

A. I. Nº. - 279466.0125/07-6
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A. (BELGO SIDERURGIA S.A.)
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO BORGES SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 30 .06 .2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-01/09

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. Comprovado que o autuado na data da apreensão das mercadorias teve seu credenciamento restabelecido por força de Liminar em Mandado de Segurança. Infração insubsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 10/09/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$1.314,70, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto referente à antecipação parcial na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, em relação a mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado. Na “Descrição dos Fatos” é informado que a operação se encontrava acobertada pela Nota Fiscal nº. 217.665, que a razão social do destinatário divergia daquela constante no documento fiscal e que foi efetuada a redução da base de cálculo, em conformidade com o Convênio ICMS nº. 33/96.

Consta no Termo de Apreensão e Ocorrências nº. 232132.0128/07-8 (fls. 05/06) que foi designado como fiel depositário o estabelecimento destinatário das mercadorias.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 14 a 30, salientando que se refere a uma empresa do Grupo Arcelor Brasil, estando presente nos setores de aços longos e planos ao carbono, com diversos estabelecimentos espalhados pelo país, inclusive no Estado da Bahia, responsáveis pela produção e distribuição de relaminados, trefilados e perfilados de aço no Estado.

Aduz que por ato arbitrário da fiscalização tributária estadual, as suas atividades foram prejudicadas, por conta de exigência de pagamento de tributos por vias avessas, sem guarida no

devido processo legal, na ampla defesa, no contraditório, no estado democrático de direito, dentre outros princípios ofendidos pela fiscalização do Estado da Bahia.

Afirma que se enquadrava perfeitamente no regime da antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização e que permitem o recolhimento do imposto no dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias no estabelecimento, bem como cumpria as condições estabelecidas no Decreto Estadual nº 8.969/04.

Alega que o problema teve início em 29/05/2007, quando uma grande quantidade de mercadorias foi retida, concernentes às Notas Fiscais de nº.s 501.357, 501.138, 500.984, 196.628, 196.629, 196.630, 196.631, 196.632, 196.633, 197.177, 197.178, 197.179, 197.180, 197.181 e 197.182, no Posto Fiscal Benito Gama, em Vitória da Conquista. Quando tomou conhecimento da ocorrência, constatou que havia sido descredenciado (sua inscrição no Estado da Bahia) para o recolhimento postergado da antecipação (doc. 03 – fls. 64 a 67), por ter tido dois débitos inscritos em dívida ativa, referentes aos processos administrativos de nº.s 2.810.820.004.064 e 2.810.820.005.060.

Esclarece que em relação aos Autos de Infração correspondentes, no momento se encontra discutindo a sua consistência fática e jurídica por ação anulatória, com depósito em dinheiro, conforme documentos juntados (doc. 04 – fls. 69 a 92).

Assim, durante o período em que os referidos débitos estiveram inscritos em dívida ativa, a fiscalização descredenciou o impugnante, passando a exigir o pagamento antecipado do ICMS, no momento da entrada das mercadorias oriundas de outros estados. Argumenta que a despeito de cumprir as exigências constantes do texto legal e do decreto acima mencionado, o fisco alegou descumprimento das condições impostas na Portaria nº. 114/04, no que se refere à existência de débitos inscritos em dívida ativa, cuja exigibilidade não se encontrasse suspensa.

Esclarece que inicialmente as mercadorias foram retidas, porém por força de decisão judicial, a fiscalização passou a autuar o contribuinte em relação a todas as aquisições de fora do Estado da Bahia, sob o argumento de que o tributo deveria ser recolhido quando da entrada das mercadorias no território baiano. Por essa razão, a fiscalização lavrou o presente Auto de Infração, relativo à Nota Fiscal nº. 217.665.

Ressalta que, entretanto, a exigência pela antecipação do imposto decorre de um contexto equivocado da suspensão de sua inscrição estadual, sob o argumento de existência de débitos inscritos em dívida ativa, sem quaisquer das causas de suspensão da exigibilidade. Argumenta que a autuação não pode prosperar, tendo em vista os seguintes motivos:

a) através do regime de antecipação de tributos instituído pelo Estado da Bahia, o ICMS deve ser recolhido quando da entrada da mercadoria no Estado. Como o contribuinte deve recolher o imposto antecipado e na sua escrita normal debita a operação, utiliza o crédito do ICMS pago antecipadamente. Afirma que apesar de o regime de antecipação ser inconstitucional, de acordo com o disposto no art. 152 do Constituição Federal de 1988, não entra nessa seara na fase administrativa;

b) como a Lei nº. 8.967/03 permite que os contribuintes inscritos posterguem o pagamento do tributo antecipado para o dia 25 do mês subsequente, isto não se trata de um benefício fiscal, porém de uma forma de amenizar o malefício inconstitucional;

c) a exigência para que o contribuinte faça jus à postergação é inconstitucional: por se basear na origem e destino, fere o art. 152 da CF/88; por ferir os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, do livre exercício da atividade econômica, da segurança jurídica, dentre outros, impedindo, de fato e de direito, a circulação de mercadorias cujo imposto não foi pago antecipadamente, mesmo que a inscrição estadual se encontre ativa; por ferir o princípio da legalidade, estabelecendo condições que além de inconstitucionais, são criadas por atos infralegais (portarias);

d) existia no momento da efetivação do lançamento decisão judicial que determinava a suspensão do descredenciamento, não cabendo a exigência do recolhimento antecipado do ICMS na entrada das mercadorias na Bahia. Essa cobrança desrespeita decisão judicial que se encontrava em pleno vigor no momento da lavratura do Auto de Infração;

e) demonstrando a sua boa-fé e a necessidade de discutir autuações que não têm respaldo legal, ajuizou ação anulatória, com suspensão de exigibilidade por conta de depósito integral do valor do crédito tributário. Assim, a causa impeditiva, além de inconstitucional e ilegaltornou-se inexistente;

f) em momento anterior ao lançamento os créditos tributários exigidos já se encontravam completamente adimplidos, uma vez que as notas fiscais já se encontravam escrituradas (as que foram encontradas), não tendo pertinência a presente cobrança, sob pena de *bis in idem*.

Realça que durante o período em que sua faculdade de recolher o ICMS de forma postergada foi suspensa, foram lavrados 109 autos de infração, conforme relacionou, apontando os números dos autos de infração, das notas fiscais e dos valores históricos correspondentes. Assim, visando a celeridade e economia processual, bem como para evitar mais custos administrativos para o autuado e para os cofres públicos, requer que seja determinada a conexão do presente processo com os demais, por se tratarem de operações idênticas, que envolvem os mesmos produtos, distinguindo-se apenas em relação às quantidades e especificidades das mercadorias.

Aduz que a suspensão da postergação da antecipação em decorrência da existência de débitos inscritos em dívida ativa fere os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da legalidade. Em seguida, ressalta os seguintes pontos:

A) as inscrições em dívida ativa foram feitas de forma irregular. Como o impugnante sofreu as autuações de n.ºs 2.810.820.004.064 e 2.810.820.005.060 e apresentou defesa, se o julgamento foi sumário, a empresa não tomou ciência da decisão, indo o processo direto para a inscrição em dívida ativa em 21.05.2007, o que terminou por ferir os mais basilares princípios do estado de direito: moralidade administrativa, publicidade dos atos públicos, oficialidade dos atos administrativos, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, entre tantos outros princípios, sem que a fiscalização do Estado da Bahia lhes desse efetividade.

Entende que não adianta invocar que se trata de matéria constitucional, que não poderia ser apreciada na via administrativa: em primeiro lugar porque a efetividade da norma constitucional não pode ser amesquinhada sob o argumento da atividade vinculada, pois o vínculo da administração pública se faz primeiro com o texto constitucional; além disso, parte dos ditames constitucionais consta claramente no Decreto Estadual n.º. 7.629/99 (art. 2º, §§ 1º e 2º; art. 27 e art. 122), o que demonstra existir o devido processo legal, porém parece não ter sido obedecido. Aliás, se decisão houve, a empresa não foi notificada (arts. 108, 109 e 110 do mesmo texto legal).

Indaga: se o Estado não respeita as próprias regras que criou para um melhor funcionamento da máquina administrativa, o que esperar daí em diante?

B) salienta que mesmo que assim não fosse, o Poder Público tem o dever de inscrever o débito em dívida ativa e de executar os valores que entende como devidos, não podendo a empresa ser compelida ao pagamento, já que existe o meio legal de cobrança (Lei de Execuções Fiscais) e a inércia do Estado não pode gerar prejuízos ao contribuinte.

Argumenta que a aceitação desse procedimento é aceitar que o fisco fique cinco anos (prazo prescricional) sem ajuizar a ação pelos ritos legais, impedindo que o contribuinte opere normalmente ou o coagindo a pagar débitos que entende como indevidos, a respeito dos quais tem o direito constitucional de questionar em juízo. Aduz que suspender ou descredenciar a inscrição estadual por débitos em dívida ativa se constitui em verdadeira coação para pagamento.

Assevera ser inegavelmente inconstitucional e ilegal coagir o impugnante à quitação de ICMS por meio da apreensão de mercadorias destinadas aos seus estabelecimentos na Bahia e que posteriormente seriam entregues aos seus clientes aqui localizados, sem que fosse dada a oportunidade de discutir o débito na esfera administrativa. Diz que tais ações se constituem em afronta ao princípio constitucional da liberdade profissional (CF/88, art. 5º, III) e à garantia de livre exercício das atividades econômicas (CF/88, art. 170).

Destaca que em conformidade com entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a apreensão de mercadorias não pode ser utilizada como forma de imposição do pagamento de créditos tributários não satisfeitos. Para tanto, utiliza-se das Súmulas do STF de nº.s 547, 70 e 323, bem como do julgado concernente ao processo nº. 10678/PB, emanado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Acrescenta que de acordo com essa jurisprudência, na cobrança de créditos tributários o fisco somente pode utilizar-se do devido processo legal. Nesse sentido, transcreve o art. 5º, incisos XXXIV, alínea “a”, LIV e LV da CF/88.

Salientando que os princípios do contraditório e da ampla defesa visam assegurar ao cidadão proteções inerentes a um estado de direito, traz à colação o pensamento de Odete Medauar a respeito, extraído da obra “A Processualidade no Direito Administrativo”.

Afirma que não existe ampla defesa se o contribuinte é obrigado a pagar a parcela em discussão e impedido de discutir em juízo. De igual modo, deixa de existir o devido processo legal e o princípio do contraditório se o estado ordena o pagamento dos débitos, sob pena de o contribuinte não mais poder se utilizar da postergação de pagamento que a lei autorizou. A respeito do devido processo legal, apresenta citação de autoria de Helenilson Cunha Pontes.

Observa que a exigência do pagamento da parcela em discussão gera a suposição que o Governo tanto não admite a ampla defesa, como faz do processo administrativo tributário e do processo judicial peças ornamentais. Isto porque o crédito tributário já possui inúmeras garantias, a exemplo de sua inscrição em dívida ativa, com emissão de certidão e execução, cercado de garantias. Qualquer atitude fora desse âmbito significará coação para pagamento, conforme palavras proferidas por Celso Cordeiro Machado.

Acrescenta que, além disso, a exigência de não existir débito inscrito em dívida ativa não consta em qualquer texto legal, sequer decreto, porém em uma Portaria, que não pode, com base no ordenamento jurídico em vigor, criar obrigações ou restringir direitos. Assim, não somente porque a inscrição em dívida ativa foi feita de forma ilegítima, mas porque a Portaria nº. 114 não respeita os preceitos legais e constitucionais, a exigência deve ser cancelada.

Por dever de cautela, mesmo que ultrapassados os fatos e fundamentos já mencionados, salienta que restou demonstrado que não há sequer a incidência do tributo estadual, pois não haviam motivos para as presunções fiscais e, mesmo que houvesse, a fiscalização se equivocou na quantificação do crédito tributário. Isto porque, ao apurar o imposto devido aplicou uma alíquota de 17%, contudo, os produtos do impugnante são industrializados e estão codificados na TIPI com a classificação fiscal 72142000.

Salienta que neste código estão compreendidas todas as barras de ferro ou aços não ligados, simplesmente forjadas, laminadas, estiradas ou extrudadas, a quente, incluídas as que tenham sido submetidas a torção após laminagem; dentadas, com nervuras, sulcos ou relevos, obtidos durante a laminagem, ou torcidas após a laminagem. Enfim, neste código de classificação fiscal, estão contidos a maioria dos produtos fabricados pelo contribuinte.

Sendo assim, os produtos autuados são cabos e barras de ferro e aço, que têm direito a benefício fiscal, que consiste na redução de base de cálculo, que equivale à aplicação de alíquota de 12% sobre o valor da operação, conforme autorizam os Convênios nº.s 15/81 e 33/93. Este benefício é previsto no art. 87, IV do RICMS/BA, sendo desnecessária a sua repetição. Aduz ser este mais um

motivo para a insubsistência dos créditos tributários: quantificação equivocada do valor do débito, uma vez que a alíquota efetiva do ICMS, com o benefício fiscal, se houvesse a incidência, seria de 12% e não de 17%, podendo ser perfeitamente apurado das autuações.

Assevera que em decorrência do quanto exposto, foi obrigado a pedir proteção jurisdicional, tendo ajuizado o Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007, no qual formulou pedido liminar, para que seja determinado à autoridade coatora que se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de: suspender a sua inscrição estadual em decorrência de inscrição de créditos tributários em dívida ativa; de negar imediata liberação de todas as cargas e veículos apreendidos e documentos fiscais retidos; de impor qualquer obstáculo à circulação na Bahia das mercadorias da empresa quando estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, sob pena de imposição de multa a ser fixada pelo juízo.

Informa que em 1º/06/2007 a liminar foi deferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador e, por não estar sendo respeitada, foi exarado despacho determinando o imediato e integral cumprimento da decisão, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (doc. 05 – fls. 94 a 101).

Aduz que para piorar a situação do fisco, a empresa fez o depósito integral do crédito tributário em juízo, tornando a exigibilidade suspensa, o que torna sem motivos para que o Estado da Bahia permanecesse realizando procedimentos de coação.

Ressalta que a lavratura do Auto de Infração significa que o descredenciamento para pagamento do ICMS no dia 25 de cada mês desrespeita a decisão judicial, por ferir a separação de poderes, não existindo outra solução que não seja a decretação de sua insubsistência.

Por dever de cautela, afiança que não existe nenhuma possibilidade de o impugnante pagar o ICMS antecipado, pois antes mesmo do lançamento, já escriturou os valores em seus livros fiscais, de modo que o imposto encontra-se quitado (doc. 06 – fl. 103).

Diante do exposto, conclui que a autuação será julgada insubsistente, com base no seguinte:

- a) a exigência para que o contribuinte tenha direito à postergação é inconstitucional: se baseia na discriminação da origem e destino; fere os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, do livre exercício da atividade econômica, da segurança jurídica, dentre outros; fere o princípio da legalidade;
- b) no momento anterior à autuação existia decisão judicial em pleno vigor, determinando a suspensão do descredenciamento, não cabendo a exigência do recolhimento antecipado do ICMS;
- c) o autuado ajuizou ação anulatória, com suspensão da exigibilidade, por conta do depósito integral do crédito tributário, de modo que a causa impeditiva, além de inconstitucional tornou-se inexistente;
- d) antes do lançamento os créditos tributários já se encontravam adimplidos, uma vez que as notas fiscais já se encontravam escrituradas (as que foram encontradas), não cabendo a cobrança;
- e) houve quantificação equivocada do valor do débito, uma vez que a alíquota correta, com aplicação do benefício fiscal previsto é de 12% e não de 17%.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 107, argumentando que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial por contribuinte descredenciado, tendo sido concedida a redução da base de cálculo de 29,41%.

Considerando que o impugnante não apresentou nenhuma matéria de direito que ilidissem a ação fiscal, sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Às fls. 110/111 a Presidente do Conselho solicitou a emissão de parecer pela PGE/PROFIS, nos seguintes termos:

Considerando que através da presente autuação foi exigido o ICMS relativo à antecipação parcial, tendo em vista que o contribuinte se encontrava descredenciado;

considerando que de acordo com o art. 125, inciso II, alínea “F”, e § 7º do RICMS/97 c/c o art. 1º, inciso II da Portaria nº. 114/2004, somente estarão credenciados para efetuar o recolhimento do ICMS antecipado até o dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias os contribuintes que não possuam débitos inscritos em dívida ativa, a menos que a exigibilidade esteja suspensa;

considerando que o débito relativo aos Autos de Infração de nº.s 281082.0004/06-4 e 281082.0005/06-0 se encontra inscrito em dívida ativa sem a exigibilidade suspensa, o que gerou a exigência do ICMS na entrada do território baiano;

considerando que o autuado impetrou o Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007, requerendo liminar contra a suspensão de sua inscrição estadual devido à inscrição de créditos tributários em dívida ativa, sendo o pedido deferido;

considerando que o autuado ajuizou Ação Anulatória de Débito Fiscal, com Pedido de Antecipação de Tutela, contra o Estado da Bahia, requerendo: a realização de depósito do montante integral dos créditos tributários lançados nos Autos de Infração acima indicados, com imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário; a expedição de ofício para a SEFAZ/BA para que não se considere como óbice para a emissão de certidão negativa, os débitos concernentes aos citados Autos de Infração, nem seja criado nenhum embaraço, inclusive no que se refere à Portaria 114/2004 c/c o decreto nº. 8.969/2004; a declaração de insubsistência dos Autos de Infrações mencionados, que ocasionaram o descredenciamento do contribuinte;

considerando que de acordo com o art. 126 da Lei nº. 3.956/81 (COTEB), *“escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada a sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instancia administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*;

Indaga:

- 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 diz respeito especificamente à matéria objeto do presente processo?
- 3) qual a repercussão das referidas ações judiciais neste processo administrativo fiscal e quais os procedimentos que devem ser adotados pelo Conselho de Fazenda Estadual?

Após a emissão do parecer, o PAF deveria ser encaminhado à Inspetoria de origem, para que esta intimasse o autuado a se manifestar no prazo de 10 (dez) dias, fornecendo-lhe cópias reprográficas de todos os documentos juntados pelo parecerista, bem como da solicitação. O autuante deveria ser cientificado, para que produzisse informação fiscal, se assim o desejasse.

Às fls. 113/114, o Procurador do Estado, Dr. Rodrigo Costa Barbosa, prestou as seguintes informações:

1. o MS nº. 1539578-7/2007 encontra-se com prazo para o Estado recorrer da decisão que não reconsiderou a aplicação de multa diária de R\$1.000,00 em caso de descumprimento da liminar e a Anulatória nº. 1596214-7/2007 encontra-se conclusa para juntada do laudo pericial;
2. o objeto do MS nº. 1539578-7/2007 é a determinação para que o Estado se abstenha de suspender a inscrição estadual da empresa apenas em decorrência da inscrição de créditos tributários em

dívida ativa; a imediata liberação das cargas e veículos apreendidos, determinando a entrega aos destinatários das notas fiscais; e que o Estado se abstenha de impor qualquer obstáculo à circulação de suas mercadorias quando acobertadas por notas fiscais;

3. o objeto da Anulatória nº. 1596214-7/2007 é a anulação das exigências constantes dos Autos de Infração de nº.s 281082.0004/06-4 (composto por três infrações) e 281082.0005/06-0 (correspondente a duas infrações).

Através de despacho constante às fls. 115 a 119, os Procuradores do Estado, Drs. José Augusto Martins Júnior, Ana Paula Tomaz Martins e João Sampaio Rego Neto, responderam à consulta formulada pela Presidente do CONSEF.

Salientam que o fato que gerou o descredenciamento do contribuinte, refletindo na autuação em tela, foi a existência de débitos inscritos em dívida ativa, sem a indicação de suspensão da exigibilidade, o que impossibilitava o deferimento do pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial.

Esclarecem que de acordo com as informações repassadas pelo setor judicial da PGE/PROFIS, o autuado teve concedido a seu favor o deferimento de liminar que impôs ao Estado o não descredenciamento do contribuinte do regime especial de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, sendo, inclusive, imposta ao Estado a condenação em multa diária, ora em fase de interposição de recurso.

No que se refere à repercussão da decisão prolatada no bojo do mandado de segurança, entendem que com base na melhor doutrina e na jurisprudência pertinente, o simples deferimento da decisão acautelatória não tem o condão de obstar o ato do lançamento tributário e a inscrição em dívida ativa do presente débito, restando apenas em discussão o obstáculo ao seu ajuizamento.

Observam que se percebe facilmente a similitude entre a pretensão veiculada no mandado de segurança e a presente lide, não do ponto de vista do conteúdo específico da imputação, mas do enfoque do pedido judicial, isto é, do pedido de tutela jurisdicional desconstitutiva da situação fática sobre a qual incidiu a norma tributária sancionatória. Deste modo, a concessão definitiva da segurança postulada, retiraria do alcance da norma tributária que deu base ao lançamento, seu suporte fático, ou seja, o não preenchimento, pelo contribuinte, de requisito necessário à concessão do benefício fiscal.

Assim, concluem ser aplicável a regra contida no art. 126 do COTEB, restando prejudicada a defesa interposta pelo autuado, devendo ser deslocado o foro final da discussão para seara judicial, precisamente o Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007.

No que se refere à repercussão jurídica da Ação Anulatória nº. 1596214-7/2007 na condução do presente processo, entendem se fazer necessário analisá-la sob dois aspectos.

Quanto ao alegado depósito integral referente aos Autos de Infração de nº.s 281082.0004/06-4 e 281082.0005/06-0, que segundo o autuado suspenderia a exigibilidade dos débitos decorrentes desses lançamentos, afirmam que não merece guarida, pois conforme se verifica no Sistema de Acompanhamento de Processos da Procuradoria do Estado, assim como os autos da Ação Anulatória nº. 1596214-7/2007, o depósito realizado em 13/07/2007 não alcançou integralmente o débito derivado dos mencionados Autos de Infração, restando pendente o valor de R\$4.181,36, débito remanescente que somente foi recolhido em 30/08/2007, porém sem os acréscimos moratórios decorrentes do recolhimento extemporâneo.

Contudo, mesmo não tendo ocorrido a suspensão da exigibilidade pelo depósito judicial, porquanto não integral, foi concedido pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de

Salvador, tutela antecipada no bojo da ação anulatória, suspendendo a exigibilidade dos créditos manejados nos citados processos administrativos fiscais.

Entretanto, como a tutela antecipada somente foi concedida em 30/08/2007, entende que a repercussão dessa decisão no que se refere aos Autos de Infração lavrados contra o contribuinte, somente se operará em relação às autuações ocorridas após a data da medida acautelatória, 30/08/2007, não tendo nenhuma repercussão sobre os lançamentos efetuados antes dessa data.

Concluindo, apresentam os seguintes pontos:

a) para os lançamentos realizados antes da decisão concessora da tutela antecipada (30/08/2007), deve ser declarada pelo CONSEF prejudicada a defesa, em face do ajuizamento do Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007, encaminhando-se os processos à PGE/PROFIS para a devida inscrição em dívida ativa;

b) em relação aos lançamentos realizados após a decisão concessora, deve ser declarada pelo CONSEF, após representação da PGE/PROFIS, a nulidade do lançamento, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito, em decorrência da inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória.

Assim, entendem que no presente caso, como o lançamento foi realizado após 30/08/2007, representa ao CONSEF para que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício em epígrafe, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito tributário, em decorrência da inexistência de lastro fático para a imputação sancionatória à época da autuação.

Cientificado quanto ao Parecer da PGE/PROFIS, o autuado se manifestou às fls. 126 a 135, quando esclareceu que a sua nova razão social mudou para Arcelormittal Brasil S/A, passando a tratar a respeito do parecer da PGE/PROFIS.

Reitera o pedido de conexão do presente lançamento com as demais 185 autuações lavradas no período, de modo a dar maior celeridade e economia processual ao processo tributário administrativo, reduzindo custos administrativos para o autuado e para os cofres públicos.

Salienta que ao que tudo indica, o parecer da Procuradoria Geral do Estado da Bahia foi favorável ao cancelamento do Auto de Infração, contudo discorda do parecer, pois entende que ele parte de premissas equivocadas, tendo em vista os seus fundamentos. Isto porque não seria possível acionar o art. 126 da Lei nº. 3.956/81. Afirmar que o Mandado de Segurança (1539578-7/2007) não foi impetrado após a lavratura dos Autos de Infração ou das infrações neles constantes. Ademais, deve-se esclarecer que o mandado de segurança tem objetivo (e objeto) muito claro, qual seja que a autoridade coatora não continue coagindo a parte autora.

Assim, difere-se do processo tributário administrativo, que não versa sobre o mesmo objeto, uma vez que a empresa não optou pela via judicial para solucionar a presente contenda administrativa, ou seja, esta última não está abarcada no Mandado de Segurança. O remédio constitucional visou tão somente que a Fazenda reparasse o erro cometido ao efetuar o descredenciamento.

Deste modo, são dois os motivos para que não se considere renunciada a via administrativa: o mandado de segurança foi impetrado antes das autuações; e as matérias tratadas no mandado de segurança e nas impugnações são distintas. Neste sentido, a Jurisprudência é clara em não aceitar a renúncia à esfera administrativa quando há concomitância de discussões nas vias administrativa e judicial, conforme ementas transcritas, tendo identificado o processo relativo ao Acórdão nº. 103-21674, emanado do CCMF [Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda], Terceira Câmara.

Salienta que não repete os argumentos do mandado de segurança, mas se vale da liminar para demonstrar que foram lavrados com abuso de autoridade! Afirmar que seja pela questão temporal, ou pelo aspecto material, não há que se acionar o artigo 126 da Lei nº. 3.956/81.

Aduz que para responder os pontos levantados pela PGE, realiza um retorno fático e jurídico às origens do Auto de Infração, e, para que se possa entender a sua origem, se faz necessário retomar aos fatos que originaram as dezenas de autos de infração similares.

Afirma que conforme comprovado no parecer da PGE/PROFIS, por ato arbitrário da fiscalização tributária estadual, as atividades do impugnante foram prejudicadas, tendo em vista constrição oblíqua para o pagamento de tributos por vias avessas, que não tem guarida nos diversos princípios que foram e permanecem sendo maltratados pela fiscalização do Estado da Bahia.

Reprisa os fatos que deram causa às diversas autuações, conforme já demonstrado em sua peça impugnatória, culminando com o conhecimento de que os lançamentos haviam decorrido do fato de ter sido descredenciado para o recolhimento postergado da antecipação, pois tivera dois débitos inscritos em dívida ativa. Por isso, não teve outra possibilidade de discutir a consistência fática e jurídica dos autos de infração senão por ação anulatória, com depósito em dinheiro, suspendendo a exigibilidade dos créditos.

Durante o período em que os débitos acima mencionados estiveram inscritos em dívida ativa, a fiscalização estadual passou a exigir que o ICMS fosse recolhido antecipadamente, sob a alegação de descumprimento das condições impostas pela Portaria 114/04, por possuir débitos inscritos em dívida ativa, sem que sua exigibilidade estivesse suspensa.

Os autos de infração lavrados (num total de 186), recebidos a partir de julho/2007, decorreram da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização em outro estado da Federação, por contribuinte descredenciado. Aduz que essa exigência advém da suspensão equivocada da sua inscrição estadual sob o argumento de existência de débitos inscritos em dívida ativa, sem quaisquer das causas de suspensão da exigibilidade.

Desse modo, restou ao impugnante o ajuizamento de mandado de segurança, pois suas cargas estavam sendo apreendidas ilegalmente. Em 31/05/2007 a liminar foi deferida pela Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que posteriormente determinou o imediato cumprimento da decisão, sob pena de multa diária de R\$1.000,00. Em seguida, a empresa fez o depósito integral do crédito tributário em juízo, nos autos da Ação Anulatória nº. 1596214-7/2007, de modo que mesmo que fosse possível desrespeitar a decisão contida no Mandado de Segurança, suspensa a exigibilidade, sequer havia motivos para que o fisco mantivesse os procedimentos de coação para pagamento. Assevera que as duas providências judiciais adotadas pelo contribuinte prejudica as impugnações, reforçando que as autuações são nulas.

Alega que ofereceu impugnação, quando demonstrou que a autuação não pode prosperar, conforme comentários que reprisou, inovando apenas quando frisa que alguns dos Autos de Infração não citam qual a nota fiscal a que se refere e nem descreve a operação, tornando-se vazio de qualquer juridicidade ou esvaziando qualquer possibilidade de defesa.

Reprisa argumentos jurídicos para combater o lançamento tributário já oferecidos na peça defensiva, lembrando quanto à necessidade de o fisco utilizar-se do devido processo legal e que não pode forçar o contribuinte a deixar de discutir créditos tributários ilegítimos (art. 5º, incisos XXXIV, LIV e LV da CF/88). Aduz que tanto pelo fato de a inscrição em dívida ativa ter sido feita de forma ilegítima e também porque a condição imposta na Portaria 114/2004 não respeita preceitos legais e constitucionais, deve o julgador cancelar a exigência.

Discute novamente sobre a apuração do imposto com a aplicação da alíquota de 17%, ressaltando que os seus produtos são industrializados e estão codificados com a classificação fiscal 72142000, afirmando ser este mais um motivo para a insubsistência dos créditos tributários.

Salienta que ao contrário do que afirma a PGE, 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 no dia 30.08.2007,

portanto, caso a questão prevaleça, resta evidente o desrespeito à decisão judicial proferida nos autos da referida ação. Realça que inexistência concomitância da matéria administrativa com a judicial, porém proteção jurisdicional que impediria a lavratura do presente Auto de Infração.

Ratifica integralmente os termos da impugnação e considerando que o Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007 foi ajuizado antes da presente autuação, não há que se falar no disposto no art. 126 da Lei nº 3.956/81, requer a conexão de todos os processos administrativos similares, a remessa do processo ao CONSEF e, ao final, a decretação da insubsistência do crédito tributário.

O autuante se manifestou à fl. 140, afirmando que estando ciente a respeito do despacho da PGE/PROFAZ, acompanha o seu entendimento pela nulidade do lançamento de ofício, tendo em vista que a sua lavratura ocorreu em data posterior ao recurso. Ressalva que a correspondente informação somente fora disponibilizada no sistema após a lavratura do Auto de Infração.

O autuado solicitou por meio de petição à fl. 168, a juntada de substabelecimento e cadastramento dos nomes dos advogados Eduardo Fraga, OAB/BA nº. 10.658 e Sacha Calmon Navarro Coelho, OAB/MG nº. 9.007, nos termos dos artigos 108 e 180 do RPAF/99, para fins de recebimento das intimações do presente feito, sob pena de nulidade. (art. 236, § 1º do CPC).

Consta às fls. 173 a 175, que o contribuinte acostou requerimento concernente à interposição do Mandado de Segurança nº 1539578-7/2007, quando reapresentou um breve histórico a esse respeito, esclarecendo que em 13/03/2009, foi publicada sentença correspondente, favorável ao contribuinte. Para tanto, transcreveu trecho da decisão que entende ser bastante elucidativo.

Expressa o entendimento de que a MM. Juíza acatou os argumentos do impugnante, em especial que a apreensão de mercadorias e o descredenciamento haviam sido injustos. E acrescenta que se o descredenciamento foi injusto, injusta também foi a autuação, posto que baseada nesse fato. Sem mais, requer a juntada da sentença no Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007 (fls. 176 a 179) e reitera todos os argumentos da petição inicial, para, ao final, ser cancelado integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, tendo em vista que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, inclusive com a identificação no Termo de Apreensão e Ocorrências e no Auto de Infração do documento fiscal objeto do lançamento. Ressalto que não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. Por outro lado, 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 no Estado da Bahia. Ademais, foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que lhe foram disponibilizadas as peças processuais necessárias à elaboração de sua defesa, além de terem sido obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Verifico, também, que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/99 e que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto ao pedido para que fosse feita a conexão para julgamento do presente Auto de Infração com os demais que foram lavrados contra o impugnante, entendo que, apesar de as ações serem

conexas, haja vista que cuidam de objeto comum, a reunião dos processos na quantidade de 186, conforme pretende o autuado numa única Junta de Julgamento, teria um efeito contrário ao consagrado nos princípios da celeridade e economia processual invocados pelo contribuinte, pois, as 05 (cinco) Juntas de Julgamento deste CONSEF, poderão analisar e decidir com mais rapidez do que se o julgamento fosse em separado. Ademais, os processos têm notas fiscais distintas e autuantes diversos, o que certamente exige uma análise individualizada pelos julgadores.

Constato que o Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito em 10/09/2007, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, em relação às mercadorias constantes na Nota Fiscal nº. 217.665, adquiridas para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, por estar o autuado descredenciado, consoante a Portaria nº. 114/2004, em virtude de se encontrar com débito inscrito em dívida ativa.

Apesar de o STF, através da ADIN nº. 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 nº. 8.967/03 cabe esclarecer, no que diz respeito às alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade, suscitadas 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, inciso I do RPAF/99.

Inconformado com a presente exigência tributária, o impugnante requereu e lhe foi concedido, conforme relatado, Liminar em Mandado de Segurança publicado no Diário Oficial de 01/06/2007, como segue: *“Sem adentrar ao mérito, o que se quer com o presente pedido de liminar é salvar 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 arrepio da lei, quando existe meio próprio para tanto.”*

O autuado também ingressou com Ação Anulatória de Débito Fiscal juntamente com Pedido de Antecipação de Tutela, o qual foi concedido no dia 30/08/2007.

Antes de adentrar às questões meritórias, cabe analisar, 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 para postergação do momento do pagamento do ICMS referente à antecipação tributária, poderá ser objeto de apreciação pelo CONSEF.

Cumprir verificar se o lançamento de que cuida o Auto de Infração se encontra *sub judice*. Isto porque, estando a matéria nele discutida em juízo, o órgão julgador administrativo deve declarar prejudicada a defesa administrativa, determinando que os autos sejam enviadas à PGE/PROFIS para inscrição em dívida ativa.

Após detida análise do teor de cada uma das ações em questão, constatei que o Mandado de Segurança, a Ação Anulatória e os processos administrativos fiscais têm objetos distintos, considerando o que segue:

a) o objeto do Mandado de Segurança restringe-se à discussão da legalidade do ato de suspender o credenciamento da inscrição estadual do contribuinte em relação ao regime jurídico especial

previsto na Portaria nº. 114/04, que posterga o pagamento do ICMS concernente à antecipação parcial para o dia 25 do mês subsequente, em virtude da existência 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, dizendo 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;

c) o objeto dos Autos de Infração pendentes de julgamento no âmbito administrativo é diverso, pois se refere à situação concreta da falta de pagamento da antecipação parcial na entrada das mercadorias no território estadual.

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

Por esta razão, não cabe o acolhimento do entendimento de que nesta situação deveria ser aplicada a disposição do art. 126 do COTEB, isto é, considerando a defesa prejudicada e que por isso deveria ser declarado extinto o processo administrativo, deslocando-se a discussão para o Mandado de Segurança interposto, pois considero que 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, entendo que o Mandado de Segurança e os processos administrativos têm objetos distintos.

Tendo em vista o fato de que o presente Auto de Infração foi lavrado após a concessão da aludida liminar (01/06/2007), 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 deve-se considerar que o contribuinte se encontrava credenciado, e, por conseguinte, o prazo para pagamento do tributo é o dia 25 do mês seguinte, não sendo o caso, portanto, de se exigir o imposto na entrada do território ou no percurso das mercadorias, conforme foi reclamado, cabendo, portanto, a improcedência do Auto de Infração sob julgamento.

Consigno que em relação ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam realizadas em nome dos Drs. Eduardo Fraga (OAB/BA nº. 10.658) e Sacha Calmon Navarro Coelho (OAB/MG nº. 9.007), nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99, em conformidade com o disposto no § 1º art. 236 do CPC.

Com relação ao argumento de que o crédito tributário em discussão já se encontra integralmente adimplido, sob a alegação de que a nota fiscal foi escriturada, recomendo à autoridade fazendária que mande renovar o procedimento fiscal, para o fim de verificar se a obrigação tributária correspondente foi cumprida no prazo legal, como se o contribuinte estivesse credenciado. Em caso contrário, deve ser efetuado o lançamento de ofício decorrente do inadimplemento.

Pelo exposto, voto pela improcedência do Auto de Infração, por ausência de pressuposto legal na data de sua lavratura.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279466.0125/07-6, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A. (BELGO SIDERURGIA S.A.)**.

Recomenda-se a autoridade fazendária competente que proceda a verificação do cumprimento da obrigação tributária no prazo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR