

PROCESSO - A. I. Nº 114595.0027/05-9
RECORRENTE - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0221-03/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 31/10/2006

1º CONSELHO DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0352-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. O procedimento fiscal foi iniciado após proferida decisão definitiva em Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente, assegurando-se o direito de possuir o regime especial para o fim de recolhimento do ICMS na importação de farinha de trigo. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 11/01/06, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigência de ICMS no valor de R\$ 8.118,79, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo contribuinte na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia, relativamente a 1.320 sacos de 50 quilos de farinha de trigo e 1.840 sacos de mistura para pães, marca Farisur, constantes da DI nº 06/0019017-4 de 05/01/06, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências juntados às fls. 7 e 8.

Os membros da Primeira Instância entenderam que, em razão do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não poderiam realizar análise de constitucionalidade, pois não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto à alegação do autuado de que a Fazenda Pública intimou seus sócios, para procederem ao pagamento do ICMS exigido ou apresentarem defesa administrativa, e que os sócios não são o sujeito passivo da obrigação tributária e sim a empresa F. Garcia Representações Ltda, acordaram os membros da 3ª JJF que a intimação foi correta em razão do disposto no art. 108, do RPAF/BA, posto que a intimação foi enviada por meio de via postal para o endereço da empresa (Est. Velha de Camp. Ate Km 4.500 KM 04 Parque Tecal Galpão H s/n-Campinas, CEP 41.270-000 – Salvador.BA), tendo sido devolvida com a informação de que “Mudou-se”. Foi então, encaminhada intimação endereçada aos sócios Flora P. Garcia e Francisco G. Fernandes.

Portanto, restou comprovado que não tendo sido localizada a empresa, foram intimados os seus administradores, que são os seus representantes legais e não aos sócios, como tinha alegado o impugnante. Tanto foi, que a empresa apresentou defesa do Auto de Infração, juntando ao processo cópia do seu Contrato Social (fls. 33 a 37) e instrumento de procuração. Por isso, rejeitaram o pedido de extinção do processo, tendo em vista que a intimação foi feita corretamente à empresa, através dos seus representantes legais.

Quanto ao mérito, acordaram os membros da primeira instância que mesmo estando o autuado amparado por liminar em mandado de segurança, com suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o auditor fiscal agiu corretamente em constituir o crédito, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a Decisão final proferida pelo Poder Judiciário, porém, o ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo deixar de ser realizada a sua constituição.

Argüiram ainda que o entendimento deste CONSEF, tem sido no sentido de que, consoante o

disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, *“a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto”*.

Portanto, concluíram que, em relação ao mérito da questão, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos legais previstos na legislação tributária estadual, que prevê a tributação da mercadoria importada (farinha de trigo), no entanto, sua análise fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Fundamentaram que o contribuinte obteve autorização para, provisoriamente, não pagar o imposto na importação de mercadorias a serem comercializadas, até o julgamento final do Mandado de Segurança. Neste caso, a legislação estadual prevê o pagamento do imposto relativo a importação das mercadorias objeto da autuação, mas, estando o contribuinte protegido judicialmente para pagar o imposto no prazo previsto em regime especial anteriormente concedido e que foi cancelado pela administração fazendária, só haverá infração se a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário for desfavorável ao impugnante.

Concluíram que o lançamento deve ser mantido, ficando, contudo, exigência do crédito tributário correspondente até a Decisão final em caráter definitivo.

Irresignado com a Decisão proferida, o recorrente aduz em suas razões, fls. 64/66 que não requereu que este órgão declarasse a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, mas tão somente que o seu direito constituído fosse reconhecido, em razão da segurança jurídica. Não podendo ser modificado a qualquer tempo por meio de decreto, pois as leis devem dispor para o futuro, sem atingir fatos pretéritos, e que as leis tributárias só podem retroagir quando forem expressamente interpretativas.

Aduz que a presente autuação tem por objetivo resguardar o Estado de cobrar futuramente um crédito que jamais ocorrerá, tendo em vista o entendimento consolidado na esfera judicial.

Sustenta, ainda, que o enquadramento no Regime Especial do ICMS não é ato discricionário da administração, pois uma vez atendidos os requisitos para que a empresa ingresse em tal regime, não é possível negar-lhe o direito.

Conclui requerendo a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

Em seu opinativo de fls. 70/71, a ilustre representante da PGE/PROFIS argumenta que o autuante procedeu de maneira correta, pois a liminar não pode impedi-lo de desempenhar seu papel, apenas o condiciona à suspensão da exigibilidade do crédito.

Aduz ainda que só uma Decisão transitada em julgado poderia desconstituir a infração e que por isso deveria se aguardar mantendo-se a autuação a fim de proteger o FISCO dos efeitos da decadência.

Salienta que a discussão judicial não versa sobre a exigência do crédito, mas tão somente quanto ao momento em que essa vai ocorrer e lembra que o recorrente é inadimplente porque não pagou o imposto nem mesmo no prazo concedido pelo Regime Especial. Portanto, o lançamento realizado deve permanecer porque a situação de inadimplência é incontroversa, mesmo que seja reconhecido o enquadramento no Regime Especial.

Conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos, observo que assiste razão ao recorrente, quanto à nulidade do crédito constituído no presente Auto de Infração.

Isto porque, restou claramente comprovado nos autos que a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (fls. 14/15), em momento anterior ao presente Auto de Infração, revela-se óbice insuperável à sua lavratura.

Como bem ressaltou a ilustre representante da PGE/PROFIS, a sentença proferida em mandado de segurança, por força das disposições do parágrafo único do art. 12, da Lei nº 1.533/51, tem aplicação imediata, porque, muito embora sujeita ao duplo grau de jurisdição, pode ser executada provisoriamente.

Portanto, a lavratura do Auto de Infração, após proferida Decisão final no bojo do *mandamus* impetrado pelo contribuinte, revela-se absolutamente nula, porque configurada, *in casu*, causa impeditiva – o comando sentencial – à constituição do crédito tributário.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que seja reconhecida a NULIDADE do presente processo.

A repartição fazendária deverá verificar se o pagamento do imposto foi efetivado na data estabelecida pelo regime especial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 114595.0027/05-0, lavrado contra **F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, cabendo a repartição fiscal verificar a ocorrência do pagamento efetivo do imposto.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS