

A. I. N° - 123804.0051/07-8
AUTUADO - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.
AUTUANTE - NORMANDO COSTA CORREIA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 06.07.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0191-04/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NA FRONTEIRA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO PARA EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/02/2007, exige ICMS no valor de R\$ 112.306,06, e multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 57 a 76, apresentando as seguintes alegações:

Inicialmente, no tocante à exigência do diferencial de alíquotas na aquisição de bens de outras unidades da Federação, para posterior revenda, argumenta não haver fundamento legal nem constitucional para a mesma, bem como que não há que se cogitar de antecipação tributária no ordenamento jurídico nacional que não seja a prevista no §7º do artigo 150 da Constituição Federal, ressaltando que este enquadramento tem dificultado o contato e as negociações da empresa com terceiros.

Alega que, por meio da cobrança da diferença de alíquotas, está o fisco estadual almejando estabelecer uma igualdade de tratamento fiscal entre as mercadorias adquiridas internamente, que são tributadas com alíquota cheia, e as mercadorias adquiridas de outros Estados, as quais são oneradas com percentual reduzido, característico das alíquotas interestaduais, ressaltando a inconstitucionalidade da referida exigência, tendo em vista que o poder constituinte estatuiu a regra de aplicação de alíquotas inferiores para as operações interestaduais, conforme inciso VI do §2º do artigo 155 da Constituição Federal, autorizando de forma excepcional a cobrança do diferencial de alíquotas em operações específicas.

Nesse contexto, defende a improcedência da exigência do diferencial de alíquotas com base na alegação de que não se trata de operações que destinem bens ou serviços a consumidor final contribuinte do imposto, mas sim a adquirente de mercadorias que seriam objeto de posterior revenda, bem como que a presente cobrança do diferencial de alíquotas não encontra guarida na Lei Complementar 87/96.

Argúi, ainda, que a legislação apontada pelo autuante para dar fundamentação à exigência antecipada do imposto vai de encontro com o princípio da legalidade, bem como que a cobrança

do ICMS nas circunstâncias do caso em tela constitui verdadeiro regime especial punitivo de exigência do tributo, o que violaria a Constituição Federal, salientando que a ação fiscal não poderia ter agido durante o trânsito das mercadorias, invocando o disposto no artigo 1º da Portaria nº 114/04.

Com base nos princípios do livre exercício da atividade econômica e da estrita legalidade que deve ser corolário da atuação do fisco, alega mais uma vez que a ação fiscal efetuada violou as normas constitucionais, ao ter coagido a empresa a pagar o tributo mediante a inviabilização do exercício de sua atividade econômica, transcrevendo as súmulas 547, 70 e 323 do STF.

Com relação à multa aplicada, argumenta que sua incidência imprime no crédito tributário o vício do confisco, refutando o método utilizado pelo autuante para definir o seu valor, o qual usa como base de cálculo o valor comercial das mercadorias, aproveitando a base de cálculo do próprio ICMS e utilizando o percentual de alíquota, ressaltando que o montante final equivale praticamente ao valor em dobro do tributo, suficiente para superar até mesmo a renda anual da empresa.

Por derradeiro, sustenta que não infringiu os dispositivos apontados pela ação fiscal, assim como que o não recolhimento alegado não causou prejuízos ao erário público, informando que por meio de procedimentos futuros de saídas o imposto será apurado e recolhido.

Ante o exposto, requer seja o presente Auto de Infração julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal às fls. 107 e 108, sustentando a procedência da autuação sob a alegação de que, embora o autuado venha cumprindo com suas obrigações fiscais, conforme demonstrativo de pagamentos que abrange o período compreendido entre 09/11/2005 e 27/04/2007, não o fez com relação ao período impugnado pela ação fiscal.

VOTO

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, e embora este Conselho de Fazenda não tenha competência para apreciar questões de inconstitucionalidade de lei, consoante o disposto no art. do RPAF/99, a seguir transcrevo o entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal, a respeito da ADIN nº 3426, como segue:

Quanto à alegação da invalidade da lei estadual sobre antecipação do ICMS, por maioria, os ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) negaram a anulação do art. 12-A da Lei nº 8.967/03, que impõe a antecipação parcial do ICMS às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independente do regime de apuração adotado pela empresa.

A Confederação Nacional do Comércio impetrou a ADIN nº 3426, sob a alegação de que os dispositivos contidos na Lei 8.967/03, do Estado da Bahia, afrontavam dispositivos constitucionais por discriminar mercadorias em razão de sua procedência e limitar a sua livre circulação, atentando ainda para os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Outro argumento rechaçado pela Corte Maior, foi de que o Estado membro não teria competência para legislar sobre comércio interestadual e estabelecer alíquotas, pois com base no Parecer da Procuradoria Geral da República, foi dito que a Constituição Federal estabelece no artigo 155, inciso II, a competência dos Estados – membros para disciplinar e cobrar o ICMS. Além disso, a antecipação parcial está expressamente autorizada na Constituição Federal, no artigo 150, § 7º, concluindo o relator, ministro Sepúlveda Pertence que “o Estado pode cobrar o recolhimento antecipado do tributo antes mesmo da ocorrência do fato gerador daqueles que irão comercializar o produto. Dessa forma observa-se a ocorrência da substituição tributária, fenômeno aceito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

“O cerne da questão é a fixação da entrada da mercadoria no território do estado como o momento para o recolhimento do ICMS, ocorrendo a antecipação de parte do valor devido”,

avaliou o ministro. Ele ressaltou que os estados detêm competência legislativa plena para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

Também foi firmado o entendimento de que não houve lesão aos artigos 22, inciso VIII e 155, § 2º, inciso VI da CF, pois não houve invasão da competência legislativa da União de legislar sobre comércio, como também não houve desrespeito à competência do Senado Federal, competente para estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais.

No mérito, verifico que embora na descrição dos fatos constante no auto de infração, não conste que a infração refere-se à antecipação parcial, os demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 06, 19, 32, são claros quanto à cobrança relativa à antecipação parcial do ICMS, e discriminam a base de cálculo do imposto consoante a previsão do artigo 60, inciso IX do RICMS/97.

As cópias das notas fiscais, encontram-se às fls. 07 a 18, 20 a 31, e 33 a 51 do PAF, relativas às operações de transferência de outra unidade da Federação, de bebidas alcoólicas, tais como conhaque, vinho tinto, vodka, vermouth, dentre outras.

Ademais, a ampla defesa efetuada pelo sujeito passivo, demonstra seu pleno entendimento sobre a acusação relativa à antecipação parcial do imposto, prevista no art. 352-A do RICMS vigente, invocando o disposto no artigo 1º da Portaria 114/04, aplicável à espécie.

De acordo com o art. 352 A do RICMS vigente, ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

A multa aplicada de 60% é legal e encontra respaldo no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **123804.0051/07-8**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 112.306,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR