



78 B

108

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0126271-1

APELANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

APELADA: Colorado Comércio e Representação Ltda.

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

*P
5166*

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. RECOLHIMENTO TRIBUTÁRIO ANTECIPADO. LEGITIMIDADE. PORTARIA SF Nº 177/89. LEGALIDADE. APREENSÃO DE MERCADORIA COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 323 DO STF. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. De início, consignou-se que o art. 150, § 7º, da Constituição Federal (incluído pela EC 03/93), permite que o recolhimento antecipado do ICMS ocorra com base em fato gerador presumido, com ou sem substituição tributária (nesse sentido, cf.: RMS 21.118/SE, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12/06/2007). 2. *In casu*, discute-se a possibilidade, ou não, de recolhimento antecipado de diferença de alíquotas em operações interestaduais sujeitas à tributação pelo ICMS, pagamento este realizado sem substituição tributária e no momento de entrada de mercadorias provenientes de outros Estados-membros ou do Distrito Federal, conforme disposto no art. 54, V, do Decreto Estadual nº 14.876/91 c/c a Portaria SF nº 177/89, sistemática reputada ilegal pela parte impetrante/apelante. 3. Este e. TJPE tem assentado a constitucionalidade do regime de recolhimento tributário antecipado, bem assim a legalidade da Portaria SF nº 177/89 (que dispõe sobre a cobrança antecipada do ICMS correspondente à diferença de alíquota na aquisição de mercadoria procedente de outra unidade federativa – Estado-membro ou Distrito Federal). Nesse sentido, veja-se, p. ex.: Arguição de Inconstitucionalidade nº 0049744-5/01, Corte Especial, Rel. Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves, julgado em 05/11/2007; Agravo de Instrumento nº 0034897-8, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Santiago Reis, julgado em 05/02/2002; Agravo Regimental nº 0058145-1/01, 2º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Santiago Reis, julgado em 02/06/2004; Apelação Cível nº 0055124-0, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Macedo Malta, julgado em 12/09/2000. 4. Por outro lado, reconheceu-se o acerto do *decisum* prolatado na 1ª instância ao determinar a liberação dos produtos apreendidos como medida constritiva para a exação fiscal, porquanto inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo (cf. Súmula 323/STF). 5. Reexame necessário parcialmente provido – prejudicado o apelo voluntário –, para, reformando a sentença proferida pelo Juízo de 1º grau, considerar legítimo o recolhimento antecipado do ICMS correspondente à diferença de alíquota na aquisição de mercadoria procedente de outra unidade federativa (Estado-membro ou Distrito Federal), reconhecida, contudo, a ilegitimidade da apreensão das mercadorias objeto da Nota Fiscal nº 231894, objeto do “Aviso de Retenção” de fl. 19. 6. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0126271-1, acima referenciada, acordam os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, em dar provimento parcial ao reexame necessário – prejudicado o apelo voluntário –, nos termos do voto do Relator, que integra o acórdão.

Recife, 10 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Francisco Bandeira de Mello
Des. Francisco Bandeira de Mello

Relator

AC 0126271-1



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

Red
109

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0126271-1

COMARCA: Recife

APELANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

APELADA: Colorado Comércio e Representação Ltda.

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

RELATÓRIO

Trata-se de **reexame necessário** e **apelação cível** interposta pelo Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual) contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca da Capital, que, nos autos do **Mandado de Segurança nº 001.1995.022506-2**, por reputar inconstitucional o recolhimento antecipado do ICMS na forma da Portaria SF 177/89, concedeu a ordem ali requerida, nos seguintes termos:

“Isto posto, concedo a segurança impetrada para ordenar, como de fato ordeno, à autoridade coatora, ou quem suas vezes fizer que libere as mercadorias discriminadas nos autos, e as respectivas notas fiscais, a que se refere a inicial, e se abstenha de cobrar antecipadamente o ICMS da impetrante.”

Em breve retrospecto, anoto que, na origem, a sociedade empresária Colorado Comércio e Representação Ltda. impetrou o *mandamus* em apreço alegando, em suma: (i) a ilegalidade da Portaria SF 177/88; (ii) a inconstitucionalidade do Convênio 66/88; (iii) que “a determinação da autoridade coatora em exigir antecipadamente o ICMS é *flagrantemente ilegal e abusiva em face de estar a negar (...) [m]andamento constitucional, além de constituir embaraço à livre circulação de mercadorias*”; (iv) que “Quanto a exigência do pagamento de imposto, o que busca a impetrante é o direito de fazê-lo somente no momento oportuno, qual seja após a ocorrência do fato gerador”.

Pugnou pela concessão de ordem liminar que determinasse a liberação de mercadorias apreendidas, sem a exigência do recolhimento antecipado do ICMS devido na operação.

No mérito, requereu fosse “concedida a segurança, declarando-se a ilegalidade e a inconstitucionalidade da exigência da Portaria 177/89, garantindo-se a impetrante o direito de recolher somente no momento oportuno o ICMS devido na operação, ou seja, quando da ocorrência do fato gerador na forma prevista em lei”.

A medida liminar pleiteada restou deferida às fls. 26/27.

A autoridade indicada como coatora deixou de prestar informações (cf. certidão à fl. 29).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

43
edf

110

A Promotoria de Justiça que atua junto ao Juízo de 1ª instância ofereceu parecer às fls. 30/31, opinando pela concessão da segurança apenas para que fosse determinada a liberação da mercadoria indevidamente apreendida.

Sobrevindo o ato sentencial acima referido, a Fazenda Estadual, irresignada, ajuizou o presente recurso de apelação argumentando, em suma, que: (i) *"Analisando a Portaria SF n.º 177/89, assim como o Convênio ICM 66/88, art. 2º, § 3º, constata-se que os mesmos não criaram nenhum fato gerador, mas tão somente disciplinaram o momento do recolhimento do tributo, o que era e continua sendo legal, conforme previsão do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n.º 406/68"*; (ii) *"examinando a matéria sob a égide de Lei Complementar, no caso,, o Decreto-Lei n.º 406/68, com as alterações da LC n.º 44/83, a conclusão inafastável é a de que as normas da legislação estadual, no que se refere à antecipação tributária, são plenamente compatíveis com a Lei Magna"*; (iii) a decisão recorrida estaria em confronto com o entendimento perfilhado pelo STF e pelo STJ sobre a matéria em discussão.

Requeru, com isso, o provimento do recurso e a denegação da segurança.

Sem contra-razões (cf. certidão à fl. 49).

Nesta instância recursal, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela confirmação da sentença proferida na 1ª instância.

É o essencial a relatar.

Em se tratando de mandado de segurança, entendo desnecessária a revisão, a teor da diretriz encartada no art. 20 da Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009, pelo que determino a inclusão do feito em pauta, para julgamento oportuno.

Recife, 17 de novembro de 2009.


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0126271-1

COMARCA: Recife

APELANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

APELADA: Colorado Comércio e Representação Ltda.

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

VOTO

Conforme antedito, cuida-se de remessa necessária e apelação cível interposta pela Fazenda Estadual contra sentença proferida em sede de mandado de segurança, que deferiu a ordem ali requerida, determinando a liberação de mercadorias apreendidas, e reconheceu a inconstitucionalidade do recolhimento antecipado do ICMS na forma da Portaria SF 177/89 e do art. § 7º do art. 150 da CF/88.

Pois bem.

De logo, registro que a parte impetrante/apelada sustentou a ilegalidade da Portaria SF 177/89, que, em combinação com o art. 54, V, do Decreto Estadual nº 14.876/91, dispõe sobre a cobrança antecipada do ICMS correspondente à diferença de alíquota na aquisição de mercadoria procedente de outra unidade federativa (Estado-membro ou Distrito Federal).

Nesse cenário, vale referir o que o art. 150, § 7º, da Constituição Federal (incluído pela EC 03/93), permite que o recolhimento antecipado do ICMS ocorra com base em fato gerador presumido, com ou sem substituição tributária (nesse sentido, cf. RMS 21.118/SE, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12/06/2007, DJ de 29/06/2007).

A discussão trazida nos presentes autos vincula-se à hipótese de recolhimento antecipado de diferença de alíquotas em operações interestaduais sujeitas à tributação pelo ICMS, pagamento este realizado sem substituição tributária e no momento de entrada de mercadorias provenientes de outros Estados-membros ou do Distrito Federal.

No ponto, anoto que este e. Tribunal já teve oportunidade se pronunciar sobre a matéria em foco (firmando, inclusive, a legalidade da aludida Portaria SF 177/89), tendo se manifestado na conformidade das ementas a seguir transcritas:

CORTE ESPECIAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA "PARA FRENTE". CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO UNÂNIME. I. É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou



80 B
112

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

subseqüentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte. Legitimidade do regime de substituição tributária. Precedentes do STF. II. **Constitucionalidade do artigo 54, V, do Decreto Estadual nº 14.876/91 e da Portaria SF 177/89.** III. Contenda recursal sobrestada até que a Corte Especial julgue a prejudicial de inconstitucionalidade. Proclamada a constitucionalidade da norma pelo órgão competente, devolvem-se os autos, em regra, para o órgão fracionário para o julgamento do mérito do recurso. Na espécie, tendo a Câmara Cível perdido a competência para conhecer da matéria agitada no apelo, devem os autos ser remetidos, por distribuição, para uma das Câmaras Fazendárias.

(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0049744-5/01 -- Comarca: Recife. Órgão julgador: Corte Especial. Rel. Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves. Julgado em 05/11/2007). **Grifei.**

DIREITO TRIBUTÁRIO - PORTARIA Nº 177/89 - EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DA DIFERENÇA DO ICMS PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL - LEGALIDADE - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA AO CONTRIBUINTE - REVOGAÇÃO DOS SEUS EFEITOS - AGRAVO PROVIDO. A manutenção de despacho concessivo de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública depende de comprovação de difícil reparabilidade. **Reconhecida a legalidade da exigência, pelo Fisco Estadual, da diferença de ICMS, nos moldes da Portaria nº 177/89. Agravo provido. Decisão por unanimidade.**

(Agravo de Instrumento nº 0034897-8. Órgão julgador: 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Santiago Reis. Julgado em 05/02/2002). **Grifei.**

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. I - Recolhimento por antecipação do ICMS relativo às mercadorias adquiridas em outra unidade da Federação; II - Sistemática prevista na Lei 10.259/89 e regulamentada no Decreto 14876/91 e demais atos normativos, os quais, em princípio, não desbordam dos lindes legais; III - Nenhum argumento trazido foi capaz de infirmar o decisório vergastado; IV - Agravo Regimental que se nega provimento. Decisão unânime.

(Agravo Regimental nº 0058145-1/01. Órgão julgador: 2º Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Des. Santiago Reis. Julgado em 02/06/2004). **Grifei.**

Direito Constitucional e Tributário. Mandado de Segurança. ICMS. Diferença de alíquota nas operações interestaduais. Recolhimento antecipado. Inconstitucionalidade inócua. Matéria pacificada pela Corte Maior no sentido de estar a Emenda Constitucional nº 03/93 em harmonia com o texto original e com os princípios básicos da legislação tributária, especificamente na parte que dispõe sobre a substituição tributária. Provimento negado à unanimidade, mantida a decisão ora recorrida.

(Apelação Cível nº 0055124-0. Órgão julgador: 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Macedo Malta. Julgado em 12/09/2000). **Grifei.**

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça segue nessa mesma linha:



817
113

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REGIME DE PAGAMENTO ANTECIPADO SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGALIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ.

1. Mandado de segurança preventivo objetivando sustar a aplicabilidade do sistema de antecipação tributária prevista na Lei Estadual 3.796/96 e no Decreto Estadual 18.536/99, **que dispõem sobre o regime de prazos para pagamento do ICMS nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias**, assim como coibir o enquadramento da impetrante como contribuinte inapto e a apreensão de suas mercadorias, com a finalidade de cobrar o imposto antecipado.

2. Deveras, **esta Corte firmou entendimento no sentido da legitimidade da cobrança antecipada do ICMS através do regime de normal de tributação, ou seja, sem substituição tributária**, na forma determinada pela Lei Estadual n. 3.796/96, do Estado de Sergipe, e regulamentada pelo Decreto n. 17.037/97.

3. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RMS 17.511/SE, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 22.08.2005; RMS 17303/SE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.09.2004 e EDcl no RMS 16098/SE, Relator Ministro José Delgado, DJ de 17.11.2003.

4. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 18844/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 660).


Por outro lado, cumpre-me reconhecer o acerto do *decisum* proferido na 1ª instância ao determinar a liberação das mercadorias apreendidas como medida constritiva para a exação fiscal.

Com efeito, é pacífica na jurisprudência nacional a inadmissibilidade da apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo (cf. Súmula 323/STF).

Ou seja, o tributo pode ser lançado em regime de antecipação, inclusive em operação interestadual, mas a mercadoria correspondente a essa operação não pode ser retida no posto de fronteira, em ordem a forçar o pagamento do tributo correspondente.

Ante o exposto, **dou provimento parcial ao reexame necessário**, prejudicado o apelo voluntário, para, reformando a sentença proferida pelo Juízo de 1º grau, considerar legítimo o recolhimento antecipado do ICMS correspondente à diferença de alíquota na aquisição de mercadoria procedente de outra unidade federativa (Estado-membro ou Distrito Federal), reconhecendo, contudo, a ilegitimidade da apreensão das mercadorias objeto da Nota Fiscal nº 231894, objeto do "Aviso de Retenção" de fls. 19.

Recife, 1º de dezembro de 2009.


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator