

PROCESSO - A. I. Nº 0945827180/08
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - J.B. ALVES E BORGES (J.B. DISTRIBUIDORA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0070/02-09
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 01/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0157-12/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO PROCEDENTES DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, a legislação prevê que se cobre o tributo por antecipação no posto de fronteira, o que não foi feito. Demonstrado nos autos que o imposto não havia sido pago na primeira repartição fiscal do percurso neste Estado (posto fiscal da fronteira), sendo encontrada, pela unidade móvel da fiscalização de mercadorias em trânsito, a carga no depósito do transportador. O procedimento fiscal não obedeceu ao devido processo legal, eis que, o sujeito passivo não foi cientificado do Termo de Apreensão, o que torna a ação fiscal nula. Contudo, considerando a comprovação do pagamento integral do débito, não subsiste o reclamo fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0070/02-09 que julgou Improcedente o Auto de Infração, lavrado em 24/07/2008 para exigir ICMS no valor de R\$30.148,94, tendo em vista a falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, referente à aquisição de medicamentos da linha humana para comercialização, através da Nota Fiscal nº 109497, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não credenciado para o Anexo Único do RICMS/97 e da Portaria nº 144/04, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 222.810/007 datado de 10/07/08 (fls. 02 e 03).

Consta à fl. 1-A um formulário intitulado de “Pedido de Autorização para lavratura de Auto de Infração Parcial” subscrito pelo autuante, e às fls. 1-B e 1-C, cópia dos Autos de Infração nº 945825-5 e 945826-3, nos valores de R\$6.581,53 e R\$ 7.070,72, respectivamente.

Na sua impugnação ao lançamento fiscal (fls. 63/72), o contribuinte arguiu a improcedência da autuação sob a alegação de ter sido surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, uma vez que já havia recolhido o ICMS por antecipação desde o dia 15/07/2008 no valor de R\$30.430,30,

conforme cópia do DAE juntado à fl. 27. Ressaltou não haver qualquer termo que cessasse a espontaneidade do pagamento, e que, conforme informado pelo transportador, o procedimento do fisco é manter a carga em seu depósito para o pagamento do imposto devido.

Argumentou que para efetivar o pagamento necessita da nota fiscal visando à conferência da carga, vez que é comum haver modificações feitas pela indústria farmacêutica quanto ao pedido realizado, ou seja, nestas aquisições são enviados medicamentos que foram solicitados e outros não. Portanto, somente após a conferência da carga é que pode efetuar o recolhimento do ICMS. E que assim sempre agiu até que foram lavrados os três Autos de Infração, a saber: 000094.5826/37-000094, 5827/18-0 e 000094.5825/56-0.

Ressalta que de acordo com o artigo 26, inciso IV, do RPAF/99, e como não houve a lavratura de qualquer termo ou ato que desse início à ação fiscal, ela somente teria se iniciado com o Auto de Infração e/ou notificação fiscal. E como o tributo foi pago espontaneamente, a ação fiscal estava descaracterizada. Requereu a sua improcedência.

O autuante rebateu as razões defensivas esclarecendo que a ação fiscal foi iniciada com a lavratura do Termo de Apreensão 222810/007 de 10/07/2008 (art. 26, inciso I, do RPAF/99), tendo como fato gerador a falta de pagamento da antecipação tributária total, com relação à aquisição de medicamentos, uma vez que o contribuinte no momento da ação fiscal não possuía credenciamento para o Anexo Único da Portaria nº 144/04, tendo conseguido o referido regime em 17/07/2008, conforme Parecer Final 12430/2008 (fls. 44 e 45). Além do mais, a lavratura do Auto de Infração se fez acompanhar do “Pedido de Autorização para Lavratura de Auto de Infração”, tendo em vista a necessidade da lavratura de mais de um Auto de Infração, conforme art.40 do RPAF/99. E, diante das disposições do art. 125, inciso II, alínea “b”, do RICMS/97, o momento do pagamento da antecipação tributária deveria ocorrer na entrada no território deste Estado, visto que o contribuinte não possuía credenciamento para recolhimento no dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias em seu estabelecimento.

A 2ª JF em sua Decisão ressaltou *que a legislação tributária prevê que para ser lavrado Auto de Infração com exigência de tributo, é necessário que o sujeito passivo se encontre sob ação fiscal. A legislação enumera os atos que dão início ao procedimento fiscal. O Auto de Infração deve ser precedido de Termo de Apreensão ou de Termo de Início de Fiscalização, salvo nas situações expressamente excepcionadas pela legislação. A falta de lavratura de um dos citados termos, ou sua lavratura sem conhecimento do contribuinte vicia o procedimento, pois implica violação de um direito do contribuinte, configurando-se, assim, prejuízo jurídico para o autuado, por ofensa ao princípio da segurança jurídica.* Que examinando o Termo de Apreensão, constatou que o detentor da mercadoria foi a Rapidão Cometa Ltda e a mercadoria havia sido encontrada no seu depósito, porém não foi assinado *pelo mesmo*, apesar de estar assinado pelo representante da transportadora como fiel depositário. Em assim sendo, não existia no processo qualquer documento que comprovasse que o autuado tinha conhecimento de que se encontrava sob ação fiscal, conforme disposto no art.26 do RPAF/99.

Por tudo que foi exposto, houve o entendimento de que a autuação deveria ser considerada nula por não ter obedecido ao devido processo legal. Porém, considerando que o sujeito passivo comprovou que já recolheu a exigência fiscal, conforme DAE à fl. 27, foi decidido pela improcedência do Auto de Infração. A Decisão foi recorrida de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida de 1ª Instância julgado improcedente a autuação, posto que o sujeito passivo, no seu entendimento, recolheu o imposto devido antes da

ação fiscal já que não existia, no processo, qualquer documento que comprovasse que o autuado tinha conhecimento de que se encontrava sob ação fiscal, conforme disposto no art.26 do RPAF/99.

Ressalto, preliminarmente, ter o Auto de Infração sido lavrado no trânsito de mercadorias e exige ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/97, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado. As mercadorias, objeto do Termo de Apreensão de nº 222.810/007 (fl. 02) e constantes da Nota Fiscal nº 109497 (fl. 08), emitida em 07/07/2008 pelo Laboratório Globo Ltda., são medicamentos da linha humana, submetidos ao regime de substituição tributária, previsto no artigo 353, II, item 13 do RICMS-BA e originários do Estado de São Paulo, unidade da Federação não signatária do Convênio ICMS 76/94, sendo de responsabilidade do adquirente o pagamento do imposto devido por antecipação tributária na entrada do território do Estado nos termos do artigo 125, II, alínea “b” do RICMS-BA. Tal pagamento pode ser efetuado no dia 25 do mês subsequente se o contribuinte estiver credenciado conforme dispõe os §§ 7º e 8º do citado artigo. Observo, de igual maneira, que o sujeito passivo não nega sua obrigação de efetuar o pagamento do imposto no primeiro Posto Fiscal do percurso da mercadoria, haja vista que não era detentor de credenciamento para postergação do recolhimento do imposto nos termos da Portaria 114/04. De igual sorte, provado nos autos que a empresa recolheu o ICMS no valor de R\$30.148,94, no dia 15/07/2008 (fl. 27), após a lavratura do Termo de Apreensão à fl. 02, que se deu em 10/07/2008.

No entanto, existe um vício no presente processo que não posso desconsiderá-lo. O art. 26, I, do RPAF/99 determina que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria. Esta apreensão aconteceu em 10/07/08. Entretanto, para que o termo lavrado possa surtir efeito legal deve estar assinado pelo detentor da mercadoria naquele momento. No caso específico e em análise, do representante do transportador já que as mesmas se encontravam sem seu depósito. Analisando o Termo de Apreensão nº 222.810/007 não existe qualquer assinatura apondo ciência por parte do transportador da apreensão das mercadorias. O provado é que o Sr. George Edézio Brito Dantas, em nome da Rapidão Cometa, assinou o Termo de Depósito, ficando esta referida empresa como fiel depositária das mercadorias. Ressalto de que mesmo estando em um único formulário, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos é instrumento outro, não se confundindo com o Termo de Depósito, já que com objetivos diversos. E, como o Termo de Apreensão de Mercadorias é documento de constituição da prova material de infração (art. 28, IV, do RPAF/99), imprescindível a ciência da parte contrária ao fisco.

Pelo exposto entendo que a ação fiscal é nula, em obediência ao disposto no art. 18, II, do RPAF/99.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar NULA a ação fiscal.

VOTO VENCEDOR

Inicialmente devo ressaltar que comungo com o entendimento externado pela ilustre Conselheira Relatora no sentido de que o presente Auto de Infração padece de vício insanável que o inquina de nulidade.

Todavia, a despeito da nulidade existente, o presente Auto de Infração também é manifestamente improcedente.

Isso porque a decorrência lógica da nulidade apontada no voto de regência é o fato de encontrar-se o contribuinte sob os efeitos da espontaneidade.

Ora, não tendo sido regularmente iniciado, perante o contribuinte, o procedimento fiscalizatório através da lavratura - com a devida assinatura do sujeito passivo - de Termo de Apreensão de Mercadorias, como ressaltado no voto ora objurgado, evidente que poderia o recorrido efetuar o pagamento do imposto sem a incidência de qualquer encargo moratório.

In casu, restou comprovado nos autos que o contribuinte realizou o pagamento objeto da presente autuação em 15/07/2008, ou seja, antes de ter sido regularmente intimado acerca da existência do Auto de Infração.

É inegável a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ocorrido antes do pagamento no momento da apreensão da mercadoria. Contudo a espontaneidade a que fazia jus o contribuinte não foi obstada, tendo em vista que o mesmo tomou “formalmente” conhecimento da autuação dias após a efetivação do pagamento.

É de corriqueira sabença que o pagamento é forma de extinção do crédito tributário, à luz do quanto disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 156 - *Extinguem o crédito tributário:*

I - o pagamento;”

Dest’arte, realizado o pagamento sob os efeitos da espontaneidade, evidente se afigura a improcedência do presente Auto de Infração, razão pela qual, divergindo do voto condutor, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 0945827180/08, lavrado contra **J. B. ALVES E BORGES (J.B. DISTRIBUIDORA)**.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Fauze Midlej, Márcio Medeiros Bastos e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO – Conselheiros (as): Mônica Maria Roters e Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2009.

TOLSTOI SERARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATOR/VOTO VENCIDO

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS