

A I Nº - 281508.0417/07-8
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S/A (ARCELORMITTAL BRASIL S/A)
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 29.06.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0201-04/09

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/09/07, exige ICMS no valor de R\$1.359,48 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 que atua no mercado nacional na produção e comercialização de aços.

Esclarece que preenchia as condições previstas na Lei nº 8.967/03, regulamentada pelo Dec. 8.969/04, para recolhimento do ICMS antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no seu estabelecimento, porém a partir do dia 29/05/07, teve mercadorias retidas no Posto Fiscal situado em Vitória da Conquista, por ter sido descredenciado, em virtude de inscrição de débitos em Dívida Ativa (Processos 281082.0004-06/4 e 281082.0005-06/0). Por força de decisão judicial as mercadorias foram liberadas e autuadas, fundamentada nos arts. 125, II, “f”, e 352-A, combinado com os arts. 911 e 913, tudo do RICMS/BA e Port. 114/04.

Pondera que a exigência fiscal decorre de um equívoco “de suspensão da inscrição estadual” “sob o argumento de existência de débitos em dívida ativa”, mas não pode prosperar visto que:

- 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 fiscais ora profiligados” encontram-se adimplidos, pela escrituração.

Relacionou Autos de Infração lavrados vinculados às respectivas notas fiscais e invocando o princípio de celeridade e economia processual, requer a conexão de todos.

Afirma que a inscrição de processos em Dívida Ativa foi irregular, 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 RPAF/99).

Pondera que o Estado não respeita as regras criadas para melhor funcionar a máquina administrativa, reconhece o direito de inscrever débito em Dívida Ativa, executar valores por meio legal, no período prescricional, mas não pode gerar prejuízo ao contribuinte, utilizando mecanismos que condicionam prazo de pagamento de tributo à inexistência de débitos inscritos em Dívida Ativa. Entende que a Port. 114/04 desrespeita os preceitos legais e constitucionais.

Transcreve os arts. 5º e 170 da CF88, Súmulas 547, 70 e 323 do STF, ementa do ROMS nº 10678 do STJ, parte de obras publicadas por professores para reforçar o seu posicionamento de que a segurança do Estado de Direito é o respeito ao contraditório e da ampla defesa. 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 que o Estado se abstenha de:

- a) suspender sua inscrição estadual em razão de existência de débito inscrito em Dívida Ativa;
- b) negar liberação das mercadorias, veículos e documentos fiscais, aos proprietários;
- c) impedir 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 01/07/07, a liminar deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador teve novo despacho, impondo multa diária de R\$1.000,00 em caso de descumprimento.

Entende que o presente Auto de Infração, descredenciando para pagamento do ICMS antecipação parcial, desrespeita a decisão judicial, além de ter escriturado os valores em seus livros fiscais, conforme cópia do livro Registro de Entradas e que a cobrança implica em *bis in idem*.

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 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.

Quanto ao prazo de recolhimento do imposto, afirma que a regra não é constitucional e sim dos entes que têm competência para cobrar o ICMS antecipação parcial (Estado). Afirma que a Lei 8.967/03 regulamentada pelo Dec. 6.284/97 nos artigos 125 e 352-A, dispõe que o direito de efetuar o pagamento no dia 25 do mês subsequente é condicionado ao credenciamento do contribuinte (art. 125, §7º do RICMS/BA e Port. 114/04).

Afirma 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 que 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 uma decisão judicial que determinava não a apreensão de mercadorias e retenção no Posto Fiscal, o que não impedia a constituição do crédito tributário, obedecidas 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 contribuinte 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 comprovam 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 manifestou entendimento de que 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.

Com relação à concessão da tutela antecipada em 30/08/07, manifestou entendimento que os lançamentos realizados antes dela, deva ser considerado prejudicada a defesa e se depois, declarado nulo o lançamento face a existência de vício insanável na constituição do crédito.

Cientificado do Parecer o autuado se manifestou (fls. 136/144), 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 e retifica que ao contrário do que afirmou a PGE a suspensão do crédito da Ação Anulatória se vincula a data do depósito que foi 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 presta nova informação fiscal (fl. 177), manifesta concordância com o parecer PGE/PROFIS e afirma que quanto ao mérito fica prejudicada sua análise face à concordância com o parecer exarado pela PGE.

Quanto a alegação defensiva de que foi adotada alíquota de 17% e não 12%, diz que não procede, tendo em vista que em conformidade com o art. 87 do RICMS/BA, 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 o número da nota fiscal. Requer a procedência da autuação

Em petição juntada às fls. 185/187, o impugnante faz um resumo dos fatos, transcreve parte do texto da sentença publicada em 13/03/09, cuja cópia juntou aos autos, ressaltando que a MM. Juíza acatou seus argumentos em especial contra a apreensão de mercadorias e do descredenciamento que haviam sido injustos.

VOTO

No momento em que se manifestou acerca da informação fiscal o autuado suscitou a nulidade da autuação sob alegação de que no seu histórico “não cita qual a nota fiscal” e de qual operação foi constituída a base de cálculo. Não acato tal alegação tendo em vista que, ao contrário do que foi afirmado, no corpo do Auto de Infração foi relacionado o número da nota fiscal que acobertava a operação, bem como a foi indicado no demonstrativo de débito como foi apurado o imposto exigido, inclusive contemplando a redução da base de cálculo.

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 imposto do Estado da Bahia pela Lei nº 8.967/03 não é inconstitucional. Portanto, não há o que se discutir quanto à 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 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 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.

Pela análise do objeto quanto a 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 conseqüentemente perdeu o direito de recolher o imposto no dia 25 do mês subseqüente ao 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 ressaltou 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 ao 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 o 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281508.0417/07-8**, lavrado contra **BELGO SIDERURGIA S/A (ARCELORMITTAL BRASIL S/A)**.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR