



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

213 B

044

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0060884-4

COMARCA: Recife -

APELANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

APELADA: Distribuidora Duas Unas Ltda.

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. RECOLHIMENTO TRIBUTÁRIO ANTECIPADO. LEGITIMIDADE. PORTARIA SF Nº 342/97. LEGALIDADE. REEXAME NECESSÁRIO 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 na Portaria SF nº 342/97, 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 342/97 (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; Apelação Cível nº 0055124-0, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Macedo Malta, julgado em 12/09/2000; Agravo Regimental nº 0043727-0/01, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. José Fernandes, julgado em 09/08/2006; Apelação Cível nº 0078586-8, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Napoleão Tavares, julgado em 02/06/2004. **4.** Reexame necessário provido, prejudicado o apelo voluntário. **5.** Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0060884-4, acima referenciada, acordam os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, em dar provimento 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).


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator

AC 0060884-4



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

207
8
045
/

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0060884-4

COMARCA: Recife

APELANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

APELADA: Distribuidora Duas Unas 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 001.1998.031.312-1**, concedeu a ordem ali requerida, nos seguintes termos:

“**Ex positis**” e considerando o que mais dos autos consta, julgo procedente a presente ação mandamental, para em consequência conceder, como de fato **CONCEDO** a segurança impetrada, assegurando à DISTRIBUIDORA DUAS UNAS LTDA., qualificada nos autos, o direito de recolher o ICMS referente a mercadorias adquiridas e oriundas de outros Estados-membros, após a saída dessas mercadorias do seu estabelecimento comercial e dentro do prazo normal de recolhimento do imposto, observado o CAE e proibindo, como de fato proíbo, a retenção de documentos fiscais da impetrante, a apreensão de veículos e mercadorias, bem como a instauração de qualquer procedimento administrativo com a finalidade de coibi-la a pagar antecipadamente o ICMS devido somente nas saídas.”

Em breve retrospecto, anoto que, na origem, a sociedade empresária Distribuidora Duas Unas Ltda. impetrou, preventivamente, o *mandamus* em apreço, pleiteando provimento liminar com o fim de obter ordem “no sentido de que fique a Impetrante autorizada a não antecipar o seu imposto, antes da efetiva ocorrência do respectivo fato gerador, assegurando-se-lhes o direito de adotar o sistema normal de tributação, vedado que seja à Autoridade Coatora, promover contra a Impetrante a cobrança antecipada do ICMS, na forma da Portaria nº 342/97, pela sua manifesta ilegalidade”.

Às fls. 78/81, o Juízo *a quo* deferiu a medida liminar requerida, para determinar que a autoridade coatora se abstivesse de exigir da Impetrante antecipadamente o ICMS em suas operações comerciais interestaduais na forma da Portaria SF nº 342/97.

A autoridade indicada como coatora prestou informações às fls. 104/131, requerendo a denegação da segurança pleiteada.

Às fls. 133/134, consta parecer da Promotoria de Justiça que atua junto ao Juízo de 1ª instância, opinando pela concessão da segurança requerida.



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

208
9
046

Sobrevindo o ato sentencial acima referido, a Fazenda Estadual, irresignada, ajuizou o presente recurso de apelação argumentando, em suma, que: (i) *“a exigência antecipada do tributo é constitucional e tem sua origem na própria Constituição Federal (...), tendo ainda lastro legal anterior a Emenda Constitucional n.º 03/93, no Convênio n.º 66/88, e antes do atual sistema constitucional tributário, no Decreto-lei n.º 406/68 – art. 3º, § 1º; (ii) “examinando a matéria sob a égide de Lei Complementar 87/96, anteriormente, 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”.*

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

Contra-razões às fls. 173/180.

Nesta instância recursal, a douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer às fls. 188/190, opinando pelo provimento do reexame necessário para que, reformada a sentença proferida em 1º grau, fosse denegada a segurança pleiteada.

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, 16 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

214 / 3

047

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0060884-4
COMARCA: Recife
APELANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)
APELADA: Distribuidora Duas Unas 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 concedeu a ordem ali requerida por reputar inconstitucional o recolhimento do ICMS antes da ocorrência do fato gerador.

Pois bem.

In casu, assinalo que a empresa impetrante/apelada sustentou a ilegalidade da Portaria SF 342/97, que dispõe sobre o recolhimento 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 342/97), 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 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



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

215B
048

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 Constitucional e Tributário. Mandado de Segurança. ICMS. Diferença de alíquota nas operações interestaduais. Recolhimento antecipado. Inconstitucionalidade incorrente. 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.**

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. PRELIMINARES INACOLHIDAS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. LEGALIDADE. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do Secretário da Fazenda Estadual, rejeitada. 2. Preliminar do mandado de segurança por atacar lei em tese, rejeitada. 3. **Resta demonstrada a plena legalidade impugnada Portaria SF nº 342/97, ao exigir do contribuinte substituto, o recolhimento antecipado do ICMS, vez que apoiada nas normas constitucionais e infraconstitucionais (art. 150, §7º. 155, § 2º, XII, "b", da CF/88, Lei Complementar nº 87, de 13.09.96, Lei estadual nº 10.259/89 e Decreto 14.871/91), afastando, conseqüentemente, qualquer alegação de direito líquido e certo da impetrante de somente proceder ao pagamento da diferença do ICMS, quando da futura e efetiva ocorrência do fato gerador pertinente. - Segurança denegada, restando prejudicado o Agravo Regimental em apenso. Decisão unânime.**

(Agravo Regimental nº 0043727-0/01. Órgão julgador: 1º Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Des. José Fernandes. Julgado em 09/08/2006). **Grifei.**

TRIBUTÁRIO - Recolhimento antecipado de ICMS - Substituição tributária - Legitimidade da exigência - Recurso necessário provido - Reforma da sentença, denegada a segurança - Recurso voluntário prejudicado. A regra de substituição tributária foi prevista no Código Tributário Nacional (Decreto Lei nº 406/68) e recepcionada pela vigente CF (artº 150, §8º, com a redação da Emenda Constitucional nº 03/93). A Lei Complementar nº 87/96 disciplinou o instrumento da substituição em causa, bem assim a necessária restituição de pagamento a maior. De sua vez, a Portaria SF nº 342/97, que disciplina a sujeição de produtos adquiridos em outro Estado ao recolhimento antecipado, não se traduz em suprimimento de lacuna legislativa, mas em



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

216 P
c49

regulamentação de forma de cobrança do tributo. Portanto, não se há de falar em exigência tributária despida de fato gerador. Procedente: acórdão do STF, no RE nº 213396/SP. Provimento de reexame obrigatório para, em consequência, denegar-se a segurança concedida, prejudicado o recurso voluntário.
(Apelação Cível nº 0078586-8. Órgão julgador: 4º Câmara Cível. Rel. Des. Napoleão Tavares. Julgado em 2/6/2004). **Grifei.**

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

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)

Ante o exposto, e adotando o posicionamento prevalecente neste e. Tribunal de Justiça, **dou provimento 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), com a condenação do vencido nas custas processuais.

É como voto.

Recife, 40 de dezembro de 2009.

Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator