

A. I. N° - 269369.0008/18-9
AUTUADO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS METÁLICOS DA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.12.2018

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0006-06/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Todavia, restou evidenciado que apesar do autuado não ter efetuado a antecipação parcial do ICMS, as mercadorias foram tributadas normalmente nas operações de saída. Nessa situação, é cabível a aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, C/C §1º da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, exige ICMS no valor de R\$991.037,69, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96, em face da seguinte imputação, relativa aos meses de janeiro a julho de 2017:

Infração 01 – 07.15.01: “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”. Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96.

Na impugnação apresentada às fls. 21/35, o autuado, através de seus advogados, inicialmente aborda a tempestividade da peça defensiva e faz uma síntese dos fatos que ensejaram a infração a ele imputada, inclusive transcrevendo sua tipificação legal.

Aduz que do dispositivo legal mencionado nos autos, verifica-se que o instituto da “antecipação parcial tributária” corresponde ao recolhimento parcial antecipado do ICMS devido pelo contribuinte por sua operação seguinte de saída.

Explica que uma vez recolhido antecipadamente parte do ICMS devido em operação futura, estará o contribuinte autorizado a abater tal montante quando do recolhimento do imposto na operação seguinte da saída da mercadoria de seu estabelecimento, posto que parte do tributo incidente naquela operação fora antecipado.

Acrescenta que, no entanto, caso o contribuinte não recolha o ICMS antecipadamente, mas, no momento da saída da mercadoria de seu estabelecimento proceda ao regular recolhimento do tributo, fato é que o Fisco não sofrerá prejuízos, posto que o tributo foi efetivamente recolhido na íntegra, sendo somente postergado o seu recolhimento aos cofres estatais.

Nesse sentido, afirma que recolheu a integralidade do ICMS quando deu saída de todas as mercadorias, sendo a pretensa cobrança de antecipação parcial do tributo completamente indevida.

Informa que está apresentando planilha (doc. 02), vinculando cada Nota Fiscal de Saída mencionada pelo Fiscal com o respectivo DANFE (doc. 03), correspondentes às mercadorias,

comprovando que houve o destaque do ICMS, e ressaltando que o pagamento do imposto se deu com crédito apurado no período.

Acrescenta que tendo o tributo sido integralmente recolhido, chega-se a conclusão de que não houve qualquer prejuízo financeiro para o erário público.

Em seguida, o autuado passa a questionar a constitucionalidade do instituto da antecipação, entendendo que o mesmo viola o art. 150, §7º, da Constituição Federal.

Transcreve ensinamentos do Professor Mauricio de Barros, com o intuito demonstrar a diferença dos institutos da substituição tributária, cuja constitucionalidade não se discute por hora, e da antecipação parcial, cuja inconstitucionalidade considera flagrante.

Entende que ao possuir o único intuito de antecipar o pagamento de valores presumidos antes de realmente ocorrido o respectivo fato gerador, sem que houvesse alguma facilidade prática que justificasse o reconhecidamente excepcional recolhimento antecipatório, possui nítida distinção objetiva quanto ao disposto no art. 150, §7º da Constituição Federal.

Alega que a “antecipação sem substituição” não pode se aproveitar do desiderato sob o qual se fundou a criação do instituto da substituição tributária, uma vez que aquela não busca a facilitação da atividade fiscalizadora, mas sim mera antecipação de valores que seriam recolhidos adiante, perdendo o caráter de excepcionalidade que lhe deveria ser peculiares.

Traz ainda à baila, ensinamentos do professor Aroldo Gomes de Mattos, que sintetiza todos os vícios incorridos quando da instituição da “antecipação sem substituição”.

Transcreve, ainda, algumas palavras de Aliomar Baleeiro proferidas como Relator do RE 68.971/SP, e ensinamento de Roberto Siqueira Campos e Alberto Xavier, com o objetivo de amparar sua tese.

Conclui a peça defensiva, abordando o princípio do não-confisco e da razoabilidade, por considerar que a multa imputada de 60% é abusiva.

Aduz que a fixação de multa equivalente a R\$594.622,61 (quinhentos e noventa e quatro mil, seiscentos e vinte e dois reais e sessenta e um centavos), vai muito além do intuito de punir a prática do contribuinte para transmudar-se em ferramenta indireta de arrecadação tributária, estabelecendo, na prática, uma dupla incidência do tributo ou, até mesmo, na multiplicação da alíquota estabelecida pelo legislador para a cobrança do ICMS incidente na operação, que, como é evidente, confere vestes de expropriação à exigência fiscal, atacando o patrimônio do contribuinte.

Entende como flagrante a presença da natureza confiscatória na multa sob questão, prática inclusive vedada pela Constituição Federal, em seu artigo 150, IV, que transcreve.

Colaciona trecho de ensinamento do Professor Roque Antônio Carrazza, sobre o princípio do não-confisco. Assevera que tal princípio revela a intenção do Constituinte de evitar que o patrimônio particular seja anulado com a tributação, o que poderia ocorrer caso se admitisse uma multa muito elevada.

Conclui, colacionando Acórdão da Primeira Turma do STF, em Agravo Regimental da ADI 1.075-MC/DF, bem como lições dos doutrinadores Sacha Calmon Navarro Coêlho e Misabel Abreu Machado Derzi, visando amparar o entendimento de que a autuação instituiu penalidade em patamar superior ao recomendado pelo princípio da razoabilidade e, com isto, violou o princípio do não-confisco.

Por fim, requer a Impugnante que sejam acolhidos os fundamentos suscitados, declarando-se a nulidade do presente lançamento, ou, caso assim não se entenda, que, no mérito, seja declarado improcedente o auto de infração.

O autuante, às fls. 129/130, apresenta informação fiscal, dizendo ser 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 de substituição tributária.

Reconhece, no entanto, que a antecipação parcial do ICMS devido não foi recolhida no momento próprio, porém a empresa recolheu normalmente o ICMS quando da operação de saídas das mercadorias.

Ao final, assevera ser cabível a aplicação da multa prevista no artigo 42, II “d” da Lei nº 7014/96, conforme parágrafo 1º desse artigo.

VOTO

Preliminarmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como, segue.

O Auto de Infração em lide exige ICMS e multa em decorrência da falta de recolhimento da antecipação parcial do imposto, referentes às aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de fora do Estado.

Por ocasião de sua peça defensiva, o autuado comprovou através dos documentos e planilhas às fls. 49/125, que embora não tenha recolhido o ICMS antecipadamente no momento da saída da mercadoria de seu estabelecimento, procedeu ao regular recolhimento do tributo quando deu saída às referidas mercadorias.

O próprio autuante reconheceu em sua informação fiscal a veracidade da alegação defensiva, e propôs a exigência apenas da multa percentual prevista no artigo 42, II, “d” e §1º da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrita:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”;

...

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Portanto, de acordo com a previsão legal acima transcrita, estando comprovado que o contribuinte deixou de recolher o imposto por antecipação parcial, mas comprovadamente recolheu o imposto nas operações de saída posteriores, fica dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, porém, aplica-se a multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Quanto ao argumento da constitucionalidade da lei infraconstitucional, não pode ser apreciado nesta seara administrativa, acorde art. 167, I do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Outrossim, a multa aplicada está tipificada na Lei nº 7.014/96, e também não cabe a apreciação do argumento de confisco, nem de seu caráter abusivo, pelas razões adrede mencionadas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em função da cobrança apenas da multa percentual estipulada no artigo 42, II, “d” e §1º da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269369.0008/18-9, lavrado contra **CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS METÁLICOS DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$594.622,61**, prevista no artigo 42, II, “d”, e §1º da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – JULGADORA