

A. I. Nº - 281508.0318/07-0
AUTUADO - BELGO SIDERURGIA S.A. [ARCELORMITTAL BRASIL S.A.]
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 01/07/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0180-03/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DA FRONTEIRA OU DO PERCURSO NESTE ESTADO, EM VIRTUDE DE O CONTRIBUINTE ESTAR DESCREDENCIADO DO REGIME JURÍDICO ESPECIAL PREVISTO NA PORTARIA Nº 114/04, QUE POSTERGA O PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL PARA O DIA 25 DO MÊS SUBSEQÜENTE. Apesar de o contribuinte ter ajuizado duas ações – um Mandado de Segurança (preventivo) e uma Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Antecipação de Tutela –, a matéria em discussão objetivamente considerada no presente Auto de Infração não está “sub judice”, pois o seu objeto é diverso do objeto das referidas ações judiciais. No Mandado de Segurança não se discute se o tributo é ou não devido, ou se houve ou não erro quanto à alegada redução da base de cálculo, que é o objeto do processo administrativo – a discussão judicial diz respeito à legalidade do ato que suspendeu o credenciamento da inscrição do contribuinte em relação ao regime jurídico especial previsto na Portaria nº 114/04. Embora uma coisa (a exigência do pagamento da antecipação parcial na fronteira) decorra da outra (o descredenciamento da inscrição), não há que se confundir a causa com o efeito. As mesmas considerações aplicam-se no tocante à Ação Anulatória, pois o objeto desta é outro, e, no que concerne à antecipação da tutela, também não há que se confundir a causa com o efeito: com a concessão da tutela antecipada, cessa o motivo (causa) para o descredenciamento. Quanto ao mérito, tendo em vista que o autuado impetrou Mandado de Segurança preventivo e obteve Liminar vedando a suspensão do credenciamento de sua inscrição, e considerando que com a concessão da tutela antecipada não existe suporte para o descredenciamento, isso implica que o contribuinte na data da ação fiscal se considerava juridicamente credenciado para os fins da aludida portaria, não havendo, por conseguinte, razão para a exigência do pagamento do tributo na fronteira. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/6/07, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação parcial na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso neste Estado, relativamente a mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outro

Estado “por contribuinte descredenciado” [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.463,96, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 15/27) fazendo um retrospecto para explicar a razão de haver dezenas de Autos de Infração similares a este. Diz que tem diversos estabelecimentos espalhados pelo país, inclusive na Bahia. Alega que, por ato arbitrário da fiscalização estadual, suas atividades foram prejudicadas, tendo em vista constrição oblíqua para pagamento do imposto por vias avessas, que a seu ver não têm guarida nos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do Estado Democrático de Direito, dentre outros.

Informa que, sem entrar no mérito da antecipação do ICMS na entrada da mercadoria no território baiano, sua empresa se enquadrava no regime de antecipação parcial instituída pela Lei nº 8.967/03, recolhendo os valores devidos no dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no estabelecimento, cumprindo as disposições do Decreto nº 8.969/04, porém no dia 29 de maio de 2007 houve apreensão de mercadorias suas no posto fiscal de Vitória da Conquista, e quando foi averiguar o que estava acontecendo ficou sabendo que a inscrição de sua empresa na Bahia havia sido descredenciada para o recolhimento postergado da antecipação em virtude de ter tido dois débitos inscritos em dívida ativa sem que tivesse oportunidade de discuti-los administrativamente, estando os mesmos sendo discutidos em Ação Anulatória, com depósito em dinheiro, sendo que, durante o período em que os débitos estiveram inscritos em dívida ativa, a fiscalização estadual descredenciou a empresa e passou a lhe exigir que o ICMS fosse recolhido quando da entrada das mercadorias, baseando-se na Portaria nº 114/04.

Prossegue dizendo que, no início, as mercadorias eram retidas, mas, por força de decisão judicial, a fiscalização passou a autuar a empresa nas aquisições interestaduais a fim de que fosse recolhido o tributo quando da entrada das mercadorias no território baiano, sendo esta a razão dos muitos Autos lavrados, tendo este sido recebido em julho de 2007, motivado pela falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação parcial na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso. Especifica as razões pelas quais considera que a autuação em exame não deve prosperar. Requer que se proceda à conexão dos vários processos, que especifica, tomando por fundamento os princípios da celeridade e da economia processual, haja vista que todos os Autos tratam de operações idênticas, distinguindo-se apenas no tocante às quantidades e especificidades das mercadorias envolvidas.

Passa em seguida à abordagem da questão em seus aspectos jurídicos, alegando a impossibilidade de suspensão da “postergação da antecipação” em virtude da existência de débitos inscritos em dívida ativa, argumentando que dessa forma seriam feridos os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da legalidade, dentre outros. Comenta os motivos e circunstâncias que acarretaram a inscrição em dívida ativa dos débitos já mencionados. Considera inconstitucionais e ilegais os procedimentos do fisco ao coagir a empresa à quitação do imposto por meio da apreensão de mercadorias, implicando a proibição oblíqua do funcionamento de suas atividades, afrontando os princípios constitucionais da liberdade profissional e da garantia de livre exercício das atividades econômicas. Com base em súmulas do STF e decisão do STJ, frisa que não pode o fisco utilizar-se de outro mecanismo senão o devido processo legal para cobrança dos créditos tributários. Destaca os preceitos do art. 5º, XXXIV, LIV e LV, da Constituição. Cita doutrina.

Protesta que houve descumprimento de ordem judicial, haja vista que havia sido ajuizado o Mandado de Segurança nº 153957872007, com pedido de liminar, e em 1º de junho de 2007 a Liminar foi deferida, e, por não estar sendo respeitada, foi exarado novo despacho, determinando o imediato e integral cumprimento da decisão liminar, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Alega que antes desses fatos a empresa adimplia integralmente os créditos.

Pede que se reconheça a procedência de sua impugnação e que se decrete a insubsistência do crédito lançado. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 82/86) dizendo que, ao lavrar este Auto de Infração, agiu em conformidade com o 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.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade do regime de antecipação de tributos, observa que essa matéria já foi apreciada pelo STF na ADIN 3426, que concluiu não ser inconstitucional a antecipação parcial do ICMS.

Assinala que a competência para decidir sobre o pedido de conexão é do CONSEF.

Comenta as alegações de impossibilidade de suspensão da postergação da antecipação. Não admite que tivesse descumprido ordem judicial, pois na ordem judicial havia a ressalva de que tal medida era concedida, mas “tudo sem ferir o direito do Estado realizar regularmente as cobranças que entender devidas pelas vias administrativas (autos de infração) e judiciais (execuções fiscais)” *[sic]*.

A seu ver não se sustenta a alegação do autuado de que adimplia integralmente os créditos tributários antes dessa situação, contrapondo que, estando o contribuinte descredenciado, a obrigação não é apenas de fazer o registro das mercadorias nos livros fiscais próprios, mas sim de efetuar o pagamento do imposto referente à antecipação parcial na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, não se podendo confundir registro de mercadoria com pagamento de tributo, de modo que, não tendo efetuado o pagamento no prazo e local fixados pelo regulamento, haverá o autuado de arcar com o pagamento do ICMS, acrescido de multa.

Conclui opinando pela procedência do lançamento.

A Coordenação Administrativa deste Conselho encaminhou o processo à Presidente para decidir acerca do pedido de conexão (fl. 88).

A Presidente do CONSEF solicitou que a Procuradoria emitisse parecer: a fim de se saber em que estágio se encontram o Mandado de Segurança e a Ação Anulatória referidos pela defesa; acerca da pertinência ou não da matéria objeto do processo administrativo em relação ao Mandado de Segurança e à Ação Anulatória; e quanto à repercussão das referidas ações judiciais neste processo administrativo e aos procedimentos cabíveis por parte deste Conselho (fls. 89-90).

Foram prestadas as informações sobre o objeto e o estágio em que se encontram o Mandado de Segurança e a Ação Anulatória (fls. 92-93) e emitido o parecer solicitado, concluindo que, no caso dos lançamentos realizados antes da decisão concessora da tutela antecipada (30.8.07), deve este órgão julgador declarar prejudicada a defesa interposta em face do ajuizamento do Mandado de Segurança, encaminhando-se o processo para inscrição em dívida ativa, e no caso dos lançamentos realizados após a decisão concessora da tutela antecipada (30.8.07), deve ser declarada, após representação da Procuradoria, a nulidade do lançamento de ofício, em virtude da existência de vício insanável na constituição do crédito, por inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória (fls. 94/98).

Dada ciência das aludidas informações e do teor do parecer da PGE ao autuado, este se manifestou, conforme peças acostadas aos autos (fls. 104/115), em que reitera o pedido de conexão, comenta o parecer da Procuradoria e faz uma síntese dos fatos e do direito que a seu ver levam à insubsistência dos lançamentos, fala da redução da base de cálculo nas operações com as mercadorias objeto da autuação bem como das implicações do descumprimento de ordem judicial, e alega a impossibilidade de defesa por não serem citadas no Auto a operação e a Nota Fiscal de onde foi tirada a base de cálculo. Juntou documentos.

Foi dada vista dos autos ao fiscal autuante. Este se pronunciou (fls. 148) rebatendo as alegações do autuado quanto à redução da base de cálculo, dizendo que esta foi aplicada, e no Auto de Infração foi mencionada a Nota Fiscal. Diz que concorda com o parecer da PGF (*sic*). Opina pela procedência do lançamento.

O autuado requereu a juntada de substabelecimento de seus patronos, para fins de recebimento de intimações (fl. 151).

Em nova petição (fls. 156/158) o autuado fala do Mandado de Segurança interposto, comenta os efeitos daquela medida, e conclui dizendo que, se o descredenciamento foi injusto, injusta é a autuação, posto que baseada naquele fato. Requer a juntada da sentença no Mandado de Segurança. Reitera todos os argumentos da exordial, com vistas ao cancelamento do Auto de Infração.

VOTO

Existem vários Autos de Infração com imputação igual à do presente. O autuado requereu que se procedesse à conexão dos vários processos, tomando por fundamento os princípios da celeridade e da economia processual, haja vista que todos os Autos tratam de operações idênticas, distinguindo-se apenas no tocante às quantidades e especificidades das mercadorias envolvidas.

Deixo de atender a esse pleito porque a figura da conexão não está regulada do processo administrativo fiscal do Estado da Bahia e não existem precedentes na jurisprudência deste Conselho.

O lançamento em discussão diz respeito à falta de pagamento de “antecipação parcial” de ICMS na primeira repartição fiscal da fronteira ou do percurso neste Estado, relativamente a mercadorias adquiridas para comercialização por “contribuinte descredenciado”.

Não é dito, contudo, em relação ao que o contribuinte estaria “descredenciado”. Isso implica obviamente cerceamento de defesa. Na descrição do fato deveria ser dito que o contribuinte se encontrava descredenciado do regime jurídico especial previsto na Portaria nº 114/04, que posterga o pagamento da antecipação parcial do ICMS para o dia 25 do mês subsequente, em virtude de débitos inscritos em dívida ativa sem suspensão da exigibilidade.

Em decorrência da descrição malfeita do fato, o autuado entendeu que sua inscrição teria sido suspensa.

Essa questão da descrição incompleta do fato na peça de autuação seria sanável mediante reabertura do prazo de defesa, dando-se ciência ao sujeito passivo do real sentido da imputação. No entanto, tal medida é ineficaz, haja vista que o contribuinte, entendendo que teria havido a suspensão do credenciamento de sua inscrição, ajuizou duas ações:

- a) um Mandado de Segurança (preventivo – antes da presente autuação), com pedido no sentido de que o Estado da Bahia se abstivesse 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;
- b) 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.

Em face dessas duas ações judiciais, deve-se, preliminarmente, verificar se o CONSEF é competente para apreciar o mérito da lide em discussão nestes autos. Isto porque, se o contribuinte, antecipando-se à ação do fisco, ingressa em juízo para discutir o mérito da exigência de tributo em determinada situação, tal postura, nos termos do art. 117 do RPAF, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, implica a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto, e, por isso, em face do art.

122, IV, do RPAF, considera-se extinto o processo administrativo, devendo o órgão administrativo abster-se de julgar, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário.

Porém, no caso em exame, a solução há de ser outra, pois não se encontra em discussão no Poder Judiciário se o tributo é ou não devido – a pendência judicial diz respeito é à eficácia, ou não, de um regime especial relativo a prazo de recolhimento do imposto.

Quero com isto dizer que o objeto deste Auto é um, e o objeto das ações judiciais citadas é outro.

O credenciamento havia sido efetuado em virtude de débitos da empresa inscritos em Dívida Ativa (dois Autos de Infração). Em virtude dessa medida administrativa, o contribuinte ajuizou as duas ações acima referidas.

Quanto ao Mandado de Segurança, a MM. Juíza de Direito, ao deferir a Liminar, registrou que, sem adentrar ao mérito, “ficou comprovado a violação do direito da parte Autora”. Cumprindo ao intérprete identificar qual o direito da parte Autora que foi violado. Na fundamentação da decisão, a MM. Juíza diz que, “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...”, que consistiriam na apreensão de veículos, mercadorias e documentos fiscais, além da suspensão da inscrição, e conclui que aqueles agentes estariam “justificando para toda esta ilegalidade que quer cobrar de forma imprópria, ao arrepio da lei, quando existe meio próprio para tanto”.

Então um dos direitos da parte Autora que teria sido violado, segundo a MM. Juíza, seria a “suspensão da inscrição”, ou o que isso possa vir a ser. O despacho refere-se à apreensão de mercadorias e à suspensão da inscrição, que ficam vedadas.

A fundamentação da concessão da Liminar é um tanto vaga, e por isso sua interpretação deve ser feita conjugando-se a conclusão do despacho com os termos empregados na fundamentação que o precede. Em síntese, a Liminar veda a apreensão de mercadorias em virtude da suspensão do credenciamento da inscrição do contribuinte. Ora, como a apreensão é uma decorrência (efeito) da suspensão do credenciamento (causa ou motivo), o que na verdade é vedado pela Liminar é que o fisco suspenda o credenciamento da inscrição.

Com essas considerações pretendo deixar patente que o objeto do Mandado de Segurança é a discussão da legalidade do ato de suspender a inscrição, ou, numa interpretação mais razoável, 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.

Já no que concerne ao presente Auto de Infração, seu objeto é outro, diz respeito à falta de pagamento de “antecipação parcial” de ICMS na primeira repartição fiscal da fronteira ou do percurso neste Estado, relativamente a mercadorias adquiridas para comercialização por “contribuinte descredenciado”.

Poder-se-ia supor que a matéria em discussão neste Auto estaria “sub judice” porque uma coisa (a exigência do pagamento da antecipação tributária no posto fiscal da fronteira) decorre da outra (o credenciamento da inscrição).

Não se deve, contudo, confundir a causa com o efeito.

A Liminar determina que o Estado se abstenha de suspender a inscrição, ou seja, de suspender o credenciamento da inscrição para que o imposto seja pago na fronteira. Isto significa dizer que, por força da Liminar em apreço, o contribuinte deve ser considerado credenciado.

Conseqüentemente, estando credenciado, não há razão para que se exija o pagamento do imposto na fronteira.

Há uma relativa faixa cinzenta que permeia as duas situações, porém, em sua essência, cada uma tem objeto distinto da outra. Não está em discussão em juízo se o tributo é ou não devido. Por outro lado, não está em discussão no âmbito administrativo se é cabível ou não a suspensão do credenciamento da inscrição do autuado.

Faço o registro de que, de acordo com o instrumento anexado aos autos (fls. 159/162), em 13 de março de 2009 foi publicada a sentença relativa ao Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007, favorável ao contribuinte – o *mandamus* foi julgado procedente, mantendo a decisão liminar, o que significa dizer, foi concedida a segurança em definitivo, embora sendo a decisão submetida de ofício ao TJ-BA.

Passo agora a examinar a outra ação judicial, a fim de verificar se a matéria em discussão nestes autos se encontra “sub judice”, pois, estando, cessa a competência deste Conselho para apreciá-la.

O contribuinte ajuizou uma Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Antecipação de Tutela visando cancelar lançamentos tributários inscritos em dívida ativa, tendo feito o depósito dos valores exigíveis. O mérito dessa ação diz respeito aos lançamentos dos Autos de Infração 281082.0004/06-4 e 281082.0005/06-0. A concessão da tutela antecipada ocorreu em 30.8.07.

O objeto da Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Antecipação de Tutela 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 desc credenciamento.

Por sua vez, o objeto do presente Auto de Infração se refere à situação concreta da falta de pagamento da antecipação parcial na entrada das mercadorias no território estadual.

Reitero então o que disse na apreciação do objeto do Mandado de Segurança, no sentido de que não se confunda a causa com o efeito. Com a concessão de tutela antecipada, a partir de 30.8.07 cessa o motivo (causa) para o desc credenciamento, e por conseguinte o contribuinte deve ser considerado credenciado. Em virtude disso, estando credenciado, não há razão para que se exija o pagamento do imposto na fronteira.

Na Ação Anulatória não está em discussão se a “antecipação tributária” deve ou não ser paga no posto fiscal de fronteira. Por outro lado, não está em discussão no âmbito administrativo se é cabível ou não a anulação de créditos inscritos em dívida ativa.

Além disso, há uma discussão, neste caso, quanto a uma redução da base de cálculo – e essa questão também não está “sub judice”.

Se estou certo nestas considerações, não vejo como declarar prejudicada a defesa apresentada no âmbito administrativo, pois ela não tem por objeto nem a discussão da legalidade da suspensão da inscrição, nem a anulação de créditos inscritos em dívida ativa.

Este Auto foi lavrado em 18.06.07. É portanto posterior à liminar.

Uma vez que o imposto foi lançado neste Auto em virtude da falta de pagamento de “antecipação parcial” de ICMS na primeira repartição fiscal da fronteira ou do percurso neste Estado porque o contribuinte se encontrava desc credenciado do regime jurídico especial previsto na Portaria nº 114/04, que posterga o pagamento da antecipação parcial do ICMS para o dia 25 do mês subsequente, em virtude de débitos inscritos em dívida ativa sem suspensão da exigibilidade, mas considerando-se que, por força de ordem judicial, o contribuinte deveria ser considerado credenciado, não há razão para a exigência do pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira. Logo, a exigência fiscal é indevida.

É de bom alvitre que o fisco verifique se o contribuinte vem pagando o imposto no dia 25 do mês subsequente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281508.0318/07-0**, lavrado contra **BELGO SIDERURGIA S.A. [ARCELORMITTAL BRASIL S.A.]**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA