

PROCESSO - A. I. Nº 0946237670/08
RECORRENTE - A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0154/02-09
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 30/07/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0212-12/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária, e sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, salvo se existir regime especial para pagamento no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Comprovado que o autuado na data da apreensão das mercadorias não se encontrava credenciado para pagamento do imposto após a entrada no estabelecimento. Mantido o lançamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0154/02-09) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito em 17/10/2008, reclamando o ICMS no valor de R\$263,90, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira, sobre as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 771096, adquiridas para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 2322843208 e documentos à fl. 02 a 11.

Após análise das peças que constituem o presente processo, a 2ª JF decidiu pela procedência total do Auto de Infração prolatando o seguinte voto:

“Observo que se encontra anexada aos autos uma cópia da Liminar obtida no Mandado de Segurança nº 231502-4/2008-R, expedida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública datado de 11/11/2008 (fl. 14), porém, sem correlação com a questão discutida nos autos, visto que a concessão da Liminar em MS impetrado pelo autuado, além de ter sido concedida após a presente exigência tributária, não tem o condão de obstar o presente lançamento do crédito tributário, pois se restringe apenas a imediata liberação das mercadorias apreendidas, a partir da data sua concessão, ou seja, 11/11/2008.

Portanto, sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, haja vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão, apesar de não ter sido apurada a existência do citado Mandado de Segurança.

No mérito, o regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, no artigo 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, recepcionado no RICMS/Ba no art. 352-A, devendo o imposto ser recolhido no prazo previsto no artigo 125, II, “f”, do RICMS/97, salvo existência de regime especial para recolhimento no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. o qual transcrevo para um melhor entendimento:

Na impugnação o autuado não questionou o cálculo do débito nem que tivesse adquirido as mercadorias constantes na citada nota fiscal, nem sua obrigação pelo pagamento do imposto a título de antecipação parcial. No entanto, alegou que não estava obrigado a efetuar o recolhimento do imposto por antecipação parcial por ser detentor de regime especial que lhe permitia proceder o recolhimento até o mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

A mercadoria foi apreendida no dia 17/10/2008 e não existe nos autos nenhum documento de prova que nesta data o contribuinte estivesse credenciado do regime especial, pois o que consta no processo é um extrato do INC Informações do Contribuinte, fl.05, datado de 20/10/2008.

Verifico, ainda, que o sujeito passivo trouxe aos autos extrato de Consulta ao Cadastro da SEFAZ, fl.36, datada de 25/11/2008, onde se verifica que o estabelecimento se encontra na situação cadastral ATIVO.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Ao tomar ciência da Decisão prolatada a empresa apresenta Recurso Voluntário contra a sentença de 1ª Instância (fls. 72/73). Afirmar de que o acórdão recorrido “*não apreendeu a essência da defesa, que demonstra a inocorrência de infração ou, pelo menos, a impossibilidade de atribuir infração à autuada, ora recorrente*”. Diz estar inquestionavelmente comprovado que goza do Regime Especial de pagamento do ICMS, quando posterga o seu recolhimento para o mês seguinte. De igual forma, provado “e confessado” que jamais foi cientificado do cancelamento deste seu regime especial. Informa de que sempre consultava o site da SEFAZ encontrando o seu registro de cadastro ativo e suas mercadorias passavam pelo posto da fronteira sem qualquer incômodo, pois o servidor fiscal verificava que seu cadastro continuava ativo para gozar do regime especial de recolhimento o do ICMS por antecipação. Desta forma, somente se pode concluir que, quando as mercadorias descritas na Nota Fiscal nº 771.096 passaram no posto da fronteira, a sua situação estava regular, razão pela qual não foram apreendidas as aludidas mercadorias.

Para ratificar seu desconhecimento quanto ao seu desconhecimento, informa de que recolheu o imposto das mercadorias constantes no documento fiscal autuado, conforme o DAE do mês de dezembro, cuja cópia apensou aos autos.

Entende que lhe obrigar a recolher o ICMS, como no caso em tela, é pretender exigir o cumprimento de uma obrigação que não poderia ter conhecimento de sua existência, pois para a suspensão do gozo de regime especial, o contribuinte tem de ser cientificado pessoalmente, sob pena de nulidade do ato administrativo, tese, inclusive, esposada pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgados.

Volta a repisar que “*jamais recebeu qualquer comunicação de que lhe fora cassado o regime especial que lhe faculta recolher a antecipação parcial do ICMS no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no território baiano. Tanto assim é que jamais recorreu de Decisão do Fisco Estadual que lhe tenha cassado o referido regime especial de recolhimento. E, curiosamente, continua gozando do aludido regime, não sabendo como tal regime poderia ter sido cassado ou restabelecido, até porque sempre que consultou o site da SEFAZ-BA, sua situação se encontrava regular.*”

Diante do exposto, requer a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS em seu Parecer (fls. 84/86), da lavra da procuradora Maria José Ramos Coelho, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto. Sintetizando a infração ora em combate e as razões recursais, diz que de sua análise considera e capazes de provocar revisão do acórdão ora recorrido. Observa e encontra-se lastreado em cópia de Nota Fiscal nº 771.096, em

mercadoria apreendida em virtude do contribuinte encontrar-se em situação de descredenciado para postergar o recolhimento para o mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento e tudo com obediência as determinações do art. 39, do RPAF/BA.

Entende não ter razão o recorrente quanto ao desconhecimento do seu descredenciamento porquanto o regime especial para pagamento da antecipação parcial fora concedido aos contribuintes sob algumas condições, inclusive a ausência de débitos tributários inscritos em dívida ativa. Ressalta que a *natureza jurídica resolutória das condições impostas pelo erário público na concessão de regimes especiais é algo imperativo e do pleno conhecimento dos contribuintes. Vale dizer, uma vez implementada a condição ocorrerá perda imediata do benefício relativo ao regime especial de pagamento da antecipação parcial, independentemente da ciência do contribuinte.* Na hipótese em tela e conforme se comprova à fl. 5 dos autos, a inscrição de débitos na dívida ativa gerou a perda automática do benefício outorgado ao recorrente. Ademais, o sujeito passivo, em que pese sua afirmativa veemente de que é detentor de regime especial, até o presente momento, não carrou aos autos qualquer prova.

VOTO

Passo a apreciar o e Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente lançamento fiscal e no valor decidido pela 1ª Instância deste CONSEF.

O Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição da fronteira, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, através da Nota Fiscal nº 771096 emitida em 10/10/2008 por Whiripool S/A (SP), sendo a mercadoria apreendida no dia 17/10/2008, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fls. 02/03), uma vez que o recorrente se encontrava descredenciado para postergar o recolhimento para o mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, como provado à fl. 05 dos autos.

No seu Recurso, a empresa volta a apresentar o mesmo argumento externado na sua inicial, ou seja, desconhecia seu descredenciamento do Regime Especial para postergação do pagamento da antecipação parcial. Embasa este desconhecimento em dois fatos: 1) Não foi cientificado desta Decisão; 2) a sua inscrição estadual encontra-se regular perante esta Secretaria de Fazenda, o que corroborava seu desconhecimento de tal Decisão.

O art. 125, do RICMS/BA, quando da ocorrência do fato gerador do imposto ora em lide, determinava, em seu inciso II, item “f”, que o ICMS deveria ser recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º, para fins de comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS prevista no art. 353-A.

E acrescentava:

“§ 7º O recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “b”, “e”, “f”, “g”, “h” e “i” do inciso II, poderá ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, quando o contribuinte estiver credenciado, ressalvado o disposto no § 2º do art. 512-A.

§ “8º Para efeito do credenciamento previsto no parágrafo anterior, serão considerados os critérios estabelecidos em ato específico do Secretário da Fazenda.”

Em vista destas disposições, a Portaria 114 de 27 de fevereiro de 2004, dispunha:

O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no § 8º do art. 125 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado 1 de 1997

RESOLVE

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** (grifo), 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;
- IV** - estejam em dia com as obrigações acessórias e atendam regularmente as intimações fiscais;
- V** - tenham adquirido mercadorias de outras Unidades da Federação

Em vista da legislação ora exposta e diante das determinações contidas no art. 111, do Código Tributário Nacional – CTN, não se pode dar guarida ao argumento do recorrente de que não foi cientificado do seu descredenciamento para postergação do ICMS devido por antecipação parcial, pois condição não prevista na norma regulamentar. Quando do seu credenciamento era ele conhecedor de que não poderia possuir qualquer débito em Dívida Ativa, a menos que sua exigibilidade estivesse suspensa, pois esta condição lhe excluiria deste credenciamento.

Ressalto, nesta oportunidade de que aqui se estar a discutir não um Regime Especial, com regras específicas, e sim de um credenciamento automático onde a Secretaria da Fazenda concede a todos os seus contribuintes postergação de pagamento do imposto por antecipação parcial quando eles, concomitantemente, se enquadrem nos requisitos que elenca. Esta postergação é, automaticamente, retirada se houver qualquer descumprimento destes requisitos.

E na discussão ora em tele, conforme se comprova à fl. 5 dos autos, o recorrente, à época, possuía débito inscrito em Dívida Ativa, o que gerou a perda automática do credenciamento, não sendo, portanto, pertinente sua alegação de que não foi cientificado desta Decisão.

Quanto ao fato de estar regularmente inscrito no Cadastro de Contribuintes desta Secretaria da Fazenda (CAD-ICMS), na condição de “ATIVO”, esta é condição imposta no art. 1º, II da Portaria nº 114/2004 e nas determinações dos §§ 7º e 8º do inciso II, do art.125, do RICMS/BA para que o contribuinte obedeça, concomitantemente, as demais condições exigidas. E, mais uma vez, ao se credenciar para postergação do imposto exigido por antecipação tributária tinha o recorrente conhecimento desta situação, não podendo, agora, trazer uma consulta realizada via internet de sua situação de “ATIVO” para afirmar de que desconhecia o seu descredenciamento. Afóra de que sabe que estas consultas não indicam qualquer Regime Especial ou mesmo qualquer credenciamento a que possa usufruir qualquer contribuinte. Ela, apenas, indica a sua situação cadastral, conforme se denomina (fl. 36).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo, em todos os termos, a Decisão recorrida, observando que o Órgão Competente desta Secretaria de Fazenda deve homologar, se comprovado, o valor do imposto dito recolhido através do DAE apensado à fl. 68 dos autos.

VOTO DIVERGENTE

Divirjo, *permissa venia*, do voto exarado pela ilustre Conselheira Relatora do Recurso Voluntário interposto.

Como externado pela mesma na parte preambular do seu *decisum*, assinalo que a presente autuação decorreu do fato do recorrente estar “descredenciado” do direito que lhe estava assegurado de recolher o tributo em momento posterior, expressamente previsto na legislação vigente.

Observo, nessa diretiva, que não adentro, *in casu*, nas questões de mérito que ensejarem ou não o alegado “descredenciamento” do recorrente, tendo em vista o entendimento encontra obstáculo intransponível no argumento in

recursal colacionadas aos fólhos processuais de que o recorrente, de fato, “*não foi comunicado acerca do seu descredenciamento*”.

Assevera a insigne Conselheira Relatora, no seu voto de regência, que esse descredenciamento, tal qual o credenciamento, é automático, isto é, desnecessária seria a prévia comunicação ao contribuinte.

Aqui reside o ponto fulcral da minha insurgência: entendo, ao contrário daquele *decisum*, que a intimação prévia do contribuinte, informando-o acerca do seu descredenciamento é **absolutamente indispensável**, não podendo ser afastada sob o frágil argumento de que tal ato (o de descredenciamento) é automático, sob pena de ferir, de morte, o princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da Magna Carta de 1988. Eis a dicção do mencionado dispositivo constitucional, in verbis:

“Art. 5º -

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e Recursos a ela inerentes;” (grifos nossos)

Ora, inexistente nos autos qualquer documento ou elemento que conduza à afirmação de que o recorrente fora devidamente comunicado acerca do seu descredenciamento, inclusive informando-lhe acerca da “causa” que teria provocado a sua perda de direito. Ao revés, existe, sim, uma assertiva de que tal intimação ou notificação é despicienda, visto que se faz de forma automática.

Tal entendimento, além de vilipendiar as normas legais e constitucionais vigentes, viola o “*princípio da razoabilidade*”, que deve servir de norte nos julgamentos dos processos administrativos fiscais!

É irrazoável exigir que “a cada dia” - quiçá “a cada hora” ou “a cada minuto” – tenha a empresa que consultar o seu cadastro para verificar **se continua, ou não**, credenciado junto à SEFAZ! Numa empresa, como a do recorrente, que diariamente realiza uma gama de operações comerciais – aquisições e vendas -, seria irrazoável exigir tal conduta, sob pena de paralisação completa das atividades empresariais.

Mas não é só.

Independentemente do quanto acima esposado e ao contrário do quanto afirmado pela ilustre Conselheira Relatora no seu voto de regência, entendo que a própria legislação **não afasta**, em caráter excepcional, a necessidade de intimação do contribuinte quando estiverem presentes qualquer dos requisitos que ensejariam o seu descredenciamento.

Da análise dos dispositivos normativos invocados no *decisum* ora objurgado - o art. 125, II, item “f”, §§ 7º e 8º c/c o art. 353-A e texto integral da Portaria 114/04 – percebe-se, com clareza solar, que nenhum deles sufraga a desobrigatoriedade de prévia intimação do contribuinte, nas hipóteses de descredenciamento.

Assim, inexistindo norma especial (específica) tornando desnecessária a comunicação ao contribuinte, evidente que se aplica a regra matriz constitucional que **torna imperioso** o respeito aos princípios do contraditório e à ampla defesa do administrado, ou seja, seria imprescindível ao contribuinte tomar conhecimento não só a) do seu descredenciamento propriamente dito, como também saber b) qual foi a causa que o ensejou, para que, querendo, **pudesse se defender, de forma ampla**, do objeto que lhe estaria sendo imputado, a exemplo de abusos e/ou equívocos que pudessem ser cometidos pela administração pública ou mesmo regularizar a situação apontada.

Tais circunstâncias não foram observadas no caso concreto, razão pode prosperar o presente Auto de Infração.

Ex positis, voto no sentido de PROVER o Recurso Voluntário apresentado para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 0946237670/08, lavrado contra A **PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$263,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados, se comprovados, os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Carlos Henrique Jorge Gantois, Álvaro Barreto Vieira e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE: Conselheiro: Nelson Antonio Daiha Filho e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS