar importação de mercadorias, gozará de imunidade tributária em relação ao ICMS.

É o parecer que envio à superior consideração de Vossa Senhoria.

Brasília, 23 de junho de 2009

Márcio Wanderley de Azevedo
Procurador do Distrito Federal

ANEXO V – Assunto nº 012

ASSUNTO 12 – Reunião GT10-24.02.10
PC 176/09 (BA)

CONVÊNIO ICMS , DE 25 DE SETEMBRO DE 2009

Dispõe sobre o intercâmbio de informações entre a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, as Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação das Unidades da Federação e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, através do Sistema Público de Escrituração Digital –SPED, relacionadas às operações realizadas com petróleo, combustíveis, lubrificantes, graxas, GLP, gás natural e solventes, efetuadas através de Nota Fiscal Eletrônica-NF –e.”;

O Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, na 135ª reunião ordinária do referido Conselho, realizada em São Luís, MA, no dia 25 de setembro de 2009, tendo em vista o disposto no art. 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolvem celebrar o seguinte

C O N V Ê N I O

Cláusula primeira As Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal e a Secretaria da Receita Federal do Brasil se comprometem a disponibilizar as informações de interesse da ANP, através do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, com o objetivo de integrar a NF-e aos sistemas informatizados da ANP.

Cláusula segunda A disponibilização de informações de que trata a cláusula primeira será processada no Ambiente Nacional da NF-e, residente no SERPRO, que enviará à ANP, todos os dados das Nota Fiscal Eletrônica NF-e emitidas pelas empresas autorizadas ou cadastradas pela ANP, bem como informações posteriores vinculadas a essas NF-e.

Cláusula terceira A ANP se compromete a disponibilizar para os Estados e o Distrito Federal, através das respectivas Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação, o boletim mensal de medição dos volumes de produção de petróleo e gás natural de cada campo, bem como o preço de referência e o preço de venda do petróleo e gás natural, inclusive as planilhas mensais e trimestrais relativas à apuração dos royalties, participações especiais, bônus de assinatura, pagamento pela retenção ou ocupação de área, fundo especial de petróleo, asseguradas aos Estados e ao DF, na forma das Leis nº 7.990/89, 8.001/90 e 9.478/97, a Lei do Petróleo, e demais legislação em vigor.

Cláusula quarta A ANP, sempre que possível, fiscalizará as receitas indicadas na

cláusula anterior, em conjunto com as Secretarias de Fazenda, Receita ou Tributação das Unidades da Federação, como forma de potencializar os procedimentos de fiscalização sobre as receitas asseguradas aos Estados e ao Distrito Federal pelos artigos 20, § 1º e 176, § 2º, da Constituição Federal.

Cláusula quinta A troca de informações observará as regras dispostas nos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei de nº 5.172 de 25 de outubro de 1966), mediante a celebração de Protocolo entre os convenientes.

Cláusula sexta Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

ANEXO VI – Assunto nº 012

ASSUNTO 12.

	GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL PROCURADORIA FISCAL	
---	---	--

PARECER Nº 233/2009 – PROFIS/PGDF
PROCESSO N.º 020-002386/2009
INTERESSADO: PGDF
ASSUNTO: VIABILIDADE LEGAL DO PROJETO QUE PREVÊ DENTRE OUTRAS MEDIDAS A DISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES DAS SECRETARIAS ESTADUAIS DE FAZENDA À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROPOSTA DE CONVÊNIO 176/09.ANP. ACESSO À NF-e. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DOTAR A AGÊNCIA DE MEIOS PARA EXERCER SUA FISCALIZADORA.

1. A Constituição Federal ao dar poder fiscalizatório às Agências Reguladoras, dispõe, ainda que implicitamente, os meios para o exercício desta atividade;
2. A Lei de criação da ANP dá poderes de fiscalização sobre as operações de **distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação, o que permite o acesso às Notas Fiscais emitidas por aqueles que atuam no setor;**
3. A guarda do sigilo fiscal sobre os dados contidos nos documentos fiscais acessados pela ANP está estampada no art. 198 do CTN;

4. Pela viabilidade legal da celebração do Convênio, nos termos da PC 176/09.

Senhora Procuradora-Chefe da Procuradoria Fiscal ,

1. RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre análise da viabilidade legal de implementação de proposta de convênio pelo qual as Secretarias Estaduais de Fazenda e a Secretaria da Receita Federal do Brasil se comprometem a disponibilizar à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Combustíveis- ANP, através do Sistema Público de Escrituração Digital- SPED, as informações contidas na Nota Fiscal eletrônica- NF-e, permitindo a integração com os sistemas informatizados da ANP.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

As atribuições da ANP, naquilo que importa para o desfecho do caso, estão estabelecidas no art. 8º da Lei do Petróleo, de nº 9.478, de 06 de agosto de 1997:

Art. 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

(...)

VII - **fiscalizar** diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, **ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis**, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009)

(...)

XVII - **exigir** dos agentes regulados o envio de **informações relativas** às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, **distribuição, revenda, destinação e comercialização** de produtos sujeitos à sua regulação; (Incluído pela Lei nº 11.097, de 2005)

Estes poderes encontram fundamento no seguinte art. 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A hermenêutica constitucional afirma que ao conceder determinado Poder, a Constituição deve também permitir os meios para o seu exercício. Essa idéia está expresso no seguinte precedente do STF:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame

de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. **7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.** Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 91661 / PE – Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 02.04.2009)

Portanto, vê-se que a ANP tem poder fiscalizatório para requerer, por exemplo, dados relativos à revenda de produtos sujeitos à sua regulação, o que pode levar à obrigatoriedade de apresentação pelo regulado das notas fiscais relativas às operações por ele efetuadas. Nesse caso,

obviamente o escopo da atuação da ANP será diverso daquele exercido pelo Fisco.

Essa situação de acesso a dados que estão cobertos pelo sigilo fiscal já encontra cobertura no Código Tributário Nacional. Nos referimos ao art. 198 do CTN, que assim dispõe:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de **informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.** (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 1º Exceção-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2º. O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 3º. Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

III – parcelamento ou moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Veja-se que o caput do artigo se aplica totalmente ao caso da fiscalização da ANP, porquanto, em razão do seu ofício, tem acesso a dados fiscais que revelam a situação econômica ou financeira do sujeito passivo que realiza operações com petróleo, combustíveis, lubrificantes, graxas, GLP, gás natural e solventes.

Aqui o termo "Fazenda Pública" deve ser entendida em seu sentido lato, não se restringindo à administração tributária, o que envolve às Agências Reguladoras que têm a natureza jurídica de autarquia em regime especial.

De outro modo, outras autoridades administrativas que não têm esse acesso, podem requisitar as informações relativas ao sujeito passivo, desde que comprove a instauração regular de processo administrativo.

Por tudo isso, entendemos que permitir o acesso à pretendido pela ANP é tão somente uma questão de agilizar o seu poder fiscalizatório, pois a legislação que resguarda o Órgão já confere essa permissão no que se refere às Notas Fiscais físicas, ressaltando que, quanto às informações contidas nos documentos fiscais, a ANP está obrigada a guardar o sigilo, como determinado no art. 198 do CTN.

Completando nosso raciocínio, o acesso à Nota Fiscal eletrônica à ANP não pode se fundamentar no art. 199 do CTN, que traz o seguinte conteúdo:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Ainda que o ordinariamente o conceito de Fazenda Pública englobe às Agências Reguladoras, o art. 199 fala da mútua “assistência para fiscalização de tributos respectivos”, o que já afasta a inclusão na ANP nesse dispositivo, pois não cabe ao Órgão regulador exercer função típica da administração tributária.

3.CONCLUSÃO

Portanto, entendo ser viável, do ponto de vista legal, a celebração de convênio proposto na PC 176/09.

À elevada consideração superior.

Brasília-DF, 21 de setembro de 2009

JÚLIO CÉSAR MOREIRA BARBOSA
Procurador do Distrito Federal

ANEXO VII – Assunto nº 012

	GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL PROCURADORIA FISCAL	
---	---	--

PARECER Nº 233/2009 – PROFIS/PGDF

PROCESSO N.º 020-002386/2009

INTERESSADO: PGDF

ASSUNTO: VIABILIDADE LEGAL DO PROJETO QUE PREVÊ DENTRE OUTRAS MEDIDAS A DISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES DAS SECRETARIAS ESTADUAIS DE FAZENDA À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROPOSTA DE CONVÊNIO 176/09.ANP. ACESSO À NF-e.POSSIBILIDADE.NECESSIDADE DE DOTAR A AGÊNCIA DE MEIOS PARA EXERCER SUA FISCALIZADORA.

1. A Constituição Federal ao dar poder fiscalizatório às Agencias Reguladoras, dispõe, ainda que implicitamente, os meios para o exercício desta atividade;
2. A Lei de criação da ANP dá poderes de fiscalização sobre as operações de **distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação, o que permite o acesso às Notas Fiscais emitidas por aqueles que atuam no setor;**
3. A guarda do sigilo fiscal sobre os dados contidos nos documentos fiscais acessados pela ANP está estampada no art. 198 do CTN;
4. Pela viabilidade legal da celebração do Convênio, nos termos da PC 176/09.

Senhora Procuradora-Chefe da Procuradoria Fiscal ,

1. RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre análise da viabilidade legal de implementação de proposta de convênio pelo qual as Secretarias Estaduais de Fazenda e

a Secretaria da Receita Federal do Brasil se comprometem a disponibilizar à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Combustíveis- ANP, através do Sistema Público de Escrituração Digital- SPED, as informações contidas na Nota Fiscal eletrônica- NF-e, permitindo a integração com os sistemas informatizados da ANP.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

As atribuições da ANP, naquilo que importa para o desfecho do caso, estão estabelecidas no art. 8ª da Lei do Petróleo, de nº 9.478, de 06 de agosto de 1997:

Art. 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

(...)

VII - **fiscalizar** diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, **ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis**, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009)

(...)

XVII - **exigir** dos agentes regulados o envio de **informações relativas** às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, **distribuição, revenda, destinação e comercialização** de produtos sujeitos à sua regulação; (Incluído pela Lei nº 11.097, de 2005)

Estes poderes encontram fundamento no seguinte art. 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A hermenêutica constitucional afirma que ao conceder determinado Poder, a Constituição deve também permitir os meios para o seu exercício. Essa idéia está expresso no seguinte precedente do STF:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. **7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.** Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para

tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.(HC 91661 / PE – Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 02.04.2009)

Portanto, vê-se que a ANP tem poder fiscalizatório para requerer, por exemplo, dados relativos à revenda de produtos sujeitos à sua regulação, o que pode levar à obrigatoriedade de apresentação pelo regulado das notas fiscais relativas às operações por ele efetuadas. Nesse caso, obviamente o escopo da atuação da ANP será diverso daquele exercido pelo Fisco.

Essa situação de acesso a dados que estão cobertos pelo sigilo fiscal já encontra cobertura no Código Tributário Nacional. Nos referimos ao art. 198 do CTN, que assim dispõe:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de **informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.** (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2º. O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 3º. Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

III – parcelamento ou moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Veja-se que o caput do artigo se aplica totalmente ao caso da fiscalização da ANP, porquanto, em razão do seu ofício, tem acesso a dados fiscais que revelam a situação econômica ou financeira do sujeito passivo que realiza operações com petróleo, combustíveis, lubrificantes, graxas, GLP, gás natural e solventes.

Aqui o termo “Fazenda Pública” deve ser entendida em seu sentido lato, não se restringindo à administração tributária, o que envolve às Agencias Reguladoras que têm a natureza jurídica de autarquia em regime especial.

De outro modo, outras autoridades administrativas que não têm esse acesso, podem requisitar as informações relativas ao sujeito passivo, desde que comprove a instauração regular de processo administrativo.

Por tudo isso, entendemos que permitir o acesso à pretendido pela ANP é tão somente uma questão de agilizar o seu poder fiscalizatório, pois a legislação que resguarda o Órgão já confere essa permissão no que se refere às Notas Fiscais físicas, ressaltando que, quanto às informações contidas nos documentos fiscais, a ANP está obrigada a guardar o sigilo, como determinado no art. 198 do CTN.

Completando nosso raciocínio, o acesso à Nota Fiscal eletrônica à ANP não pode se fundamentar no art. 199 do CTN, que traz o seguinte conteúdo:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Ainda que o ordinariamente o conceito de Fazenda Pública englobe às Agencias Reguladoras, o art. 199 fala da mútua “assistência para fiscalização de tributos

respectivos”, o que já afasta a inclusão na ANP nesse dispositivo, pois não cabe ao Órgão regulador exercer função típica da administração tributária.

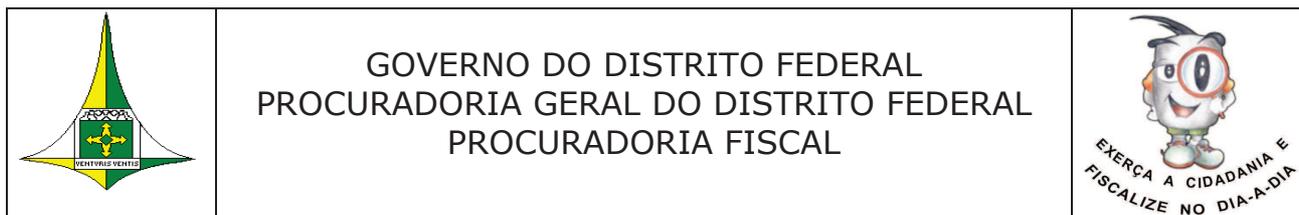
3.CONCLUSÃO

Portanto, entendo ser viável, do ponto de vista legal, a celebração de convênio proposto na PC 176/09.

À elevada consideração superior.

Brasília-DF, 21 de setembro de 2009

JÚLIO CÉSAR MOREIRA BARBOSA
Procurador do Distrito Federal



PROCESSO N.º 020-002386/2009

INTERESSADO: PGDF

ASSUNTO: VIABILIDADE LEGAL DO PROJETO QUE PREVÊ DENTRE OUTRAS MEDIDAS A DISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES DAS SECRETARIAS ESTADUAIS DE FAZENDA À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral,

Apresento, à superior consideração de Vossa Excelência o Parecer n. ___/2009 – PROFIS/PGDF, da lavra do Dr. Júlio César Moreira Barbosa, acostado às fls. ___/___, mediante o qual analisa a possibilidade de celebração do Convênio entre os Estados e a ANP, nos termos da PC 176/09..

Invocando dispositivos da Lei de criação da ANP, do Código Tributário Nacional, bem como julgados do supremo Tribunal Federal, o parecerista sustenta que,

do ponto de vista legal, não há óbice à celebração do acordo.

Por aderir às razões e conclusões do parecerista, **aprovo** o referido Parecer, submetendo-o à superior consideração de Vossa Excelência.

Brasília (DF), de setembro de 2009

ÚRSULA FIGUEIREDO
Procuradora-Chefe da Procuradoria Fiscal

ANEXO VIII – Assunto nº 25

ASSUNTO: 4



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

PARECER n. 192/2009 – PROFIS - PGDF.

PROCESSO n. 020.001.991/2009

INTERESSADA: PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

ASSUNTO: ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. MEDICAMENTOS.

ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. MEDICAMENTOS ADQUIRIDOS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA O USO EM POLÍTICAS PÚBLICAS FEDERAIS.

I - A correta interpretação do preceito que consagra a imunidade recíproca há que levar em conta o objetivo constitucional que lhe é subjacente: a estabilidade e a incolumidade da federação. A aplicação de métodos hermenêuticos restritivos, ou até mesmo literais, que deságüem em resultados contrários ao objetivo constitucionalmente tutelado pelo dispositivo ora analisando, conduzindo a situações de confronto entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios dissonantes com forma de Estado cunhada na Carta Magna, há ser tomada como equivocada;

II – Importação direta de medicamentos pelo Ministério da Saúde. Hipótese em que a União figura como contribuinte de direito do ICMS. Assim, do ponto de vista subjetivo encontra-se a União amparada pela imunidade, na medida em que o Supremo Tribunal assentou que a aferição da incidência da imunidade recíproca deve se ater à detecção de quem é, justamente, o contribuinte de direito do imposto, que, no caso, é o ente federativo central;

III – Do ponto de vista objetivo, a importação de medicamentos também se subsume no preceito que prevê a imunidade tributária recíproca, ao ceifar a ‘renda’ (não com a conotação daquelas verbas que se submetem ao ‘imposto sobre a renda’, mas sim em sentido amplo, tal como fixado pelo STF em diversos precedentes) que a União deve canalizar para a aquisição tais produtos;



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

IV – Pelo existência de imunidade recíproca.

I - RELATÓRIO

Cuidam os autos de questionamento formulado com o fito de se esclarecer se a imunidade tributária recíproca, positivada no art. 150, VI, 'a', da Constituição, abrange, relativamente ao ICMS, as operações de importação de medicamentos efetivadas pelo Ministério da Saúde.

Consta do processo administrativo cópia de ação cível originária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pela União perante o Supremo Tribunal Federal, através da qual se busca a declaração da inexistência de relação jurídica que obrigue o ente federativo central a recolher o ICMS sobre as operações de importação acima referidas, bem como a anulação de autuações procedidas pela Secretaria da Receita do Distrito Federal, em razão do não-recolhimento do tributo em casos tais, que perfazem um total de R\$ 590.742.699,53.

O Exmo. Sr. Ministro Cezar Peluso, relator, deferiu a antecipação de tutela requerida pela União amparado nos seguintes fundamentos:

“A Constituição Federal, no art. 150, inc. VI, alínea a, veda aos entes federados exigir impostos uns aos outros.

No caso, o Distrito federal lavrou 314 (trezentos e quatorze) autos de infração tendentes à cobrança de imposto sobre patrimônio da União, já que autuado o Ministério da Saúde.

Trata-se, e princípio, de violação da regra constitucional que estabelece a chamada ‘imunidade tributária recíproca’, que é princípio garantidor da estabilidade da Federação e que visa a assegurar a coesão, a não-subordinação e a harmonia entre os entes federativos (cf. ADI n 939, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 18.03.1994)



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

Tem-se situação análoga àquela analisada na ACO n. 1303, em que concedi a antecipação dos efeitos da tutela pelos mesmos fundamentos jurídicos aqui descritos.

Do exposto, concedo a antecipação dos efeitos da tutela (...).” (fls. 05. Grifos no original)

Citado o Distrito Federal para, querendo, contestar a demanda noticiada *supra*, determinou o Exmo. Senhor Procurador-Geral do DF, através da Chefia do seu Gabinete, que, preliminarmente, se procedesse à análise do caso e à elaboração de parecer, com urgência.

Neste contexto, chegaram os autos a mim no dia 17.08.2009, segunda-feira.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A resolução da controvérsia aqui examinada exige a delimitação da abrangência dos efeitos da imunidade prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição, assim redigido:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.”

As imunidades são normas de cunho negativo, que estabelecem espaços dentro dos quais o exercício da competência tributária das pessoas políticas é defeso, indicando fatos e pessoas que não podem compor a hipótese de incidência de determinados



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

tributos. A competência tributária, aliás, somente é corretamente apreendida a partir da consideração das normas que positivam as imunidades. Só a conjugação das normas atributivas de poder tributário com as regras que prevêm imunidades, com efeito, revelará os precisos lindes dentro dos quais o Estado poderá exercer licitamente o seu poder impositivo. As imunidades, em suma, fixam signos indicadores de capacidade econômica e/ou sujeitos - públicos e privados - relativamente aos quais as pessoas políticas de direito público não têm competência para exercer o seu poder de tributar.

Conforme afirma Regina Helena Costa, “(...) *as normas imunizantes densificam princípios estruturantes – assim entendidos os constitutivos e indicativos de idéias diretivas básicas de toda ordem constitucional, iluminando seu sentido jurídico constitucional e político-constitucional.*” (COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias. Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 2006: 71)

No caso da imunidade recíproca, o princípio estruturante resguardado pela regra, que nega poder às pessoas políticas de exercerem o seu poder fiscal umas sobre as outras, é o federativo. A forma federativa de Estado, acolhida na Constituição, tem por suposto a igualdade jurídica entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que não se coaduna, de forma alguma, com o exercício do poder de tributar recíproco entre tais entes. O Supremo Tribunal Federal, em memorável decisão, já destacou, em voto do Ministro Celso de Mello, essa qualidade - de elemento inerente à forma federativa de Estado - que unge a imunidade prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição:

“A Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal. Desse vínculo isonômico, que parifica as pessoas estatais dotadas de



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

capacidade política, deriva, como uma de suas conseqüências mais expressivas, a vedação dirigida a cada um dos entes federados de instituição de imposto sobre o patrimônio, a renda e os serviços, uns dos outros. A imunidade tributária recíproca consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação. A concepção de Estado Federal, que prevalece especialmente em função do papel que a cada unidade federada incumbe desempenhar no seio da Federação que qualquer delas institua impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das demais. No processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da Federação.” (STF. ADI n. 939, RTJ 151/833. Rel. Ministro Sydney Sanches).

No caso tratado nestes autos, a correta interpretação do preceito que consagra a imunidade recíproca há que levar em conta o objetivo constitucional que lhe é subjacente: a estabilidade e a incolumidade da federação. A aplicação de métodos hermenêuticos restritivos, ou até mesmo literais, que deságüem em resultados contrários ao objetivo constitucionalmente tutelado pelo dispositivo ora analisando, conduzindo a situações de confronto entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios dissonantes com forma de Estado cunhada na Carta Magna, há ser tomada como equivocada. Seguindo este fio de raciocínio, é fundamental ter em mente que as regras que prevêm as imunidades não podem – como de resto ocorre com qualquer norma jurídica – receber interpretação que as isole do sistema na qual estão inseridas, de modo a que se lhes atribua, no caso, significado írrito ao restante da Constituição. Toda imunidade, na verdade, deve receber tratamento hermenêutico que leve em conta os princípios,



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

instituições, valores, direitos fundamentais ou objetivos extrafiscais que através dela se procurou resguardar. É neste sentido que vem se posicionando a literatura jurídico-tributária:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem normalmente aplicado as normas relativas à imunidade, de modo teleológico, no sentido de examinar os fins subjacentes às normas constitucionais, de sorte a abranger na imunidade os fatos necessários à garantia dos fins públicos referentes às imunidades (garantia e promoção da federação, da liberdade religiosa, do processo democrático, da educação, da liberdade de manifestação do pensamento).” (ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 215)

“Em nosso entender a interpretação da norma imunizante deve ser efetuada de molde a efetivar o princípio ou liberdade por ela densificado. O alcance da norma há que se conformar com a eficácia do princípio ou liberdade. Portanto, interpretação que não conduza a esse desfecho é inadmissível.

(...)

Desse modo, a interpretação da norma imunitória deve ser efetuada na exata medida; naquela necessária a fazer dela exsurgir o princípio ou valor nela albergado.” (COSTA, Regina Helena. Imunidades Tributárias. Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 115)

Visto isso, pode se estabelecer, como ponto de partida para a resolução da controvérsia aqui analisada, que à regra que prevê a imunidade recíproca deve ser conferido um significado tal que a coloque em perfeita sincronia com o princípio federativo positivado na Constituição, máxime com o seu consectário que estabelece a



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

necessária igualdade que deve presidir as relações entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

* * *

O presente caso, como acima exposto, consubstancia-se no fato de que o Distrito Federal vem exigindo da União o ICMS incidente sobre medicamentos importados pelo Ministério da Saúde.

Parte-se aqui do suposto de que, conforme afirmado às fls. 08, os produtos adquiridos pela União no exterior destinam-se aos seus programas de saúde, e não a comercialização (situação diversa da aqui analisada, à qual o presente opinativo não se aplicaria).

A análise do tema se dará, ainda, a partir da premissa de que a União vem procedendo diretamente à importação dos medicamentos, e não os adquirindo de um terceiro, comerciante, que estaria a efetivamente importar os produtos. Tal constatação é importante, porque, neste caso, o Ministério da Saúde não figura apenas como consumidor final dos produtos importados, **mas como o próprio contribuinte de direito do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, a teor do estabelecido no art. 4º, parágrafo único, I, da Lei Complementar n. 87/96:**

“Art. 4º - omissis

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade.”

Assim, a União não se insurge contra a cobrança do ICMS, *in casu*, na qualidade de contribuinte de fato, levantando a tese de que o repasse econômico do tributo



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

procedido nas notas fiscais de compras de medicamentos estaria infringir a regra imunidade recíproca. Fosse essa a argumentação tecida pelo ente federativo central, não teríamos dúvida em opinar pela inexistência da imunidade, amparados na sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada desde o RExt n. 68.924 (Rel. Ministro Bilac Pinto, publicado em 25.11.1970) e reiterada recentemente pela Corte:

“(...) Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o Município não é contribuinte de direito do ICMS, descabendo confundir-lo com a figura do contribuinte de fato e a imunidade recíproca não beneficia o contribuinte de fato.” (AI 671.412-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 1º-4-08, DJE de 25-4-08)

Ao contrário, no caso o Ministério da Saúde foi o importador dos medicamentos, sendo a União o contribuinte de direito do ICMS e sujeito passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 4º, parágrafo único, I, da Lei Complementar n. 87/96. **Portanto, do ponto de vista subjetivo, encontra-se a União amparada pela imunidade, na medida em que o Supremo Tribunal assentou que a aferição da incidência da imunidade recíproca deve se ater à detecção de quem é, justamente, o contribuinte de direito do imposto, que no caso é o ente federativo central. Com efeito, todos os acórdãos emitidos pelo Pretório Excelso, nos quais a imunidade recíproca foi negada à pessoa política figurante apenas como contribuinte de fato, desde a década de 70, contêm em si a diretriz, a contrario sensu, de que quando União, Estados, Distrito Federal e Municípios figurarem como contribuinte de iure de impostos indiretos (ou seja, quando se apresentarem formalmente no pólo passivo das obrigações tributárias nascidas a partir da ocorrência do fato gerador de exações desta espécie), incidirá a exoneração.**

Resta saber, contudo, se, do ponto de vista objetivo, a importação de medicamentos estaria incluída no âmbito de significado das expressões patrimônio,



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

renda ou serviços, contidas no dispositivo constitucional que consagra a imunidade recíproca, de modo a se excluir a incidência do ICMS sobre tal operação.

* * *

Segundo Humberto Ávila, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar, em outras oportunidades, o dispositivo constitucional que prevê a imunidade recíproca, não restringiu a sua abrangência apenas aos impostos que, segundo as classificações legais, incidem estritamente sobre a renda, o patrimônio e os serviços. Vejamos:

“Uma outra questão consiste em saber se a imunidade alcança somente os impostos classificados pelo Código Tributário Nacional como impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, ou se abrange qualquer tributo que repercuta sobre o patrimônio, a renda ou serviços da pessoa política. A literatura jurídica demonstrou que a imunidade não abrange apenas os impostos sobre patrimônio e renda, tais como classificados pelo Código Tributário Nacional (Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, Imposto sobre Doações, Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza e Imposto sobre Serviços), mas também os impostos sobre a produção e o consumo (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de comunicação, Imposto sobre a Industrialização de Produtos e Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro) e os impostos sobre o comércio exterior (Imposto de Importação e Imposto de Exportação). O essencial é saber se a tributação da entidade pública federal está sendo atingido, de maneira direta ou mesmo indireta. A mesma questão – como será, adiante, demonstrado – foi respondida pelo Supremo Tribunal federal numa decisão unânime:

‘Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade.”. (ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 222-223)

De fato, o STF, ao decidir sobre o alcance da imunidade recíproca no que tange ao IOF – imposto que, a rigor, segundo as classificações infraconstitucionais, não tem por fato gerador a renda, o patrimônio ou tampouco os serviços – cobrado sobre operações financeiras promovidas por Estados federados, referendou a tese que prestigiava a exoneração:

“EMENTA: Está ao amparo da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da Constituição) a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras, em razão das aplicações realizadas, no mercado financeiro, pelo Estado.” (ACO 468, Relator: Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, Plenário, julgado em 11/11/96, DJ 21-02-97)

Há, ainda, inúmeros precedentes nos quais o Pretório Excelso, ao tratar da imunidade prevista no art. 150, VI, ‘c’ - **que também se erige objetivamente sobre os conceitos de renda, patrimônio e serviços** –, asseverou que as expressões cunhadas naquele dispositivo abrangeriam também impostos indiretos, como o IPI:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. A imunidade prevista no artigo 150, VI, "c" da Constituição Federal, em favor das instituições de assistência social, abrange o Imposto de Importação e o Imposto sobre



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

Produtos Industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 378454 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 15/10/2002, DJ 29-11-2002 PP-00031 EMENT VOL-02093-08 PP-01640)

A Corte voltaria a aplicar a imunidade sobre o patrimônio, a renda e os serviços das entidades de assistência social, também, no que tange especificamente ao ICMS incidente nas importações:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE: ABRANGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS MÉDICOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 311626 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-04 PP-00681)

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE. OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA REALIZADA POR ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal abrange o ICMS incidente sobre a importação de mercadorias utilizadas na prestação de seus serviços específicos. II - Agravo improvido.” (AI 669257 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-20 PP-04163 RTFP v. 17, n. 86, 2009, p. 343-344)



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

Assim, tenho que a importação de medicamentos, do ponto de vista objetivo, se subsume no preceito que prevê a imunidade tributária recíproca, ao ceifar a ‘renda’ (não com a conotação daquelas verbas que se submetem ao ‘imposto sobre a renda’, mas sim em sentido amplo, tal como fixado pelo STF nos precedentes acima citados) que a União deve canalizar para a aquisição tais produtos. Essa interpretação, aliás, tem por substrato, também, conforme vimos acima, o próprio princípio federativo, que, conjugado com o disposto no art. 150, VI, ‘a’, da CF, veda a possibilidade de que um ente federado tolha as atividades públicas desempenhadas por outro através da tributação, submetendo-o indevidamente ao seu poder de império (infringindo, dessa forma, o disposto no art. 18 da Carta Magna). No caso, o Ministério da Saúde, ao que consta, como visto, destina os medicamentos importados aos programas de saúde federais (se o destino dos produtos fosse o comércio, não haveria que se falar em imunidade, ante o que estabelece o art. 150, §3º, do Texto Maior). A incidência do ICMS sobre as operações de importação, num tal contexto, teria por resultado final gravar as receitas federais voltadas à consecução de programas de saúde pública, o que vai indubitavelmente contra a regra da imunidade recíproca. Assim, considero que o Distrito Federal não tem competência para tributar operações com tais caracteres, ante o disposto no art. 150, VI, a, da Constituição.

Finalmente, esclareço que o tema não é novo nesta Casa, já havendo sido objeto de análise no parecer n. 126/2009 – PROFIS – PGDF, da lavra do ilustre Procurador do DF, Dr. Márcio Wanderley de Azevedo, cuja ementa restou assim redigida:

*“EMENTA. Aplicação da imunidade tributária recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea ‘a’, §2º, da Constituição Federal, ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – cobrado pela Fazenda Pública do Distrito Federal sobre os produtos importados pela Fundação Universidade de Brasília – FUB.
Parecer pela imunidade tributária da FUB.”*



**PROCURADORIA FISCAL
PROFIS**

Assim, considero que, também no caso tratado nestes autos – importação de medicamentos diretamente pelo Ministério da Saúde para fins públicos – incide a regra constitucional que prevê a imunidade recíproca.

III - CONCLUSÃO

Face ao exposto, opino pela existência de imunidade da União, com relação ao ICMS, no que tange às operações de importação de medicamentos, pelo Ministério da Saúde, para aplicação em políticas públicas ligadas às atividades coordenadas por aquela pasta.

À superior apreciação da Exma. Sra. Procuradora-Chefe da Procuradoria Fiscal - PGDF.

Brasília-DF, 19 de agosto de 2009.

LUÍS FERNANDO BELÉM PERES
Procurador do Distrito Federal
Matrícula 137.816-3

