

A. I. Nº. - 281394.1003/07-1
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A. (BELGO SIDERURGIA S.A.)
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 07.07.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-01/09

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

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/10/2007, exige ICMS no valor de R\$ 2.259,65, 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.

Consta no Termo de Apreensão e Ocorrências n. 281394. 1003/07-1(fl.11/12), ter sido designado como fiel depositário o estabelecimento destinatário das mercadorias.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 22 a 40, esclarecendo, inicialmente, que Arcelormittal Brasil S/A é a nova razão social de Belgo Siderurgia S/A integrante 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.

Sustenta 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.

Afirma 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. 67 a 70), 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.

Registra 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. 72 a 95).

Prosseguindo, diz que durante o período em que os referidos débitos estiveram inscritos em dívida ativa, a fiscalização descredenciou o impugnante, passando a exigir que 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.

Destaca que inicialmente as mercadorias foram retidas, porém por força de decisão judicial, a Fiscalização passou a efetuar autuação 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, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração, mesmo sem citar qualquer nota fiscal, o que já leva à sua nulidade.

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) 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*.

Salienta que durante o período em que sua faculdade de recolher o ICMS de forma postergada foi suspensa, foram lavrados 184 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, requer que seja determinada a conexão do presente processo com os demais mencionados, 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, entre outros. Em seguida, ressalta os seguintes pontos:

A) as inscrições em dívida ativa foram feitas de forma irregular. Como sofreu as autuações de nº.s 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 lhe 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 nº. 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 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, que reproduz.

Acrescenta que, além disso, a exigência de não conter 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.

Continuando, diz que por dever de cautela, mesmo que ultrapassados os fatos e fundamentos acima mencionados, a Fiscalização ao apurar o crédito tributário entendeu por aplicar a alíquota sobre os produtos de 17%, contudo, por se tratar de produtos industrializados classificados na TIPI sob o n. 72142000-cabos e barras de ferro e aço – estão ao abrigo de benefício fiscal de redução de base de cálculo, equivalente à aplicação da alíquota de 12% sobre o valor da operação, conforme autoriza o Convênio n.15/81 e 33/96, que reproduz.

Sustenta ser este mais um motivo para insubsistência do crédito tributário, ou seja, quantificação equivocada do quanto devido, uma vez que a alíquota efetiva do ICMS, com o benefício fiscal, se houvesse a incidência, seria de 12% e não 17%.

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 das empresas quando estiverem acobertadas por documentos fiscais em ordem, sob pena de imposição de multa a ser fixada pelo juízo.

Informa que em 01/06/2007 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

imediatamente e integral cumprimento da decisão, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (doc. 05 – fls. 97 a 104).

Diz que fez o depósito integral do crédito tributário em Juízo, portanto, suspensa a exigibilidade sequer havia motivo, mesmo que ilegais e inconstitucionais, para que o Estado da Bahia permanecesse realizando procedimentos de coação para pagamento.

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 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.106).

Afirma que mesmo que as razões acima esposadas não prevalecessem este Auto de Infração, especificamente, não pode ter futuro algum, pois, no seu histórico não cita qual a nota fiscal, qual a operação, de onde tirou a base de cálculo, sendo totalmente inepto, por caber ao Fisco motivar os seus atos e não o fazendo leva à nulidade;.

Conclui afirmando 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) 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.
- d) quantificação equivocada do “quantum debeatur”, uma vez que a alíquota efetiva do ICMS com a redução da base de cálculo, se houvesse a incidência do ICMS, seria de 12% e não 17%.

O Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal contesta as alegações defensivas (fls. 113 a 115), afirmando que o autuado na data da autuação estava descredenciado, portanto, com a obrigação de antecipar o imposto na forma reclamada no Auto de Infração. Tece outras considerações sobre a liminar obtida pelo autuado, e conclui que o procedimento deve ser encerrado nos termos do artigo 27, inciso IV, do RPAF/99, devendo o Auto de Infração ser enviado para inscrição do débito na dívida ativa, consoante o artigo 117, §1º, inciso II, do RPAF/99.

Conforme despacho à fl. 118, a Assistente de Conselho encaminhou o processo a Presidente do CONSEF, para que fosse apreciado o pedido do impugnante no sentido de fazer uma conexão do presente Auto de Infração com aqueles relacionados na peça defensiva.

A Presidente do CONSEF solicitou a emissão de parecer pela PGE/PROFIS (fls. 119/120), 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 instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*;

Indaga-se:

- 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 Inspeção 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.

À fl. 151, o ilustre Procurador do Estado, Dr. Rodrigo Costa Barbosa, prestou as seguintes informações:

1. O Mandado de segurança nº. 1539578-7/2007, se encontra com vistas ao MP e tem por objeto a abstenção do Estado de suspender a inscrição estadual da impetrante, apenas tendo como motivo a inscrição de crédito tributário em dívida ativa; de abstenção do Estado de negar a liberação de cargas e mercadorias apreendidas e da abstenção de impor qualquer obstáculo à circulação das mercadorias da impetrante, conforme inicial que anexada.
2. A ação ordinária n.1596214-7/2007, se encontra as mãos do perito para responder quesitos elucidativos, tendo por objeto a anulação dos dos Autos de Infração de nº.s 281082.0004/06-4 e 281082.0005/06-0, conforme inicial anexada.

Através de despacho constante às fls. 151 a 155, o ilustre Procurador Assistente da PGE/PROFIS/SECON, Dr. José Augusto Martins Júnior, respondeu à consulta formulada pela Presidente do CONSEF.

Salienta que o ato do descredenciamento do contribuinte, que refletiu 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.

Esclarece 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, entende 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.

Observa 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, conclui 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, manifesta entendimento de 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, afirma 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, apresenta 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, entende que no presente caso, por ter sido o lançamento realizado após o dia 30/08/07, representa ao CONSEF para que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício, em face da existência de vício insanável na constituição do crédito tributário em apreço, em decorrência da existência de lastro fático para a imputação sancionatória à época da autuação.

Intimado o impugnante para tomar ciência do Parecer da PGE/PROFIS, este se manifestou às fls. 162 a 169, discordando das razões nele contidas, conforme passou a apresentar.

1. 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.

2. Consta dos autos a solicitação deste Egrégio Conselho de Fazenda Estadual para que a Procuradoria preste alguns esclarecimentos e se pronuncie sobre a demanda, conforme trechos do pedido encaminhado pelo CONSEF à PGE/PROFIS, que transcreveu.

Salienta que o parecer da Procuradoria Geral do Estado da Bahia foi favorável ao cancelamento da autuação, porém, parte de premissas equivocadas, haja vista que o Mandado de Segurança (1539578-7/2007) não foi impetrado após a lavratura dos Autos de Infração ou das infrações neles constantes, mas antes das autuações. 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 na via administrativa e judicial, conforme ementas transcritas, tendo identificado o processo relativo ao Acórdão nº. 103-21674, emanado do CCMF, 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! Afirma que seja pela questão temporal, ou pelo aspecto material, não há que se acionar o artigo 126 da Lei nº. 3.956/81 para o caso em análise, restando apenas rebater os pontos contidos no presente parecer.

3. Aduz que para responder os pontos levantados pela Procuradoria-Geral do Estado, 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. Assim, mesmo sem citar qualquer nota fiscal no Auto de Infração (o que já leva à sua nulidade), entendeu-se que a empresa deveria ter recolhido o ICMS antecipado (não se sabe de qual operação). 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.

Alega que ofereceu impugnação, quando demonstrou que a autuação não pode prosperar, conforme comentários que reprisou, inovando apenas no que se refere de que o Auto de Infração não cita qual a nota fiscal a que se refere e não descreve a operação, tornando-se vazio de qualquer juridicidade ou esvaziando qualquer possibilidade de defesa.

Citando o posicionamento proferido no citado parecer, diz que os pontos levantados não contribuíram para o deslinde da questão, pois obscurecem pontos que já havia esclarecido na impugnação, não deixando dúvidas sobre a insubsistência da pretensão do fisco estadual. Isto porque: (1) descabe a autuação pois não cabia a inscrição em dívida ativa e o descredenciamento unilateral e coativo da Fazenda Estadual; (2) o deferimento da decisão acautelatória do Mandado de Segurança tem efeitos imediatos de impedimento da coação, e as autuações foram todas posteriores à concessão da liminar. Chama a atenção para a diferença: a impugnação não repete os argumentos do mandado de segurança, valendo-se da liminar para demonstrar que os autos foram lavrados com abuso de autoridade; (3) o recurso administrativo não está prejudicado pelo ajuizamento do mandado de segurança, pois todo o processo administrativo é que está prejudicado pela liminar do mandado de segurança, porque anterior a autuação e insubsistente a alegação de ausência de cadastramento da empresa; (4) o depósito, que correspondeu ao valor integral, suspendeu a exigibilidade dos débitos, incluso, por óbvio, os anteriores a 30/08/2007.

Ressalta que as inscrições em dívida ativa foram feitas de forma irregular, o que torna insubsistente a colocação da douta Procuradoria-Geral no mencionado parecer. Como a empresa sofreu as autuações de nº.s 281082.0004/06-4 e 281082.0005/06-0 e apresentou defesa, se o julgamento foi sumário, não tomou ciência da decisão, indo o processo direto para a inscrição em dívida ativa em 21.05.2007, ferindo os mais basilares princípios do Estado de Direito.

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.

Argumenta que a Procuradoria Geral afirmou que o deferimento da decisão acautelatória do Mandado de Segurança nº. 153957872007 não obstaría o lançamento tributário e a inscrição em dívida ativa; e mais, que a empresa não poderia mais resolver a questão em sede administrativa por ter recorrido a via judicial. Lembra que foi obrigado a ir a juízo pedir a proteção jurisdicional (antes da lavratura do presente Auto de Infração), ajuizando o mandado de segurança, uma vez que suas cargas estavam sendo apreendidas ilegalmente nos postos fiscais de barreira. Para tanto, formulou o pedido liminar, cujo teor transcreveu.

Realça que em 31/05/2007 a liminar foi deferida e, como não estava sendo respeitada novo despacho foi exarado, determinando o imediato e integral cumprimento da decisão, sob pena de multa diária de R\$1.000,00. Para piorar a situação fiscal, a empresa fez o depósito integral do crédito tributário em juízo, nos autos da Ação Anulatória nº 1596214-7/2007. Assim, mesmo que fosse possível desrespeitar a decisão proferida no Mandado de Segurança, suspensa a exigibilidade sequer havia motivos para que o Estado da Bahia permanecesse realizando procedimentos de coação para pagamento. 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.

Ratifica integralmente os termos da impugnação e considerando que o Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007 fora 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 autuado solicitou através de petição à fl. 202, 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).

Às fls. 207 a 209, 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, completamente favorável ao contribuinte. Para tanto, transcreveu trecho da decisão que entende ser bastante elucidativo.

Afirma que a MM. Juíza acatou os seus argumentos, em especial que a apreensão de mercadorias e o descredenciamento haviam sido injustos. Acrescenta que, se o descredenciamento foi injusto, injusta também foi a autuação, posto que baseada nesse fato. Requer a juntada da sentença no Mandado de Segurança nº. 1539578-7/2007 (fls. 179 a 182) e reitera todos os argumentos da petição inicial, para, ao final, ser cancelado integralmente o Auto de Infração.

VOTO

A princípio, não acolho as nulidades argüidas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em total observância das disposições do Regulamento Administrativo Fiscal-RPAF/99,

especialmente, o seu artigo 39, inexistindo qualquer vício ou falha que o inquene de nulidade. Verifico que foi observado o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças processuais necessárias à elaboração de sua defesa, além de terem sido obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Observo que consta expressamente no campo “Descrição dos Fatos” do Termo de Apreensão a identificação da Nota Fiscal n.105855, e que o referido documento se encontra anexado aos autos, juntamente com o Termo de Apreensão, no qual, inclusive, se encontram indicadas a discriminação e as quantidades das mercadorias, bem como, encontra-se indicado no Auto de Infração e no Demonstrativo de Débito o crédito fiscal concedido, exatamente no valor do ICMS destacado pelo emitente da nota fiscal. Vejo também que não foi concedida a redução de base de cálculo, por não estar a mercadoria contemplada pelo benefício fiscal.

No que concerne ao pedido para que seja 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, terá um efeito contrário ao consagrado nos princípios da celeridade e economia processual invocados pelo autuado. Isto porque as cinco Juntas de Julgamento do CONSEF poderão analisar e decidir com maior celeridade se a quantidade de processos for dividida entre elas e não distribuída apenas para uma Junta de Julgamento, pois, os processos têm notas fiscais e autuantes distintos, numeração de folhas não coincidentes, o que certamente exige uma análise individualizada pelos julgadores e, obviamente, numa demanda de tempo bem maior para elaboração do relatório e voto.

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 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.

Da análise das peças processuais, verifico que o Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, em relação a mercadorias adquiridas para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, por estar o autuado descredenciado, consoante a Portaria n. 114/04, em virtude de se encontrar com débito inscrito em dívida ativa.

Observo que o autuado se insurgiu contra a exigência fiscal requerendo e tendo obtido Liminar em Mandado de Segurança publicado no Diário Oficial de 01/06/07, como segue: *“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 arrepio da lei, quando existe meio próprio para tanto.”*

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

Antes de tudo, cabe analisar se, 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.

No caso, cabe verificar se o lançamento de que cuida o Auto de Infração se encontra *sub judice*, haja vista que estando a matéria nele discutida em juízo, o órgão julgador administrativo deve declarar prejudicada a defesa administrativa, determinando que os autos sejam enviados à PGE/PROFIS para inscrição em dívida ativa.

A análise de cada uma das ações em questão permite concluir que o Mandado de Segurança, a Ação Anulatória e os Autos de Infração em lide 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 sendo, 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.

Diante disso, 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. Na realidade, no Mandado de Segurança não está sendo discutido se o tributo é ou não devido, mas o que está em discussão no Mandado de Segurança é o credenciamento da inscrição do contribuinte para os fins da Portaria nº 114/04. Ou seja, o Mandado de Segurança e os processos administrativos têm objetos distintos.

Considerando o 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 pagamento do imposto é o dia 25 do mês seguinte, não cabendo a exigência do imposto na entrada do território ou no percurso da mercadoria, conforme foi reclamado, cabendo, portanto, a improcedência do Auto de Infração em exame.

No que concerne à alegação defensiva de que o crédito tributário em discussão já se encontra integralmente adimplido, por ter a nota fiscal sido escriturada, recomendo à autoridade fazendária que providencie verificar se a obrigação tributária principal correspondente foi cumprida no prazo legal, como se o contribuinte estivesse credenciado, cabendo o lançamento de ofício caso ainda esteja inadimplente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.1003/07-1**, 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, 17 de junho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR