

PROCESSO - A. I. Nº 020983.0002/06-1
RECORRENTE - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO -Acórdão 3ª JJF nº 0217-03/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0436-12/06

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 contra a Decisão da 3ª JJF pertinente no Acórdão nº 0217-03/06 que julgou Procedente o Auto de Infração, assim, o contribuinte em epígrafe interpõe o lançamento de ofício refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$25.261,45, com multa aplicada de 60%, relativo a falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador esteja estabelecido no Estado da Bahia.

Em seu voto o Sr. relator inicialmente ressalta que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Em seguida observa que *“antes da ação fiscal, o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança, obtendo Medida Liminar com o objetivo do fisco estadual se abster de exigir o pagamento do ICMS referente às suas operações de importação”*.

Ora como vimos o Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior - *“pré-mistura para fabricação de pães”* - cujo importador está estabelecido no Estado da Bahia. Considera que o autuado estando amparado por liminar em mandado de segurança, com suspensão da exigência do crédito tributário, o auditor fiscal agiu corretamente quando constituiu o crédito, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, acrescenta o Sr. Julgador, *“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”*. Salienta que este CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, *“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”*.

Desta forma concluiu 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 momento do seu desembaraço, 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”*.

E acrescenta: *“conforme anteriormente exposto, o contribuinte obteve autorização judicial para, provisoriamente, pagar o imposto na importação de mercadorias a serem comercializadas em prazo diferenciado, 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 no desembaraço das mercadorias, quando não possui regime especial para dilação do pagamento, mas, estando o contribuinte protegido judicialmente para pagar o imposto em momento futuro só haverá infração se a liminar for julgada desfavorável ao impugnante.. “

Entende que o “ RPAF/BA, no seu art. 39 determina que o Auto de Infração conterá, entre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a alíquota e o percentual da multa cabível, tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente” e conclui “dessa forma, na lavratura do Auto de Infração, o fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a imposição da multa correspondente.” A partir deste entendimento acredita “que a multa indicada na autuação, foi corretamente aplicada em consequência da falta de recolhimento do imposto relativo a mercadoria importada, no momento da entrada do território do Estado, conforme prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, devendo a sua exigibilidade ficar suspensa, enquanto o Mandado de Segurança estiver pendente de Decisão judicial.” Opina no sentido que “quanto à mora, para se prevenir do seu pagamento em decorrência de uma possível Decisão judicial desfavorável, do crédito tributário que teve a sua exigibilidade suspensa por força de liminar em mandado de segurança, o contribuinte pode fazer o depósito judicial do imposto exigido, o que conduz em conversão do depósito em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário, os acréscimos moratórios e atualização monetária. Caso a Decisão judicial venha ser favorável ao contribuinte, é assegurado a restituição do depósito judicial, com os devidos acréscimos moratórios e atualizado monetariamente.”

E termina seu voto reafirmando que em relação ao ICMS este se encontra com a sua exigibilidade provisoriamente suspensa por proteção judicial e se a ação judicial for julgada desfavorável ao contribuinte, “o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora previstos na legislação estadual, contando prazo a partir da data efetiva do desembaraço da mercadoria”. Vota pela Procedência do Auto de Infração.

O autuado através do seu representante legal apresenta tempestivamente este Recurso Voluntário. Em seu arrazoado preliminarmente “reitera que o referido Auto de Infração tem por objetivo resguardar o Estado de cobrar futuramente um crédito que jamais ocorrerá tendo em vista entendimento consolidado na esfera judicial”. Esclarece que apesar da referência feita na Decisão sobre a “declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária”, não requereu tal declaração, mas sim “que seu direito devidamente constituído seja reconhecido por tal órgão , pugnando pela improcedência do referido auto. No tocante ao mérito reitera todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos frisando que a referida Decisão contraria o entendimento já consolidado na seara vai de encontro a garantia constitucional de segurança na estabilidade das relações jurídicas, que fundamenta o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal haja vista que o autuado, ao preencher todos os requisitos exigidos para usufruir os benefícios fiscais estabelecidos no Regime Especial que lhe foi concedido, não poderá ter este direito adquirido modificado a qualquer momento por meio de decreto.” Repete a argumentação sobre a retroação da lei tributária salientando que se esta não ocorresse “não haveria segurança para quantos travassem relações tributárias com o Estado, pois a qualquer momento poderia advir um decreto mudando as regras de pagamento de impostos”. Assevera mais uma vez “que o enquadramento no Regime Especial de Recolhimento do ICMS é um ato discricionário da Administração Pública, pois uma vez preenchidos ou satisfeitos os requisitos para que a empresa ingressasse em tal regime, não é possível negar-lhe o direito”. Conclui, pedindo o Provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de que seja reformada a Decisão e que o Auto de Infração seja julgado Nulo ou Improcedente a autuação.

Em seu Parecer opinativo a Sra. procuradora após breve síntese sobre o feito até aqui conclui:

- a) que a alegação da existência de liminar em MS não é capaz de elidir a infração;
- b) a Decisão judicial ainda não transitou em julgado;

- c) que a infração está caracterizada e que só poderá ser desconstituída mediante Decisão judicial transitada em julgado . Anota em conclusão que “ *o que se discute no processo judicial não é nem mesmo a validade da exigência, mas tão somente o momento em que deve ocorrer, pois o Judiciário decidirá se o contribuinte faz jus ou não ao regime especial de apuração do imposto.*” Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quando do julgamento observou-se que o PAF apresentava falhas que o tornam nulo e neste sentido encaminho o meu voto.

Restou claramente comprovado nos autos que a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (fls. 21 e 22), em momento anterior ao presente Auto de Infração, revela-se óbice insuperável à sua lavratura.

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 020983.0002/06-1, 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, 11 de outubro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS