

A.I. N.º - 281508.0437/07-9
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S/A
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 07.07.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-02/09

EMENTA: ICMS: ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que na data da efetivação deste lançamento o contribuinte se encontrava protegido judicialmente para exigência do imposto no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento e não no momento que deu entrada no território do Estado. Exigência fiscal insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito em 20/09/2007, reclama o ICMS no valor de R\$1.482,29, acrescido da multa de 60%, 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 215041.0004/07-7, às fls. 05 a 06. Consta na descrição dos fatos: “Operações acobertadas pelas notas fiscais números 524617 e 524618, emitidas em 18.09.2007”.

O sujeito passivo, através de advogados, legalmente constituídos, às fls. 16 a 32, 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, relativos aos processos administrativos de nºs. 281082.0004-064 e 281082.0005-060.

Diz que não faz sentido juntar os documentos relativos á aludida 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 se baseia 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. 20 a 25, 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 à inscrição do débito em Dívida Ativa, afirma que foi feito 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 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 cópia juntada, 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.

Alega que, por cautela, não há qualquer possibilidade de a impugnante pagar o ICMS antecipado, tendo em vista que “antes mesmo do lançamento, a empresa escriturou os valores em seus livros fiscais, portanto, o ICMS encontra-se quitado”, comprometendo-se a juntar os documentos comprobatórios no prazo de trinta dias da protocolização da defesa.

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. 110 a 114, o autuante, inicialmente, discorre sobre os argumentos defensivos e diz que embora no processo administrativo fiscal não seja apreciada a constitucionalidade dos atos praticados pela administração pública, que compete ao STF, rebate arguindo que, através da 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 8.967/03, conforme transcreveu.

Quanto ao momento do recolhimento do imposto, afirma que a regra não é fixada pela Constituição Federal e sim pelos Estados que têm competência para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

Ressalta que no âmbito da legislação estadual, a Lei 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 Dec. 6.284/97 e Port. 114/04, estabelecem previsões de descredenciamento para empresas que tenham débito inscrito em Dívida Ativa, que é a situação do contribuinte autuado no presente caso, e que motivou a autuação. Salienta que o julgamento da ADIN 3426 pelo STF, deixa assentada que é de competência dos Estados, estabelecer o momento para pagamento do imposto.

Contesta a alegação defensiva 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. Conclui afirmando que o Auto de Infração obedeceu ao devido processo legal.

Quanto ao pedido de conexão de todos os Autos de Infração, remete esta apreciação ao CONSEF, dizendo que no cumprimento de suas obrigações fiscais, produz informação fiscal individual.

Quanto à alegação de irregularidade na inscrição de débito na Dívida Ativa, diz que este procedimento é de competência da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle (DARC), cabendo a legalidade à Procuradoria Geral do Estado.

Com relação à alegação de inconstitucionalidade da apreensão de mercadorias, afirma que não cabe discutí-la 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 (Auto de Infração) e que não há do que se falar em descumprimento de decisão judicial.

Relativamente ao argumento defensivo 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, rebate dizendo que não se sustenta, porque 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, o que não ocorreu na situação presente, devendo o recorrente arcar com o ônus da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da lei 7.014/96.

Finaliza dizendo que os argumentos e provas juntados ao processo não comprova o pagamento tempestivo do ICMS exigido no Auto de Infração e requer a sua procedência.

Conforme consta às fls. 117 e 118, 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 à 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.

O Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 120 a 126, alinha em suas conclusões 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.”

Complementa o aludido parecer que, 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 1539578/72007, cujo objeto coincide com a pretensão de cuida 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 e AR dos Correios (fls. 128/129), tendo se manifestado, às fls. 105 a 117, reiterando seu pedido de conexão do presente lançamento com as demais 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. Apresentou um demonstrativo (fls. 105 e 107) contendo informações sobre o número de cada AI, data da autuação e data da ciência.

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 em razão das 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 da 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 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 inscrito 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, 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 formulou sua informação fiscal, à fl. 173, dizendo que em relação às questões argüidas sobre o Parecer da PGE/PPROFIS, diz que cabe a ela contestá-las.

Sobre a aplicação da alíquota, aduz que as mercadorias objeto da ação fiscal, em conformidade com o artigo 87, do Decreto nº 6.284/97, têm o benefício da redução da base de cálculo em 29,41%, e que foi aplicada esta redução no demonstrativo da base de cálculo à fl. 03;

No que tange a alegação de não identificação das notas fiscais no auto de infração, esclareceu que consta na descrição do fato que as operações estavam acobertadas pelas Notas Fiscais nº 198370 e 198371, emitidas em 01/06/2007.

Retificou o inteiro teor de sua informação anterior, manifestando sua concordância quanto o parecer da PGE, e ao final, mantendo a autuação.

Em nova manifestação, às fls. 181/183, 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 20/09/2007, 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.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades arguidas 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 indicação do número da nota fiscal no Auto de Infração, bem como no próprio 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 julgante* 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 os Processos Administrativos 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 descredenciamento.

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 descredenciamento 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, julgo 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 **281508.0437/07-9**, lavrado contra **BELGO SIDERURGICA 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

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR