

Regime que impõe restrições a devedores do ICMS no RS é constitucional

Depois de mais de três horas de debates e com placar apertado de 14 votos a 11, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou constitucionais a Lei estadual 13.711/2011 e o Decreto estadual 48.494/2011. A primeira institui e o segundo regulamenta o Regime Especial de Fiscalização (REF) de ICMS no estado, que impõe restrições às empresas devedoras contumazes.

O Incidente de Inconstitucionalidade foi suscitado pela 2ª Câmara Cível do TJ-RS, após indeferir liminar, em Mandado de Segurança, pedida por uma distribuidora de bebidas.

Para o subprocurador-geral de Justiça para Assuntos Jurídicos Ivory Coelho Neto, que defendeu o [Parecer](#) do Ministério Público no Plenário, o REF é constitucional e garante o princípio da isonomia e da livre concorrência comercial. “O comerciante que recolhe regularmente os valores de ICMS despendidos em suas operações, cumprindo a legislação tributária estadual, estará sempre em desvantagem diante daquele que não o faz, criando-se uma concorrência desleal e disparidade no mercado”.

A visão é compartilhada pela procuradora Márcia Cadore, que fez a sustentação oral pela manutenção da legislação no Pleno, representando a Procuradoria-Geral do Estado (PGE). Para ela, a medida visa a proteger a livre concorrência, já que o contribuinte que deixa de recolher sistematicamente o tributo consegue vender a preços abaixo do custo. Nesse sentido, a decisão dos desembargadores gaúchos está na linha da jurisprudência contemporânea dos tribunais superiores, no sentido de permitir a adoção de medidas necessárias para preservar a livre concorrência entre as empresas. A sessão de julgamento ocorreu no dia 9 de julho.

Medidas inconstitucionais

A indústria e Comércio de Bebidas Fratelly Ltda impetrou Mandado de Segurança preventivo contra ato do diretor do Departamento da Receita Pública Estadual e contra o estado do Rio Grande do Sul. Disse que, em 12 de dezembro de 2011, recebeu notificação de ameaça de enquadramento como devedora contumaz, conforme previsto na Lei 13.711/2011 e Decreto 48.494/2011. Com isso, ficou na iminência de ser submetida ao Regime Especial de Fiscalização, com seus desdobramentos legais.

Após a notificação, o contribuinte tem 15 dias para sanar as causas do enquadramento. Segundo a indústria, durante o período, entretanto, não há previsão para apresentar contestação, pedir correções ou justificar os fatos objeto da notificação. Ultrapassado esse prazo, o contribuinte fica sujeito ao REF, que consiste na antecipação dos prazos de recolhimento do ICMS para o momento da saída da mercadoria e na revogação de sistemas especiais de pagamento. O contribuinte passa a sofrer fiscalização ininterrupta, tendo que apresentar ao fisco, periodicamente, informações acerca de suas atividades.

Como entende que essas medidas são inconstitucionais, a autora pediu as que as autoridades fiscais se abstenham de incluí-la ou a excluam do REF. E que não apliquem qualquer medida restritiva da sua atividade empresarial. A antecipação de tutela foi indeferida, inclusive em grau de recurso.

Procedimento sumário

A juíza Alessandra Abrão Bertoluci, titular da 6ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, [denegou](#) a segurança por não ver nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade na legislação. “A existência de procedimentos sumários, nos quais os princípios do contraditório e da mais ampla defesa sofrem restrição, não são estranhos e também integram o devido processo legal, inclusive, na esfera judicial, do qual é exemplo, o próprio Mandado de Segurança”, justificou a magistrada.

Na visão da julgadora, ao se criar a figura do devedor contumaz, sujeitando alguns contribuintes ao REF, se está a aplicar os princípios constitucionais da moralidade, da eficiência, da publicidade, da livre concorrência — pois toda uma cadeia econômica fica prejudicada por alguns integrantes. E também o princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, os objetivos são prevenir a inadimplência e reaver créditos públicos.

“A figura do devedor contumaz, sistematizado na Lei 13.711/2011 e no Decreto 48.494/2011, representa, pois, uma reação do Fisco Estadual a situações excepcionais que se consolidaram ao longo dos anos e que, não raras vezes, não mais encontram solução diante do vultoso passivo tributário acumulado”, escreveu na sentença. Ela enfatizou que, em que pese entendimento pacífico da possibilidade de utilização do Mandado de Segurança preventivo, na hipótese dos autos, “não detecto nenhum dos fatos elencados pela impetrante, como por exemplo, possibilidade de fechamento ou encerramento de suas atividades, ou mesmo a quebra, como consequência do seu enquadramento como devedora contumaz”.

Incidente de Inconstitucionalidade

Embora a sentença tenha sido proferida no dia 3 de abril, a questão da constitucionalidade já havia sido objeto de discussão na 2ª Câmara Cível no dia 28 de março, quando o colegiado confirmou o indeferimento da liminar pleiteada pela indústria de bebidas, nos autos do Agravo de Instrumento 70047079611.

O Incidente sustenta que os dispositivos legais, aparentemente, “constituem medidas que ofendem os princípios da isonomia, da liberdade de exercício de atividade profissional e da livre concorrência comercial, com violação aos arts. 5º, caput, e inciso XIII, e 170, inciso IV, da Constituição Federal e também à Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, em razão do disposto em seu art. 1º”. Tais violações decorrem especialmente pelas sanções previstas no artigo 4º, incisos II, IV e V, do Decreto estadual 48.494/2011. Salaria não haver encontrado decisão plenária do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

No Órgão Especial, o desembargador-relator Arno Werlang considerou inconstitucionais os artigos que tratam de dar publicidade aos devedores. O desembargador Guinther Spode puxou a divergência e fez o entendimento majoritário da corte, para declarar constitucional a íntegra dos dispositivos legais.

Por maioria, julgaram improcedente o Incidente de Inconstitucionalidade, vencidos, quanto à Lei estadual 13.711/11, os desembargadores Marco Aurélio Heinz, Luís Augusto Coelho Braga, Glênio José Wasserstein Hekman, Eduardo Uhlein, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Francisco José Moesch e Irineu Mariani. Ficaram vencidos em parte os desembargadores Arno Werlang (relator) e Tasso Caubi Soares Delabary, que reconheceram apenas a inconstitucionalidade dos parágrafos 4º e 5º do Artigo 3º, e da Nota 1 do artigo 4º do Decreto estadual 48.494/2011; e o desembargador Cláudio Baldino Maciel,

que reconheceu a inconstitucionalidade somente do parágrafo 5º do artigo 3º da referida lei.

Clique [aqui](#) para ler o Parecer do Ministério Público.

Clique [aqui](#) para ler a sentença da 6ª Vara da Fazenda.

Date Created

16/07/2012