

A. I. N° - 269114.0705/07-7
AUTUADO - E. P. COMÉRCIO DE ROUPAS INFANTIS E ACCESSÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08.04.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0068-04/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência de acordo com o instituído pela Lei nº 8.967/03. As mercadorias constantes das notas fiscais anexas ao PAF não estão compreendidas entre as hipóteses de exceção. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Infração procedente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, exige ICMS, totalizando o valor histórico de R\$ 21.757,92, e multa de 50%, em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 147 a 151, com suporte nas seguintes alegações:

Primeiramente, argüi a inconstitucionalidade da adoção da Antecipação Parcial aos optantes pelo SIMBAHIA, sob a justificativa de que o referido regime viola o princípio da capacidade do contribuinte, haja vista que configura bitributação a cobrança do ICMS nas operações de compra e venda da mesma mercadoria, em desrespeito ao que prescreve o §1º do inciso III do artigo 145 da Constituição Federal, nos termos do qual, os tributos devem ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, além de transgredir os princípios da não-cumulatividade e do tratamento desigual, na medida em que, ao não permitir aos optantes do SIMBAHIA realizar a compensação do ICMS, desrespeita também o comando previsto no inciso II do artigo 150 da Carta Magna, dispositivo que veda aos poderes de quaisquer esferas, seja federal, estadual, distrital ou municipal, instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes.

Quanto à matéria de fato, alega que não deveria ter sido aplicada a alíquota de 17% sobre a base de cálculo da infração, mas sim as inerentes ao regime simplificado, conforme acórdão JJF nº 0345-02/06 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, relativo ao Auto de Infração 087163.0018/06-5.

Com base nas razões acima, propugna pela nulidade do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal à fl. 159, nos seguintes termos:

Declara que não procede o argumento do autuado de que deveriam ter sido aplicadas as alíquotas próprias do SIMBAHIA, posto que “a alíquota depende da alíquota de origem”, ressaltando que não há previsão legal para que o fisco proceda como pretende o autuado.

No que concerne à matéria de direito aventada na peça impugnatória, assevera que questões constitucionais fogem do âmbito da informação fiscal.

Ante o exposto, opina pela manutenção da ação fiscal.

VOTO

Em análise preliminar, cabe salientar que o presente auto de infração atendeu em sua lavratura, às formalidades essenciais para sua existência e validade, a teor do que dispõe os arts. 38 e 39 do RPAF/99, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e o contribuinte recebeu cópia dos demonstrativos.

Ressalto que não se incluem na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme art. 167, I do RPAF/99.

Não obstante tal fato, considero de bom alvitre relatar o entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal, a respeito da ADIN nº 3426, impetrada pela Confederação Nacional do Comércio contra a cobrança da antecipação parcial do ICMS 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, afrontava 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.

Ultrapassada as questões preliminares, adentro ao mérito da lide, na qual está sendo exigido ICMS referente à antecipação parcial, consoante demonstrativo de fls. 12 a 14, bem como da

antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme demonstrativo de fl. 15.

A cobrança relativa à antecipação parcial de ICMS, tem seu momento nas entradas, neste Estado, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, e não tendo sido pago o imposto, no momento próprio, acarreta a aplicação da multa de 50%, sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago naquele momento.

A antecipação parcial do ICMS está inserida entre as três modalidades de substituição tributária, legalmente previstas, a saber: a) por diferimento; b) por retenção do imposto (substituição tributária propriamente dita), e a c) antecipação tributária, sendo que neste ultimo caso, o contribuinte faz o recolhimento antecipado do ICMS que incidirá nas operações que ainda realizará.

Está expressamente prevista no art. 352-A do RICMS que dispõe: “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.”

Também está sendo exigido o ICMS relativo à antecipação tributária referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, consoante demonstrativo de fl. 15, e cópias de notas fiscais, fls. 81, 122, 126, 128, 136, referente a calçados, tendo sido aplicada a MVA de 35%, consoante previsão do Anexo 88 do RICMS/97.

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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar.

Não tendo sido comprovado o pagamento em momento anterior à ação fiscal, considero legítima a exigência fiscal, haja vista que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a acusação fiscal com as provas de que disponha.

Quanto ao mencionado Acórdão JJF nº 0345-02/06, não se aplica no presente caso, pois ali, a defesa refere-se ao fato de constar no demonstrativo de débito a alíquota de 17%, tendo sido esclarecido no voto que aquela indicação refere-se meramente ao programa do computador, que compatibiliza a alíquota de 17% ao imposto anteriormente apurado. Não tem relação com o percentual aplicável às empresas enquadradas no regime do Simbahia.

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 **269114.0705/07-7**, lavrado contra **E. P. COMÉRCIO DE ROUPAS INFANTIS E ACCESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.757,92**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, ”b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR