

A. I. N° - 114595.0005/06-3
AUTUADO - F GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JOSAPHAT XAVIER SOARES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 16. 05. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-04/07

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 mistura para pães. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2006, exige ICMS no valor de R\$17.137,60, em razão da falta de recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas (misturar para pães), sendo o importador estabelecido no Estado da Bahia. Na descrição dos fatos, o autuante consignou a falta de recolhimento do ICMS Importação sobre as mercadorias constantes da DI nº 06/0928082-6 de 07/08/2006 no momento do desembaraço aduaneiro, amparada em decisão em Mandado de Segurança nº 8481071/01, exarada pelo MM Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública desta Capital. Consta, ainda, que a ação fiscal visa resguardar o direito da Fazenda Pública Estadual da exigibilidade futura do ICMS Devido. A mercadoria não foi apreendida.

O autuante juntou às fls. 20 e 21 cópia do Mandado de Segurança impetrado pelo autuado contra o Diretor da DITRI da Secretaria da Fazenda Estadual, por ter cancelado o regime especial lhe fora concedido para recolhimento do ICMS em prazo especial, decorrente da importação de farinha de trigo, tendo sido deferido em 13/05/2002 pelo Juiz Eduardo Carvalho da Décima Vara da Fazenda Pública.

O autuado, às fls. 26 a 28, impugna o lançamento tributário alegando, como preliminar, que impetrou mandado de Segurança contra ato do Diretor da DITRI da Secretaria Estadual da Fazenda, abordando o assunto em lide, perante a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, demonstrando que a referida autoridade ordenou o cancelamento do novo pedido de enquadramento do autuado no regime especial, sendo concedida a liminar e, posteriormente, a segurança, julgando procedente o *writ* para determinar que a autoridade coatora reintegrasse imediatamente a recorrente no regime especial de ICMS na operação de farinha de trigo, salientando que a empresa possuía o direito ao benefício de dilação de prazo para pagamento do ICMS sob a égide do Decreto nº 7.909/01, pois o protocolo do requerimento foi apresentando quando estava em vigor o referido Decreto, não se aplicando a empresa eventual alteração introduzida pelo Decreto posterior.

Salienta que levada a discussão à segunda instância judicial, os Desembargadores acordaram em negar provimento ao apelo do Estado.

Argumenta que a presente autuação, portanto, tem por objeto resguardar o Estado de cobrar futuramente o “crédito” fiscal, que em seu entendimento jamais ocorrerá, tendo em vista o entendimento já consolidado na seara judicial, contrário à posição adotada pela fazenda estadual.

No tocante ao mérito da autuação, disse repetir argumentos já acolhidos pelo Judiciário, onde sustentou que as leis em geral devem dispor para o futuro, sem atingir fatos pretéritos, principalmente as leis tributárias, que só podem retroagir quando forem interpretativas e não resultarem de aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados, em relação aos atos ainda não definitivamente julgados, quando, de alguma forma, implicarem em tratamento mais favorável ao contribuinte.

Alegou que o caput do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.947, de 02/05/2001, ao revogar expressamente o Decreto nº 7.909/01, operando os seus efeitos a partir a partir de 01/02/01, contrariou os preceitos constitucionais, já que de acordo com o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, é assegurado o respeito das relações jurídicas já constituídas.

Assevera 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 ingresse no mesmo, não é possível negar-lhe o direito, portanto, a decisão em anexo, do Tribunal de Justiça da Bahia suporta a sua pretensão e determina a completa ineficácia do lançamento.

Ao finalizar, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e requer a improcedência da autuação.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 46 a 48, inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e tecendo comentário sobre competência do Estado em matéria tributária, atos vinculados e discricionários, bem como, sobre regime especial, para concluir que se trata de um benefício fiscal e, como tal, seria um ato discricionário, citando ensinamento do professor Celso Antonio Bandeira de Melo.

Informa que deixa de apreciar a sentença judicial por estar fora de seu limite de competência. Acrescenta que o art. 113 do Decreto nº 7629/99 (RPAF) disciplina a forma de proceder quando há processo administrativo tramitando concomitantemente com a discussão judicial da lide.

Quanto ao mérito diz que com a importação ocorreu o fato gerador do ICMS e o recolhimento deve ser feito no momento do desembaraço aduaneiro conforme disposto no art. 2º, V combinado com o art. 4º, IX da Lei nº 7.014/96 e que pela falta do recolhimento do imposto a multa é de 60% prevista no art.42, II, “F” da citada Lei.

Ressalta que a liminar em Mandado de Segurança apenas suspende a exigência do crédito tributário o que não impede seu lançamento através de Auto de Infração com objetivo de impedir a decadência do crédito tributário.

Ao concluir, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS em razão da falta de recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, sendo o importador estabelecido no Estado da Bahia.

Em sua defesa o autuado não questiona os valores apontados nesta autuação, a questiona a incidência do ICMS sobre a operação em tela, uma vez que seu procedimento estava estribado em decisão judicial.

Efetivamente, conforme documentação acostada pelo autuante, folhas 20 e 21, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança contra o Diretor da DITRI da Secretaria da Fazenda Estadual, por ter cancelado o regime especial lhe fora concedido para recolhimento do ICMS em prazo especial, decorrente da importação de farinha de trigo, tendo sido deferido em 13/05/2002 pelo Juiz Eduardo Carvalho da Décima Vara da Fazenda Pública.

A sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em momento anterior ao presente Auto de Infração, revela-se óbice insuperável à sua lavratura, uma vez determina a reintegração do autuado ao regime especial de recolhimento de ICMS nas operações com trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, conforme estabelecido no art. 3º do Decreto Estadual nº 7909/2001, *in verbis*:

“Art. 1º Caberá ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, o lançamento e o recolhimento do ICMS devido pela importação e, na qualidade de responsável por substituição, pelas operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas e, inclusive, pela primeira operação com produtos derivados da farinha de trigo, promovida por estabelecimentos industriais que desenvolvam a atividade de panificação ou de fabricação de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas.

[...]

Art. 3º O imposto de que cuida o artigo 1º será lançado e recolhido, pelo adquirente ou recebedor, nos seguintes prazos:

I - tratando-se de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, por ocasião do desembaraço aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, ou, mediante prévia autorização do Fisco, até o décimo dia após o encerramento de cada quinquena do mês em que ocorrer a entrada da mercadoria;

II - tratando-se de trigo em grão, no décimo dia do segundo mês subsequente ao mês da aquisição ou recebimento.”

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.

No mesmo sentido, este Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), mediante às Câmaras de Julgamento Fiscal, em decisões mais recentes prolatadas sobre idêntica matéria, em diversos autos lavrados contra o autuado, já se posicionou pela nulidade da autuação. A título de exemplo, transcrevo algumas ementas:

“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.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO 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.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0344-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) em razão do procedimento fiscal haver sido iniciado após proferida decisão definitiva em Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.”

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **114595.0005/06-3**, lavrado contra **F GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR