

A. I. N° - 114595.0011/07-1
AUTUADO - F GARCIA IMPORTAÇÃO E COMÉCIO DE GENEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - JOSAPHAT XAVIER SOARES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 05.10.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0285-02/07

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 não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2007, exige ICMS no valor de R\$18.946,09, 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 07/0821531-3 de 25/06/2007 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. 15 e 16 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. 21 a 23, impugnando o lançamento tributário alegando, como preliminar, que impetrou manado 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 01/03/01, 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 pela improcedência da autuação.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 37 a 39, discorre sobre as alegações defensivas e informa que deixa de apreciar a sentença judicial por estar fora de seu limite de competência.

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.

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.

Ao concluir, requer o julgamento procedente do Auto de Infração.

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 15 e 16, 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 subseqüentes 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 desembarço 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 subseqüente 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 Lavrado contra o autuado, já se posicionou 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

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.”

“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.

VOTO DISCORDANTE

A minha discordância consiste apenas num ponto: o nobre relator considera que o lançamento é nulo, e eu estou convicto de que se trata de um caso de improcedência. Para justificar meu ponto de vista, demonstrarei os fundamentos da orientação que sigo neste Conselho.

Se o Tribunal de Justiça manteve a decisão de primeira instância, ou se a questão ainda está pendente no âmbito judiciário, o presente lançamento fiscal é improcedente, por exigir tributo no desembaraço aduaneiro, contrapondo-se a regime especial que concede dilação de prazo para que o contribuinte efetue o recolhimento do imposto em momento posterior. Isto porque, por ordem do Poder Judiciário, a empresa era possuidora, na data da autuação, de um regime especial que a autorizava a não pagar o imposto no ato do desembaraço aduaneiro da farinha de trigo importada do exterior, de modo que o imposto seria pago até o décimo dia após o encerramento de cada quinzena do mês em que ocorreu a entrada da mercadoria no estabelecimento.

Todo julgamento resulta na conclusão pela nulidade ou pela procedência ou pela improcedência, total ou parcial, do procedimento fiscal considerado. A matéria principal só é posta em discussão e julgamento após a decisão das questões preliminares ou prejudiciais.

Quando se trata de *nulidade*, esta, quase sempre, constitui matéria preliminar, porque geralmente diz respeito a vício quanto à competência, fundamento jurídico do procedimento, cerceamento de defesa, incerteza quanto ao fato ou à autoria do cometimento, ilegitimidade passiva e outras questões relacionadas ao devido processo legal. Admito que a nulidade não constitui, apenas, necessariamente, questão preliminar. Noutras palavras, a nulidade não diz respeito, apenas, a aspectos *formais* ou *procedimentais*. A nulidade comporta, também, aspectos relacionados à *substância*, aos *requisitos de fundo*. Nesse sentido, valho-me do ensinamento de De Plácido e Silva, segundo o qual a nulidade, na linguagem jurídica, diz respeito à ineficácia de um ato jurídico, “em virtude de haver sido executado com transgressão à regra legal, de que possa resultar a ausência de condição ou requisito de *fundo* ou de *forma*, indispensável à sua validade” (os grifos são do próprio autor. Cf. De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico: Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. III, p. 258).

A nulidade, por conseguinte, pode dizer respeito tanto a requisito de *forma* como de *fundo*. Se, na apreciação do mérito – isto é, na análise dos fatos, das provas e do direito aplicável –, for constatado vício jurídico insanável, mesmo depois de ultrapassada a apreciação da preliminar, pode, e deve, ser decretada a nulidade do ato.

O “mérito”, na linguagem processual, diz respeito ao *cerne*, à *substância*, ao *objeto* da lide. O mérito compreende tanto os *fatos* como o *direito aplicável*. A análise do mérito é feita em três passos: *a)* exame do *fato*, para averiguar se houve infração; *b)* em caso positivo, determinação da pessoa do *infrator*; *c)* identificação do *preceito legal* aplicável ao caso.

No presente caso, apreciando-se o *mérito* da lide, conclui-se que não houve infração alguma, haja vista que o contribuinte, ao não fazer o pagamento do imposto no desembaraço aduaneiro, não agiu por conta própria, mas sim devidamente autorizado para tal por decisão judicial que determinou que o pagamento fosse feito em data posterior, conforme regime especial nesse sentido, que foi revigorado.

Ora, *se não houve infração*, a decisão deste órgão só pode ser pela *improcedência*.

Nulidade existe é quando, por exemplo, o ato é praticado por órgão ou servidor incompetente, quando há cerceamento de defesa, quando a decisão não é fundamentada, quando há incerteza quanto à existência da infração ou quanto à sua autoria, quando há ilegitimidade de parte – em síntese, quando há ofensa ao devido processo legal.

Está demonstrado ser indevida a exigência do imposto no ato do desembaraço aduaneiro. Cumpre à fiscalização, em outra ação fiscal, verificar se o contribuinte está cumprindo o regime especial, ou seja, se o imposto está sendo pago até o décimo dia após o encerramento de cada quinzena do mês em que ocorra a entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **114595.0011/07-1**, lavrado contra **F GARCIA IMPORTAÇÃO E COMÉCIO DE GENEROS ALIMENTÍCIOS LLTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR/VOTO DISCORDANTE