

A I N° - 297895.0136/07-1
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S/A
AUTUANTE - CESAR PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 23.02.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0030-04/10

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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/10/07, exige ICMS no valor de R\$ 1.228,84, 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. 16 a 33, 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; mas, lavrados autos de infração quando da entrada de mercadorias em território baiano, fundamentados nos arts. 125, II, “F”, 352-A, combinado com os arts. 911 e 913, tudo do RICMS/BA e Port. 114/04.

Ressalva que a exigência pela antecipação do imposto decorre de um contexto equivocado na suspensão da sua inscrição estadual, sob o argumento de existência de débitos em dívida ativa, mas que não pode prosperar, em síntese, pelos seguintes:

- 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 profligados” encontra-se adimplidos, pela escrituração.

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

Afirma que as inscrições em Dívida Ativa foram feitas de forma irregular, visto que apresentou defesa e, se os julgamentos foram feitos de forma sumária, não tomou ciência da decisão; assim foi inscrito em dívida ativa, em 21.05.07, ferindo os princípios de publicidade, oficialidade, processo legal, contraditório, ampla c

RPAF/99), ponderando que o próprio 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; suspender ou descredenciar a inscrição estadual consagra a coação para pagamento.

Transcreve os arts. 5º e 170 da CF/88, Súmulas 547, 70 e 323 do STF, Ementa do ROMS nº 10678 do STJ e trechos de textos da doutrina especializada 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.

Ressalva ainda que os produtos autuados são cabos e barras de ferro, ao abrigo da redução da base de cálculo, em conformidade com os Convênios 15/81 e 33/93 (art. 87, IV, RICMS/BA).

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 01/06/07, 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. 101 a 104), inicialmente discorre sobre os fatos que determinaram a autuação; sobre os argumentos defensivos, ressalta que agiu em conformidade com a legislação do ICMS e que o próprio autuado reconhece que estava sem credenciamento na época da autuação. Diz que o processo administrativo fiscal não aprecia constitucionalidade dos atos praticados pela administração pública, competindo ao STF, mas, defende que a matéria já foi apreciada através da ADIN 3426. O STF decidiu não ser inconstitucional a antecipação parcial do ICMS, introduzida na legislação do ICMS desse Estado, através do artigo 12-A da Lei nº 8.967/03.

Aduz que a legislação estadual permite que o contribuinte com inscrição estadual regular postergue o pagamento do ICMS antecipado para o dia 25 do mês subsequente. Então, a Lei nº 8.967/03 regulamentada pelo Dec. 6.284/97 nos artigos 125 e 352-A, estende o direito de efetuar pagamento no dia 25 do mês subsequente, 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 a decisão do STF na ADIN 3426, deixa claro que é competência dos Estados estabelecerem o prazo para pagamento do imposto.

Contesta a alegação de que a decisão judicial suspendia o descredenciamento; a decisão determinou além da não apreensão de mercadorias, a retenção no Posto Fiscal, o que não impedia a constituição do crédito tributário, obedecidas as ressalvas contidas na liminar em mandado de segurança. O Auto de Infração, portanto, não feriu qualquer dispositivo legal, menos ainda a decisão judicial em comento.

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

Com respeito à inconstitucionalidade da apreensão de mercadorias, afirma que em obediência à decisão judicial, as mercadorias ficaram sob a guarda do autuado, assegurado o direito do Estado de realizar cobrança por vias administrativas, não havendo descumprimento da decisão judicial ou coação para pagamento. Contesta a alegação sobre as restrições contidas na Portaria 114/2004, uma vez que ao julgar a ADIN 3426, restou assentado que os estados têm competência para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

Diz acerca da redução da base de cálculo que, que foi contemplada com a imposição de 29.41%, conforme consta do demonstrativo de débito.

Aduz o cumprimento de ordem judicial; e que alegação de quitação do ICMS, em função da escrituração de seus valores nos livros fiscais não se sustenta. Estando descredenciado, além do lançamento do imposto, o autuado tem a 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, através da sua Presidenta, encaminhou o processo à PGE/PROFIS, solicitando que fosse exarado parecer acerca das ações judiciais impetradas pelo impugnante e a repercussão de tais ações, nesse processo (fls. 107/108).

A PGE/PROFIS encaminha os autos para o Procurador do Estado vinculado ao MS 15395778-7 (1ª. Vara Fazenda Pública) e Ação Anulatória de débito 1596314-7/2007 (3ª. Vara da Fazenda Pública) para análise da consulta do CONSEF (fl. 109).

O autuado manifesta-se novamente pelo substabelecimento de seus advogados (fls. 111/116)

Em nova manifestação (fls. 144/146) inicialmente discorre sobre as ações fiscais desencadeadas com a inscrição na dívida ativa, interposição do Mandado de Segurança MS 1539578-7/2007 e a publicação da sentença em 13/03/09 favorável ao seu pleito, cujo teor transcreveu.

Conclui dizendo que uma vez acatado em juízo os argumentos expendidos pela empresa, o descredenciamento da mesma pelo Estado é injusto, assim como a autuação, requerendo o cancelamento do presente auto de infração.

A PGE/PROFIS no seu Parecer exarado (fls. 152/157) informa que em resposta ao questionamento formulado antes, o Procurador vinculado ao MS 1539578-7/2007 informa que o mesmo teve suas pretensões acautelatórias acolhidas e, supervenientemente, a medida liminar confirmada no mérito. No tocante a Ação anulatória, informa o Procurador que o mérito da demanda se ateve às infrações imputadas nos lançamentos de ofício dos autos 281082.0004/06-4 e 2811082.0005/06-0.

Em conclusão, entende a PROFIS que todos os autos lavrados após a concessão da medida liminar pelo Juízo da 1º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em 01.06.2007, estão eivados de nulidade de origem, uma vez não alcançados pela norma tributária motivadora do lançamento o seu suporte fático.

Face ao todo expendido representa ao CONSEF pela nulidade do lançamento em epígrafe, face a inexistência de vício insanável na constituição do crédito tributário em apreço por falta de lastro fático.

VOTO

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 à alegação defensiva de que o instituto do ICMS antecipação parcial é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, I d competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucional

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 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 01/06/07:

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 à segurança requerida pelo impugnante e a fundamentação apresentada pela M.M. Juíza na concessão da liminar em MS, não ficou clara 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, as mercadorias foram apreendidas para as averiguações de praxe e, liberadas, no momento seguinte, 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 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 da entrada das mercadorias. Assim sendo, não ocorreu nenhum procedimento contrário ao que foi assegurado judicialmente. Por outro lado, como nem poderia 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 devidas 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. Juíz novas autuações, emitiu despacho estabelecendo multa diária caso

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 entendida 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 crédito tributário em discussão já se encontra integralmente adimplido, sob alegação de que foi escriturada a nota fiscal, uma coisa não implica a outra e, assim, 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 **297895.0136/07-1**, lavrado contra **BELGO SIDERURGIA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR