

A. I. Nº - 298629.0007/08-4
AUTUADO - BORTOLON COMÉRCIO DE FRUTAS E VERDURAS LTDA.
AUTUANTE - IARA ANTÔNIA DE OLIVEIRA ROSA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 03.04.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. No caso concreto, tendo identificado o sujeito passivo na atividade de comércio de frutas, verduras, hortaliças, legumes, adquirindo mercadorias de outras unidades da federação para fim de comercialização, e não estando as frutas inclusas entre as beneficiadas pela isenção, resta configurado o dever de pagar a antecipação parcial. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/09/2008, refere-se à exigência de R\$ 109.911,24 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto relativo às irregularidades, à seguir relacionadas.

01. 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. Julho-dezembro/04 – R\$ 95.638,44.

02. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Março – junho/04 – R\$ 14.272,80.

O autuado apresentou impugnação (fls. 197 a 199), alegando preliminarmente que o auto de infração nasceu com “princípios de ilegalidade e inconstitucionalidade”, visto que tem por base a falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial referente aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, o que viola o art. 150, V, CF/88, a livre circulação das mercadorias e ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Afirma que tal cobrança foi condenada por representante do Ministério Público e que o Estado da Bahia ao editar lei nesse sentido, fora dos lindes determinados na Constituição Federal e da Lei Complementar 87/96, terminou por infringir legislação hierarquicamente superior, editando, pois lei inconstitucional.

Diz, portanto, não existir fato gerador para a antecipação parcial e que quando a lei fala em fato gerador presumido, que ocorrerá no futuro, afronta ao art. 5º, II, CF/88, uma vez que é defeso “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Especificamente no caso de maçã, pêra e alho, diz que a cobrança de imposto antecipado, ainda que parcial, implica numa antecipação de imposto sobre mercadorias perecíveis, que pode nem mesmo ser comercializadas, face sua curta durabilidade e características singulares.

No mérito assegura que é contribuinte do ICMS do regime normal e credora de valor extremamente superior ao levantado pela fiscalização. Insiste que acumula créditos em função de sua atividade de hortifrutigranjeiro, movimentando em sua maior parte com mercadorias isentas e não tributáveis, mas que adquire outras mercadorias sujeitas à tributação.

Reconhece a previsão da antecipação no regulamento de ICMS, afirmando, no entanto, que não houve prejuízo para o Estado, uma vez que o imposto devido está lançado em conta corrente e o Estado receberá quando o contribuinte fizer a apuração. Completa que o Estado da Bahia não deve querer ser taxado de afrontar a constituição, nem tampouco utilizar mecanismos prejudiciais ao contribuinte. Diz por fim que o não pagamento da antecipação parcial diminui o crédito do contribuinte junto ao Estado.

Pede a improcedência do auto de infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 203/204 diz não ter competência para discutir a ilegalidade ou inconstitucionalidade da antecipação parcial do ICMS, mas destaca que tal instituto alcança todos os contribuintes conforme disposto no art. 352-A, RICMS; quanto à existência de créditos fiscais não foi anexado qualquer documento comprobatório, além da falta de previsão legal para pagamento de antecipação parcial com a utilização desses créditos.

Mantém os termos do presente auto de infração.

VOTO

Cuida o presente auto de infração de proceder à exigibilidade de ICMS decorrente da falta de recolhimento ou recolhimento feito a menos em relação a chamada antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos termos do art. 12-A, Lei nº 7.014/96.

Antes, discorrermos acerca de alguns princípios de direito tributário questionados em sede preliminar pelo autuado.

01 – Princípio da Legalidade – governando todo o ordenamento, o princípio da legalidade, veiculado no art. 5º, II, CF/88, impõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dentre os mais relevantes princípios a reger a tributação no Brasil, está aquele insculpido no art. 150, I, CF, que igualmente proíbe “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Ainda que não caiba a esse relator a apreciação de inconstitucionalidades das Leis, oportuno observar, em função da provocação do autuado, que a Lei nº 8.967/03, cuja atividade legislativa desenvolvida na sua elaboração obedeceu aos procedimentos prescritos na Constituição, estabeleceu, no Estado da Bahia, a exigência da Antecipação Parcial do ICMS. Portanto, não vislumbro qualquer ofensa ao princípio invocado pelo autuado uma vez que o fato jurígeno encontra-se subsumido na disposição legal.

02 – Livre circulação de mercadorias – princípio previsto no art. 150, V CF. A antecipação parcial também não constitui ofensa a este princípio, por decisão do STF que considerou constitucional o art. 12-A da Lei Estadual 7.014/96, após a apreciação do pedido de anulação do citado artigo feito por meio da ADIN 3426, assinado pela Confederação Nacional do Comércio (CNC). Assim, continua valendo o dispositivo que alterou a Lei do ICMS no Estado, impondo a antecipação parcial do imposto às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa. Assim não se observa na norma afronta a dispositivos constitucionais por discriminar mercadorias em razão de sua procedência, limitar livre circulação, bem como impedir o princípio da livre iniciativa ou livre concorrência, conforme questionados pelo autuado e discutidos na mesma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ultrapassadas as questões de início, adentramos ao mérito.

Argumenta o autuado que, sendo contribuinte do ICMS cadastrado no regime normal, possui créditos acumulados em função da sua atividade hortifrutigranjeira, negociando a maior parte das mercadorias de tributação isentas e não tributáveis, adquirindo, no entanto, outras mercadorias sujeitas à tributação. O fato de não ter feito a antecipação parcial, saliente, não causou prejuízo ao Estado, inclusive colabora para diminuir o saldo credor do contribuinte perante o Estado.

Examinando os autos do processo verifico que a Auditora Fiscal anexou, fls. 14/20, levantamento fiscal discriminando período, valor, notas fiscais de aquisição dos produtos comercializados pelo autuado. Além de cópias dos documentos fiscais, juntados às fls. 21/191.

As operações se referem à compra de maçã, pêra e alho, mercadorias tributadas regularmente à alíquota de 7%, porque provenientes de fornecedores localizados nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Oportuno ressaltar que as cópias dos documentos fiscais que instruem o presente processo foram capturadas do sistema CFAMT (controle fiscal automatizado de mercadorias no trânsito), dado conhecimento ao contribuinte, com entrega de cópia, conforme faz prova documento de fl. 192.

A exigência de ICMS por antecipação parcial, além das considerações já feitas preliminarmente, tem disposição legal a seguir anunciada:

De acordo com a disciplina expressa no art. 155, § 2º, inciso VII, "b", da Constituição Federal, as alíquotas interestaduais são aplicáveis apenas nas operações destinadas a contribuintes do imposto. Portanto, as aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, realizadas por quem não seja contribuinte do ICMS, deverão ser feitas com alíquota cheia do Estado de origem.

Nesse sentido, no Estado da Bahia, o ICMS antecipação parcial foi instituído pela Lei de nº 8.967/03, que no seu art. 2º acrescentou os seguintes dispositivos à Lei nº 7.014/96:

I - o art. 12-A, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2004:

“12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

O Decreto 8.969/04 regulamenta a norma no art. 352-A, RICMS/BA da forma abaixo descrita e com efeitos igualmente a partir de 01.03.04:

“Art. 352-A. 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”.

Assim, da análise dos dispositivos acima mencionados, conclui-se que o elemento essencial para a incidência da antecipação parcial é a aquisição interestadual com o intuito de comercialização, de revenda posterior. No caso concreto, identificado o sujeito passivo na atividade comércio de frutas, verduras, hortaliças, legumes, adquirindo mercadorias de outras unidades da federação para fins de comercialização, não estando incluídas as frutas, entre aquelas beneficiadas por isenção, resta configurado o dever de pagar a antecipação parcial. O próprio autuado, além de reconhecer, como o faz expressamente na incidência da antecipação parcial, efetuou recolhimentos em alguns meses.

Nesse sentido, é a própria lei que delimita o alcance da imposição tributária, afastando da incidência, as operações internas que sejam acobertadas por isenção, não incidência ou nas situações que encerrem a fase de tributação (art. 12-A, § 1º, Lei nº 7.014/96). No caso concreto, as frutas adquiridas estão regularmente sujeitas à tributação.

Inócuo, portanto, o argumento defensivo de que mantém créditos fiscais, em função da aquisição de também mercadorias sujeitas à tributação. Quis se referir, provavelmente, a aquisição de mercadorias tributadas no mercado interno, com a alíquota de 17%. A manutenção dos créditos, ainda que existentes – o autuado não junta provas nesse sentido, não teria o condão de impedir o nascimento da obrigação tributária em questão.

Posto isso, fica evidenciada a ocorrência da antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independente do regime de apuração adotado, restando caracterizada, portanto, as

infrações 01 e 02 e procedente a exigência de ICMS respectivamente nos valores de R\$ 95.638,44 e R\$ 14.272,80.

Face ao 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 **298629.0007/08-4**, lavrado contra **BORTOLON COMÉRCIO DE FRUTAS E VERDURAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 109.911,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR