

AI. N° - 087163.0169/06-3
AUTUADO - ROSIENE DA SILVA COSTA
AUTUANTE - JOSÉ SÍLVIO LEONE DE SOUSA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 04.03.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0028-04/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência fiscal subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/07, exige ICMS no valor de R\$6.943,24, acrescido da multa de 50% em razão da seguinte irregularidade: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado, representado por advogado legalmente constituído, apresenta impugnação às fls. 56 a 65 e diz que em relação à descrição da irregularidade, o tributo objeto do lançamento consubstanciou “antecipação parcial” de ICMS decorrente da aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação enquanto que a questão que se põe é a possibilidade de realização da referida cobrança, que não se trata de antecipação do imposto, mas sim de cobrança de diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias para posterior revenda.

Cita o art. 12 da Lei 7.014/96 e argumenta que o Estado da Bahia está a pretender exigir não outra coisa senão a diferença de alíquota entre a interna e a interestadual, para produtos adquiridos de outros Estados da Federação, destinados a ulterior comercialização.

Diz que de fato, o valor destacado na nota é aquele decorrente da aplicação de alíquota interestadual sobre o valor da aquisição, sendo assim, a subtração do valor destacado na nota, do valor resultante da aplicação de alíquota interna sobre o preço da mercadoria, resulta na própria aplicação do diferencial de alíquota sobre o preço da mercadoria na operação interestadual.

Afirma que esta exigência não se trata de antecipação tributária, tendo em vista que a base de cálculo da cobrança não é um valor estimado de uma operação futura, com margens acrescidas presumidas, mas sim, o valor da própria operação interestadual.

Transcreve o art. 23, III da Lei 7.014/96 e o art. 4º do CTN, destacando que o exame do binômio base imponível/hipótese de incidência indica o caráter de diferencial de alíquota da exigência. Argumenta que sendo diferencial de alíquota, cai na vala da ilegalidade, pela ausência de previsão normativa na Lei Complementar do ICMS, que prevê a cobrança do diferencial de alíquota tão somente na hipótese de aquisição de bens e serviços por consumidor final

contribuinte do imposto (art. 6º, §1º e art. 13, §3º da Lei Complementar 87/96), hipótese distinta da exigida na presente autuação, que se trata de mercadorias para posterior revenda.

Alega que as únicas hipóteses em que a citada Lei Complementar autoriza a exigência do diferencial de alíquota nas operações interestaduais são: na prestação de serviços interestadual (art. 14, §3º da LC 87/96, com redação dada pelas LCs nºs. 92/97, 99/99, 102/00 e 114/02) destinada a consumidor final contribuinte do imposto; ou mesmo no caso de operações interestaduais com substituição tributária que destinem bens e serviços a consumidor final contribuinte do imposto (art. 6º, § 1º do mesmo diploma legal).

Afirma que na medida em que a técnica utilizada pela legislação tributária foi a de definir as materialidades sobre as quais cada tributo poderá disparar sua incidência, e que somente a ocorrência daquele fato pode suscitar o nascimento da obrigação tributária. A antecipação tributária é uma exceção devidamente prevista na lei, e no caso do ICMS esta lei é a Lei Complementar nº. 87/96.

Alega que no seu entendimento a única possibilidade legal e possível para excepcionar-se a exigência do imposto sem prestar reverência aos princípios do fato gerador, da tipicidade cerrada e da rígida repartição de competências em matéria tributária, para cobrar a exação sem a ocorrência do fato imponível, é aquela em que se imputa a responsabilidade, por substituição ao pagamento do imposto antecipado nos termos do art. 6º da LC 87/96, corroborado pelo art. 37 da LC 101/00, que veda expressamente qualquer outra possibilidade tributária diferente daquela prevista no art. 150, § 7º da CF-88.

Aduz que a Lei Complementar do ICMS, por sua vez, na mesma esteira, prevê a possibilidade de exigência antecipada do imposto exclusivamente na hipótese de substituição tributária (art. 6º, § 1º da LC 87/96) e que, não havendo previsão em Lei Complementar para a exigência do tributo antecipado, falta fundamento para o ato do fisco estadual, que restringe o legislador ordinário a operar, no tocante ao ICMS, mais ainda do que nos demais impostos previstos na Constituição, dentro da moldura traçada pelo legislador complementar.

Assevera que definidos os lindes dentro dos quais deve operar a fiscalização da administração pública na exigência dos créditos fiscais, temos que ao ultrapassar esses limites faz cair o Fisco na ilegalidade, motivo pelo qual, finaliza a defesa, pedindo a total improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 70 diz que a defesa se insurge contra o Decreto de nº 6.287/97, especificamente no seu art. 352-A e art. 125, II, § 7º e § 8º combinado com o art. 61, IX, não tendo em nenhum momento o defendant alegado que tinha recolhido o ICMS referente às mercadorias adquiridas em outros Estados da Federação que foram destinadas à comercialização. Finaliza pedindo pela manutenção total do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias para comercialização em outros Estados.

Na defesa apresentada, o autuado alegou que o imposto ora exigido se equipara a ICMS da diferença de alíquota, cuja legislação restringe sua exigência nas operações de aquisições de material de uso/consumo e ativo, bem como não se trata de ICMS substituto, haja vista que não se trata de antecipação tributária, tendo em vista que a base de cálculo da cobrança não é um valor estimado de uma operação futura, com margens acrescidas presumidas, mas sim, o valor da própria operação interestadual, o que foi contestado pelo autuante na sua informação fiscal.

Da análise dos elementos constantes do processo, constato que conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais acostadas às fls. 6 a 53, se trata de aquisições de mercadorias em outras unidades

da Federação destinadas a comercialização. O ICMS antecipação parcial foi instituído pela Lei 8.967/03, que inseriu o art. 12-A na Lei nº 7.014/96, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2004, o qual foi inserido no art. 352-A do RICMS/BA, cuja hipótese de incidência é a aquisição interestadual de mercadorias para fins de comercialização. Portanto, ao contrário do que afirmou o defendant, existe previsão legal para a exigência desta modalidade do ICMS e não se trata de incidência de imposto sob mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (antecipação total) e nem da incidência do imposto sobre a aquisição de mercadorias destinadas ao ativo permanente ou uso/consumo do estabelecimento (diferença de alíquota).

Devo ressaltar que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. Além disso, por maioria, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADIN 3426, negaram a anulação do artigo 12-A da Lei Estadual 8.967/03, da Bahia, feito pela Confederação Nacional do Comércio. Assim, continua valendo o dispositivo que alterou a Lei do ICMS no Estado (7.014/96), impondo a antecipação parcial do imposto às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa, por entender que o artigo 155, inciso II da Constituição Federal, institui competência aos Estados-membros para disciplinar e cobrar este imposto, situação expressamente autorizada no artigo 150, parágrafo 7º da Carta Magna, inclusive o Estado da Bahia observou o tratamento favorecido as empresas de pequeno porte e as microempresas, assegurando as obrigações tributárias destas, disposta na Lei 7.357/98.

Diante do 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 n.º 087163.0169/06-3, lavrado contra **ROSIENE DA SILVA COSTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.943,24**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR