

A. I. N° - 281508.0401/07-4
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S.A. (ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)
AUTUANTES - DILSON OLIVEIRA DE ARAUJO
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET 30.06.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0145-05/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Descredenciamento para postergação de pagamento para o dia 25 do mês subsequente em face de inscrição de débito em dívida ativa. Decisão em Mandado de Segurança em data anterior à da lavratura do Auto de Infração restituindo o credenciamento para postergação do pagamento da antecipação parcial. Infração insubsistente. Recomendação de nova ação fiscal para verificar recolhimento do imposto postergado. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/08/2007 exige ICMS no valor de R\$1.271,51, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 281508.0383/07-6, juntado à fl. 05.

A autuada apresentou defesa às fls. 15 a 28, por meio do seu representante legalmente constituído (fl. 15), argumenta que o presente auto, assim como outras dezenas similares, é fruto de contrição oblíqua para pagamento de tributos sem guarida no Devido Processo Legal, na Ampla Defesa, no Contraditório e no Estado Democrático de Direito.

Diz que se enquadrava no regime de antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais para fins de comercialização com permissão para o recolhimento no dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias no estabelecimento, contudo, foi descredenciada dessa possibilidade de pagamento em face de inscrição de dois autos de infração em dívida ativa cuja consistência fática e jurídica discute em ação anulatória, com depósito, em dinheiro, conforme documento que anexa.

Aduz que durante o período em que os débitos estiveram inscritos em dívida ativa a Fiscalização passou a lhe exigir o ICMS antecipado quando da entrada das mercadorias no território baiano.

Fala que, mesmo sem citar qualquer nota fiscal no auto de infração, ou citar seu número parcialmente, o que, no seu entender, já o leva à nulidade, o autuante entendeu que deveria ter recolhido o ICMS antecipado, entretanto, ressalta que a exigência advém de um contexto equivocado de suspensão da sua inscrição estadual sob argumento de existência de débitos inscritos em dívida ativa e isto não deve prosperar pelo seguinte:

- a) o Auto de Infração não cita qual a nota fiscal que se refere; não descreve a operação, tornando-se vazio de qualquer juridicidade ou esvaziando qualquer possibilidade de defesa;
- b) a Bahia instituiu um regime de antecipação de ICMS inconstitucional, a ser recolhido quando da entrada da mercadoria no Estado;

- c) que a Lei nº 8967/03 permite a postergar o pagamento do imposto antecipado para o dia 25 do mês subsequente e que isso não é benefício fiscal, mas forma de amenizar o malefício inconstitucional;
- d) que a exigência para que o contribuinte tenha o direito à postergação é inconstitucional: (i) porque se baseia na discriminação da origem e destino, ferindo o art. 152, CF/88; (ii) porque 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 pago o tributo de forma antecipada em face da retenção de mercadorias como forma de coação para pagamento de tributos; (iii) porque fere o princípio da legalidade, pois estabelece condições que, além da inconstitucionalidade da matéria, são veiculadas por Portarias, como se o Estado de Direito permitisse que obrigações fossem criadas por atos infralegais;
- e) que existia no momento do lançamento decisão judicial determinando a suspensão do descredenciamento da impugnante e que a cobrança do ICMS antecipado, *in casu*, desrespeita decisão judicial que estava em pleno vigor;
- f) que ajuizou ação anulatória, com suspensão de exigibilidade por conta do depósito integral do valor do crédito tributário, o que torna a causa impeditiva inexistente;
- g) que, em momento anterior aos lançamentos, escriturou as notas fiscais restando impossibilitada a presente cobrança sob pena do *bis in idem*.

Em razão da existência de outros autos semelhantes, requer seja determinada à conexão do presente PAF com todos os outros.

Quanto ao Direito, trata da impossibilidade de suspensão da postergação da antecipação pela existência de débitos inscritos em dívida ativa por ser inconstitucional e consagrar verdadeira coação para pagamento de imposto. Neste sentido, transcreve: artigos 5º, incisos XIII, XXXIV, “a”, LIV, LV, 170, parágrafo único da CF/88, Súmulas 547, 70 e 323 do STF, acórdão STJ, ROMS nº 10678/PB, excertos doutrinários de Odete Medauar, Helenilson Cunha Pontes e Celso Cordeiro Machado.

No que toca à base de cálculo diz que os produtos objeto da autuação são codificados na TIPI sob o nº 72142000 que estão ao abrigo de benefício fiscal de redução de base de cálculo para equivaler à alíquota de 12% sobre o valor da operação e não 17% como considerou o autuante.

Acrescenta que, pedida, em 01/06/2007 foi concedida liminar deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador para que o Estado se abstenha de suspender a inscrição estadual da empresa apenas tendo como motivo a inscrição de créditos tributários em dívida ativa; se abstenha de negar imediata liberação de cargas apreendidas, bem como documentos fiscais retidos, e; se abstenha de impor qualquer obstáculo à circulação na Bahia das mercadorias da autuada quando suas operações estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, e por não estar sendo respeitada, em novo despacho foi exarada decisão que determina o integral e imediato cumprimento da decisão liminar, sob pena de multa diária de R\$1.000,00.

Isto posto, significa dizer que a lavratura do auto de infração por força do descredenciamento da impugnante para pagamento do ICMS no dia 25 de cada mês, maltrata e desrespeita a decisão judicial, ferindo a separação de poderes, não restando outro caminho para o presente auto senão a decretação de sua insubsistência, além do que não cita a nota fiscal, a operação nem de onde tirou a base de cálculo, sendo, por isso, também inepto o lançamento, pois cabe à Fiscalização motivar seus atos, vez que não o fazendo leva o presente à nulidade.

O Auditor Fiscal na informação fiscal (fls. 82 a 86) diz que agiu em conformidade como RICMS na medida em que o contribuinte reconhece que se encontrava na condição de descredenciado na época da autuação em decorrência da inscrição de débito em dívida ativa.

Aduz que mesmo não estando obrigado a analisar administrativamente a constitucionalidade dos atos da administração tributária, esclarece que há equívoco quanto à afirmação de inconstitucionalidade alegada pela autuada, visto que a matéria já foi apreciada pelo STF, através da ADIN 3426, que concluiu não ser inconstitucional a antecipação parcial do ICMS, introduzida na legislação do ICMS da Bahia, através do art. 12-A, da Lei 8.967/03.

Aduz, entretanto, que o exercício do direito ao pagamento no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no território baiano está condicionado à condição de credenciado do contribuinte, conforme disciplina o parágrafo 7º do art. 125, do Decreto nº 6.284/97 e na Portaria nº 114/2004, sendo a inscrição de débito na dívida ativa, motivo de descredenciamento, situação na qual se encontra a autuada.

Afirma que não procede, também, a alegação de que existia decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento da impugnante no momento do lançamento, vez que o que existia era uma decisão judicial que determinava a não apreensão de mercadorias – com retenção no posto fiscal – da autuada, todavia dita decisão judicial não credenciava a contribuinte nem impedia o fisco de constituir o crédito tributário que entendia devido.

Quanto à impossibilidade de suspensão da postergação da antecipação (descredenciamento), diz nada poder dizer, pois é atividade de competência da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, cabendo o controle da legalidade à Procuradoria Geral do Estado.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade da apreensão de mercadorias não lhe cabe discuti-la neste PAF, mas argúi que as mercadorias ficaram sob a guarda da própria autuada, de maneira que a suposta “coação para pagamento” não existiu na ação fiscal ora contestada.

No que se refere à redução da base de cálculo informa que conforme Demonstrativo de Débito (fl. 03) constante no Auto de Infração, contemplou a redução argüida, 29,41% sobre a base de cálculo, o que é igual a uma carga tributária efetiva de 12%, com o que não procede o pedido de insubsistência dos créditos tributários.

Referindo-se à alegação de integral adimplemento dos créditos ora profligados em período anterior ao lançamento afirma não se sustentar vez que, estando descredenciada, a obrigação não é de apenas fazer o registro das mercadorias nos livros fiscais próprios, mas sim, efetuar o pagamento do ICMS referente à antecipação parcial na primeira repartição da fronteira ou do percurso, e não se pode confundir registro de mercadoria como o pagamento do ICMS.

Concluindo, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Às fls. 89 e 90, tecendo vários considerandos, a Ilustre Presidente do CONSEF pede parecer à Procuradoria Geral do Estado indagando:

1. em que estágio se encontram, no Poder Judiciário, o Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007 e a Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Antecipação de Tutela?
2. a discussão judicial consubstanciada no Mandado de Segurança e na Ação Anulatória acima referidos diz respeito especificamente à matéria objeto do presente processo administrativo fiscal?
3. qual a repercussão das ações judiciais acima mencionadas neste processo administrativo fiscal e quais os procedimentos que devem ser adotado pelo Conselho de Fazenda Estadual?

Em atenção à solicitação da Presidente do CONSEF, em 31 de julho de 2008, às fls. 94 a 98 a Procuradoria Geral do Estado exarou parecer dizendo que o Mandado de Segurança nº 153957872007 teve suas pretensões acautelatórias acolhidas, sendo o Estado condenado em multa diária pelo não cumprimento da liminar, estando, entretanto, ainda em curso o prazo de recurso contra tal decisão e que o mérito da demanda judicial da Ação Anulatória 1596214-7 se circunscreve às infrações imputadas nos lançamentos de ofício de nºs 281082.004/06-4 e 281082.0005/06-0.

O parecer da PGE diz que a autuada teve concedido a seu favor o deferimento da liminar que obstar ou impôs ao Estado o não descredenciamento da contribuinte do regime especial de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, sendo, inclusive, imposto ao Estado a condenação em multa diária.

Entende o parecer, que a decisão liminar, no que se refere à repercussão, não tem o condão de obstar o ato do lançamento tributário e a inscrição em dívida ativa do presente débito, restando apenas em testilha o obstáculo ao ajuizamento do mesmo.

Entretanto, em face da similitude da pretensão veiculada no Mandado de Segurança e a matéria deste auto de infração, confirmando-se a concessão definitiva da segurança postulada retiraria do alcance da norma tributária tipificada no lançamento seu suporte fático, ou seja, o não preenchimento de requisito pelo contribuinte necessário à concessão do que entende ser benefício fiscal, pelo que considera aplicável a regra do art. 126 do COTEB, restando prejudicada a defesa devendo a lide ser deslocada para a seara judicial.

No que tange à repercussão jurídica da Ação Anulatória nº 1596214-7 para com este processo, diz que o depósito judicial, por não ter sido integral não suspender a exigibilidade do débito, é de opinião que a concessão da tutela antecipada em 30/08/2007 impede lançamentos a partir desta data, mas não prejudica os lançamentos efetuados antes dessa data.

Assim, conclui que os lançamentos realizados antes da decisão concessora da tutela antecipada – dia 30/08/2007 – o CONSEF deve declarar a defesa prejudicada em face do ajuizamento do Mandado de Segurança nº 153957872007, encaminhando-se o presente PAF à PGE/PROFIS para a devida inscrição em dívida ativa e os lançamentos realizados após 30/08/2007, após representação da PGE/PROFIS, o CONSEF deve declarar a nulidade do lançamento de ofício, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito, em decorrência da inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória.

Às fls. 105 a 114 a autuada volta aos autos em nova manifestação arrazoando sobre o parecer da PGE/PROFIS, inicialmente reiterando o pedido de conexão com as demais 185 autuações.

A seguir diz que embora o parecer seja favorável ao cancelamento desta autuação, parte de premissas equivocadas que pode interferir nas demais demandas e, por isso, discorda do parecer pelos seus fundamentos, pois que não vê seja possível nem pelo aspecto temporal nem pelo material acionamento do art. 126, do COTEB.

Aduz que a premissa de que o Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007 foi impetrado após a lavratura dos autos de infração ou das infrações neles constantes não é verdadeira.

Fala que o Mandado de Segurança citado tem objeto muito claro que é o pedido para que a autoridade coatora se refre de continuar coagindo a parte autora, com o que se difere do processo tributário administrativo que não versa sobre o mesmo objeto; em outras palavras, a empresa não optou por via judicial para solucionar a presente contenda administrativa, ou seja, esta última não está abarcada no Mandado de Segurança, insistindo que o remédio constitucional visou tão somente que a Fazenda reparasse o erro cometido ao descredenciar a empresa.

No que se refere aos fundamentos fáticos e jurídicos que levam à insubsistência do lançamento, quais sejam, a existência da Ação Anulatória e do Mandado de Segurança, nessa nova manifestação basicamente repete o exposto na peça defensiva.

Indo os autos novamente ao autuante, à fl. 146 este se manifesta ciente do despacho dado pela Procuradoria Fiscal acompanhando o entendimento ali oferecido no sentido de que seja declarada a nulidade deste lançamento.

Às fls. 154 a 156, em peça datada de 14 de abril de 2009, mais uma vez a autuada comparece no processo se manifestando sobre o auto, desta feita para informar que em 13 de março de 2009 foi publicada sentença relativa ao Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007, mantendo a decisão liminar na forma pleiteada.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração para exigência ICMS relativo à falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 281508.0383/07-6, juntado à fl. 05.

Inicialmente, constatando a oportunidade da possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deixo de apreciar as questões de nulidade suscitadas pela autuada, por consideração ao parágrafo único do art. 155 do RPAF.

Em relação ao pedido de conexão para julgamento dos autos digo que além de não haver previsão regulamentar, desconheço precedente neste Conselho.

A autuada impugnou o lançamento argumentando que o presente auto, assim como outras dezenas similares, é fruto de contrição oblíqua para pagamento de tributos sem guarida no Devido Processo Legal, na Ampla Defesa, no Contraditório e no Estado Democrático de Direito.

Disse que se enquadrava no regime de antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais para fins de comercialização com permissão para o recolhimento no dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias no estabelecimento, mas foi descredenciada dessa possibilidade de pagamento em face de inscrição de dois autos de infração em dívida ativa cuja consistência fática e jurídica discute em ação anulatória.

Aduziu que durante o período em que esses dois débitos estiveram inscritos em dívida ativa a Fiscalização passou a exigir-lhe o ICMS antecipado quando da entrada das mercadorias no território baiano. Assim, mesmo sem citar qualquer nota fiscal no auto de infração, o que, no seu entender, já leva à nulidade do lançamento, o autuante entendeu que deveria ter recolhido o ICMS antecipado, entretanto, ressaltou que a exigência advém de um contexto equivocado de suspensão da sua inscrição estadual sob argumento de existência de débitos inscritos em dívida ativa e isto não deve prosperar pelo seguinte:

- a) a Bahia instituiu um regime de antecipação de ICMS inconstitucional, a ser recolhido quando da entrada da mercadoria no Estado;
- b) que a Lei nº 8967/03 permite a postergar o pagamento do imposto antecipado para o dia 25 do mês subsequente e que isso não é benefício fiscal, mas forma de amenizar o malefício inconstitucional;
- c) que a exigência para que o contribuinte tenha o direito à postergação é inconstitucional: (i) porque se baseia na discriminação da origem e destino, ferindo o art. 152, CF/88; (ii) porque 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 pago o tributo de forma antecipada em face da retenção de mercadorias como forma de coação para pagamento de tributos; (iii) porque fere o princípio da legalidade, pois estabelece condições que, além da inconstitucionalidade da matéria, são veiculadas por Portarias, como se o Estado de Direito permitisse que obrigações fossem criadas por atos infralegais;
- d) que existia no momento do lançamento decisão judicial determinando a suspensão do descredenciamento da impugnante e que a cobrança do ICMS antecipado, *in casu*, desrespeita decisão judicial que estava em pleno vigor;
- e) que ajuizou ação anulatória, com suspensão de exigibilidade por conta do depósito integral do valor do crédito tributário, o que torna a causa impeditiva inexistente;
- f) que, em momento anterior aos lançamentos, escriturou as notas fiscais restando impossibilitada a presente cobrança sob pena do *bis in idem*.

Em razão da existência de outros autos semelhantes, requereu seja determinada a conexão do presente PAF com todos os outros.

Quanto ao Direito, trata da impossibilidade de suspensão da postergação da antecipação pela existência de débitos inscritos em dívida ativa por ser inconstitucional e consagrar verdadeira coação para pagamento de imposto. Neste sentido, transcreveu: artigos 5º, incisos XIII, XXXIV, “a”, LIV, LV, 170, parágrafo único da CF/88, Súmulas 547, 70 e 323 do STF, acórdão STJ, ROMS nº 10678/PB, excertos doutrinários de Odete Medauar, Helenilson Cunha Pontes e Celso Cordeiro Machado.

No que toca à base de cálculo disse que os produtos objeto da autuação são codificados na TIPI sob o nº 72122000 que estão ao abrigo de benefício fiscal de redução de base de cálculo para equivaler à alíquota de 12% sobre o valor da operação e não 17% como considerou o autuante.

Acrescentou que, pedida, em 01/06/2007 foi concedida liminar deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador para que o Estado se abstenha de suspender a inscrição estadual da empresa apenas tendo como motivo a inscrição de créditos tributários em dívida ativa; se abstenha de negar imediata liberação de cargas apreendidas, bem como documentos fiscais retidos, e; se abstenha de impor qualquer obstáculo à circulação na Bahia das mercadorias da autuada quando suas operações estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, e por não estar sendo respeitada, em novo despacho foi exarada decisão que determina o integral e imediato cumprimento da decisão liminar, sob pena de multa diária de R\$1.000,00.

Assim, significa dizer que a lavratura do auto de infração por força do descredenciamento da impugnante para pagamento do ICMS no dia 25 de cada mês, maltrata e desrespeita a decisão judicial, ferindo a separação de poderes, não restando outro caminho para o presente auto senão a decretação de sua insubsistência, além do que não cita a nota fiscal, nem a operação e nem de onde tirou a base de cálculo, sendo, por isso, também inepto o lançamento, pois cabe à Fiscalização motivar seus atos, vez que não o fazendo leva o presente à nulidade.

Por sua vez, o Auditor Fiscal rebateu todos os argumentos da Defesa, mas, posteriormente, acompanhando o entendimento do Parecer da PGE/PROFIS opina pela decretação de nulidade deste lançamento de ofício.

No que se refere à redução da base de cálculo informa que, conforme demonstrativo de débito de fl.03, considerou a redução na forma pleiteada pela autuada, o que confirmo.

Em atenção à solicitação da Presidente do CONSEF, em 31 de julho de 2008, a Procuradoria Geral do Estado exarou parecer dizendo que o Mandado de Segurança nº 153957872007 teve suas pretensões acautelatórias acolhidas, sendo o Estado condenado em multa diária em caso de não cumprimento da liminar e que o mérito da demanda judicial da Ação Anulatória 1596214-7 se circunscreve às infrações imputadas nos lançamento de ofício de nº^{os} 281082.004/06-4 e 281082.0005/06-0.

O parecer da PGE/PROFIS embora dizendo que a autuada obteve decisão liminar obstando ou impondo ao Estado o não descredenciamento do regime especial de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, sendo, inclusive, imposta ao Estado a condenação em multa diária, entende que a decisão liminar, no que se refere à repercussão, não tem o condão de obstar o ato do lançamento tributário e a inscrição em dívida ativa do presente débito, restando apenas em testilha o obstáculo ao ajuizamento do mesmo, mas que em face da similitude da pretensão veiculada no Mandado de Segurança e a matéria deste auto de infração, uma confirmação definitiva de concessão da segurança postulada retiraria do alcance da norma tributária tipificada no lançamento seu suporte fático, ou seja, o não preenchimento de requisito pelo contribuinte necessário à concessão do que entende ser benefício fiscal, pelo que considera aplicável a regra do art. 126 do COTEB, restando prejudicada a defesa devendo a lide ser deslocada para a seara judicial.

No que tange à repercussão jurídica da Ação Anulatória nº 1596214-7 para com este processo, a PGE entendeu que embora o depósito judicial, por não ter sido integral, não tenha o condão de suspender a exigibilidade do débito, a concessão da tutela antecipada em 30/08/2007 impede lançamentos de ofício a partir desta data, mas não prejudica os lançamentos efetuados antes de 30/08/2007.

Assim, concluiu que nos lançamentos realizados antes da decisão concessora da tutela antecipada – dia 30/08/2007 – o CONSEF deve declarar a defesa prejudicada em face do ajuizamento do Mandado de Segurança nº 153957872007, encaminhando-se o presente PAF à PGE/PROFIS para a devida inscrição em dívida ativa e os lançamentos realizados após 30/08/2007, após representação da PGE/PROFIS, o CONSEF deve declarar a nulidade do lançamento de ofício, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito, em decorrência da inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória.

Conhecendo o parecer da PGE/PROFIS a autuada voltou aos autos arrazoando sobre ele, inicialmente reiterando o pedido de conexão com as demais 185 autuações e a seguir dizendo que embora o parecer seja favorável ao cancelamento desta autuação, o mesmo parte de premissas equivocadas que pode interferir nas demais demandas e, por isso, dele discorda pelos seus fundamentos, pois que não vê seja possível nem pelo aspecto temporal nem pelo material acionamento do art. 126, do COTEB.

Aduziu que a premissa de que o Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007 foi impetrado após a lavratura dos autos de infração ou das infrações neles constantes não é verdadeira.

Falou que o Mandado de Segurança citado tem objeto muito claro que é o pedido para que a autoridade coatora se refreie de continuar coagindo a parte autora, com o que se difere do processo tributário administrativo que não versa sobre o mesmo objeto; em outras palavras, a empresa não optou por via judicial para solucionar a presente contenda administrativa, ou seja, esta última não está abarcada no Mandado de Segurança, insistindo que o remédio constitucional visou tão somente que a Fazenda reparasse o erro cometido ao descredenciar a empresa.

No que se refere aos fundamentos fáticos e jurídicos que levam à insubsistência do lançamento, quais sejam, a existência da Ação Anulatória e do Mandado de Segurança, nessa nova manifestação basicamente repetiu o expresso na peça defensiva.

Posteriormente, em peça datada de 14 de abril de 2009, mais uma vez a autuada compareceu no processo se manifestando sobre o auto, desta feita para informar que em 13 de março de 2009 foi publicada sentença relativa ao Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007, mantendo a decisão liminar na forma pleiteada.

Primeiramente, devo observar que assim como a autuada e ao contrário do autuante e PGE, entendo que no caso da antecipação parcial, a postergação para recolhimento do imposto para o dia 25 do mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento não é benefício fiscal, mas uma mera desgravação estrutural do tributo, isto por que benefício fiscal é um desgravamento tributário constituído em tratamento subtrativo da carga tributária que é produto de uma sanção positiva prevista por uma norma tipicamente promocional, de caráter derogatório ou complementar, que têm como prioridade gerar incentivo ao desenvolvimento econômico ou posições preferenciais dos sujeitos que gozem do benefício fiscal. Constitui um gasto fiscal e afeta a qualquer dos elementos configuradores dos tributos escolhidos - por exemplo, base de cálculo, alíquota, isenção, etc. -, bem seja em fase liquidatória ou em momentos anteriores ou posteriores, mas nem sempre esses elementos são benefícios fiscais. Para ser benefício fiscal o instituto tributário há que ter as seguintes características:

1. substancialmente pertencer ao gasto público, mas estruturalmente se situar dentro da vertente dos ganhos. Sua função é de um gasto dirigido ao incentivo de fins predeterminados, mas sua estrutura é de ingresso de recurso;
2. Supor uma subtração (total ou parcial) da carga tributária;

3. Ser norma ordinária incompleta que harmoniza com as normas de imposição;
4. Traduzir uma vantagem de caráter econômico para o beneficiado, que constitui uma autêntica sanção positiva do Ordenamento Tributário;
5. Ter como finalidade potencializar condutas constitucionalmente protegidas com prioridade sobre os princípios da norma de imposição tributária;
6. Ser de caráter conjuntural e, portanto, limitadas no tempo e no espaço;
7. Formalmente se costuma colocá-lo nos texto que disciplina a atividade promocionada, mas também pode ser incorporado na normativa habitual do tributo ao qual se adiciona;
8. Pode afetar a um ou mais impostos (caso dos “regimes fiscais preferenciais”);
9. Forma parte de um subsistema jurídico tributário promocional que integrando com outros dois subsistemas (o de imposição e o de dissuasão ou sancionatória) compõem o que se denomina Ordenamento Tributário.

Portanto, sendo norma geral, extensiva a todos os contribuintes, sem limite de tempo ou de espaço, a postergação do prazo para recolhimento da antecipação tributária situando-se no âmbito da mesma lei que estabelece a antecipação parcial, é uma mera minoração tributária estrutural com fim de satisfazer, primordialmente, a interesse administrativo tributário do ente tributante.

Dito isto, passo a adentrar na apreciação do caso.

Quanto à questão levantada pelo contribuinte em relação à redução da base de cálculo para produtos codificados na TIPI com a Classificação Fiscal nº 72142000, verifico que a redução na base de cálculo foi efetuada na forma pleiteada na defesa, conforme demonstrativo de fl. 03.

Embora a transcrição do trecho da decisão definitiva do Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007 feita pelo contribuinte à fl. 146 trate primordialmente da indevida retenção de mercadorias apreendidas com fito de coagi-lo ao pagamento de imposto, expondo que a segurança foi concedida na forma pleiteada e que o pleito, conforme expresso na inicial de fl. 95, a exordial do MS teve como primeiro pedido que a Autoridade Coatora 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, do contexto dos casos, extraio que a decisão, desde a liminar concedida em 01/06/2007, abarca, contempla e nulifica o descredenciamento para a postergação do recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária das mercadorias adquiridas para comercialização em operações interestaduais, senão vejamos:

Tendo em vista que o Mandado de Segurança decorreu da discordância do contribuinte quanto ao descredenciamento para postergação do recolhimento do ICMS antecipação parcial para o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no estabelecimento, decorrente de aquisições de mercadorias em operações interestaduais com fins de comercialização e das conseqüentes apreensões de mercadorias por força da exigência da antecipação parcial na primeira repartição fiscal do Estado no percurso da mercadoria, considerando-se que no corpo dos Auto de Infração o “enquadramento legal” diz respeito ao art. 125, II, “F”, do RICMS, e considerando-se ainda que os §§ 7º e 8º do mencionado art. 125 se referem à figura do “credenciamento”, a melhor conclusão é que o pleito do autuado no sentido de que o Estado se abstenha de “suspender a inscrição” da empresa deve ser entendido como um pedido de que não se suspenda o credenciamento da inscrição do contribuinte para os efeitos dos referidos §§ 7º e 8º e da Portaria nº 114/04.

Ora, o descredenciamento foi efetuado em virtude de inscrição de débitos da empresa relativos aos Autos de Infração nºs 281082.000406-4 e 281082.000506-0 em Dívida Ativa, e, por conta disso, o contribuinte ajuizou duas ações: 1) um Mandado de Segurança, com pedido no sentido de que o Estado da Bahia se abstinhasse de suspender a inscrição estadual da empresa em virtude de débitos na Dívida Ativa, bem como de negar a liberação de cargas, veículos e documentos, e de impor restrições à circulação de suas mercadorias estando os documentos em ordem, e; 2) uma

Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Antecipação de Tutela, relativa a dois Autos de Infração cujos valores foram inscritos em Dívida Ativa.

O Mandado de Segurança obteve decisão liminar, em 01/06/07, registrando comprovação a violação do direito da parte Autora e que dentre esses direitos estaria o de salvaguardar a Impetrante de atos por parte da fiscalização que consistiriam na apreensão de veículos, mercadorias e documentos fiscais, além da suspensão da inscrição.

Entendo que no MS a impetrante obteve o que pediu: ela se referiu às apreensões e à suspensão da inscrição, que ficaram vedadas, e, entendo, também, à antecipação parcial vinculada a apreensões e suspensão da inscrição.

A interpretação da Liminar há de ser feita no contexto dos casos conjugando-se a conclusão do despacho com os termos empregados na fundamentação que o precede. Desse modo, dado à vagueza do despacho concessivo, a apreensão de mercadorias e a permanência da suspensão do credenciamento da inscrição do contribuinte visando à postergação do pagamento da antecipação parcial para o dia 25 do mês seguinte poderão ser vistas como uma desobediência à decisão exarada, com implicação de multa, em razão de conseqüente despacho a respeito no MS.

Assim, conjugando o despacho final da Juíza com os termos por ela empregados na fundamentação da decisão, e de concluir-se que a Liminar é no sentido de que o Estado não imponha o descredenciamento do contribuinte em relação ao pagamento da antecipação parcial do ICMS.

A Ação Anulatória de Débito Fiscal com pedido de antecipação de tutela e depósito dos valores exigíveis foi ajuizada com vistas a cancelar lançamentos tributários inscritos em Dívida Ativa. O mérito dessa ação diz respeito aos lançamentos dos Autos de Infração nºs 281082.0004/06-4 e 281082.0005/06-0.

Observe que a tutela antecipada foi concedida em 30/08/07 e o depósito dos débitos em discussão na Ação Anulatória foi feito nos dias 13/07/07 e 30/08/2007.

A essa altura pergunto: qual a repercussão do Mandado de Segurança e da Ação Anulatória sobre os Autos de Infração lavrados em virtude do “descredenciamento” do contribuinte?

Como já vimos no relatório, a PGE/PROFIS entendeu que a matéria do Auto de Infração está “*sub judice*” e, portanto, o auto não pode ser julgado pelo CONSEF, devendo este órgão declarar a defesa administrativa determinando que o auto seja enviado à PGE/PROFIS para inscrição em Dívida Ativa, tomando como parâmetro a data da antecipação de tutela na Ação Anulatória (30/08/2007).

Entretanto, a meu ver, esse não é o melhor caminho, pois o Mandado de Segurança, a Ação Anulatória e os processos administrativos têm objetos distintos, senão vejamos:

O primeiro tem por objeto, como disposto no seu primeiro pedido, a discussão da legalidade do ato de suspender o credenciamento da inscrição do contribuinte em relação ao 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 de débitos inscritos em Dívida Ativa sem suspensão da exigibilidade, além do pedido para que a Autoridade Coatora se abstenha de impor-lhe qualquer obstáculo à circulação de suas mercadorias.

A segunda diz respeito ao lançamento de créditos tributários inscritos em Dívida Ativa, tendo a tutela antecipada repercussão no fato de que, em face do depósito integral dos débitos, cessa o motivo fático para o aludido descredenciamento, mas entendendo a PGE/PROFIS que tendo em vista o depósito não ter sido integral, a cessação do motivo fático só ocorre a partir de 30/08/2007, por força da concessão da tutela antecipada.

E, por último, o objeto do Auto de infração se refere à situação concreta da falta de pagamento da antecipação parcial na entrada das mercadorias no território estadual.

Portanto, em vista desses distintos objetos, não vejo como declarar prejudicada a defesa apresentada no âmbito administrativo, pois ela não têm por objeto nem a discussão da legalidade da suspensão da inscrição, nem a anulação de créditos inscritos em Dívida Ativa.

Isto posto, entendo que o presente processo pode ser julgado administrativamente, porém como a Liminar no MS é anterior ao depósito dos débitos da Ação Anulatória, há que se tomar por referência inicial a data da concessão da Liminar (01/06/2007).

Assim, discordo, portanto, quanto à aplicação do art. 126 do COTEB, de que a defesa estaria prejudicada e que por isso se devesse declarar extinto o processo administrativo, deslocando-se a discussão para a seara judicial, pois considero que no Mandado de Segurança não se está discutindo se o tributo é ou não devido, mas sim o credenciamento da inscrição do contribuinte para fins da Portaria nº 114/04.

Deste modo, diante de todo o exposto, considero que a decisão judicial exarada no Mandado de Segurança desde 01/06/2007 devolve ao contribuinte a sua condição de credenciado para pagamento do imposto decorrente da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias provenientes de fora do Estado e adquiridas com fins de comercialização, fato que leva à insubsistência deste lançamento em face da inexistência da infração, qual seja a falta de pagamento do ICMS da antecipação na primeira repartição fiscal do Estado da Bahia à qual não estava o contribuinte obrigado.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração ao tempo que recomendo seja levada a efeito nova ação fiscal para verificar se o imposto que nesse caso é devido pela antecipação parcial foi efetivamente recolhido no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento em face de estar o contribuinte devidamente credenciado para tal por força da decisão judicial formalizada no Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o de Auto de Infração nº **281508.0401/07-4**, lavrado contra **BELGO SIDERURGIA S.A. (ARCELORMITTAL BRASIL S.A.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR