

A. I. N° - 281508.0309/07-0
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S.A. (ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET 06.07.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0162-05/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO PARA EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. FALTA DE PAGAMENTO NA ENTRADA DESTE ESTADO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. É ilegal a exigência do imposto diante da determinação emanada do Poder Judiciário. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 18 de junho de 2007 através de funcionário fiscal lotado na Inspetoria Fiscal do Trânsito de Mercadorias da DAT Norte contra a empresa Belgo Siderurgia S/A, cuja nova razão social é Arcelormittal Brasil S/A e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 1.229,23, acrescido de multa no percentual de 60%, pela constatação por parte do preposto do fisco de que a autuada, destinatária das mercadorias constante da Nota Fiscal n° 505.042 emitida em 13 de junho de 2007 por Belgo Siderurgia S/A, CNPJ 17.469.701/0049-11, localizada na Avenida Marechal Castelo Branco, 101, Vila Rezende, Piracicaba, São Paulo, deixou de recolher o ICMS relativo a antecipação parcial, na primeira repartição de fronteira do percurso, uma vez que se encontrava na condição de empresa descredenciada para o benefício do recolhimento global no 25º dia do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no estabelecimento, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências n°. 281508.0303/07-2 acostado às fls. 05 e 06, datado de 18 de junho de 2007.

Tempestivamente, a autuada através de advogado devidamente constituído apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 14 a 25, na qual, argui em sua defesa que trata-se de mais um Auto de Infração a exemplo de diversos lavrados sobre a mesma matéria, que vem prejudicando sobremaneira suas atividades, vez que a Fazenda Pública tem violado os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Aduz, ainda, que a empresa até 29 de maio de 2007 se enquadrava perfeitamente no regime de antecipação parcial ocasião em que teve grande quantidade de mercadorias retidas pelo Fisco baiano, e constatou ter sido “*descredenciada para o recolhimento postergado da antecipação, pois teve dois débitos inscritos em dívida ativa*”, procedimento que, sustenta, não é legítimo. Por tal razão, a Fazenda Pública exigiu que o ICMS fosse recolhido antecipadamente quando da entrada em território baiano das mercadorias oriundas de outros estados da Federação, sob a alegação de descumprimento das obrigações constantes na Portaria n° 114/04.

Dessa forma, teve que apelar para o remédio judicial, no sentido de garantir os seus direitos.

Alega, ainda, que não encontrou em seus controles a nota fiscal anunciada no Auto de Infração, além do que a exigência para que o contribuinte tenha direito à postergação é inconstitucional, por ferir a Carta Magna, especialmente o artigo 152, além dos princípios legais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, segurança jurídica, dentre outros.

Requer, ainda, a conexão com os demais processos instaurados, os quais lista, por envolverem objetos idênticos, divergindo apenas em relação à quantidade e especificidade das mercadorias.

Quanto ao direito em si, argui a impossibilidade de suspensão da “postergação da antecipação” pela existência de débitos inscritos em dívida ativa, por ferir diversos princípios constitucionais, citando, não somente a doutrina, como, igualmente, súmulas do STF, especialmente as de número 547, 70 e 323, em função da prática de coação da empresa via apreensão de mercadorias, para quitação de débito do ICMS, sem oportunidade para defesa administrativa.

Que a medida judicial adotada pela Autuada, via Mandado de Segurança nº. 153957872007, cuja concessão de liminar determinou a abstenção por parte do Fisco de suspender a inscrição estadual da empresa apenas tendo como motivo a inscrição de créditos tributários em dívida ativa, liberar as cargas e veículos eventualmente retidos, com a entrega imediata aos destinatários das notas fiscais aos legítimos proprietários, além de não impor qualquer obstáculo à circulação no Estado das mercadorias da empresa, quando as operações estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, sob pena de imposição de multa fixada pelo Juízo, sendo tal medida liminar adotada em 01 de junho de 2007 pela M.M. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, não estava sendo devidamente cumprida, o que levou a autoridade judicial a determinar a cobrança de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil Reais), caso o cumprimento da mesma não ocorresse de forma imediata e integral.

Argumenta, ainda, que não pode a empresa Autuada pagar o ICMS antecipado, vez que antes mesmo do lançamento, o documento fiscal foi escriturado nos livros fiscais, conforme documento de fl. 77. Logo, o ICMS encontra-se quitado.

In fine, requer que o crédito tributário deve ser julgado insubsistente, por impossibilidade do direito de defesa da Autuada, a exigência fiscal fere de morte o artigo 152 da Constituição Federal, além dos princípios do contraditório, da segurança jurídica, processo legal, e outros tantos, pelo desrespeito à decisão judicial prolatada na limitar concedida a favor da impugnante, a qual já vigorava quando da lavratura do presente Auto de Infração, além do que os créditos já se encontravam devidamente adimplidos, pois escriturada a nota fiscal, restando impossibilitada a cobrança ora realizada, sob pena de *bis in idem*.

Informação prestada às fls. 83 a 87, pelo Autuante argumenta que agiu em conformidade com a legislação estadual, rebatendo todos os pontos da defesa, a começar pela questão da inconstitucionalidade, a qual, afirma haver posicionamento do STF, conforme ADIN nº. 3426, favorável à cobrança da antecipação do ICMS, muito embora tal matéria não venha a se constituir no escopo do lançamento realizado.

Afirma, ainda, que a Lei Estadual 8.967/03 estipulou a dilação de prazo para recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial para empresas devidamente cadastradas no Estado, desde que credenciadas, para isso, deveriam atender a alguns requisitos, dentre os quais a inexistência de débito inscrito em dívida ativa, a menos que a exigibilidade encontre-se suspensa.

Insurge-se contra a alegação de descumprimento de decisão judicial, vez que a mesma determinava a “não apreensão de mercadorias da Autuada”, todavia, a mesma não tinha o pendor de credenciar o contribuinte, sequer impedia o Fisco de constituir o crédito tributário que entendia devido, conforme, aliás, cópia da medida judicial apensada pela própria empresa, além de ressaltar que a mesma continha a ressalva de que “tudo sem ferir o direito do Estado de realizar regularmente as cobranças que entender cabíveis pelas vias administrativas (autos de infração) e judiciais (execuções fiscais)”, razão pela qual entende que a lavratura do Auto de Infração em tela não se constitui em descumprimento da decisão emanada do Juízo da Vara de Fazenda Pública.

Quanto à arguição de inscrição irregular do débito em dívida ativa, tal atribuição foge de sua competência, cabendo apenas à DARC e à PGE/PROFIS, a quem cabe o controle da legalidade, a qual se manifestará processualmente no momento oportuno, ressaltando, entretanto, que em qualquer momento da ação fiscal a Autuada sofreu “coação para pagamento”, vez que as mercadorias ficaram em poder da própria empresa, recusando-se, entretanto, a adentrar no mérito

da discussão quanto à inconstitucionalidade da apreensão de mercadorias, por impertinência no momento.

Conclui, argumentando a incorreção da afirmação de que os créditos encontram-se adimplidos por conta da escrituração da nota fiscal, vez que a empresa na condição de descredenciada, a exigência do recolhimento do ICMS é no momento da entrada das mercadorias no território do Estado.

Por tal razão, e estribado na legislação estadual, o lançamento há de ser julgado procedente.

Em atenção à solicitação da defesa da Autuada, no sentido de estabelecer a conexão processual com os demais lançamentos realizados sobre a mesma matéria, foi o processo encaminhado para a apreciação da Presidente do CONSEF, a qual, tendo em vista a existência de Ação Anulatória de Débito Fiscal com pedido de antecipação de tutela impetrada pela Autuada, em despacho de fls. 90 e 91 solicita parecer à PGE/PROFIS, a fim de que tal órgão informe o andamento de ambas as ações judiciais, e oriente quanto as repercussões das mesmas relativamente ao processo administrativo, bem como os procedimentos a serem adotados pelo órgão julgador administrativo.

Em documento de fls. 93 e 94 a PGE/PROFIS responde às indagações formuladas, dando conta que o Mandado de Segurança encontra-se no prazo recursal relativo à reconsideração da aplicação de multa diária estipulada pela M.M. Juíza, e a Ação Anulatória nº. 1596214-7/2007 encontra-se conclusa para juntada de laudo pericial.

Complementando tal informação, despacho da PGE/PROFIS de fls. 95 a 99 opina quanto às providências a serem adotadas, relativamente ao curso processual administrativo.

Aberto prazo para que a empresa Autuada tomasse conhecimento do posicionamento da PGE/PROFIS, esta, em documento de fls. 105 a 117 manifesta-se, reiterando o pedido de conexão processual entre os diversos Autos de Infração lavrados, em nome da economia às partes, posiciona-se pela insubsistência do parecer da PGE/PROFIS, reafirma que o Mandado de Segurança foi impetrado anteriormente à lavratura dos Autos de Infração, e pugna pela continuidade da apreciação administrativa da questão levantada nos diversos lançamentos realizados, reafirmando as alegações anteriormente postas quando da interposição da defesa administrativa, informando, ainda, que havia realizado o depósito judicial do montante exigido pela Fazenda Pública, além do que o Auto lavrado não descreve a operação, não menciona a nota fiscal a que se refere, nem houve a aplicação da redução da base de cálculo quando da apuração do *quantum debeatur*, reiterando, mais uma vez que houve descumprimento da medida liminar que lhe foi concedida judicialmente.

Mais uma vez, instado a se manifestar, o Autuante em informação de fl. 148, afirma que na lavratura do Auto de Infração já considerou no valor do mesmo a redução de base de cálculo prevista no artigo 87 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, devidamente demonstrado à fl. 03 do PAF, razão pela qual não há qualquer motivo que implique na declaração de nulidade do mesmo, motivo pelo qual mantém o lançamento na sua inteireza, e ratificando o entendimento anterior, posiciona-se com o parecer da PGE/PROFIS de fls. 95 a 99, sustentando sua posição pela declaração de procedência do Auto de Infração.

Reaberto prazo para manifestação da Autuada, esta, ao tempo que reitera argumentação já posta, junta cópia da sentença prolatada em 14 de fevereiro de 2009 e publicada em 13 de março de 2009 pela M.M. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (fls. 160 a 163), a qual concedeu a segurança requerida pela Autuada.

VOTO

Inicialmente, verifico que não há preliminar formal de nulidade suscitada pelo autuado, muito embora na peça defensiva aborde questões como violação de princípios constitucionais e

processuais; Todavia, a empresa tomou conhecimento do inteiro teor da acusação fiscal, manifestou-se em diversas oportunidades, colocando seus argumentos defensivos, de forma que não se vislumbra qualquer mácula processual que possa implicar na declaração de nulidade; observo, ainda, que foram obedecidas as determinações legais para o lançamento, diante da juntada às fls. 05 e 06, de via do Termo de Apreensão e Ocorrências nº. 281508.0303/07-2, o qual foi assinado pelo detentor das mercadorias devidamente identificado, e que comprova a regularidade do procedimento fiscal.

Relativamente à questão da conexão processual dos diversos Autos de Infração lavrados contra a Autuada, objeto de requerimento da defesa, além de não existir previsão legal nas normas processuais administrativas do Estado da Bahia, inexistente, igualmente, precedente fático no CONSEF. Desta forma, não há de ser acolhida.

Quanto às possíveis inconstitucionalidades argüidas várias vezes pela defesa, o artigo 167 do RPAF/99 estipula de forma explícita:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”

Diante de tal comando legal, me abstenho de tecer considerações a respeito da argumentação da defesa a respeito de tal matéria.

Passo, pois, à análise do mérito. Quanto ao posicionamento adotado pela PGE/PROFIS no parecer de fls. 95 a 99, quanto à aplicabilidade do artigo 126, Inciso II do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº. 3.951/81, verifico que o objeto do Mandado de Segurança é a determinação para a abstenção por parte do Fisco de suspender a inscrição estadual da empresa apenas tendo como motivo a inscrição de créditos tributários em dívida ativa, liberar as cargas e veículos eventualmente retidos, com a entrega imediata aos destinatários das notas fiscais aos legítimos proprietários, além de não impor qualquer obstáculo à circulação no Estado das mercadorias da empresa, quando as operações estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, nada dizendo respeito à eventual cobrança de imposto; *contrario sensu*, a medida judicial emanada da 1ª Vara de Fazenda Pública de Salvador preserva o direito do Estado quanto a eventuais cobranças se entender devidas. Logo, trata-se de matéria que pode ser apreciada administrativamente, com julgamento de mérito.

O Auto de Infração foi lavrado diante da constatação da empresa destinatária das mercadorias encontrar-se na condição de “descredenciada” para usufruir o benefício da dilação de prazo para recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial em aquisições interestaduais.

A Lei nº. 8.967/03 estipula em seu artigo 2º a figura da antecipação parcial:

“Art. 2º - Ficam acrescentados os seguintes dispositivos à Lei n.º 7.014, de 04 de dezembro de 1996:

I - o art. 12-A, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2004:

“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.”;

A Portaria nº 114/04 por seu turno dispôs sobre o credenciamento de contribuintes para a obtenção da dilação de prazo para recolhimento do ICMS sobre a antecipação tributária em aquisições interestaduais de mercadorias por contribuintes do Estado da Bahia. No seu artigo 1º, estabelece as condições básicas para fruição de tal benefício:

“Art. 1º Nas entradas interestaduais de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, a que se refere o § 7º do art. 125 do RICMS, estarão credenciados a efetuarem o recolhimento do imposto antecipado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento os contribuintes regularmente inscritos no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - possuam estabelecimento em atividade há mais de seis meses;

II - não possuam débitos inscritos em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - estejam adimplentes com o recolhimento do ICMS;

IV - estejam em dia com as obrigações acessórias e atendam regularmente as intimações fiscais.

V - tenham adquirido mercadorias de outras Unidades da Federação.”

Verifica-se, pois, que a condição *sine qua* para o credenciamento da empresa é a inexistência de débito inscrito em dívida ativa, a qual, cumulativamente, encontra-se associada a outras exigências. Dessa forma, possuindo a empresa Autuada débito inscrito em dívida ativa, em princípio assistiria razão à Fazenda Pública, ao exigir o pagamento do tributo quando as mercadorias procedentes de outras unidades da Federação adentrassem no Estado da Bahia, ao invés da concessão de prazo para tal.

Todavia, como visto, houve concessão judicial de medida liminar em Mandado de Segurança, com posterior sentença, a qual acolheu a pretensão da Autuada, no sentido de que o Estado da Bahia considerasse a empresa Autuada como credenciada, e consequentemente beneficiária da dilação de prazo para pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial, em aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, conforme preceitua a Lei 7.014/96, salientando-se que a determinação judicial emanado daquele juízo ocorreu em 01 de junho de 2007.

Isso significa dizer que por força do remédio jurídico ao qual recorreu a Autuada, a partir daquela data a empresa deveria ser considerada credenciada para pagamento do ICMS no prazo estipulado no artigo 1º da Portaria nº. 114/04, qual seja o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento comercial.

Consequentemente, a Fazenda Pública Estadual não poderia exigir o recolhimento do ICMS na primeira repartição fiscal do Estado, ou quando do trânsito da mercadoria; sequer poderia fazer qualquer apreensão e/ou retenção de mercadorias nessas condições.

Ao fazer o lançamento ora em discussão, o Fisco além de desrespeitar a decisão então vigente em caráter liminar, e posteriormente confirmada em sentença judicial de 1º grau agiu ao arrepio da lei, vez que para todos os efeitos a empresa deveria ser considerada credenciada, embora a informação constante no sistema da SEFAZ indicasse em contrário.

Por tal motivo, não pode subsistir a ação fiscal realizada, senão posterior verificação para constatação do pagamento no dia 25 de cada mês a título de ICMS antecipação parcial, diante da afirmativa da empresa de que o documento fiscal encontrava-se devidamente escriturado nos seus livros fiscais, embora, contraditoriamente tenha afirmado em trecho de sua defesa não ter localizado o documento fiscal que deu origem ao presente Auto de Infração; mas essa é uma ação a ser desenvolvida através da Inspeção da circunscrição do Autuado, e não no trânsito de mercadorias.

De tudo exposto, considerando que a Autuada amparada por medida judicial deveria ser considerada como credenciada para dilação de prazo para pagamento do ICMS a título de antecipação parcial, 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 **281508.0309/07-0**, lavrado contra **BELGO SIDERURGIA S.A. (ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)**.

Recomenda-se que através de procedimento fiscal a ser instaurado, seja verificado se ocorreu o pagamento do imposto na data regulamentar.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR