

A I Nº - 297895.0119/07-0
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S/A (ARCELORMITTAL BRASIL S/A)
AUTUANTE - CESAR PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 19.06.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0184-04/09

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/10/07, exige ICMS no valor de R\$ 1.379,17, 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. 17 a 35, 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 (Lei 8.967/03) 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) demonstrando boa fé e necessidade de discutir as autuações que não têm respaldo legal, ajuizou ação anulatória com suspensão da exigibilidade por conta do depósito integral;
- 6) ainda que não se respeite os princípios constitucionais, as notas estão escrituradas, impossibilitada nova cobrança sob pena do BIS IN IDEM.

Relacionou diversos Autos de Infração lavrados quando sua faculdade de recolher de forma postergada 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.

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%.

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; fez o depósito integral do crédito tributário.

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

Diz, por fim, que o presente auto de infração não pode prevalecer; não diz a que nota se refere, não informa a origem da base de cálculo, ma vez que cabe à fiscalização motivar seus atos e não o fazendo leva à nulidade do auto de infração.

Por fim, sintetizou os argumentos formulados na defesa e pede a procedência da impugnação.

Junta cópia da Ação Anulatória (fls. 67/83); do depósito judicial (fl. 84) e do Mandado de segurança (fls. 91/94).

O autuante na sua informação fiscal (fls. 101 a 104), 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 nº 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 decisão que determinava não apreensão de mercadorias e retenção no Posto Fiscal, o que não credenciava o contribuinte nem impedia à constituição do crédito tributário, com a ressalva “tudo sem ferir o direito do Estado de realizar regularmente as cobranças que entender cabíveis pelas vias administrativas (autos de infração) e judiciais (execução fiscais)”.

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, inexistindo coação para pagamento, sendo ineptas as arguições de abuso a dispositivos constitucionais e súmulas do STF.

Acerca das guerreadas restrições impostas para credenciamento de contribuintes da Portaria 114/04, ao julgar a ADIN 3426, assentou o STF que “os Estados detêm competência legislativa plena para estabelecer o momento do pagamento do tributo”. Sobre a redução da base de cálculo, (29,41%) diz que a exigência está de acordo com a legislação, carga tributária efetiva de 12%.

Com relação a impossibilidade do contribuinte efetuar o pagamento antecipado do ICMS, uma vez que antes mesmo do lançamento a empresa escriturou os valores em seus livros fiscais, estando o ICMS quitado, deduz que a alegação não se sustenta. Estando descredenciado a obrigação não é apenas de fazer registro das mercadorias, mas de efetuar pagamento. Nesse caso, 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 7.014/96). Finaliza e requer a procedência do Auto de Infração.

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 (fl. 113/114).

A PGE/PROFIS no seu Parecer exarado, fls. 107/108, 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 3ª 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. 123/131), reitera o pedido de conexão e disse que o parecer foi favorável ao cancelamento da autuação, mas discordo do mesmo tendo em vista seus fundamentos, uma vez que não seria possível acionar o art. 126 da Lei 3.956/81. Conclui

que a premissa do Parecer não é verdadeira, pois o Mandado de Segurança não foi impetrado após a lavratura dos autos de infração.

Reiterou os argumentos que objetiva o MS a autoridade coatora se refreie de continuar coagindo a parte autora. O remédio constitucional visou tão somente que a Fazenda reparasse o erro cometido ao descredenciar a empresa. Diz 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. Sintetiza os fundamentos de fatos e jurídicos que levam a insubsistência dos lançamentos e a inscrição ilegal dos débitos na dívida ativa; a ação anulatória com depósito integral em dinheiro que suspendeu a exigibilidade dos créditos; o descredenciamento a empresa e a exigência antecipada do ICMS. Diz que nesse ponto nascem os diversos autos de infração, restando a empresa o ajuizamento de Mandado de Segurança, até porque suas cargas estavam sendo apreendidas ilegalmente nos postos fiscais.

Resume as duas providencias judiciais adotadas: O ajuizamento do MS e o da Ação Anulatória com depósito em dinheiro das autuações inscritas em Dívida Ativa. Lembra que as aludidas autuações 2810820004064 e 2810820005060 e que ensejaram o descredenciamento ferem princípios basilares do Estado de Direito, asseverando que parte dos ditames constitucionais constam do Decreto Estadual 7629/99 (art. 2º, §§1º e 2º, art. 27 e art. 122), mas que não foi obedecido o devido processo legal, sequer a empresa foi notificada da decisão, conforme art. 108/110 do mesmo texto legal. Pede, pois, cancelamento da exigência, uma vez que a inscrição na dívida ativa não consta de qualquer texto legal, mas de uma Portaria que, segundo o ordenamento vigente, não pode criar obrigações ou restringir diretos.

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%.

Insiste que, contrário da afirmação da PGE a suspensão do crédito se vincula à data do depósito realizado no dia 13/07/07, feito no bojo da Ação Anulatória 1596214-7/2007, e não em 30/08/07; que a lavratura de auto de infração desrespeita a decisão judicial proferida nos autos dessa ação.

Ressalta que não existe concomitância da matéria administrativa coma a judicial, mas proteção jurisdicional que impediria a lavratura do auto de infração; que o MS foi ajuizado antes da presente autuação; pede a conexão dos processos e procedência da impugnação.

O autuante diz que, ciente do parecer PGE / PROFIS acompanha seu entendimento pela nulidade do lançamento de ofício, ressalvando que não tinha tal informação, no momento da lavratura do auto de infração (fl. 162).

Em petição juntada às fls. 165, o impugnante, já em nome da nova razão social, ARCELORMITTAL BRASIL S /A faz o substabelecimento de novos advogados para fins de recebimento de intimação, sob pena de nulidade, nos termos do art. 236, §1º do CPC; às fls. 176/178, faz um resumo dos fatos, transcreve parte do texto da sentença publicada em 13/03/09, cuja cópia juntou aos autos (fls. 179/182), 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, sob a alegação que a inscrição na dívida ativa não consta de qualquer texto legal, mas de uma Portaria que, segundo o ordenamento vigente, não pode criar obrigações ou restringir diretos. Clama ainda, 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 existe qualquer óbice quanto à inscrição do cito débito na dívida ativa, conforme ensinamento do

art. 201, CTN. O art. 32 da Lei nº 7.014/96 estabelece que o imposto será recolhido no prazo e forma estabelecido pelo regulamento (art. 125, RICMS/BA). A Portaria 114 reproduz apenas o que já expressa a legislação regente. Não criou nenhum direito ou obrigação, como questionou o autuado.

No que concerne à indicação pelo autuado do endereço de seus advogados para recebimento de intimações, não vislumbra 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/BA, 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 inconstitucional. Portanto, não há do que se discutir quanto a inconstitucionalidade 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 abstinha, 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, face a alegação do autuado do depósito integral dos processos administrativos que demandaram a lide em questão, não obstante o parecer da PGE / PROFIS no sentido da não suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito judicial aludido, porquanto não integral, mas, sobretudo, com fulcro na concessão pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, tutela antecipada no bojo da Ação anulatória 1596214-7, suspendendo a exigibilidade dos créditos contidos nos processos 2810820004064 e 2810820005060.

Como a Liminar foi concedida em 30/08/07, considero que no momento que foi lavrado este Auto de Infração, em 02.10.07, de acordo inclusive com o parecer da Procuradoria do Estado, entendo que o lançamento tributário efetuado após a decisão concessora da tutela antecipada supra referenciada deve ser considerado nulo, em face à existência de vício insanável na constituição do crédito, em decorrência de não se ter lastro fático para a imputação sancionatória.

Na prática, deve ser entendido que o autuado encontra 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 deve 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 e como, aliais, confirmou a sentença relativa ao MS 1539578-7/2007, publicada em 13.03.09.

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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 297895.0119/07-0, 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 DANILLO REIS LOPES – JULGADOR