

A.I. Nº - 019358.0018/18-7
AUTUADO - CONFECÇÕES E COMÉRCIO NACIONAL EIRELI
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS PEREIRA DE VASCONCELOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05.06.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-02/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do ICMS, a título de antecipação parcial, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, não enquadradas no regime de substituição tributária. Afastada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 27/09/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$270.675,92, acrescido da multa de 60%, em razão da constatação do cometimento da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 07.15.04 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no período de janeiro a agosto de 2018.

Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 65 a 75, quando inicialmente assegura ser a impugnação tempestiva e após transcrever o teor da infração, revela que o lançamento se refere a suposto recolhimento fora do prazo, e a ausência de recolhimento do principal. Entretanto, diz que tal informação não tem qualquer fundamento, pois, efetuou o recolhimento do imposto conforme tabela onde relaciona os recolhimentos efetuados de janeiro a agosto de 2018.

Enfatiza que apesar do autuante ter verificado a inexistência de recolhimento do ICMS especificamente na modalidade “antecipação”, deixou de verificar a apuração mensal, os recolhimentos e os arquivos que comprovam recolhimento correto de todos os tributos devidos, tendo assim cometido um grave erro no momento da fiscalização junto ao estabelecimento, não expressando no auto de infração a realidade contábil/fiscal do contribuinte, razão pela qual deve ser declarada totalmente nula a ação fiscal.

Ressalta que é necessária uma análise sobre a data efetiva do recolhimento do tributo e a data prevista em lei para o cumprimento da obrigação, tratando-se da falta de recolhimento do ICMS por antecipação.

Explica que a Portaria nº 114/2004, permite que o estabelecimento na condição de “credenciada”, recolha o ICMS por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria, transcrevendo o art. 1º da citada portaria.

Afirma ser “credenciada” para efetuar o recolhimento do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL na forma prevista na supracitada portaria e que o imposto apurado mensalmente (regime normal) fora recolhido no dia 09 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias. Portanto, entende que recolheu o imposto antes mesmo do vencimento do prazo estabelecido pela Portaria, ainda que este não tenha recolhido com o código específico de antecipação.

Desta forma, diz não ser justo, muito menos aceitável, a imposição de penalidades quando a autuação praticada pelo Fisco por se encontrar em total desarmonia com a realidade dos fatos.

Considerando que o tributo já fora recolhido, ainda que com outro código, diz que cobrar o mesmo imposto através do auto de infração, é admitir que o contribuinte está sendo tributado novamente pelo mesmo tributo, situação vedada na doutrina, conhecida como “*bis in idem*”.

Reproduz art. 4º, inc. I da Lei nº 7.014/96 para destacar que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS o momento da saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte. Desta forma, infere que “antecipação”, não caracteriza a ocorrência da hipótese de incidência tributária e que não resta dúvida que o tributo foi recolhido antes do prazo final estabelecido pelo ente público, motivo pelo qual afirma que a infração não deve prosperar.

Cita Paulo de Barros Carvalho acerca do seu entendimento quanto ao pagamento do tributo, destacando que “*A cobrança do crédito tributário é feita por força da realização do fato jurídico descrito no antecedente da proposição normativa.*”

Explica que o fato jurídico impõe a cobrança do crédito tributário diferentemente da multa que é decorrente de um fato ilícito. Desta forma, entende que, não tendo cometido ato ilícito e tendo efetuado o recolhido o tributo, devidamente comprovado, não merece prosperar a presente autuação.

Invoca a Constituição Federal que prevê a proibição de “utilizar tributo com efeito de confisco”, no art. 150, inc. IV, cuja vedação representa um limite material ao exercício da competência tributária, inspirado nas ideias de moderação, razoabilidade e proporcionalidade e veda o confisco, impedindo a destruição da propriedade privada pelo sistema tributário (artigo 5º, inc. XXII), e protege a liberdade de iniciativa (artigo 170, caput).

Faz referência ao julgamento da ADI 1.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 24/11/2006, para enfatizar que por meio da cobrança de tributos, o Estado não deve apropriar-se da propriedade privada, nem impedir a atividade econômica.

Explica que embora o texto constitucional mencione apenas “tributos”, a orientação acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere leitura extensiva ao artigo 150, inciso IV, da Constituição a fim de aplicá-lo também às multas.

Para o Tribunal, estão limitadas pela proibição do confisco as multas fiscais como quaisquer tributos, conforme Acórdãos do STF: RE 657372, AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, 10/06/2013; AI 769089, AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ-e 14/03/2013; RE 565341, AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ-e 25/06/2012.

Admite que não há na legislação vigente definição do que seja exatamente “confisco”, tampouco a delimitação do patamar máximo aceitável para as multas fiscais, conforme o entendimento no voto do Relator Ministro Celso de Mello, 23/04/2013, Segunda Turma, DJ-e de 28/06/2013.

Assim, entende que cabe ao julgador, estabelecer se a multa ou o tributo em questão são mesmo confiscatórios e, à jurisprudência dos tribunais superiores, particularmente a do STF, oferecer, nos seus precedentes, os parâmetros a serem observados pelos Tribunais inferiores no julgamento de casos semelhantes.

Diz que durante a vigência da Constituição Federal de 1988, o STF teve oportunidade de enfrentar diversos casos onde se discutia, com base na proibição do não confisco, a constitucionalidade de multas fiscais em variados patamares. Entre os julgados de maior destaque, estão a ADI 551, de relatoria do ministro Ilmar Galvão e a ADI 1.075, de relatoria do ministro Celso de Mello, quanto à

fixação do máximo aceitável para as multas tributárias, em face do princípio constitucional da vedação do confisco.

Destaca que os dois votos fazem clara referência aos precedentes do Tribunal que reconheceram a inconstitucionalidade de multas em percentual superior a 100%.

Pontua que recentemente, o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, em sede de decisão monocrática proferida no dia 21/08/2013, nos autos do Recurso Extraordinário nº 754.554/GO, considerou inconstitucional a multa de 25% cobrada pelo Estado de Goiás a empresas que falsificaram ou prestaram informações erradas em notas fiscais do ICMS, por considerar a penalidade confiscatória, e destaca trecho do voto, onde o relator afirma que *“Os entes estatais não podem utilizar a extraordinária prerrogativa de que dispõem em matéria tributária para exigirem prestações pecuniárias de valor excessivo que comprometam, ou, até mesmo, aniquilem o patrimônio dos contribuintes”*.

Complementa que o autuante ao se utilizar somente da verificação de pagamentos, sem, contudo, confrontar estas informações com as informações constantes dos livros fiscais, balancetes de apuração/verificação, balanços, etc., cometeu um grave erro no momento da fiscalização junto ao estabelecimento, não expressando no auto de infração a realidade contábil do contribuinte, razão pela qual deve ser declarada parcialmente nula a ação fiscal.

Por fim, requer que seja declarado totalmente insubsistente o auto de infração; o cancelamento da infração e caso o entendimento seja no sentido de improcedência, que seja informado a forma de compensação dos valores que serão novamente recolhidos; a juntada dos documentos anexos e a produção de provas com base no artigo 123, §§5º e 6º do RPAF/99 e posteriormente, se ainda necessário, a produção de prova pericial, com base no artigo 123, §3º do mesmo diploma legal.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 104 e 105, onde inicialmente registra de forma resumida os argumentos da defesa para em seguida afirmar que a autuação é proveniente dos controles administrativos tributários do Estado em consequência da inexistência de recolhimentos do ICMS relativo as aquisições de mercadorias tributáveis em outras unidades da Federação no período fiscalizado.

Explica que a constatação é resultado do monitoramento promovido pela Central de Operações Estaduais da Diretoria de Planejamento da Fiscalização da SEFAZ, que identificou a insistência de recolhimentos do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL que o contribuinte estava obrigado a fazer, cujo pagamento deveria ocorrer até o dia 25 do mês subsequente ao do ingresso das mercadorias no estabelecimento.

Ressalta que o fato do contribuinte ter efetuado o pagamento do ICMS decorrente da apuração pela conta corrente fiscal, não o desobriga do recolhimento do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Conclui, pelo exposto, que caberá a autuada o pagamento do ICMS referente a Antecipação Parcial, restando a incumbência ao setor contábil do estabelecimento, posteriormente utilizar os créditos fiscais.

Solicita que o auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo a acusação de descumprimento de obrigação tributária principal ao deixar de efetuar o recolhimento do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, conforme relatado.

Compulsando os autos considero que estão presentes todos os elementos necessários para determinar, com segurança, a natureza da infração e o infrator, não havendo razão para decretação da nulidade do lançamento.

Também não foi identificado nos autos qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, ou inobservância de qualquer exigência contida na legislação tributária que impedisse o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa.

Portanto, no aspecto formal, o auto de infração está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos estão de acordo com o RICMS/2012, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, cujas cópias foram entregues a autuada.

Verifico que a autuada se encontra regulamente inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia cuja atividade econômica principal corresponde ao código CNAE 4781400 - COMÉRCIO VAREJISTA DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO E ACESSÓRIOS.

A acusação se fundamenta na ausência de recolhimentos do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, com base nos dados de recolhimentos de ICMS e relação das notas fiscais relativas as aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

O autuante anexa listagem das notas fiscais correspondentes as aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, destinadas a comercialização, fato facilmente comprovado pela natureza e características dos itens adquiridos e a atividade econômica da autuada.

Em sede de defesa, a autuada admite não ter procedido ao recolhimento do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL decorrente das aquisições de mercadorias em operações interestaduais.

Em função do credenciamento, que lhe permite efetuar o recolhimento do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL no dia 25 do mês subsequente ao ingresso das mercadorias no seu estabelecimento, com base na Portaria nº 114/2006, argui que ao efetuar o recolhimento do ICMS, dito normal, apurado através do conta corrente fiscal, resultado do confronto entre débitos e créditos fiscais, está em verdade, antecipando o recolhimento do imposto que deveria ser recolhido no dia 25 para o dia 09.

O recolhimento do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL está previsto na Lei nº 7.014/96 no artigo 12-A, acrescentado pela Lei nº 8.967/03 com efeitos a partir de 01/03/04, *in verbis*.

Art. 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.

Cabe destacar que a Portaria nº 114/2006, dispõe sobre o credenciamento de contribuintes para recolhimento, até o dia 25 do mês subsequente, do imposto relativo à antecipação tributária nas entradas de mercadorias no estabelecimento, oriundas de outras unidades federadas, tendo sido vigorado até 31/12/2008, em razão da publicação do Decreto nº 11.289/08, que procedeu a Alteração nº 108 do RICMS/97, alterando o §7º do art. 125 para absorver a regra prevista na citada portaria.

Não há possibilidade de se confundir o ICMS onde os débitos e créditos são apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, conforme dispõe o RICMS, previsto no art. 26 da Lei nº 7.014/96, com o imposto exigido por força do art. 12-A da mesma lei.

O fato das mercadorias serem destinadas a comercialização é fundamental para a exigência do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, consoante art. 12-A da multicitada lei. Constatado do exame das notas fiscais constantes nos levantamentos às fls. 12 a 50 que efetivamente as mercadorias se destinam a comercialização, mesmo porque a autuada não contesta o fato.

Destarte, o ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL que deveria ter sido recolhido pelo contribuinte, não se encontra incluso no ICMS decorrente da apuração mensal do imposto devido, o que impõe concluir que a autuação está correta e deve ser procedente.

Observo que o contribuinte terá direito a creditar-se do ICMS recolhido a título de Antecipação Parcial conforme previsto no §6º do art. 26 da Lei nº 7.014/96, que reproduzo.

“§6º O valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração, nos termos do art. 12-A, poderá ser escriturado a crédito, conforme dispuser o regulamento.”

Quanto ao pedido de perícia, indefiro, tendo em vista a inexistência nos autos dos pressupostos contidos nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 147 do RPAF/99, não havendo, portanto, necessidade do concurso de especialista para dirimir dúvida alguma. Ademais os elementos acostados aos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores sobre a lide.

Quanto a alegação defensiva do caráter confiscatório das multas, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista na Lei nº 7.014/96.

Portanto, não há que se falar em multa confiscatória quando aplicada com base em dispositivo legal vigente, e no presente caso, a multa foi aplicada corretamente, pois está em perfeita sintonia com o fato apurado.

Quanto as alegações de inconstitucionalidade das multas, não devem ser apreciadas face as disposições do art. 125, inc. I do Código Tributário do Estado da Bahia – Lei nº 3.956/81 e art. 167, inc. I do RPAF/99, segundo a qual não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019358.0018/18-7**, lavrado contra **CONFECÇÕES E COMÉRCIO NACIONAL EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$270.675,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR