

A I Nº - 281508.0378/07-2
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S/A (ARCELORMITTAL BRASIL S/A)
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 19.06.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0179-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que na data da efetivação deste lançamento o contribuinte se encontrava protegido judicialmente para exigência do imposto no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento e não no momento que deu entrada no território do Estado. Exigência fiscal insubstancial. Rejeitado a preliminar de nulidade. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/08/07, exige ICMS no valor de R\$ 1.302,85 acrescido da multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadoria adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 15 a 29, por meio de advogados legalmente constituídos, inicialmente esclarece acerca da origem do auto de infração, sintetiza seus fundamentos fáticos e jurídicos entendendo pela sua insubstancialidade; diz que é uma empresa do GRUPO ARCELOR com estabelecimentos no Estado da Bahia, em Salvador e Lauro de Freitas e que atua no mercado nacional na produção e comercialização de aços.

Afirma que sem entrar no mérito da exigência de Antecipação Parcial do ICMS, atendia as condições previstas na Lei nº 8.967/03, regulamentada pelo Dec. 8.969/04, para seu recolhimento no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no seu estabelecimento; que a partir do dia 29/05/07, teve grande quantidade de mercadorias retida no Posto Fiscal situado em Vitória da Conquista, por ter sido descredenciado, em virtude do encerramento precário da fase administrativa, inscrição de débitos em Dívida Ativa (Processos 281082.0004-06/4 e 281082.0005-06/0), que a fez incidir nas condições impostas na Portaria 114/04.

Por força de decisão judicial as mercadorias foram liberadas. Porém, toda e qualquer aquisição fora do Estado da Bahia passou a ser autuada sob o argumento de que deveria recolher o tributo quando da entrada da mercadoria em território baiano, fundamentado nos arts. 125, II, "f", e 352-A, combinado com os arts. 911 e 913, tudo do RICMS/BA e Port. 114/04.

Ressalta que a exigência advém de um "contexto equivocado da suspensão da inscrição estadual sob o argumento de existência de débitos em dívida ativa", mas não merece prosperar porque:

- 1) O instituto do ICMS antecipação parcial é inconstitucional, nos termos do art. 152 da CF;
- 2) postergar o pagamento não é um benefício fiscal e sim amenização da inconstitucionalidade;
- 3) a exigência antecipada do imposto é inconstitucional, por impedir circulação de mercadorias condicionada a pagamento antes, discrimina origem e destino, fere os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, do livre exercício da atividade econômica, da segurança jurídica e da legalidade (art. 152 da CF);
- 4) contraria "decisão judicial" que determinava a suspensão do descredenciamento;
- 5) "os créditos tributários ora profligados" já se encontravam adimplidos pela escrituração, em momento anterior ao lançamento.

Relacionou diversos Autos de Infração lavrados quando sua faculdade de recolher de forma postergado foi suspensa. Pede sua conexão em nome da celeridade e economia processual.

Questiona a suspensão da “postergação da antecipação” na existência de débitos inscritos na Dívida Ativa por ferir aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, legalidade, devido processo, legal, entre outros; seja pela irregularidade da inscrição de processos em Dívida Ativa, visto que apresentou defesa, foi julgado de forma sumária, não tomou ciência da decisão e mesmo assim foi inscrito em 21.05.07, ferindo os princípios basilares da moralidade, publicidade, oficialidade, processo legal, contraditório, ampla defesa (art. 2º, 27 e 122 do Decreto 7.629/99); seja porque o Estado tem o meio legal de exigir débitos inscritos.

Sintetiza que suspender ou descredenciar a inscrição estadual por débito em dívida ativa consagra a coação para pagamento por ofensa aos artigos 5º e 170 da CF 88, Súmulas 547, 70 e 323 do STF, ementa do ROMS nº 10678 do STJ, todos transcritos. Reforça tal posicionamento com parte de obras publicadas pela professora ODETE MADUAR, HELENILSON CUNHA PONTES, CELSO MACHADO, concluindo que uma Portaria (114/04) não pode criar obrigações ou restringir direitos não expressos em outro texto legal do Ordenamento Jurídico vigente. Requer que a impugnação seja julgada procedente.

Destaca que em razão dos fatos ocorridos, ajuizou Mandado de Segurança nº 15395787-2007, conforme cópia juntada ao processo, requerendo liminarmente, “inaudita altera parte”, que o Estado se abstenha pessoalmente ou por seus subordinados, de suspender sua inscrição estadual em razão de existência de débito inscrito em Dívida Ativa; de negar liberação das mercadorias, veículos e documentos fiscais, aos legítimos proprietários; de obstaculizar a circulação de suas mercadorias no Estado da Bahia, acobertadas por notas fiscais, sob pena de imposição de multa; sem ferir o direito do Estado de realizar cobranças que entenda devidas pelas vias administrativas ou judiciais.

Informa que em 01/06/07, a liminar deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador; novo despacho foi exarado, impondo multa diária de R\$1.000,00 por descumprimento.

Entende que a lavratura do presente Auto de Infração desrespeita a decisão judicial, ferindo a separação dos poderes, devendo ser decretada sua insubsistência.

Diz que a impugnante escriturou, antes do lançamento de ofício, os valores nos livros fiscais, encontrando-se quitado o ICMS. Protesta pela juntada do comprovante em 30 dias. Por fim, sintetizou os argumentos formulados na defesa e pede a procedência da impugnação.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 83 a 87), inicialmente discorre sobre os argumentos defensivos, ressalta que o processo administrativo fiscal não aprecia constitucionalidade dos atos praticados pela administração pública, que compete ao STF, mas que existe manifesto equívoco na afirmação defensiva de inconstitucionalidade, uma vez que a matéria foi apreciada através da ADIN 3426. O STF decidiu 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.

Diz que a Lei Estadual 8.967/03 estabelece a postergação do pagamento para o dia 25 do mês subsequente. Entretanto, tal exercício está condicionado ao credenciamento do contribuinte (art. 125, §7º do Decreto 6.284/97 e Portaria 114/04). Acrescenta que a inscrição na Dívida Ativa motiva o descredenciamento, situação na qual se encontrava o contribuinte.

Insiste que o art. 1º II da Port. 114/04 estabelece restrição de credenciamento para empresas com débito inscrito em Dívida Ativa, que é a situação do autuado. Salienta a decisão do STF na ADIN 3426, deixa claro que é de competência dos Estados, estabelecer prazo de pagamento do imposto.

Contesta a alegação de que existia decisão judicial de suspensão de descredenciamento, reconhecendo que existia que determinava não apreensão de mercadorias e retenção no Posto Fiscal, o que não impedia à constituição do crédito tributário, obedecido as ressalvas contidas na liminar em mandado de segurança e que o Auto de Infração obedece ao devido processo legal.

Quanto ao pedido de conexão de todos os Autos de Infração, remete esta apreciação ao CONSEF, dizendo que no cumprimento de suas obrigações fiscais, produz informação fiscal individual.

Quanto à inscrição de débito na Dívida Ativa, diz que é de competência da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário (DARC), cabendo a legalidade à Procuradoria do Estado.

Com relação à apreensão de mercadorias, afirma que em obediência à decisão judicial, as mercadorias ficaram sob a própria guarda do autuado, ficando assegurado o direito do Estado de realizar cobrança por vias administrativas não havendo descumprimento da decisão judicial.

Relativamente à impossibilidade de efetuar o pagamento do ICMS antecipado em virtude da escrituração da nota fiscal, rebate dizendo que o estando descredenciado além do lançamento do imposto tem obrigação de efetuar o pagamento na primeira repartição da fronteira ou do percurso, o que não ocorreu, devendo arcar com o ônus da multa (art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96). Finaliza dizendo que os argumentos e provas juntados ao processo não comprova o pagamento tempestivo do ICMS exigido no Auto de Infração e requer a sua procedência.

O CONSEF encaminhou o processo à PGE/PROFIS, solicitando que fosse exarado parecer acerca das ações judiciais impetradas pelo impugnante e a repercussão neste processo (fls. 90/91).

A PGE/PROFIS no seu Parecer exarado, fls. 95/99, manifestou entendimento de que apenas a concessão definitiva de segurança postulada retiraria o alcance da norma que deu suporte ao lançamento, restando prejudicada a defesa, deslocando a discussão para a seara judicial.

Considerando que foi concedida pelo Juízo da 3^a. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador a tutela antecipada no bojo da Ação Anulatória 1596214-7, suspendendo a exigibilidade dos créditos manejados nos PAF's 281082.0004/06-4 e 281082.000/06-0, no dia 30.08.2007; manifestou entendimento que os lançamentos realizados antes dela, deva ser considerada prejudicada a defesa, face ao ajuizamento do MS 153957872007, encaminhando-se o PAF à PGE para inscrição na dívida ativa; no caso, porém, dos lançamentos realizados após a decisão concessora da tutela antecipada, 30.08.07, deve ser declarada, após representação da PGE / PROFIS, a nulidade do lançamento de ofício, face a existência de vício insanável na constituição do crédito.

No caso presente, lançamento lavrado antes de 30.08.07, propõe o encaminhamento ao CONSEF para declaração da defesa prejudicada face o ajuizamento do MS; em seguida, PGE/ PROFIS para inscrição em dívida ativa.

Cientificado do Parecer o autuado se manifestou (fls. 105/122), reitera o pedido de conexão e disse que há equívoco no parecer, visto que o Mandado de Segurança no seu entendimento teve como objetivo "que a Fazenda reparasse o erro cometido ao descredenciar a empresa".

Reiterou os argumentos apresentados na defesa inicial, diz que as autuações foram posteriores à decisão liminar em 31.05.07; que não renunciou a via administrativa, seja porque o Mandado de segurança foi impetrado antes das autuações e distintas são as matérias tratadas no MS, não podendo ser acionado o art. 126, Lei 3.956. Insiste que para oferecer respostas aos pontos levantados pela PGE retorna aos fatos que originaram os diversos autos de infração, uma vez que os mesmos não contribuíram para o deslinde da contenda, enfatizando a insubsistência da autuação, porque errônea a inscrição na dívida ativa e o descredenciamento; o deferimento do MS tem efeitos imediatos e as autuações foram posteriores à sua concessão; que o recurso administrativo não está prejudicado pelo ajuizamento do MS, mas todo o processo pela liminar do MS, porque anterior à autuação e o depósito que correspondeu ao valor integral suspendeu a exigibilidade dos débitos, inclusive os anteriores a 30.08.07.

Diz que os produtos autuados são industrializados (TIPI 72142000) e estão ao abrigo da redução da base de cálculo, conforme Convênio 15/81 e 33/93 (art. 87, IV, RICMS BA), a alíquota a incidir seria 12% e não 17%.

Diz ainda que é insubstancial o parecer da Procuradoria Geral uma vez que se posicionou no sentido de que o deferimento da decisão acautelatória do MS obstaria o lançamento tributário e

inscrição na dívida ativa e ainda que a empresa não mais poderia resolver a testilha em sede administrativa por ter recorrido a via judicial, lembrando que assim o fez porque suas cargas estavam sendo apreendidas. Reitera que fez depósito integral do crédito tributário em juízo, nos autos da Ação Anulatória 1596214-7/2007 e que ao contrário do que afirmou a PGE a suspensão do crédito se vincula à data desse depósito realizado no dia 13/07/07 e não em 30/08/07.

Ressalta que o Auto de Infração “no seu histórico não cita qual a nota fiscal, qual a operação, de onde tirou a base de cálculo” o que no seu entendimento conduz a sua nulidade. Ratifica a impugnação inicial, pede a conexão dos processos e procedência da impugnação.

O autuante, tendo em vista o parecer PGE / PROFIS e a consequente manifestação do autuado, presta nova informação fiscal (fl. 149).

Quanto a alegação defensiva de que foi adotado alíquota de 17% e não 12%, diz que não procede, tendo em vista que em conformidade com o art. 87 do RICMS, a mercadoria é contemplada com a redução de base de cálculo de 29,41%, a qual foi contemplada no demonstrativo de apuração do imposto (fl. 3).

Afirma que ao contrário do que foi alegado na defesa, descreveu de forma clara a infração e indicou os números das notas fiscais que acobertaram a operação. Pede procedência da autuação.

Em petição juntada à fl. 152, o impugnante apresenta sua nova razão social, ARCELORMITTAL BRASIL S/A; substabelecimento de novos advogados para fins de recebimento de intimação, sob pena de nulidade, nos termos do art. 236, §1º do CPC; às fls. 162/164, faz um resumo dos fatos, transcreve parte do texto da sentença publicada em 13/03/09, cuja cópia juntou aos autos (fls. 165/168), considerando que se a MM. Juíza acatou seus argumentos em especial contra a apreensão de mercadorias e do descredenciamento que haviam sido injustos, conclui injusta é a autuação posto que baseada neste fato.

Pede o cancelamento do presente auto de infração.

VOTO

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado argui, em sede preliminar, a nulidade do Auto de Infração, por ter sido citada a nota fiscal a que se refere a operação em tela, além do substabelecimento de novos advogados para fins de recebimento de intimação, em seus endereços, nulidade nos termos do art. 236, §1º do CPC. Não acato tal alegação tendo em vista que, em contrário às razões, foi relacionado no auto de infração o número da nota fiscal que acobertava a operação, bem como a indicação da base de cálculo no demonstrativo de débito, inclusive contemplando a redução da base de cálculo, prevista na legislação.

No que concerne à indicação pelo autuado do endereço de seus advogados para recebimento de intimações, não vislumbro qualquer óbice ao seu atendimento, que deverá ser observado pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda ao enviar intimações e demais comunicações relativas ao Auto de Infração em lide. Vale ressaltar, porém, que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco. Não há falar, portanto, em nulidades do feito.

No mérito o Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadoria adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Inicialmente com relação a alegação defensiva de que o instituto do ICMS antecipação parcial é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Além disso, conforme ressaltado pelo autuante, o STF no julgamento da ADIN 3426,

manifestou entendimento que a antecipação parcial do ICMS, introduzida na legislação do ICMS do Estado da Bahia pela Lei nº 8.967/03 não é constitucional. Portanto, não há do que se discutir quanto a constitucionalidade do imposto ora exigido neste lançamento.

No tocante à alegação de que no momento da efetivação do lançamento existia “decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento da Impugnante”, verifico que no pedido de liminar formulado pelo impugnante no Mandado de Segurança (MS) 1539578-7/2007, cuja cópia foi acostada ao processo, foi solicitado a autoridade coatora que:

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... tudo sem ferir o direito do Estado de realizar regularmente as cobranças que entender devidas pelas vias administrativas (autos de infração) e judiciais (execuções fiscais).

Em atendimento ao solicitado, a M.M. Juíza deferiu a liminar concedida em despacho publicado no Diário Oficial de 1/06/07:

Sem adentrar ao mérito, o que 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.

Pela análise do objeto quanto à segurança requerida pelo impugnante e a fundamentação apresentada pela M.M. Juíza na concessão da liminar em MS, não ficou claro qual a segurança concedida, visto que foi determinado que, a administração tributária estava impedida de apreender veículo, mercadorias, documentos fiscais, de suspender sua inscrição, de modo que não impossibilitasse a continuidade de suas atividades empresariais.

Com a lavratura deste Auto de Infração o veículo não foi apreendido, as mercadorias foram apreendidas e ao mesmo tempo liberadas ficando o autuado como fiel depositário conforme termo próprio juntado ao processo, não houve apreensão do documento fiscal, visto que foi juntada apenas cópia da nota fiscal ao processo. Por outro lado, a inscrição do estabelecimento autuado esteve sempre ativa, ou seja, não houve suspensão da inscrição. Tudo isso leva a conclusão de que em nenhum momento com a lavratura do presente Auto de Infração, o Estado por meio da administração tributária impossibilitou a continuidade das atividades empresariais do estabelecimento autuado.

Logo, a fiscalização adotou procedimentos objetivando exigir o ICMS antecipação parcial no momento em que a mercadoria deu entrada no território deste Estado em razão do contribuinte ter sido descredenciado, e consequentemente perdeu o direito de recolher o imposto no dia 25 do mês subsequente da entrada das mercadorias. Assim sendo, não ocorreu nenhum procedimento contrário ao que foi assegurado judicialmente. Por outro lado, como não podia deixar de ser, a M.M. Juíza ressalvou que no cumprimento da sua decisão, a administração pública poderia agir “tudo sem ferir o direito do Estado realizar regularmente as cobranças que entender devida pelas vias administrativas (auto de infração) e judiciais (execuções fiscais)”. Portanto, o presente lançamento foi feito em conformidade com a liminar concedida, as disposições regulamentares do imposto (RICMS BA) e as regras estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo fiscal aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, obedecendo ao princípio da legalidade, possibilitando o recorrente exercer o seu direito de defesa e do contraditório.

Entretanto, conjugando o despacho final da Juíza com os termos por ela empregados na fundamentação da decisão, reforçado pelo fato de que a MM. Juíza, ao tomar conhecimento de novas autuações, emitiu despacho estabelecendo multa diária caso o Estado descumprisse a sua decisão, numa interpretação contextual conclui-se que a segurança concedida na Liminar no

sentido de que o Estado não imponha a “suspensão da inscrição”, pode ser entendido que não fosse “descredenciado” o contribuinte em relação ao pagamento da antecipação parcial do ICMS.

Como a Liminar foi concedida em 01/06/07, considero que no momento que foi lavrado este Auto de Infração, o autuado encontrava-se protegido contra o descredenciamento procedido pelo Estado, em relação ao pagamento do ICMS antecipação parcial, restabelecendo dessa forma, o seu credenciamento. Consequentemente, a obrigação para o pagamento do imposto deveria ocorrer no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria, e não no momento da passagem pelo posto fiscal de fronteira, como foi feito.

Com relação ao argumento de que o crédito tributário em discussão já se encontra integralmente adimplido, sob alegação de que foi escriturada a nota fiscal, recomendo a autoridade fazendária, mandar renovar o procedimento fiscal para verificar se a obrigação tributária correspondente foi adimplida no prazo legal como se o contribuinte estivesse credenciado, caso contrário deve ser efetuado o lançamento de ofício decorrente.

Pelo exposto, julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração, por ausência de pressuposto legal na data de sua lavratura.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 281508.0378/07-2, lavrado contra **BELGO SIDERURGIA S/A (ARCELORMITTAL BRASIL S/A)**.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR