

A.I. N.º - 297895.0133/07-2
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S. A. (BELGO SIDERURGIA S/A)
AUTUANTE - CÉSAR PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 07.07.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159/02-09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária, e sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, salvo se existir regime especial para pagamento no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Restou comprovado que o autuado na data da apreensão das mercadorias teve seu credenciamento restabelecido por força da Liminar em Madado de Segurança. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito em 04/10/2007, reclama o ICMS no valor de R\$1.231,27, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS - antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 297895.0133/07-2 (docs.fls.fls.05 a 06). Consta na descrição dos fatos: “Mercadoria destinada a contribuinte com inscrição estadual DESCRENCIADA – Restrição de Crédito – Dívida Ativa. Infração detectada em posto fiscal intermediário”.

O sujeito passivo, através de advogados, legalmente constituídos, às fls.15 a 33, impugnou o lançamento consubstanciado no Auto de Infração, com base nas seguintes razões de fato e direito.

Inicialmente, esclarece que atua no mercado nacional na produção e comercialização de aços longos e planos, com diversos estabelecimentos espalhados pelo país, inclusive no Estado da Bahia.

Alega que, por ato arbitrário da fiscalização estadual, teve suas atividades prejudicadas com a exigência de pagamentos de tributos por vias avessas, sem amparo no devido processo legal, da defesa, do contraditório, que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Esclarece que, sem entrar no mérito da exigência do ICMS antecipação parcial, anteriormente preenchia as condições previstas na Lei 8.967/03, regulamentada pelo Dec. 8.969/04, que permitia o recolhimento do ICMS antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no seu estabelecimento. Informa que a partir do dia 29/05/07, teve diversas mercadorias retidas no Posto Fiscal Benito Gama, situado em Vitória da Conquista, quando tomou conhecimento de que foi descredenciado para o recolhimento postergado da antecipação do imposto, em virtude da inscrição de dois débitos em Dívida Ativa, conforme documentos acostados às fls. 60 a 63, relativos aos processos administrativos de n.ºs. 281082.0004-06/4 e 281082.0005-06/0.

Diz que não faz sentido juntar os documentos relativos aquela autuação, tendo a informar que são ilegítimos; tentou discutir administrativamente, mas teve seu direito inibido e que atualmente discute a consistência fática e jurídica da autuação por ação anulatória, com depósito em dinheiro, conforme cópia de documentos juntados à impugnação.

Destaca que durante o período em que os débitos estiveram inscritos em dívida ativa, a fiscalização estadual promoveu o seu descredenciamento e passou a exigir o pagamento do ICMS antecipação parcial, no momento que as mercadorias deram entrada no território deste Estado, por descumprimento das condições impostas na Port. 114/04. Esclarece que inicialmente teve as mercadorias apreendidas, para que fosse recolhido o imposto quando da entrada da mercadoria em território baiano e, por força de decisão judicial, foram liberadas e autuadas, com fundamento nos art. 125, II, “F”, 352-A, combinado com os art. 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 da impugnante sob o argumento de existência de débitos em dívida ativa”, sem causa de suspensão de exigibilidade.

Afirma que não pode prosperar a autuação, pelos seguintes motivos:

- 1) o instituto do ICMS antecipação parcial é inconstitucional, nos termos do art. 152 da CF;
- 2) a permissão de postergar o pagamento do imposto para o dia 25 do mês subsequente (Lei nº 8.967/03) não é um benefício fiscal e sim uma amenização do malefício inconstitucional;
- 3) a exigência para que tenha direito a postergação do pagamento do imposto é também inconstitucional, tendo em vista que baseia-se na discriminação da origem e do destino, ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, do livre exercício da atividade econômica, da segurança jurídica, por impedir de fato e de direito a circulação de mercadorias se não pago o tributo de forma antecipada, mesmo que o contribuinte tenha estabelecimento próprio e inscrição estadual ativa; fere o princípio da legalidade, por estabelecer condições inconstitucionais e estabelecidas por portarias, contrariando o art. 152 da CF;
- 4) existia no momento da efetivação do lançamento “decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento da Impugnante”, e a exigência fiscal desrespeita a decisão judicial;
- 5) mesmo que se passe por cima dos princípios constitucionais, “os créditos fiscais ora profiligados já se encontravam integralmente adimplidos, pois escrituradas as notas fiscais” e que a cobrança implica em *bis in idem*.

Relacionou às fls. 19 a 26, todos os Autos de Infração lavrados durante o período em que teve débito inscrito em dívida ativa, indicando as respectivas notas fiscais e diz que invocando o princípio de celeridade e economia processual, requereu que seja determinada a conexão do

presente processo com todos os Autos de Infração relacionados, que envolvem produtos e quantidades de mercadorias envolvidas.

Com relação a inscrição do débito em Dívida Ativa, afirma que foi feita de forma irregular, tendo em vista que apresentou defesa das autuações, tendo sido julgada de forma sumária e “não tomou ciência da decisão, indo o processo para a inscrição em dívida ativa em 21.05.07”, o que no seu entendimento fere os princípios basilares do Estado de Direito: moralidade, publicidade, oficialidade, processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros, em desrespeito à Constituição Federal e art. 2º, 27 e 122 do RPAF/99.

Consigna que o “Estado não respeita as próprias regras que criou para melhor funcionamento da máquina administrativa”, reconhecendo o direito 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.

Afirma que ao suspender ou descredenciar a sua inscrição estadual, por ter inscrito débito em Dívida Ativa, apreender mercadorias e exigir pagamento do imposto antecipado, no seu entendimento, constitui afronta ao princípio constitucional da liberdade profissional previsto no art. 5º e 170 da CF88.

Transcreve as Súmulas 547, 70 e 323 do Supremo Tribunal Federal (STF) e também a ementa do ROMS nº 10678 do STJ, cujo Relator foi o Ministro Garcia Vieira e diz que os ensinamentos jurisprudenciais expressam que o Fisco não pode utilizar-se de mecanismos, senão o devido processo legal de cobrança de créditos tributários, não podendo condicionar prazo de pagamento de tributo à inexistência de débitos inscritos em Dívida Ativa e, da mesma forma, forçar o contribuinte a não discutir, no contencioso administrativo, créditos tributários ilegítimos, nos termos do art. 5º da CF.

Reproduz parte de obras publicadas pelos professores Odete Medauar, Helenilson Cunha Pontes e Celso Cordeiro Machado, para reforçar o seu posicionamento de que a segurança de um verdadeiro Estado de Direito é o respeito ao contraditório e da ampla defesa, repelindo o abuso de direito da máquina estatal, sem restrições ao direito de provar a ilicitude dos procedimentos fiscais, além de que a exigência fiscal está suportada em Portaria, que não pode criar obrigações ou restringir direitos.

Conclui que a inscrição em Dívida Ativa foi feita de forma ilegítima, por entender que a Portaria 114/04 desrespeita os preceitos legais e constitucionais.

Destaca que, em razão dos fatos ocorridos, ajuizou Mandado de Segurança nº 15395787-2007, conforme cópias juntadas às fls.66 a 88, requerendo que o Estado se abstenha de:

1. suspender sua inscrição estadual em razão de existência de débito fiscal inscrito;
2. de negar a liberação das mercadorias, veículos e respectivos documentos fiscais, aos seus legítimos proprietários;
3. de impedir a circulação de suas mercadorias no Estado da Bahia, quando acobertadas por documentos fiscais, sob pena de imposição de multa a ser fixada pelo Juízo; sem ferir o direito do Estado de realizar cobranças que o Estado entenda devidas pelas fias administrativas ou judiciais.

Informa que em 01/06/07, a liminar foi deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, tendo exarado novo despacho, impondo multa diária de R\$1.000,00 em caso de descumprimento da decisão liminar.

Pelo acima exposto, diz que no seu entendimento a lavratura do presente Auto de Infração, descredenciando a impugnante para pagamento do ICMS antecipação parcial no dia 25 de cada mês, desrespeita a decisão judicial, ferindo a autonomia dos poderes e pede que seja decretada a sua insubsistência.

Arguiu a impossibilidade de defesa, sob alegação de que na descrição da infração não foi citado o número da nota fiscal, e também não cita qual a operação foi determinada a base de cálculo do imposto.

Por fim, sintetizou os argumentos formulados na defesa, pede a procedência da impugnação e decretação da insubsistência da autuação. Protesta pela juntada dos documentos mencionados acima.

Na informação fiscal às fls. 101 a 104, o autuante esclarece o motivo da autuação, e justifica que o auto de infração foi lavrado em conformidade com o RICMS, e que pelas razões defensivas o sujeito passivo reconhece que se encontrava na condição de descredenciado na data da autuação, decorrente da inscrição de débito em dívida ativa.

Quanto a alegação de inconstitucionalidade do "regime de antecipação de tributos, no qual o ICMS deve ser recolhido quando da entrada da mercadoria no Estado", diz que, embora no nível do processo administrativo fiscal, não esteja obrigado a analisar a constitucionalidade dos atos praticados pela administração tributária estadual, por ser matéria que compete ao STF, esclarece que a matéria já foi apreciada pelo STF, através da ADIN 3426, que concluiu não ser inconstitucional a antecipação parcial do ICMS, introduzi da na legislação do ICMS do Estado da Bahia, através do artigo 12-A, da Lei 8.967/03, cuja regulamentação encontra-se inserida nos artigos 61, 125 e 352-A, do Decreto 6.284/97.

Observa que, no âmbito da legislação estadual, de acordo com os dispositivos citados, tem razão o autuada quando assevera que a Lei 8967/03 permite que as empresas com inscrição estadual posterguem o pagamento do ICMS antecipado para o dia 25 do mês subsequente. Porém, ressalta 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 contida no parágrafo 7º do artigo 125, do Decreto 6.284/97 e na Portaria 114/2004, sendo a inscrição de débito na dívida ativa, motivo de descredenciamento, situação na qual se encontrava o contribuinte, e que inclusive foi por ele confessada.

Invocou o artigo 1º e os parágrafos 7º e 8º da Portaria 114/2004, para mostrar quais os critérios gerais para o credenciamento, a previsão de postergação do recolhimento do imposto no mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Não concordou com o argumento defensivo de que existia no momento da efetivação do lançamento decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento, dizendo que a decisão judicial determinava a não apreensão de mercadorias, e não credenciava o contribuinte, nem impedia o fisco de constituir o crédito tributário que entendia devido.

Sobre a arguição do autuado de que a inscrição na dívida ativa se deu de forma irregular, alegando que sofreu autuações e apresentou defesa, não tendo tomado ciência da decisão, indo o processo direto para a inscrição na dívida ativa, se abstém de se pronunciar, por entender que a inscrição de débito na dívida ativa, é atividade de competência da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle - DARC, cabendo o controle da legalidade à Procuradoria Geral do Estado.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade de apreensão de mercadorias, que segundo a impugnante é vedada no nosso ordenamento jurídico, diz que não cabe discuti-la neste PAF. E de referência às alegadas restrições impostas para credenciamento de contribuintes, constantes da

Portaria 114/2004, observa que não assiste razão ao contribuinte, pois, ao julgar a ADIN 3426, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado, que "os estados detêm competência legislativa plena para estabelecer o momento do pagamento do tributo", inexistindo qualquer ofensa ao ordenamento jurídico, nas regras estabelecidas na supra citada portaria.

No tocante a base de cálculo, esclarece que conforme Demonstrativo de Débito constante no Auto de Infração, foi contemplada a redução argüida, de 29,41 % sobre a base de cálculo, que corresponde a uma carga tributária efetiva de 12%.

Por conta disso, reafirma que ao lavrar o auto de infração, não houve descumprimento de qualquer decisão judicial, uma vez que a decisão que concedeu mandado de segurança ao autuado, foi no sentido de liberar as mercadorias então retidas no Posto Fiscal Benito Gama, em Vitória da Conquista.

Rebateu a alegação de impossibilidade de efetuar o pagamento antecipado do ICMS, "pois antes mesmo do lançamento, a empresa escriturou os valores em seus livros fiscais, portanto, o ICMS encontra-se quitado", dizendo que estando descredenciado, sua 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. Portanto, diz que não tendo sido recolhido o imposto no prazo e local fixados pelo regulamento, é devida a exigência fiscal, acrescida da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d", da Lei 7.014/96.

Concluindo, pede a procedência da autuação, pois o autuado se encontrava descredenciado, e não efetuou o pagamento tempestivo do ICMS da antecipação parcial.

Em 07/01/2008, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de parecer, considerando a existência de Liminar referente ao Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007, e de Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Antecipação de Tutela, sendo indagado em que estágio se encontram no Poder Judiciário tais processos; se dizem respeito a questão objeto do auto de infração, e por último, qual a repercussão das ações judiciais e o procedimento que devem adotados pelos órgãos julgadores nesta instância administrativa.

Conforme Parecer da PGE/PROFIS (fls. 112 a 116), o parecerista concluiu que:

"a) na hipótese dos lançamentos realizados antes da decisão concessora da tutela antecipada – dia 30/08/2007 – deve ser declarado pelo Conselho de Fazenda Estadual prejudicada a defesa interposta em face do ajuizamento do M.S. Nº 1539578/72007, encaminhando o presente a PGE/PROFIS para a devida inscrição e dívida ativa;

b) no caso dos lançamentos realizados após a decisão concessora da tutela antecipada – dia 30/08/2007 – deve ser declarado pelo Conselho de Fazenda Estadual, após representação da PGE/PROFIS, 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."

Quanto ao presente processo, tendo em vista que a lavratura ocorreu antes do dia 30/08/2007, data da concessão da tutela antecipada pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, pugnou que seja declarada prejudicada a defesa interposta pelo sujeito passivo, em face do ajuizamento do MS nº 1539578/2007, cujo objeto coincide com a pretensão de cuidar o presente lançamento tributário, encaminhando-se o processo para a devida inscrição em Dívida Ativa.

O sujeito passivo foi cientificado do parecer, retro mencionado, conforme intimação (fl. 119), tendo se manifestado, às fls. 123 a 131, reiterando seu pedido de conexão do presente lançamento com as demais 185 autuações idênticas lavradas no período, visando dar maior celeridade e economia processual ao processo administrativo fiscal.

Discordou do Parecer da PGE/PROFIS, dizendo que o Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007 não foi impetrado pela empresa após a lavratura dos autos de infração ou das infrações neles constantes.

Observa que o mandado de segurança impetrado tem objetivo diferente do processo administrativo fiscal, ou seja, que não procurou a via judicial para solucionar a presente contenda administrativa, mas, para reparar o dano cometido ao descredenciar a empresa.

Com esse argumento, reafirma que dois são os motivos para que não se considere renunciada a via administrativa: em virtude do mandado de segurança ter sido impetrado antes das autuações e as matérias tratadas no mandado de segurança e nas impugnações se mostram distintas.

Citou a jurisprudência administrativa nos casos em que ocorre a renúncia à esfera administrativa.

No mérito, comenta sobre a atividade de seus diversos estabelecimentos espalhados pelo País, e aduz que no parecer da PROFIS as suas atividades foram prejudicadas, indo de encontro com o Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Contraditório.

Repete que foram lavrados diversos autos de infração, todos recebidos a partir de julho de 2007, reiterando suas razões defensivas e acrescentando em síntese que:

- a) o auto de infração não especifica qual a nota fiscal e não descreve a operação;
- b) o regime de antecipação parcial, com o recolhimento antecipado e o debitamento do imposto normal na escrita fiscal e a dedução do ICMS pago antecipadamente, é inconstitucional nos termos do art. 152, da CF/88;
- c) a Lei nº 8967/03 permite às empresas com inscrição estadual que posterguem o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente, e que essa permissão não se trata de um benefício fiscal, mas um malefício inconstitucional;
- d) a exigência para que o contribuinte tenha direito a esta postergação é inconstitucional, pois se baseia na discriminação da origem e destino; fere os diversos princípios constitucionais; impede a circulação da mercadoria se não for pago o tributo antecipadamente; e ainda, fere o princípio da legalidade, por estabelecer condições por Portarias;
- e) existia no momento da apreensão da mercadoria decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento e a não exigência do recolhimento antecipado do ICMS na entrada das mercadorias no Estado da Bahia, o que foi desrespeitado pela fiscalização;
- f) foi ajuizada ação anulatória, com suspensão da exigibilidade por conta do depósito integral do valor do crédito tributário;
- g) os créditos tributários exigidos já se encontravam integralmente adimplidos, mediante escrituração das notas fiscais no Registro de Entradas, impossibilitando a presente cobrança sob pena do bis in idem.
- h) repete que as autuações que ensejaram o descredenciamento forem equivocadamente efetuadas.

Afirma que não cabe alegação de que o órgão administrativo não tem competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidade.

Entende que não pode ser compelido ao pagamento dos débitos inscritos em dívida ativa, a não ser pelo devido processo legal.

Considera que a presente exigência deve ser cancelada, tendo em vista a ilegalidade da condição imposta pela Portaria 114.

Argumenta que houve aplicação indevida da alíquota de 17%, tendo em vista que os produtos autuados estão ao abrigo da redução de base de cálculo para a carga tributária de 12%, conforme Conv. 15/81 e 33/93, reproduzido pelo art. 87, inciso IV do RICMS/BA.

Contesta os argumentos da PGE, entendendo que a suspensão do crédito se vincula à data do depósito, que, no caso da Ação Anulatória, foi realizado no dia 13/07/2007, e não como diz, em 30/08/2007.

Ressalta que o seu descredenciamento viola a decisão judicial, cabendo a decretação da insubsistência da autuação, por entender que não há concomitância da matéria administrativa com a judicial.

Em suas conclusões ratifica integralmente os termos da impugnação, considerando que o MS foi ajuizado, antes da presente autuação, e seria inaplicável o art. 126 da Lei 3956/81, bem como requer a conexão de todos os PAFs similares e a decretação da insubsistência do crédito tributário.

O autuante em sua informação à fl. 162, tomou ciência do despacho dado pela Procuradoria Fiscal, e acompanhou o seu entendimento no sentido de que seja declarada a nulidade do presente lançamento de ofício, ressaltando que não tinha essa informação no sistema da SEFAZ, que somente foi disponibilizado após a lavratura do Auto de Infração.

Em nova manifestação, às fls. 170/172, 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

O lançamento de ofício, ora impugnado, foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito em 04/10/2007, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS - antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre as mercadorias, constantes da Nota Fiscal nº 222294, adquiridas para comercialização, provenientes de outra unidade da Federação.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, posto que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, inclusive com a cópia da nota fiscal juntada ao Auto de Infração, bem como ao Termo de Apreensão; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual, por antecipação parcial na primeira repartição fazendária da fronteira ou percurso de circulação da mercadoria. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Cabe registrar que, apesar de solicitado pelo autuado, não há previsão legal para que seja feita a conexão para julgamento do presente Auto de Infração com os demais lavrados contra o impugnante, relativos à mesma matéria. Este CONSEF, contudo, atendendo ao pleito para a celeridade processual, tomou como providencia a distribuição de uma só vez de todos os processos pendentes.

Apesar de o STF, através da ADIN 3426, ter decidido pela constitucionalidade da antecipação parcial do ICMS, introduzida na legislação do ICMS do Estado da Bahia, através do artigo 12-A da

Lei 8.967/03, cabe esclarecer, no que diz respeito às alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade, alinhadas pelo impugnante, relativas a dispositivos da Legislação Tributária Estadual, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da aludida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Inconformado as ações fiscais, o autuado ajuizou Mandado de Segurança nº 15395787207, formulando pedido de liminar, publicado no Diário Oficial de 1/06/07, *in verbis*: “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 arripio da lei, quando existe meio próprio para tanto.”.

O autuado, além do pedido de liminar, entrou com Ação Anulatória de Débito Fiscal juntamente com o Pedido de Antecipação de Tutela, *que foi concedida dia 30/08/2007*.

Antes de adentrar às questões meritórias, cabe concluir, em face do Mandado de Segurança e da Ação Anulatória, se o processo administrativo relativo ao presente Auto de Infração, que foi lavrado em virtude do “descredenciamento” do contribuinte, poderá ser objeto de apreciação por este órgão *judicante* administrativo.

É necessário verificar, liminarmente, se a matéria de que cuidam o presente Auto de Infração se encontra “sub judice”. Isto porque, estando a mesma sendo discutida em juízo, o órgão julgador administrativo deve declarar prejudicada a defesa administrativa, na forma do art. 126 do COTEB/BA, ao alinhar que, escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis. Dispositivo esse regulamentado pelo art. 27, V do RPAF/BA, ao prevê o encerramento do processo administrativo, quando da escolha, pelo autuado, da via judicial.

Após análise das peças processuais, foi apurado que Mandado de Segurança, a Ação Anulatória e o Processo Administrativo têm objetos distintos, senão vejamos: a) o objeto do Mandado de Segurança é a discussão da legalidade do ato de suspender a inscrição, restringindo-se 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; b) o objeto da Ação Anulatória de Débito Fiscal, com Pedido de Antecipação de Tutela, contudo, é outro: diz respeito especificamente 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 descenciamento.

Não cabe acolher o entendimento 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 o Mandado de Segurança interposto, pois no Mandado de Segurança não está sendo discutido se o tributo é ou não devido – o que está em discussão no MS é o credenciamento da inscrição do contribuinte para os fins da Portaria nº 114/04; em suma, entendendo que o MS e o processo administrativo têm objetos distintos.

Assim, considero que o objeto do Auto de infração, ora sob julgamento administrativo, é diverso das matérias discutidas judicialmente, pois se refere à situação concreta da falta de pagamento da antecipação parcial na entrada das mercadorias no território estadual.

Diante do fato que o presente Auto de Infração foi lavrado após a concessão da aludida Liminar (01/06/07), considero que, se a ordem judicial determina que o Estado não proceda ao credenciamento da inscrição do contribuinte com relação ao pagamento do imposto no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria neste Estado, então se deve considerar que o contribuinte se encontrava credenciado, e, por conseguinte, o prazo para pagar o imposto era o dia 25 do mês seguinte, não cabendo a exigência do imposto na entrada do território ou no percurso da mercadoria, conforme foi reclamado, restando, portanto, a improcedência do Auto de Infração em apreciação, tornando inócua a análise sobre as demais questões meritórias pontuais.

Com relação ao argumento de que 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 contrario deve ser efetuado o lançamento de ofício decorrente.

Pelo exposto, voto IMPROCEDENTE o Auto de Infração, por ausência de pressuposto legal na data de sua lavratura.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 297895.0133/07-2**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A. (BELGO SIDERURGIA S/A.)**. Recomenda-se que a autoridade fazendária competente determine, via procedimento fiscal verificar se a obrigação tributária pertinente ao documento fiscal que ocasionou a lavratura do presente Auto de Infração foi adimplida no prazo legal.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR