

A. I. Nº - 299164.2617/02-5
AUTUADO - LUFARMA DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA LTDA.
AUTUANTE - ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 22.05.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0170-01/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. PORTARIA 270/93. O início da ação fiscal se deu com a lavratura do Termo de Apreensão. Descaracterizada a espontaneidade do pagamento. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/12/02, exige ICMS no valor de R\$ 506,45, pela falta de recolhimento do imposto devido por antecipação, no primeiro posto fiscal de fronteira do Estado. Portaria 270/93, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sem antecipação do imposto, provenientes de outras unidades da Federação e constantes da nota fiscal nº 578258, conforme Termo de Apreensão nº 299164.2618/02-1, lavrado em 30/12/02.

O autuado, às fls. 16 a 19, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando que o Auto de Infração foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama, primeira repartição fazendária do percurso das mercadorias neste Estado. Que o lançamento fiscal não há de prosperar, vez que contraria frontalmente o contido na Portaria nº 270/93 e demais dispositivos relacionados com o fato gerador, previsto no RICMS/BA. Afronta o princípio da legalidade do ato administrativo, de que trata o art. 37, caput, do RPAF/BA, c/c o art. 150, I da CF/88.

Argumentou que para a situação em tela, a Portaria 270/93 em consonância com as exigências do art. 352, II, c/c art. 125, II, "c", item 1.1, do RICMS/97, não havendo acordo interestadual que preveja a retenção do imposto por parte do remetente, a responsabilidade dessa antecipação recai sobre o adquirente, devendo este efetuar o pagamento do imposto na primeira repartição do percurso da mercadorias neste Estado, de forma espontânea, na mencionada repartição. Como o imposto foi exigido no 1º Posto Fiscal do percurso e, em momento algum foi dada à autuada a oportunidade de recolher o tributo de forma espontânea, nem foi oferecido qualquer tipo de embaraço à fiscalização, entende, o sujeito passivo que o ato praticado pelo preposto foi ilegal, desprovido de respaldo regulamentar.

Alegou que tendo sido participado pela transportadora responsável pela condução dos medicamentos, acerca da existência do Termo de Apreensão, de pronto procedeu o pagamento do imposto, em 03/01/2003, no valor de R\$506,45, conforme DAE de quitação que anexa ao processo, e que não incluiu o pagamento da multa exigida pelo autuante, pela sua improcedência já demonstrada.

Requeru que seja declarado improcedente o Auto de Infração.

Outro auditor prestou a informação fiscal, às fls. 26 e 27, esclarecendo que a Portaria 270/93, no seu art. 1º, prevê a antecipação do recolhimento do imposto, indicando o momento/local onde

deve se efetivar o recolhimento: “na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, no território deste Estado”. O autuado somente recolheu o imposto devido no dia 03/01/03, após ter sido avisado pela transportadora, ou seja, três dias após a lavratura do Termo de Apreensão e do Auto de Infração, descaracterizando a pretendida espontaneidade e ensejando a aplicação da multa.

Observou que a espontaneidade no recolhimento do tributo é caracterizada pela disposição de pagar o imposto devido, no momento da parada no posto fiscal. Não caracteriza pagamento espontâneo o recolhimento feito dias após a passagem pela repartição fiscal, e a depender da chegada das mercadorias na empresa transportadora. Tal procedimento contraria frontalmente o art. 1º da citada portaria e fere o art. 125, II, “c”, do RICMS/BA em vigor.

Mantém a ação fiscal homologando-se a quantia já recolhida.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente processo, verifica-se que, em 30/12/02, foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias nº 299164.2618/02-1 e, o Auto de Infração sob nº 299164.2617/02-5, pela falta de recolhimento, na primeira Repartição Fazendária, do imposto devido por antecipação, relativo a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária (Portaria 270/93), acompanhada da Nota Fiscal de nº 578258, emitida em 18/12/02 (fl. 05 dos autos). Também se observa da cópia reprográfica do DAE anexado ao processo, que o imposto foi recolhido em 03/01/03, sem a inclusão da multa por infração prevista em lei.

O RICMS/97, no seu art. 125, II, “c”, item 1.1, combinado com o art. 1º da Portaria 270/93, estabelecem o seguinte:

Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário.

.....

II – na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior;

.....

c) nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, quando eleitas em ato específico do Secretário da Fazenda, facultado ao contribuinte destinatário requerer regime especial para o recolhimento até o 9º dia do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, em se tratando de comércio atacadista, supermercados, comércio varejista de motocicletas e automóveis, camionetes e utilitários móveis, ou até o 5º dia da entrada no estabelecimento, para os demais contribuintes.

1.1 – quando não houver acordo interestadual prevendo a substituição tributária.

Portaria 270/93:

Art. 1º - Ficam obrigados a antecipar o recolhimento do ICMS, na primeira Repartição Fazendária do percurso da mercadoria, no território deste Estado, os contribuintes que adquirirem os seguintes produtos, desde que não tenha havido retenção na fonte, ou esta tenha sido feita a menor:

Na peça de impugnação, o defendente, na verdade, não está questionando a cobrança do imposto devido, mesmo porque tal exigência está prevista no art. 125, II, “c”, item 1.1, do RICMS/97,

combinado com o art. 1º da Portaria 270/93, acima descrito. No entanto, questiona a cobrança da multa em razão da lavratura do Auto de Infração.

Neste sentido, tenho a esclarecer que o pagamento do imposto no dia 03/01/03, descaracterizou a condição de espontaneidade do recolhimento do imposto, vez que o RICMS/97 caracteriza como espontaneidade no recolhimento do tributo, pela disposição de o contribuinte, pagar o imposto no momento da parada no posto fiscal. Assim, o pagamento feito em data posterior, descaracteriza a espontaneidade alegada, já que tal pagamento só foi feito dias após a apreensão da mercadoria na 1ª repartição fiscal do percurso, contrariando frontalmente o disposto no art. 1º da citada portaria e no art. 125, II, “c”, do RICMS/97. A espontaneidade estaria caracterizada se o imposto tivesse sido recolhido no dia 30/12/02.

Desta forma, considerando o que dispõe o art. 26, I, do RPAF/99 que considera iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão de mercadoria, ficou demonstrada nos autos a descaracterização da espontaneidade do pagamento do imposto exigido, na forma prevista em lei.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

VOTO EM SEPARADO

No presente Auto de Infração, está sendo exigido o ICMS por antecipação, relativamente a mercadoria enquadrada na Portaria nº 270/93, porque o tributo não foi pago no primeiro posto fiscal do percurso neste Estado.

Devo destacar que a *descrição do fato*, no corpo do Auto de Infração, contém uma afirmação não condizente com a verdade, ao relatar que teria havido falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria neste Estado. Essa descrição seria correta se o contribuinte tivesse deixado de pagar o tributo por antecipação no primeiro posto fiscal da fronteira ou do percurso, sendo o fato apurado em outro posto fiscal mais adiante. Porém está patente nestes autos que a ação fiscal se deu precisamente no primeiro posto fiscal da BR-101, no sul deste Estado. A descrição do fato, por conseguinte, está incorreta.

A legislação estadual prevê que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve ser efetuado o pagamento do ICMS por antecipação. É preciso, porém, identificar quem é o responsável por essa providência. Isso implica verificar, inclusive, se existem acordos firmados entre a Bahia e os outros Estados para fins de substituição tributária. Em se tratando das mercadorias relacionadas na Portaria nº 270/93, o tributo deve ser pago na fronteira, caso já não tenha sido retido ou antecipado.

O RICMS/97, no art. 125 – dentre outras situações – prevê o seguinte, para as aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária:

1. o imposto deve ser antecipado até o dia 10 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no estabelecimento do adquirente, se não houver convênio entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias (art. 125, I, “a”);
2. o pagamento deve ser feito na fronteira:
 - 2.1. espontaneamente, se as mercadorias são destinadas a pessoa não inscrita ou se não têm destinatário certo, não havendo convênio (art. 125, II, “a”);
 - 2.2. com Auto de Infração, em nome do remetente (substituto tributário), havendo convênio entre a Bahia e o Estado de origem, se o imposto não tiver sido retido pelo responsável tributário, o remetente (art. 125, II, “b”);
 - 2.3. continua a ser dado respaldo à cobrança do imposto nos termos da Portaria nº 270/93 (art. 125, II, “c”);

3. nas aquisições interestaduais, havendo convênio para substituição tributária e não sendo feita a retenção do imposto, se for comprovada a impossibilidade de cobrança do débito do sujeito passivo por substituição (o remetente), a exigência do tributo deve recair sobre o destinatário, permitindo-se, porém, que este efetue o pagamento do imposto espontaneamente, atribuindo-se-lhe a chamada responsabilidade supletiva (art. 125, § 1º).

Observe-se que, quando há convênio, a autuação deve ser feita em nome do remetente (substituto tributário), nos termos do art. 125, II, “b”, do RICMS/97.

A Portaria nº 270/93 determina que nas aquisições interestaduais de medicamentos (de uso humano) o ICMS sobre o valor adicionado seja pago no posto fiscal da fronteira, na entrada neste Estado. Mas isso não significa que o pagamento seja mediante autuação. Pagar o imposto *por antecipação* não é o mesmo que pagar o imposto *mediante autuação*. O pagamento a ser feito no posto fiscal de fronteira ou no primeiro posto fiscal do percurso neste Estado deve ser feito espontaneamente. Somente se aplica Auto de Infração caso haja previsão de retenção do imposto pelo remetente e este não retenha o tributo.

Por esses fundamentos, sempre que atuei como relator em Autos de Infração com esse tipo de imputação, votei pela improcedência do procedimento, por não encontrar na legislação amparo para tais autuações. Tenho entendido que o posto de fronteira deve exigir a antecipação do tributo, dando-se o tratamento de pagamento espontâneo – sem multa, portanto.

Entretanto, predomina neste Conselho a jurisprudência de que é cabível em situações como esta a exigência do imposto mediante autuação. Cito como exemplo o Acórdão CJF 0916/01, da 1ª Câmara. Com base na tendência predominante, mantém-se a exigência fiscal.

Acompanho o voto da nobre Relatora.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299164.2617/02-5**, lavrado contra **LUFARMA DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 506,45**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO EM SEPARADO

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA