

A. I. N° - 297895.0129/07-5
AUTUADO - BELGO SIDERÚRGIA S.A. (ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)
AUTUANTE - CESAR PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET 30.06.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0142-05/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que o autuado na data da apreensão das mercadorias teve seu credenciamento restabelecido por força da Liminar em Mandado de Segurança. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/10/2007, exige ICMS, no valor de R\$1.241,12, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado apresentou defesa impugnando o lançamento tributário, mediante advogado legalmente habilitado nos autos, às folhas 15 a 33 dos autos, inicialmente, informando que a impugnante é uma empresa do Grupo Arcelor Brasil, presença destacada nos setores de aços longos e planos ao carbono, com diversos estabelecimentos espalhados pelo país, inclusive com estabelecimentos no Estado da Bahia, em Salvador e Lauro de Freitas, responsáveis pela produção e distribuição de relaminados, trefilados e perfilados de aço no Estado, sobrevivendo da produção e comercialização de tais produtos.

Aduz que por ato arbitrário da fiscalização tributária estadual, as atividades da impugnante foram prejudicadas, tendo em vista constrição oblíqua para o pagamento de tributos por vias avessas, que não tem guarida no Devido Processo Legal, na Ampla Defesa, no Contraditório, no Estado Democrático de Direito.

Frisa que, sem entrar no mérito da exigência de antecipação do ICMS quando da entrada das mercadorias no território baiano, é preciso reafirmar que a empresa se enquadrava perfeitamente no regime de antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização introduzidos pela legislação do Estado (Lei n° 8.967/03) e que permite o recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias no estabelecimento, bem como cumpria as condições dispostas no Decreto Estadual n° 8.969/04. Contudo, toda a confusão começa no dia 29 de maio de 2007, quando a empresa teve uma grande quantidade de mercadorias retidas (Notas Fiscais emitidas pelo seu estabelecimento n°s 501357; 501138; 500984; 196628; 196629; 196630; 196631; 196632; 196633; 197177; 197178; 197179; 197180; 197181; 197182) no Posto de Fiscalização Benito Gama da Secretaria da Fazenda Estadual do Estado da Bahia (BR 116) - Vitória da Conquista.

Informa que, quando a empresa foi tomar conhecimento do que estava ocorrendo, constatou que havia sido descredenciada (sua inscrição na Bahia) para o recolhimento postergado da antecipação, pois teve dois débitos inscritos em dívida ativa dos processos administrativos n°s 2.810.820.004.064 e 2.810.820.005.060. Entendendo não haver sentido em juntar os documentos

referentes a estes Autos de Infração, bastando, no momento, informar que os mesmos não são legítimos; que a impugnante tentou discutir administrativamente, mas seu direito foi inibido e que, atualmente, discute a consistência fática e jurídica dos autos de infração por ação anulatória, com depósito em dinheiro, suspendendo a exigibilidade dos créditos, conforme cópia que anexa.

Argumenta que durante o período em que os débitos (ilegítimos) acima mencionados estiveram inscritos em dívida ativa, sem suspensão da exigibilidade, a fiscalização estadual descredenciou a impugnante e passou a lhe exigir que o ICMS fosse recolhido antecipadamente, quando da entrada das mercadorias, oriundas de outros estados da Federação. Em que pese a impugnante cumprir todas as exigências constantes do texto legal e do decreto regulamentador acima mencionado, alegou a fiscalização que a mesma descumpriu as condições impostas pela Portaria 114/04: a) possuir estabelecimento em atividade há mais de seis meses; b) não possuir débitos inscritos em Dívida Ativa, a menos que sua exigibilidade esteja suspensa e c) estar adimplente com o recolhimento do imposto devido por antecipação tributária.

Ressalta que, inicialmente, as mercadorias foram retidas, mas por força de decisão judicial demonstrando que vivemos num Estado de Direito e não se pode reter mercadorias como forma de coação para pagamento de tributos, a fiscalização passou a autuar a empresa em toda e qualquer aquisição fora do estado da Bahia, ao argumento de que deveria recolher o tributo quando da entrada da mercadoria em território baiano. Aduz que a exigência pela antecipação do imposto advém de um contexto equivocado de suspensão da inscrição estadual da Impugnante sob o argumento de existência de débitos inscritos em dívida ativa, sem quaisquer das causas de suspensão da exigibilidade.

Assevera que não merece prosperar a presente autuação, em síntese, pelo seguinte:

- a) o Estado da Bahia instituiu um regime de antecipação de tributos, no qual o ICMS deve ser recolhido quando da entrada da mercadoria no Estado que é inconstitucional, nos exatos termos do art. 152, CF, mas não adentra em tal seara na fase administrativa;
- b) a Lei nº 8967/03 permite que as empresas com inscrição estadual posterguem o pagamento deste tributo antecipado para o dia 25 subsequente, não se tratando de um benefício fiscal, mas a forma de amenizar um malefício inconstitucional, acima mencionado;
- c) a exigência para que o contribuinte tenha direito a esta postergação é inconstitucional: (i) se baseia na discriminação da origem e destino, ferindo, de novo, o art. 152, CF/88; (ii) fere os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, livre exercício da atividade econômica, segurança jurídica e tantos outros, pois de fato e de direito, impede a circulação de mercadorias se não estiver pago o tributo de forma antecipada, mesmo que o contribuinte tenha estabelecimento próprio e inscrição estadual ativa (retenção de mercadorias como forma de coação para pagamento de tributos) e (iii) fere o princípio da legalidade, pois estabelece condições que, além de inconstitucionais na matéria, são veiculadas por Portarias, como se o Estado de Direito permitisse que obrigações fossem criadas por atos infralegais;
- d) existia no momento da efetivação do lançamento decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento da impugnante, não devendo ser exigido o recolhimento antecipado do ICMS imediatamente após a entrada das mercadorias no Estado da Bahia, desrespeita decisão judicial que estava em pleno vigor;
- e) ajuizou ação anulatória, com suspensão de exigibilidade por conta do depósito integral do valor do crédito tributário. Portanto, a causa impeditiva, além de inconstitucional e ilegal, tornou-se inexistente;
- f) mesmo que se passe por cima de todos os princípios constitucionais que estruturam o Estado Democrático de Direito, em momento anterior aos lançamentos, os créditos tributários ora profligados já se encontravam integralmente adimplidos, pois escrituradas as notas fiscais (as que foram encontradas) restando impossibilitada a presente cobrança sob pena do *bis in idem*.

Requer a conexão do presente processo com todos os Autos de Infração lavrados, que envolvem objetos idênticos, divergindo unicamente em relação aos produtos e quantidades de mercadorias envolvidas, invocando o princípio de celeridade e economia processual.

Reitera que à inscrição do débito em Dívida Ativa foi feita de forma irregular, tendo em vista que apresentou defesa das autuações, tendo sido julgado de forma sumária e não tomou ciência da decisão, indo o processo para a inscrição em dívida ativa, ferindo os princípios da moralidade, publicidade, oficialidade, processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros, em desrespeito à Constituição Federal e art. 2º, 27 e 122 do RPAF/99. Entendendo que Estado não respeita as próprias regras que criou para melhor funcionamento da máquina administrativa, reconhecendo o direito de inscrever débito em Dívida Ativa e executar a os valores devidos por meio legal de cobrança, dentro do período prescricional e que a inércia do Estado não pode gerar prejuízo ao contribuinte, coagindo para pagar débito que entende indevido e tem direito de questioná-lo em Juízo.

Destaca que a proibição oblíqua ao funcionamento das atividades da impetrante constitui afronta ao princípio constitucional da liberdade profissional e à garantia de livre exercício das atividades econômicas, os quais transcreveu, frisando que na conformidade do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, alinhado à redação da Lei Maior, a sanção de apreensão de mercadorias não pode ser imposta como forma de constrição ao pagamento de créditos tributários não-satisfeitos, transcrevendo as Súmulas 70, 323 e 547 do STF e decisão do STJ sobre o tema e doutrinadores, para embasar que o seu entendimento de que a exigência de não conter débitos inscritos em dívida ativa não consta de qualquer texto legal (sequer Decreto), mas de uma Portaria que não pode - no Ordenamento Jurídico vigente - criar obrigações ou restringir direitos. Concluindo que a inscrição em dívida ativa foi feita de forma ilegítima, mas porque a condição imposta pela Portaria nº 114 não respeita os preceitos legais e constitucionais acima mencionados, deve a presente impugnação ser julgada procedente para cancelar a absurda exigência.

Destaca que a impugnante foi obrigada a ir à Juízo pedir a proteção jurisdicional. Ajuizou Mandado de Segurança no qual formulou pedido liminar, *in verbis*:

'Face ao exposto, pede a Impugnante a concessão de medida liminar, "inaudita altera parte", para se determinar à Autoridade Coatora que:

1. se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de suspender a inscrição estadual da empresa apenas tendo como motivo a inscrição de créditos tributários em dívida ativa, uma vez que o Poder

Público possui modus próprio de cobrança, com uma série de privilégios;

*2. se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de negar a imediata liberação de todas as cargas e veículos apreendidos, bem como os documentos fiscais retidos e acima mencionados, **determinando sua imediata entrega aos destinatários constantes das notas fiscais. seus legítimos proprietários;***

3. se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de impor qualquer obstáculo (apreensão, retenção em barreiras fiscais etc.) à circulação na Bahia das mercadorias da Empresa quando suas

*operações estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, que, ao espelho das notas fiscais objeto do presente "writ", permitirem identificar o emissor, destinatário, o valor da operação e do imposto destacado, sob pena de imposição de multa a ser fixada pelo Juízo; **tudo sem ferir o direito do Estado realizar regularmente as cobranças que entender devidas pelas vias administrativas (autos de infração) e judiciais (execuções fiscais).***

Diz que em 01/06/2007, a liminar foi deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador. Por não estar sendo respeitada, novo despacho foi exarado, determinando o imediato e integral cumprimento da decisão liminar, sob pena de multa diária de R\$1.000,00. Acrescenta que a empresa fez o depósito integral do crédito tributário em Juízo, portanto, suspensa a exigibilidade sequer havia motivos (ainda que motivos ilegais e inconstitucionais) para que o Estado da Bahia permanecesse realizando procedimentos de coação para pagamento, sempre com a devida vênua, entendendo ser o descredenciamento da impugnante para pagamento do ICMS no dia 25 de cada mês desrespeita decisão judicial.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal o autuante às folhas 100 a 103 frisa que embora no processo administrativo fiscal não seja apreciada a constitucionalidade dos atos praticados pela administração pública, que compete ao STF, salienta que mediante ADIN 3426, o STF concluiu não ser inconstitucional a antecipação parcial do ICMS, introduzida na legislação do ICMS do Estado da Bahia, através do artigo 12-A da Lei 8.967/03 e que, quanto ao momento do recolhimento do imposto, a regra não é fixada pela Constituição Federal e sim pelos Estados que têm competência para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

Salienta que no âmbito da legislação estadual, a Lei nº 8.967/03, permite que o pagamento do ICMS antecipação parcial seja pago no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte, entretanto, o art. 125, § 7º do Decreto nº 6.284/97 e Portaria nº 114/04, estabelecem previsões de descredenciamento para empresas que tenham débito inscrito em Dívida Ativa, que é a situação do contribuinte autuado no presente caso, e que motivou a autuação. Salienta que o julgamento da ADIN 3426 pelo STF, deixa assentado que é de competência dos Estados, estabelecer o momento para pagamento do imposto.

Diz que não procede o argumento defensivo de que existia decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento do impugnante, reconhecendo que existia de fato decisão judicial que determinava a não apreensão de mercadorias, com retenção no Posto Fiscal, o que não impedia a constituição do crédito tributário, de acordo com as ressalvas contidas na liminar em mandado de segurança, asseverando que a autuação atendeu ao devido processo legal.

Salienta que a existência ou não de irregularidade na inscrição de débito na Dívida Ativa, este procedimento é de competência da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle (DARC), cabendo a legalidade à Procuradoria Geral do Estado.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade da apreensão de mercadorias, afirma que não cabe discuti-la neste processo, tendo em vista que, em obediência à decisão judicial, as mercadorias ficaram sob a própria guarda do estabelecimento autuado.

Aduz que da leitura dos termos da segurança jurídica concedida ao recorrente, ficou assegurado ao Estado o direito de realizar cobrança por vias administrativas, mediante autuação fiscal, não havendo descumprimento de decisão judicial.

No tocante a alegação defensiva de que há impossibilidade de efetuar o pagamento do ICMS antecipado em virtude de já ter escriturado a nota fiscal que acobertava a circulação das mercadorias, entende não se sustentar, pois o estabelecimento descredenciado não tem apenas a obrigação de efetuar o lançamento do imposto e sim do pagamento na primeira repartição da fronteira ou do percurso.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

A Assistente de Conselho da Coordenação Administrativa do CONSEF, encaminhou à Presidência para decidir sobre o pedido de conexão efetuado pela impugnante.

Às folhas 106 e 107 é solicitado pela Presidente do CONSEF parecer à PGE-PROCURADORIA GERAL DO ESTADO/PROFIS –PROCURADORIA FISCAL.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, às fls. 109 a 113 dos autos, assim posicionou-se :

“a) na hipótese dos lançamentos realizados antes da decisão concessora da tutela antecipada – dia 30/08/2007 – deve ser declarado pelo Conselho de Fazenda Estadual prejudicada a defesa interposta em face do ajuizamento do M.S. Nº 1539578/72007, encaminhando o presente a PGE/PROFIS para a devida inscrição e dívida ativa;

b) no caso dos lançamentos realizados após a decisão concessora da tutela antecipada – dia 30/08/2007 – deve ser declarado pelo Conselho de Fazenda Estadual, após representação da PGE/PROFIS, a nulidade do lançamento de ofício, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito, em decorrência da inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória.”

O autuado após tomar ciência do Parecer da PGE/PROFIS, em nova manifestação às folhas 120 a 127, reitera o pedido de conexão dos processos administrativos tributários de modo a dar maior celeridade e economia processual e discorda do Parecer da PGE/PROFIS, dizendo que o Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007 não foi impetrado pela empresa após a lavratura dos autos de infração ou das infrações neles constantes, frisando que o Mandado de Segurança impetrado tem objetivo diferente do processo administrativo fiscal, ou seja, que não procurou a via judicial para solucionar a presente contenda administrativa, mas, para reparar o dano cometido ao descredenciar a empresa. Assevera que dois são os motivos para que não se considere renunciada a via administrativa: em virtude do mandado de segurança ter sido impetrado antes das autuações e em razão das matérias tratadas no mandado de segurança e nas impugnações se mostram distintas. Cita jurisprudência administrativa nos casos em que ocorre a renúncia à esfera administrativa.

No mérito, comenta sobre a atividade de seus diversos estabelecimentos espalhados pelo País, e aduz que no parecer da PROFIS as suas atividades foram prejudicadas, indo de encontro com o Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Contraditório. Reitera que foram lavrados diversos Autos de Infração, todos recebidos a partir de julho de 2007, frisando que apresentou impugnação ao lançamento tributário pelos seguintes motivos:

- a) o Auto de Infração não especifica qual a nota fiscal e não descreve a operação;
- b) o regime de antecipação parcial, com o recolhimento antecipado e o debitamento do imposto normal da escrita fiscal e a dedução do ICMS pago antecipadamente, é inconstitucional, nos termos do art.152, da CF/88;
- c) a Lei nº 8967/03 permite que às empresas com inscrição estadual posterguem o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente, e que essa permissão não se trata de um benefício fiscal, mas um malefício inconstitucional;
- d) a exigência para que o contribuinte tenha direito a esta postergação é inconstitucional, pois se baseia na discriminação da origem e destino; fere os diversos princípios constitucionais; impede a circulação da mercadoria se não for pago o tributo antecipadamente; e ainda, fere o princípio da legalidade, por estabelecer condições por Portarias;
- e) existia no momento da apreensão da mercadoria decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento e a não exigência do recolhimento antecipado do ICMS na entrada das mercadorias no Estado da Bahia, o que foi desrespeitado pela fiscalização;
- f) foi ajuizada ação anulatória, com suspensão da exigibilidade por conta do depósito integral do valor do crédito tributário;
- g) os créditos tributários exigidos já se encontravam integralmente adimplidos, mediante escrituração das notas fiscais no Registro de Entradas, impossibilitando a presente cobrança sob pena do bis in idem.
- h) repete que as autuações que ensejaram o descredenciamento forem equivocadamente efetuadas.

Assevera que não cabe alegação de que o órgão administrativo não tem competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidade.

Argumenta que não pode ser compelido ao pagamento dos débitos inscritos em dívida ativa, a não ser pelo devido processo legal e que a presente exigência deve ser cancelada, tendo em vista a ilegalidade da condição imposta pela Portaria nº 114, salientando que é indevida a aplicação da alíquota de 17%, tendo em vista que os produtos autuados estão ao abrigo da redução de base de cálculo para a carga tributária de 12%, conforme Convênio ICM 15/81 e ICMS 33/93, reproduzido pelo art. 87, inciso IV do RICMS/BA. Destacando que o descredenciamento viola a decisão judicial, cabendo a decretação da insubsistência da autuação, por entender que não há concomitância da matéria administrativa com a judicial.

Ressalta que a suspensão do crédito se vincula à data do depósito, que, no caso da Ação Anulatória, foi realizado no dia 13/07/2007, e não como diz, em 30/08/2007.

Ao finalizar, requer a improcedência da autuação.

Em nova informação fiscal à folha 179, diz que acompanha o entendimento da PGE/PROFIS, ressaltando que no momento da lavratura do Auto de Infração não tinha conhecimento das informações que lhe foi disponibilizadas após a lavratura.

Em nova manifestação defensiva, fls. 182 a 184, requer a juntada da Sentença no Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007, e reiterando todos os argumentos da defesa, pediu o cancelamento integral do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS, imputando ao autuado a falta de recolhimento do imposto, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado do regime jurídico especial previsto na Portaria nº 114/04, que posterga o pagamento da antecipação parcial do ICMS para o dia 25 do mês subsequente, em virtude de débitos inscritos em Dívida Ativa sem suspensão da exigibilidade, resultando na lavratura de aproximadamente 200 autos, envolvendo a mesma matéria, conta o contribuinte Belgo Siderurgia S/A, o qual modificou sua razão social para Arcelormittal Brasil S/A.

O sujeito passivo, após tomar conhecimento das primeiras autuações, inconformado com a exigência tributária sem a dilação do prazo de pagamento da antecipação parcial do ICMS para o dia 25 do mês subsequente, previsto na Portaria nº 114/04, ajuizou Mandado de Segurança, tendo sido deferida a Liminar em 01/06/07, determinando que: *“Sem adentrar ao mérito, o que se quer com o presente pedido de liminar é salvaguardar o direito da Impetrante de atos por parte dos agentes fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no sentido de apreender veículos comerciais que façam a distribuição das mercadorias da Impetrante, bem como de tais mercadorias e respectivos documentos fiscais, quando não devidamente observado o devido processo administrativo e ausente motivo justificador previsto em lei, de modo a possibilitar a continuidade da atividade empresarial desenvolvida pela Impetrante, além de suspender a sua inscrição, justificando para toda esta ilegalidade que quer cobrar de forma imprópria, ao arrepio da lei, quando existe meio próprio para tanto.”*

O contribuinte ajuizou, ainda, Ação Anulatória de Débito Fiscal, objetivando cancelar lançamentos tributários inscritos em Dívida Ativa, juntamente com o pedido de Antecipação de Tutela, a qual foi concedida 30.8.07 e o depósito dos débitos realizado em 13.7.07.

Entendo que o objeto do Mandado de Segurando é o restabelecimento do credenciamento do contribuinte para realizar o pagamento no dia 25 do mês subsequente, na forma previsto na Portaria nº 114/04.

Por sua vez, o objeto da Ação Anulatória de Débito Fiscal é anulação as inscrições em dívida ativa dos Autos de Infrações nºs 281082.0004/06-4 e 281082.0005/06-0.

Já o Auto de Infração em lide tem por objeto a cobrança da antecipação parcial, no trânsito de mercadorias, na entrada no Estado da Bahia, sem permitir ao contribuinte a dilação do pagamento para o dia 25 do mês subsequente, na forma previsto na Portaria nº 114/04.

Portanto, em meu entendimento, os objetos do Mandado de Segurança, da Ação Anulatória e do auto em lide são distintos, podendo o presente PAF ser objeto de apreciação por esse CONSEF, uma vez que, o lançamento de que cuida o presente Auto de Infração não se encontra *“sub judice”*, não podendo aplicar a norma prevista no art. 126 do COTEB, segundo a qual a defesa estaria prejudicada.

Superada essa questão passo a análise da impugnação do sujeito passivo.

No tocante ao pedido de conexão realizado pelo sujeito passivo, em que pese terem sido lavrados, aproximadamente, 200 Autos de Infração, todos relativos à cobrança da antecipação parcial, decorrente do descredenciado do regime jurídico especial previsto na Portaria nº 114/04, não existe na legislação Tributária Estadual Baiana, nem mesmo no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF e nem do Regimento Interno do Conselho de Fazenda, previsão para que seja aceito o pleito do contribuinte.

O regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“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.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.

A matéria em questão, antecipação parcial do ICMS, já foi apreciada pelo STF que decidiu pela constitucionalidade do instituto, mediante ADI 3426, tendo sido introduzida na legislação baiana do referido imposto mediante o dispositivo acima transcrito.

Em relação as demais arguições de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que não observo falha na descrição dos fatos e nem na capitulação legal, devendo destacar que o Auto de Infração foi lavrado mediante sistema automatizado da própria Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, sendo a descrição e capitulação a normalmente utiliza para exigência de ICMS por antecipação parcial, como no caso em lide. Consta no corpo do Auto de Infração e no Termo de Apreensão os números das notas fiscais objeto da autuação. Esses fatos possibilitaram ao sujeito passivo exercer o direito de defesa em sua plenitude. Assim, posso concluir que não existe qualquer erro ou vício que possibilite decretar a nulidade da autuação.

No mérito, entendo razão assistir ao autuado, uma vez que a autuação tem como pressuposto o descredenciamento do contribuinte para realizar o pagamento no dia 25 do mês subsequente, na forma previsto na Portaria nº 114/04, na data da autuação.

Ocorre que a autuação foi realizada em data posterior a concessão de Liminar concedida em Mandado de Segurança, na qual assegura ao contribuinte o direito de não ser descredenciado para realizar o pagamento no dia 25 do mês subsequente, na forma previsto na Portaria nº 114/04. Liminar que segundo Parecer da PGE/PROFIS, encontrava em vigor na data da autuação.

Logo, o Estado da Bahia encontrava-se impossibilitado de descredenciar o autuando, em razão da inscrição em dívida dos Autos de Infração objeto da Ação Anulatória. Assim, o prazo para pagar o imposto é o dia 25 do mês seguinte ao da entrada da mercadoria, sendo indevida a autuação no trânsito ou percurso da mesma.

Devo ressaltar que, ao contrário da alegação defensiva, o simples fato de escrituração da nota fiscal não assegura que o ICMS devido por antecipação parcial tenha sido recolhido no prazo regulamentar, ou seja, no dia 25 do mês seguinte ao da entrada da mercadoria, devendo ser verificado a ocorrência do pagamento em nova ação fiscal.

Assim, entendo que a infração não restou caracterizada.

Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297895.0129/07-5**, lavrado contra **BELGO SIDERÚRGIA S.A.(ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR