

**A. I. N°** - 018184.1201/07-5  
**AUTUADO** - ZUEIRA CALÇADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 14.08.08

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0221-04/08

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações comprovadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS 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, 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. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NA FRONTEIRA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO À EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. É devido 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. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/12/2007, exige ICMS no valor de R\$ 95.826,05, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 1.832,71 e multa de 50%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 221,32 e multa de 50%.
3. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 3.128,38 e multa de 50%.
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS. ICMS de R\$ 63.069,88 e multa de 60%.

5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. ICMS de R\$ 1.549,71 e multa de 60%.
6. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização. ICMS de R\$ 1.831,73 e multa de 60%.
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS de R\$ 61,60 e multa de 60%.
8. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97. ICMS de R\$ 24.130,72 e multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado ingressa com defesa, fls. 518 a 534, e inicialmente reclama da aplicação da pena sendo que seu critério de aplicação deve ser o prejuízo a que foi submetido o fisco, o que não ocorreu, pois o percentual de 100% não passa de pena confiscatória, repudiada pela Carta Magna.

Nesse sentido cita a doutrina, e ressalta que a Câmara dos Deputados aprovou a Lei nº 9.298/96, limitando as multas no comércio a 2%, compatíveis com os índices de inflação existentes no país, no que não é respeitado pelo Governo, denominando-as de encargo legal, acréscimo moratório etc.

Menciona decisão da Suprema Corte, RE 92.165/MG que considera confiscatória multa em percentuais de 100% e entende que o Judiciário deve intervir no sentido de fazer prevalecer o critério da proporcionalidade da pena, sem confiscos e sem excessos.

Aduz que o auto de infração fere o princípio do não confisco e o da capacidade contributiva, quando se compara seu valor com o do capital social do suplicante.

No mérito, na infração 01, assevera que a defendente recolhe seu ICMS em dia e que a acusação será objeto de investigação perante sua contabilidade e funcionários do setor financeiro.

Nas infrações 02 e 03, alega que a exigência fiscal é inconstitucional, cruel e descabida, pois a legislação que criou a antecipação parcial do ICMS para os pequenos e médios empresários da Bahia, bate de frente com o art. 179 da C. Federal, que devem ter tratamento jurídico diferenciado.

Utiliza o mesmo argumento acima para defender a infração 04, 05 e 06 e 08.

Na infração 07, aduz que não assiste razão ao autuante, pois lançou a nota fiscal no livro Registro de Entradas, e ofereceu à tributação quando da venda. Assim, “não há o que se falar em falta de recolhimento de ICMS, mas pura e simplesmente em mudança de regime de apuração: de ICMS antecipado para regime normal de apuração”.

Requer a final, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 538 a 539, e mantém a autuação. Na infração 01, os documentos de fls. 76/77, 509 a 512, comprovam, claramente, que não houve nenhum recolhimento nos meses autuados.

Quanto à infração 07, o RICMS é claro quando veda a utilização de crédito referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Os documentos de fls. 59, 60 e 159 deixam bem claro a irregularidade.

Salienta que as demais infrações foram também pautadas no RICMS.

## **VOTO**

Inicialmente constato que o auto de infração foi lavrado em consonância com o art. 39 do RPAF/99, estando preenchidas as condições para a sua eficácia.

Quanto à alegação de multa confiscatória, esta não pode ser acatada, pois expressamente prevista na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia. Outrossim, o percentual de 2%, aplicável ao comércio, consoante a Lei nº 9.298/96, não pode ser aplicada nas relações tributárias, que possui disciplina própria.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS em decorrência da falta de recolhimento no prazo regulamentar, de operações escrituradas nos livros fiscais.

O autuante baseou-se nos lançamentos efetuados no livro Registro de Apuração do ICMS e nos recolhimentos efetuados e constantes no sistema INC da Secretaria da Fazenda, anexos aos autos, do qual resultou o demonstrativo de débito, de fls. 17 e 18, que o contribuinte recebeu cópia, sendo que no período da autuação, exercícios de 2004 e de 2005, encontrava-se no regime normal de apuração do ICMS.

O contribuinte não comprovou que as parcelas mensais de ICMS que lhe estão sendo exigidas, efetivamente, foram pagas antes da ação fiscal, razão porque mantenho a autuação na íntegra, devendo ser recolhido os valores referentes aos meses de julho, agosto e dezembro de 2004, janeiro, fevereiro, março, e maio de 2005.

Infração procedente.

Na infração 02, está sendo exigido o ICMS por antecipação, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de março de 2003.

O sujeito passivo, em sua peça de defesa, alega que a cobrança da antecipação parcial é inconstitucional, mas, na verdade não se trata de tal acusação, haja vista que a infração refere-se às mercadorias calçados, enquadradas no regime de substituição tributária, art. 353, item 32 do RICMS/97, cujas aquisições foram detectadas através de notas fiscais não registradas nos livros fiscais da empresa, conforme planilha de fl. 43, sendo que o livro Registro de Entradas encontra-se às fls. 71/72, não constando o registro das notas fiscais objeto da autuação.

Não há comprovação do pagamento do imposto ora exigido, razão porque mantenho a infração na íntegra.

A infração 03 tem a mesma tipicidade, mas com relação ao ICMS que teria sido recolhido a menos, no mês de maio de 2003, conforme demonstrativo de fls. 43 a 44.

Mais uma vez o sujeito passivo não comprovou a sua regularidade, ficando mantida a infração.

A infração 04, e a infração 08 versam sobre a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de calçados, em outras unidades da Federação, mercadoria compreendida no art. 353, II do RICMS/97.

O período objeto da autuação inicia-se em julho de 2003, estendendo-se aos exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007.

A defesa não apresenta a comprovação de que teria efetuado os recolhimentos do ICMS que lhe estão sendo exigidos, assim mantenho as infrações na íntegra.

A infração 05 versa sobre a antecipação parcial do ICMS que não teria sido feita e a infração 06, trata da mesma ocorrência, mas exigindo diferenças sobre o recolhimento que teria sido efetuado a menos.

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, segundo o art. 352-A do RICMS/97, em cumprimento ao instituído na Lei nº 8.967/03.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da antecipação parcial, 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 nº 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.

Deste modo, por não ter o contribuinte elidido a infração, através da comprovação dos valores ora exigido, anteriormente à ação fiscal, mantenho as infrações em sua totalidade.

Na infração 07, foi detectado que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, referente à nota fiscal nº 8558, anexa aos autos.

A conduta do contribuinte encontra-se vedada no art. 97, inciso IV, “b” do RICMS/97, e não foi trazida aos autos, pela defesa, qualquer comprovação em sentido contrário à acusação, esta baseada nos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entrada de Mercadorias, Registro de Apuração do ICMS e fotocópia da nota fiscal, fls. 59, 60 e 159 do PAF.

Quanto à alegação de que a mercadoria teria sido tributada no momento da saída, o contribuinte não trouxe ao processo nenhuma prova de sua assertiva.

Infração mantida.

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 nº **018184.1201/07-5**, lavrado contra **ZUEIRA CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **R\$ 95.826,05**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 5.182,41 e de 60% sobre R\$ 90.643,64, previstas no art. 42, I, “a”, “b”, item 1, II, “d”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR