

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial Nº 122.338 — Minas Gerais
(Segunda Turma)

Recte: Comercial de Medicamentos Sulmineira Ltda
Recco: Francisco de Assis V. Barros e Outros
Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO — ICMS — SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A FRENTE — VENDA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS — SUBSTITUÍDO OU CONTRIBUINTE DE FATO (REVENDEDOR) — SUBSTITUTO LEGAL TRIBUTÁRIO (INDUSTRIAL, FABRICANTE) — RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA — ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” — EXTINÇÃO DO PROCESSO — CPC, ART. 267, VI — PRECEDENTES.

— A Eg. 2ª Turma deste STJ assentou o entendimento no sentido de que o substituído, ou contribuinte de fato (revendedor), é o responsável pelo pagamento do tributo, por isso que é a pessoa vinculada ao fato gerador; não participa, entretanto, da relação jurídico tributária, faltando-lhe legitimidade para discuti-la.

— Ilegitimidade ativa “ad causam” da recorrente impetrante declarada de ofício.

— Recurso conhecido, para declarar extinto o processo, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso para declarar extinto o processo, sem julgamento do mérito. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e Nancy Andrighi. Ausente, justificamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 07 de dezembro de 1999.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial manifestado por COMERCIAL DE MEDICAMENTOS SULMINEIRA LTDA, com fundamentos nas letras “a” e “b” do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, por unanimidade, deu provimento à remessa oficial e julgou prejudicado o recurso voluntário interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, nos autos da ação mandamental impetrada pela ora recorrente objetivando eximir-se do recolhimento antecipado do ICMS na saída dos medicamentos e congêneres, bem como eximir-se da retenção e recolhimento do ICMS nas vendas que promover.

O v. acórdão rejeitou as preliminares de ataque à lei em tese, bem como as de ilegitimidade passiva e ativa. Quanto ao mérito, considerou constitucional e legal a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, pelo sistema de substituição tributária.

Daí o apelo especial em que o ora recorrente alega ter o v. aresto violado os artigos 97, III, 121, II e 128 do CTN; Decreto-lei 468/68, art. 6º, § 3º; Convênio ICMS 66/68, artigo 25 julgado válido o Decreto Estadual 32.848/91, em face de Lei Federal, quando declarou a legalidade e constitucionalidade do regime de substituição tributária.

Contra-razões às fls. 128/140.

O recurso foi admitido no Tribunal “a quo”, subindo os autos a esta eg. Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (RELATOR): Cuida-se, na hipótese dos autos, de mandado de segurança impetrado por Comercial de Medicamentos Sulmineira Ltda., contra o Chefe da Administração Fazendária Estadual, visando eximir-se da obrigação de pagar o ICMS incidente sobre a venda de medicamentos e produtos farmacêuticos, pelo regime de substituição tributária, com antecipação do recolhimento do tributo.

Alega, na inicial, que adquire medicamentos e produtos farmacêuticos dos estabelecimentos industriais, revendendo-os para atacadistas e varejistas estabelecidos no mesmo Estado de Minas Gerais e em outros estados da federação.

A sentença singular afastou a ilegitimidade ativa “ad causam” da impetrante, concedendo a segurança impetrada, dando ensejo ao recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado.

O Tribunal de Justiça estadual, apreciando o recurso interposto e o reexame necessário, manteve afastada a preliminar de ilegitimidade ativa e desacolheu a de ilegitimidade passiva da autoridade apontada coatora; quanto ao mérito, entendeu constitucional e legal a exigência tributária, em acórdão ementado nos termos a seguir transcritos:

“SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA — MANDADO DE SEGURANÇA — ATAQUE À LEI EM TESE — CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELO FISCO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

No regime de substituição tributária, atacada por mandado de segurança, o sujeito passivo é o Estado destinatário do tributo; ativo, o comerciante que suporta, antecipadamente, o ônus tributário, o ICMS.

A substituição tributária, já antes consagrada pela Lei Complementar 44/83, que alterou o D.L. 406/68, no seu art. 6º, § 3º, veio prevista no art. 155, § 2º, XII, “b”, da C.F. 88, e foi introduzida em definitivo, pela Emenda Constitucional 03/93, acrescentando o parágrafo 7º ao art. 150 da C.F. 88.

No Estado de Minas Gerais, a substituição Tributária se ampara o art. 22 da Lei 6.763/75, com a redação da Lei 9.758/89; e nos arts. 41 a 58 do Decreto 32.535/91 (Regulamento do ICMS).”

Dáí o apelo especial manifestado pela empresa impetrante insurgindo-se contra todos os fundamentos do v. aresto hostilizado, alegando violação dos preceitos legais já elencados no relatório para sustentar a ilegalidade e inconstitucionalidade do regime de substituição tributária.

Esta Eg. 2ª Turma, à unanimidade, vem decidindo que o contribuinte de fato ou responsável tributário (substituído) carece de legitimidade ativa para figurar nas ações em que se discute a legalidade do regime de substituição tributária, com antecipação do recolhimento do ICMS, por isso que não participa da relação jurídico-tributária.

No mesmo sentido, incontáveis julgados dos quais destaco:

TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS INCIDENTE SOBRE A VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NOVOS. 1. SUBSTITUTO LEGAL TRIBUTÁRIO E RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. DISTINÇÃO. O Substituto legal tributário é a pessoa, não vinculada ao fato gerador, obrigada originariamente a pagar o tributo; o responsável tributário é a pessoa, vinculada ao fato gerador, obrigada a pagar o tributo se este não for adimplido pelo contribuinte ou pelo substituto legal tributário, conforme o caso. 2. SUBSTITUÍDO OU CONTRIBUIN-

TE DE FATO. O substituído ou contribuinte de fato não participa da relação jurídico-tributária, carecendo, portanto, de legitimação para discuti-la. Recurso conhecido e provido.” (Resp. 89.630-PR, D.J. 01.07.99, Rel. Min. Ari Pargendler).

De minha relatoria, julgado em 02.09.99, nesta 2ª Turma, o Resp 74.826-SP (D.J. de 11.10.99), assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO — ICMS — SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A FRENTE — VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NOVOS — SUBSTITUÍDO OU CONTRIBUINTE DE FATO (CONCESSIONÁRIAS, REVENDEDORAS) SUBSTITUTO LEGAL TRIBUTÁRIO (MONTADORAS) — ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” — EXTINÇÃO DO PROCESSO — PRECEDENTES.

A Eg. 2ª Turma deste STJ assentou o entendimento no sentido de que o substituído, ou contribuinte de fato (cessionária) é o responsável pelo pagamento do tributo, por isso que é a pessoa vinculada ao fato gerador; não participou, portanto, da relação jurídico-tributária, faltando-lhe “legitimidade” para discuti-la.

Recurso conhecido e provido, para extinguir o processo, sem julgamento do mérito.”

Impõe-se, assim, a declaração de ofício da ilegitimidade ativa “ad causam” da recorrida, por isso que sendo condição da ação, deve ser conhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo que não alegada pelas partes.

É de ver, quanto ao tema, os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL — SFH — ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO — CONDIÇÃO DA AÇÃO — TEMA NÃO APRECIADO NO TRIBUNAL “A QUO” — MATÉRIA DE MÉRITO PREJUDICADA — PRECEDENTES.

A ilegitimidade passiva da União, nas ações concernentes ao reajuste das prestações da casa própria, ainda quando não apreciada no Tribunal “a quo”, pode ser examinada em recurso especial, por se tratar de condição da ação, não alcançada pela preclusão.

A Eg. Primeira Seção deste Tribunal firmou a orientação de que a Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para responder às ações referentes ao pagamento das prestações da casa própria e incidentes ocorridos com o SFH, excluída a União Federal da lide.

Reconhecida a ilegitimidade passiva da União, perde o objeto a matéria de mérito suscitada.

Recurso conhecido e provido.” (Resp. 89.538-BA, D.J. 23.08.99, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA SUSCITADA DEZANOS APÓS O DECURSO DO PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, NA FASE DA COMPLEMENTAÇÃO DO PRECATÓRIO ORIGINÁRIO. PRECLUSÃO. O Exame das condições da ação deve, sim, ser feito a qualquer tempo, mesmo de ofício desde que se trate de ação de conhecimento ou de execução cujo prazo de embargos já decorreu, o juiz não pode nem de ofício, nem provocado por petição atravessada nos autos, manifestar-se a esse respeito, à vista da preclusão. Recurso especial não conhecido.” (Resp. 105.129-PR, D.J. 01.02.99, Rel. Min. Ari Pargendler).

“PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÃO DA AÇÃO. LEGITIMIDADE “AD CAUSAM”. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

— Verificando o acórdão recorrido que dois dos autores são carecedores da ação por falta de legitimidade “ad causam”, correta se mostra a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a eles.

— Recurso a que se nega provimento.” (Resp. 191.140. D.J. 01.07.99, Rel. Min. Felix Fischer).

Do exposto, conheço do recurso, reconhecida a ilegitimidade ativa “ad causam” da empresa recorrente para declarar extinto o processo, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI).

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Nro. Registro: 1997 / 0016026-2 RESP 00122338 / MG

PAUTA: 07 / 12 / 1999 JULGADO: 07 / 12 / 1999

Relator

Exmo. Sr. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Dr. WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO

Secretário (a)

Sra. Dra. BARDIA TUPY VIEIRA FONSECA

AUTUAÇÃO

RECTE: COMERCIAL DE MEDICAMENTOS SULMINEIRA LTDA
ADVOGADO:HÉLIO JOSÉ DOS SANTOS
REÇDO: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO: FRANCISCO DE ASSIS V. BARROS E OUTROS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso para declarar extinto o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e Nancy Andrighi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 7 de dezembro de 1999.

Bardia T. Vieira Fonseca
Secretária