

A. I. Nº - 281508.0303/07-2
AUTUADO - BELGO SIDERÚRGIA S.A. (ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 21. 11. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0264-01/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A concessão definitiva da segurança postulada no Mandado de Segurança retira do alcance da norma tributária engendrada do lançamento seu suporte fático, ou seja, o não preenchimento de requisito pelo contribuinte necessário à concessão do benefício fiscal. Inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória à época da autuação representa vício insanável na constituição do crédito tributário em apreço. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2007, exige ICMS, no valor de R\$1.443,33, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Por meio de advogados, o autuado apresenta defesa (fls. 16 a 28) e, inicialmente, informa que é uma empresa do Grupo Arcelor Brasil, presença destacada nos setores de aços longos e planos ao carbono, com diversos estabelecimentos espalhados pelo país, responsáveis pela produção e distribuição de relaminados, trefilados e perfilados de aço no Estado, sobrevivendo da produção e comercialização de tais produtos.

Aduz que por ato arbitrário da fiscalização tributária estadual, as suas atividades foram prejudicadas, tendo em vista a exigência de pagamento de tributos sem ter guarida no devido processo legal, na ampla defesa, no contraditório e no estado democrático de direito.

Frisa que, sem entrar no mérito da exigência de antecipação do ICMS, é preciso reafirmar que a empresa se enquadrava no regime de antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização introduzidos pela legislação do Estado (Lei nº 8.967/03) e que permite o recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias no estabelecimento, bem como cumpria as condições dispostas no Decreto Estadual nº 8.969/04. Contudo, a confusão começa no dia 29 de maio de 2007, quando teve uma grande quantidade de mercadorias retidas (Notas Fiscais nºs 501357; 501138; 500984; 196628; 196629; 196630; 196631; 196632; 196633; 197177; 197178; 197179; 197180; 197181; 197182) no Posto de Fiscalização Benito Gama da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - Vitória da Conquista.

Informa que, quando foi tomar conhecimento do que estava ocorrendo, constatou que havia sido descredenciada (sua inscrição na Bahia) para o recolhimento postergado da antecipação, pois teve

dois débitos inscritos em dívida ativa dos processos administrativos nºs 2.810.820.004.064 e 2.810.820.005.060. Entendendo não haver sentido em juntar esses Autos de Infração, bastando informar que os mesmos não eram legítimos, tentou discutir administrativamente, mas seu direito foi inibido e, atualmente, discute a consistência fática e jurídica desses Autos de Infração por ação anulatória, com depósito em dinheiro, suspendendo a exigibilidade dos créditos, conforme cópia que anexa (doc. 4 - fls. 44 a 63).

Argumenta que durante o período em que os débitos acima mencionados estiveram inscritos em dívida ativa, a fiscalização estadual o descredenciou e passou a lhe exigir que o ICMS fosse recolhido antecipadamente, quando da entrada das mercadorias, oriundas de outros estados da Federação. Diz que cumpriu todas as exigências constantes do texto legal e do decreto regulamentador acima mencionado, porém a fiscalização considerou que não foram cumpridas as condições impostas pela Portaria 114/04: a) possuir estabelecimento em atividade há mais de seis meses; b) não possuir débitos inscritos em Dívida Ativa, a menos que sua exigibilidade esteja suspensa; e, c) estar adimplente com o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária.

Ressalta que a fiscalização passou a lhe autuar em toda e qualquer aquisição fora do estado da Bahia, ao argumento de que deveria recolher o tributo quando da entrada da mercadoria em território baiano. Aduz que a exigência pela antecipação do imposto advém de um contexto equivocado de suspensão da sua inscrição estadual, sob o argumento de existência de débitos inscritos em dívida ativa, sem quaisquer das causas de suspensão da exigibilidade.

Assevera que não merece prosperar a presente autuação, em síntese, pelos seguintes fatos:

- a) o Estado da Bahia instituiu um regime de antecipação de tributos, no qual o ICMS deve ser recolhido quando da entrada da mercadoria no Estado que é inconstitucional, nos exatos termos do art. 152, CF, mas não adentra em tal seara na fase administrativa;
- b) a Lei nº 8967/03 permite que as empresas com inscrição estadual posterguem o pagamento deste tributo antecipado para o dia 25 subsequente, não se tratando de um benefício fiscal, mas a forma de amenizar um malefício inconstitucional, acima mencionado;
- c) a exigência para que o contribuinte tenha direito a esta postergação é inconstitucional: (i) se baseia na discriminação da origem e destino, ferindo, de novo, o art. 152, CF/88; (ii) fere os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, livre exercício da atividade econômica, segurança jurídica e tantos outros, pois de fato e de direito, impede a circulação de mercadorias se não estiver pago o tributo de forma antecipada, mesmo que o contribuinte tenha estabelecimento próprio e inscrição estadual ativa (retenção de mercadorias como forma de coação para pagamento de tributos) e (iii) fere o princípio da legalidade, pois estabelece condições que, além de inconstitucionais na matéria, são veiculadas por Portarias, como se o Estado de Direito permitisse que obrigações fossem criadas por atos infralegais;
- d) existia no momento da efetivação do lançamento decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento da impugnante, não devendo ser exigido o recolhimento antecipado do ICMS imediatamente após a entrada das mercadorias no Estado da Bahia, desrespeita decisão judicial que estava em pleno vigor;
- e) em momento anterior aos lançamentos, os créditos tributários ora profligados já se encontravam integralmente adimplidos, pois escrituradas as notas fiscais (as que foram encontradas) restando impossibilitada a presente cobrança sob pena do *bis in idem*.

Requer a conexão do presente processo com todos os Autos de Infração lavrados, que envolvem objetos idênticos, divergindo unicamente em relação aos produtos e quantidades de mercadorias envolvidas, invocando o princípio de celeridade e economia processual.

Reitera que a inscrição do débito em Dívida Ativa foi feita de forma irregular, tendo em vista que apresentou defesa das autuações, tendo sido julgado de forma sumária e não tomou ciência da decisão, indo o processo para a inscrição em dívida ativa, ferindo os princípios da moralidade,

publicidade, oficialidade, processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros, em desrespeito à Constituição Federal e artigos 2º, 27 e 122 do RPAF/99.

Diz que o Poder Público tem o dever de inscrever débito em Dívida Ativa e executar a os valores devidos por meio legal de cobrança, dentro do período prescricional e que a inércia do Estado não pode gerar prejuízo ao contribuinte, coagindo para pagar débito que entende indevido e tem direito de questioná-lo em Juízo. Destaca que a proibição oblíqua ao funcionamento das suas atividades afronta ao princípio constitucional da liberdade profissional e à garantia de livre exercício das atividades econômicas, conforme dispositivos constitucionais Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Transcreve o teor das Súmulas 70, 323 e 547, do STF e de decisão do STJ sobre o tema, bem como reproduz doutrina, tudo para embasar seu entendimento de que a exigência de não conter débitos inscritos em dívida ativa não consta de qualquer texto legal ou decreto, mas de uma Portaria que não pode - no Ordenamento Jurídico vigente - criar obrigações ou restringir direitos. Concluindo que a inscrição em dívida ativa foi feita de forma ilegítima, uma vez que a condição imposta pela Portaria 114 não respeita os preceitos legais e constitucionais acima mencionados, deve ser cancelada a exigência fiscal.

Destaca que foi obrigado a ir à Juízo pedir a proteção jurisdicional, tendo ajuizado Mandado de Segurança no qual formulou pedido liminar, cujo teor encontra-se reproduzido a seguir:

“Face ao exposto, pede a Impugnante a concessão de medida liminar, “inaudita altera parte”, para se determinar à Autoridade Coatora que:

1. 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;

2. se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de negar a imediata liberação de todas as cargas e veículos apreendidos, bem como os documentos fiscais retidos e acima mencionados, determinando sua imediata entrega aos destinatários constantes das notas fiscais. seus legítimos proprietários;

3. se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de impor qualquer obstáculo (apreensão, retenção em barreiras fiscais etc.) à circulação na Bahia das mercadorias da Empresa quando suas operações estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, que, ao espelho das notas fiscais objeto do presente “writ”, permitirem identificar o emissor, destinatário, o valor da operação e do imposto destacado, sob pena de imposição de multa a ser fixada pelo Juízo; tudo sem ferir o direito do Estado realizar regularmente as cobranças que entender devidas pelas vias administrativas (autos de infração) e judiciais (execuções fiscais).”

Diz que em 01/06/2007, a liminar foi deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador. Por não estar sendo respeitada, novo despacho foi exarado, determinando o imediato e integral cumprimento da decisão liminar, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (doc. 5 – fls. 64 a 74) Acrescenta que o seu descredenciamento para o pagamento do ICMS no dia 25 de cada mês desrespeita decisão judicial.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 84 a 89 o autuante frisa que embora no processo administrativo fiscal não seja apreciada a constitucionalidade dos atos praticados pela administração pública, que compete ao STF, salienta que mediante ADIN 3426, o STF concluiu 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 e que, quanto ao momento do recolhimento do imposto, a regra não é fixada pela Constituição Federal e sim pelos Estados que têm competência para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

Salienta que no âmbito da legislação estadual, a Lei nº 8.967/03, permite que o pagamento do ICMS antecipação parcial seja pago no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte, entretanto, o art. 125, § 7º do Decreto nº 6.284/97 e Portaria nº 114/04, estabelecem previsões de descredenciamento para empresas que tenham débito inscrito em Dívida Ativa, que é a situação do autuado no presente caso, e que motivou a autuação. Salienta que o julgamento da ADIN 3426 pelo STF, deixa assentado que é de competência dos Estados, estabelecer o momento para pagamento do imposto.

Diz que não procede o argumento defensivo de que existia decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento do impugnante, reconhecendo que existia de fato decisão judicial que determinava a não apreensão de mercadorias, com retenção no Posto Fiscal, o que não impedia a constituição do crédito tributário, de acordo com as ressalvas contidas na liminar em mandado de segurança, asseverando que a autuação atendeu ao devido processo legal.

No tocante ao pedido de conexão dos Autos de Infração, diz que apreciação é do CONSEF e que a existência ou não de irregularidade na inscrição de débito na Dívida Ativa, este procedimento é de competência da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle (DARC), cabendo a legalidade à Procuradoria Geral do Estado.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade da apreensão de mercadorias, afirma que não cabe a discussão de tal matéria neste processo, tendo em vista que, em obediência à decisão judicial, as mercadorias ficaram sob a própria guarda do estabelecimento autuado.

Aduz que da leitura dos termos da segurança jurídica concedida ao recorrente, ficou assegurado ao Estado o direito de realizar cobrança por vias administrativas, mediante autuação fiscal, não havendo descumprimento de decisão judicial.

No tocante a alegação defensiva de que há impossibilidade de efetuar o pagamento do ICMS antecipado em virtude de já ter escriturado a nota fiscal que acobertava a circulação das mercadorias, entende não se sustentar, pois o estabelecimento descredenciado não tem apenas a obrigação de efetuar o lançamento do imposto e sim do pagamento na primeira repartição da fronteira ou do percurso.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O CONSEF encaminhou o processo à PGE/PROFIS, fls. 92/93, solicitando que fosse exarado parecer acerca das ações judiciais impetradas pelo impugnante e a repercussão neste processo.

Consta à fl. 89 Despacho da PGE/PROFIS, encaminhando o presente processo ao Procurador do Estado vinculado ao Mandado de Segurança 15395778-7/2007, para a devida análise e resposta aos quesitos formulados pelo CONSEF.

A PGE/PROFIS informa à fl. 96 que o MS 1539578-7/2007 fora julgado procedente conforme trecho da decisão que reproduz e que dessa sentença, fora interposta apelação pela Fazenda Estadual em 22/04/2009, oferecidas contra-razões pelo apelado, em 18/11/2010 fora proferido despacho intimando o MP acerca da apelação o qual ainda será publicado conforme andamento processual anexado.

Em despacho às fls. 101 a 103, o representante da PGE/PROFIS, após historiar o processo, afirma que se percebe a similitude da pretensão veiculada no Mandado de Segurança e a lide exposta no lançamento de ofício, não do ponto de vista do pedido imediato, ou seja, do conteúdo específico da imputação infracional, mas, sim, sob o enfoque do pedido judicial imediato, isto é, do pedido de tutela jurisdicional desconstitutiva da situação fática sobre a qual incidiu a norma tributária sancionatória.

Em síntese, diz que a concessão definitiva da segurança postulada no “mandamus” retira do alcance da norma tributária engendrada do lançamento seu suporte fático, ou seja, o não preenchimento de requisito pelo contribuinte necessário à concessão do benefício fiscal.

Conclusivamente, representa ao CONSEF para que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício em tela, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito tributário em apreço, em decorrência da inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória à época da autuação.

Consta às fls. 114/115, manifestação do autuado sobre a intimação que recebera referente ao julgamento do Auto de Infração como procedente, na qual consigna que sem maiores delongas, considerando que a intimação parece ter sido emitida por equívoco, requer, em caráter de urgência, que seja solicitada manifestação da PROFIS e remetido os autos ao CONSEF para julgamento pelo cancelamento da cobrança.

O autuante se pronunciou (fl. 161-v), registrando que concorda com o inteiro teor do parecer da PGE/PROFIS, devendo o Auto de Infração ser julgado nulo.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe trata da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado do regime jurídico especial previsto na Portaria nº 114/04, que posterga o pagamento da antecipação parcial do ICMS para o dia 25 do mês subsequente, em virtude da existência de débitos inscritos em Dívida Ativa sem suspensão da exigibilidade.

Inicialmente, cabe observar que o instituto da antecipação parcial do ICMS, tem previsão no art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03, sendo matéria já apreciada pelo STF, que decidiu pela constitucionalidade desse instituto, mediante a ADI 3426.

No que tange as demais arguições de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Verifico que inconformado com a exigência fiscal sem a dilação do prazo de pagamento da antecipação parcial para o dia 25 do mês subsequente, previsto na Portaria nº 114/04, o autuado ajuizou Mandado de Segurança, bem como impetrou Ação Anulatória de Débito Fiscal referente a Autos de Infração anteriores.

Conforme o parecer PGE/PROFIS de fls. 101 a 103, o representante da PGE/PROFIS, após historiar o processo, consignou que se percebe a similitude da pretensão veiculada no Mandado de Segurança e a lide exposta no lançamento de ofício, não do ponto de vista do pedido imediato, ou seja, do conteúdo específico da imputação infracional, mas, sim, sob o enfoque do pedido judicial imediato, isto é, do pedido de tutela jurisdicional desconstitutiva da situação fática sobre a qual incidiu a norma tributária sancionatória. Diz que a concessão definitiva da segurança postulada no “mandamus” retira do alcance da norma tributária engendrada do lançamento seu suporte fático, ou seja, o não preenchimento de requisito pelo contribuinte necessário à concessão do benefício fiscal.

Conclusivamente, representou ao CONSEF para que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício em tela, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito tributário em apreço, em decorrência da inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória à época da autuação.

Certamente que o elucidativo parecer da PGE/PROFIS acima aduzido afasta qualquer possibilidade de dúvida sobre a similitude da pretensão veiculada no Mandado de Segurança e o lançamento de ofício em lide, sob o aspecto do pedido judicial imediato, isto é, do pedido de tutela jurisdicional desconstitutiva da situação fática sobre a qual incidiu a norma tributária sancionatória.

Conforme muito bem acentuado pelo Procurador do Estado que emitiu o mencionado parecer, a concessão definitiva da segurança postulada no Mandado de Segurança retira do alcance da norma tributária engendrada do lançamento seu suporte fático, ou seja, o não preenchimento de requisito pelo contribuinte necessário à concessão do benefício fiscal.

Vale dizer que, em razão da concessão definitiva da segurança, o contribuinte não se encontrava na situação irregular apontada na autuação, isto é, descredenciado, à época da ocorrência dos fatos.

Diante disso, acorde com o parecer da PGE/PROFIS, considero nulo o lançamento de ofício, por ausência de lastro fático para aplicação de sanção.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **281508.0303/07-2**, lavrado contra **BELGO SIDERÚRGIA S.A. (ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR