

PROCESSO - A.I. Nº 2866765/94
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JORNAL BAHIA HOJE LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS -Resolução 4ª Câmara nº 3032/98
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 19.08.04

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0002-21/04

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE. Representação proposta com base nos art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e 114, II, § 1º, do RPAF, fundamentada no fato de que existe ilegalidade flagrante no Auto de Infração. A Procuradoria Geral do Estado é autorizada a não permitir a inscrição em Dívida Ativa, a não ajuizar a respectiva execução fiscal, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, na hipótese de matérias que tenham sido objeto de reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Inexiste a ilegalidade flagrante que serviu de esteio para a presente representação. Representação NÃO ACOLHIDA. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Procurador Chefe da PGE/PROFIS, com fundamento nos art. 119, II, § 1º, da Lei 3.956/81 (COTEB) e 114, II, § 1º, do RPAF, representou à esta Câmara para que fosse declarada a ilegalidade no Auto de Infração, julgando-o Improcedente e cancelando-se a sua inscrição em dívida ativa.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS pelo não recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições de mercadorias em outros estados nos exercícios de 1990 a 1992 e recolhimento a menos do ICMS sobre importações, bem como para aplicar penalidade por descumprimento de obrigação acessória, já recolhida.

A 4ª Câmara, em Decisão unânime, julgou procedente o Auto de Infração, conforme Resolução nº 3032/98 (fls. 1212 a 1214).

Consta na Decisão recorrida que o autuado “*impugnou o lançamento informando que, relativamente ao item I, as mercadorias ou foram tributadas no Estado da Bahia ou, provenientes de outros estados, sofreram tributação integral. Que a legislação tributária vigente era clara: “O contribuinte, ao adquirir bem em outro Estado da Federação, para uso ou consumo ou que integre seu Ativo Imobilizado, fica obrigado a recolher a diferença entre a alíquota praticada naquele Estado e a do Estado a que se destina.” Entende como consequência, que se não houver diferença, não poderá o estado destinatário recolher imposto, visto que, as alíquotas praticadas eram as mesmas. Se, tal fato ocorresse, aconteceria a bitributação, vedada constitucionalmente, por ofender o princípio da não-cumulatividade.*

Quanto às notas fiscais que tiveram alíquotas entre 7 e 12%, refuta a autuação, por entender que são mercadorias beneficiadas pela imunidade tributária, prevista na Constituição Federal de 1988.

Com relação ao item II, imposto sobre importações, alega que a auditora desprezou a isenção prevista no art. 3º, LXXXIV do RICMS/89 e nos Convênios 53/91 e 19/92.

Requer a improcedência do auto diante dos motivos supra-citados.”

Este é o voto da relatora da Decisão recorrida:

“Antes de manifestar o nosso opinativo, teceremos algumas considerações a respeito do Auto de Infração:

Primeiramente, quanto ao item relativo ao diferencial de alíquota, entendemos que houve erro na cobrança do imposto com alíquota integral por parte do emitente situado em outro estado, contudo, não cabe ao estado da Bahia o encargo desta, devendo, por esta razão, o autuado, ao estado da Bahia, o imposto correspondente a este item, no que tange às mercadorias sujeitas a tributação.

No caso específico a Douta PROFAZ determinou a exclusão das notas fiscais para efeito de cobrança do imposto da parte referente a papel, fato este, conforme constatação nos demonstrativos da sua exclusão e declaração da autuante à fl. de que já haviam sido excluídas.

Quanto às importações, é entendimento desta Secretaria e já manifestado no RICMS art. 35, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que os Convênios de natureza autorizativa terão seus feitos contados a partir da inserção da norma no regulamento através de Decreto Estadual. No caso específico, isto fora feito somente em junho/92.

Pelas razões acima expostas, somos pela procedência da ação. No caso específico, as importações ocorreram em março e abril de 1992, e, só em junho de 1992, através do Decreto nº 1.287, que incluiu a alt. nº 34, que autorizou a isenção das mercadorias descritas no Auto de Infração.”

Esta Decisão foi objeto de Pedido de Reconsideração e Recurso de Revista, que não foram conhecidos face ao não atendimento dos seus pressupostos de admissibilidade, conforme Acórdãos CJF nº 0446-11/02 e CS nº 0044-21/03.

Após o trânsito em julgado na esfera administrativa, o patrono do autuado ingressou com uma petição dirigida ao Procurador Chefe da então PROFAZ, fls. 1482 a 1489, para que fosse exercido o “controle da legalidade”, com fulcro no art. 114, II, § 1º, do RPAF/99, trazendo os seguintes novos argumentos:

1. Que não era contribuinte do ICMS, porque se tratava de empresa jornalística, dedicada exclusivamente à produção do Jornal BAHIA HOJE, atividade acobertada pela imunidade tributária;
2. que, não sendo contribuinte do ICMS, não estaria obrigado a pagar o tributo sobre a entrada da mercadoria importada do exterior, a teor do art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, em sua redação original, anterior a Emenda Constitucional nº 33/2001, conforme já pacificado pelo eg. Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 660, que diz: “não incide o ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto”;
3. que, na mesma esteira, por não ser contribuinte do ICMS, não estaria sujeito ao pagamento do diferencial de alíquota, quando da aquisição, em outros Estados, de bens para o seu consumo ou ativo fixo.

Após citar a redação original do art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88, doutrina e jurisprudência, bem como apensar a cópia do Ato Declaratório nº 02/2002, de autoria da PROFAZ (fl. 1498), que

reconheceu a improcedência da cobrança do diferencial de alíquotas de quem não é contribuinte do ICMS, pugnou pelo cancelamento da autuação, via Representação ao CONSEF, ou que a própria PROFAZ o fizesse diretamente.

A Representante da PGE/PROFIS designada para analisar o pleito do autuado acata as suas teses e sugere ao Procurador Chefe daquele órgão que represente a este CONSEF, o que foi feito.

VOTO

No presente caso, estão sendo discutidas duas infrações, a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições de mercadorias em outros Estados nos exercícios de 1990 a 1992 e recolhimento a menos do ICMS sobre importações. A penalidade por descumprimento de obrigação acessória já foi recolhida.

Segundo a representação proposta, a primeira já teria sido objeto do “Ato Declaratório” nº 02/2002 e a segunda da Súmula nº 660, do Supremo Tribunal Federal.

Vejamos o que dizem os art. 119, II, § 1º, da Lei 3.956/81 (COTEB) e 114, II, § 1º, do RPAF, que serviram de esteio para a presente representação.

“Art. 119. A Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, mediante despacho fundamentado, nos seguintes casos:

II - existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante

§ 1º Na hipótese do inciso II, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato.”

Este mandamento é repetido no RPAF.

Vejo que o Auto de Infração foi lavrado segundo a legislação vigente à época dos fatos geradores e a Decisão recorrida rebateu todos os argumentos defensivos, tendo, inclusive, transitado em julgado na esfera administrativa, após a apreciação do Pedido de Reconsideração e do Recurso de Revista apresentado pelo autuado.

Assim, não vislumbrei qualquer ilegalidade flagrante, o que impede a interposição da representação, ora analisada.

No entanto, a própria PGE/PROFIS detém poderes suficientes para resolver a questão, se for o caso, bastando que utilize da prerrogativa que lhe é dada pelo art. 119-C, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) introduzido pela Lei nº 7.753, de 13/12/00, que transcrevo:

“Art. 119-C. Fica a Fazenda Estadual autorizada a não inscrever em Dívida Ativa, a não ajuizar a respectiva execução fiscal, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante para seu prosseguimento, na hipótese de matérias que tenham sido objeto de reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O cumprimento do disposto neste artigo dependerá de ato declaratório do titular do órgão competente, aprovado pelo Secretário da Fazenda.

§ 2º Caberá ao Procurador que atuar no feito requerer a extinção das execuções fiscais e a manifestar expressamente o desinteresse da Fazenda Estadual em recorrer da Decisão, no que envolver as matérias a que se refere o caput, deste artigo.

§ 3º Serão cancelados o lançamento e a inscrição dos débitos a que se refere o caput, deste artigo, inclusive os já ajuizados.”

O RPAF/99, no seu art. 116-A, traz a mesma previsão, somente esclarecendo qual seria este “órgão competente”, no caso, a Procuradoria Geral do Estado.

Destarte, o meu voto é pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta, para que se cumpra o rito previsto nos art. 119-C, do COTEB, e 116-A, do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO ACOLHER** a representação proposta.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Ciro Roberto Seifert, César Augusto da Silva Fonseca, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone de Oliveira Martins, Tolstoi Seara Nolasco e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) José Raimundo Ferreira Santos, Fauze Midlej, Rosa Maria dos Santos Galvão, José Carlos Barros Rodeiro, Marcos Rogério Lyrio Pimenta e Nelson Teixeira Brandão.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS