

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0129/04-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 3ª JJF nº 0069-03/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/09/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0235-11/09

EMENTA: ICMS. ILEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com arrimo no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Havendo sentença de mérito proferida em mandado de segurança, ainda que não transitada em julgado, garantindo o direito do contribuinte ao credenciamento para pagamento posterior do tributo, é improcedente o Auto de Infração de Trânsito que exige o recolhimento do ICMS-importação no momento do desembaraço aduaneiro. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação a este CONSEF encaminhada pela Procuradoria Geral do Estado, através de Parecer exarado pelas procuradoras Dr.^{as} Maria Olívia T. de Almeida e Sylvia Amoêdo, no exercício do controle da legalidade, com amparo no artigo 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração epigrafiado, o qual exige imposto no valor de R\$46.424,62, acrescido da multa de 60%, imputando ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, ressaltado o fato de encontrar-se o importador estabelecido no Estado da Bahia.

Na Representação proposta, as ilustres procuradoras da PGE/PROFIS destacaram, inicialmente, que o Auto de Infração foi lavrado com o intuito de resguardar a Fazenda Pública Estadual da exigibilidade futura do ICMS-importação, em função da Decisão exarada no Mandado de Segurança nº 8481071/01, que concedeu ao contribuinte o direito de efetuar o pagamento do ICMS incidente sobre a importação de farinha de trigo em momento posterior ao desembaraço aduaneiro, restituindo-lhe, assim, o benefício concernente ao regime especial de recolhimento de ICMS em tais operações.

De outra parte, relataram que, depois de intimado da autuação, o contribuinte apresentou defesa na esfera administrativa, tendo o CONSEF julgado extinto o processo administrativo fiscal em face da concomitância de discussão da matéria em sede judicial (art. 117, II, § 1º, do RPAF), tendo o PAF sido encaminhado para inscrição do débito em dívida ativa, ressaltada, naquela oportunidade, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Aduziram que a discussão travada no âmbito do Judiciário cingiu-se ao desenquadramento do Impetrante do regime especial de recolhimento do ICMS nas operações de importação de farinha de trigo, o que tem relação direta com a autuação em tela, já que, estando o contribuinte desenquadrado do mencionado regime, deveria efetuar o pagamento do imposto devido no momento que ocorreu o fato gerador do ICMS do desembaraço aduaneiro.

Frisaram não ser a Decisão mencionada pelo autuante uma Liminar (cópia às fls. 14/15), mas já sentença de mérito proferida no Mandado de Segurança antes aludido.

Prosseguiram na linha de que, mesmo sem abordar a tortuosa questão relativa aos efeitos imediatos da sentença de Mandado de Segurança, consoante estabelecido no parágrafo único do

art. 12 da Lei nº 1.533/51, o Auto de Infração em comento foi lavrado indevidamente, pois havia ordem judicial não cassada, restabelecendo o benefício tributário ao contribuinte, de forma que o pagamento do ICMS–importação passou a ser devido em momento posterior ao do desembaraço aduaneiro.

Assim, a obrigação tributária concernente ao pagamento do ICMS - importação subsistiu, porém, o aspecto temporal definido no lançamento conflita com os critérios normativos relativos à espécie concreta, pois, segundo entenderam, por força de Decisão Judicial, o momento do recolhimento do tributo foi postergado, não havendo como submeter à cobrança a exigência em pauta, visto que o fato gerador da obrigação tributária, apesar de existente, não poderia ser exigido naquele momento.

Logo, conquanto só se faça referência à sentença de mérito, o processo judicial já se encontra avançado, inclusive prestes a tornar definitiva a questão, pendendo de julgamento apenas o Recurso Extraordinário interposto pelo Estado da Bahia que, como demonstrado no documento de fl. 94 dos autos, já recebeu Parecer do Ministério Público favorável ao contribuinte, na linha do desprovemento do Recurso.

Salientaram, ainda, que no Parecer de fls. 115/116 foi informado o fato do contribuinte não estar cumprindo o quanto determinado na aludida Decisão Judicial, ou seja, o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-importação no desembaraço aduaneiro, deixando de fazê-lo, também, no momento posterior, como lhe fora facultado na Sentença, estando iminente, por outro lado, o termo final do prazo decadencial, acaso se pretenda constituir o débito pelo lançamento, nos moldes delineados no Mandado de Segurança referido.

Pelas razões expostas, fundamentadas no art. 119, II e § 1º da Lei nº 3.956 (COTEB), propuseram a presente Representação ao CONSEF, objetivando a declaração da nulidade do Auto de Infração, em face da impossibilidade de se exigir o ICMS tal como lançado, na medida em que existente sentença judicial favorável ao contribuinte.

VOTO

Cuida o Auto de Infração explicitado de exigência do ICMS incidente em operação de importação de mercadoria (farinha de trigo), com fato gerador e prazo de recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro, sendo a imputação apurada através de ação fiscal promovida pela Fiscalização de Trânsito, enquanto a Representação proposta pela PGE/PROFIS cogita do controle da legalidade, segundo o prequestionamento do art. 119, § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, tendo por objeto arguir a nulidade da autuação.

Após examinar atenciosamente as peças processuais, sobretudo os Auto de Infração (fls. 01 e 02), Acórdão nº 0069-03/05 (fls. 45/47) e Parecer da PGE/PROFIS (fls. 117/119), constato que se trata de matéria idêntica à Representação proposta pelas mesmas ilustres Procuradoras, no A. I. Nº 020983.0011/04-4, sendo autuado o mesmo Contribuinte, bem assim igual a infração imputada no presente processo.

Nesse contexto, considerando a perfeita correspondência entre as duas autuações, adoto como fundamentação para julgamento desta lide, aquela proferida na Decisão unânime do Colegiado da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal desse CONSEF, através do Acórdão nº 0188-11/09, da lavra do eminente Conselheiro FÁBIO DE ANDRADE MOURA, a qual transcrevo a seguir:

“VOTO

Inicialmente, cumpre consignar que a representação proposta pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, encontra previsão no art. 119, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, in verbis:

“Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, 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”.

Como se deduz da simples leitura do permissivo legal, compete à PGE/PROFIS representar ao Conselho de Fazenda Estadual sempre que verificar a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, cabendo a esse

órgão de julgamento apreciar o fato. Não está o Conselho de Fazenda jungido ao pedido formulado pelo representante da PGE/PROFIS; é sua atribuição analisar os fatos relatados e, se ficar realmente evidenciado o defeito apontado, acolher a representação proposta, dando a essa Decisão o efeito jurídico compatível com a espécie de vício ou de ilegalidade apontada.

Em outras palavras, é o Conselho de Fazenda que dirá os efeitos decorrentes da irregularidade indicada pela PGE/PROFIS, não se podendo falar em limitação da representação quanto ao seu objeto, até mesmo porque isso levaria à esdrúxula conclusão de que se poderia fechar os olhos diante de uma ilegalidade pelo simples fato de não ter sido sugerida a consequência jurídica que julga adequada.

No caso em comento, as nobres procuradoras aduziram que o Auto de Infração lavrado contra o contribuinte representa flagrante inobservância à sentença de mérito proferida no Mandado de Segurança n° 8481071/01, que garantiu ao sujeito passivo o direito de efetuar o recolhimento do ICMS-importação nas operações com farinha de trigo em momento posterior ao desembaraço aduaneiro.

E, no particular, nenhum reproche merece o entendimento manifestado pelas doutas representantes da PGE/PROFIS. Verificando-se que a sentença proferida em sede de mandado de segurança restabeleceu o credenciamento do sujeito passivo, para permitir que efetuasse o pagamento do ICMS-importação em momento posterior ao desembaraço aduaneiro, não poderia ter sido efetivado o lançamento de ofício com fundamento justamente na falta de pagamento do referido tributo naquele momento eleito pela lei como de ocorrência do fato gerador – desembaraço aduaneiro.

A questão relativa aos efeitos da sentença de mérito não transitada em julgado em mandados de segurança é irrelevante para o deslinde da causa. É que, não obstante a possibilidade de modificação do decreto judicial, o fato é que, no momento em que lavrado o presente Auto de Infração, o contribuinte encontrava-se amparado por Decisão judicial que lhe autorizava o pagamento do tributo posteriormente. Não se discute, aqui, a procedência da obrigação tributária principal, mas apenas a sua data de vencimento; logo, ainda que a sentença seja posteriormente reformada, nos meses em que vigeu produziu efeitos e postergou o vencimento da obrigação, não havendo falar em mora por parte do contribuinte.

Se o pagamento não tiver sido efetuado na data posterior ao desembaraço aduaneiro, ficará caracterizada a mora do contribuinte e este estará sujeito a todas as penalidades cabíveis, mas isso é assunto para uma nova autuação, corretamente descrita.

A irregularidade de que ora se trata, contudo, não conduz à nulidade deste Auto de Infração, como opinaram as ilustres Procuradoras. Se o tributo não poderia ser exigido no momento do desembaraço aduaneiro, por força de Decisão judicial restabelecendo o credenciamento do contribuinte, a exigência revela-se improcedente, e não nula. A ação fiscal não será renovada; terá de ser feita uma ação fiscal diferente, no estabelecimento autuado, para verificar se, no prazo postergado, houve o regular recolhimento do ICMS-importação relativo às operações objeto deste Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta, para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.”

Concludentemente, *in casu*, acompanho integralmente as razões antes reproduzidas, do que resulta ser o meu voto no sentido do ACOLHIMENTO da Representação e, em consequência, da IMPROCEDÊNCIA da Ação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, recomendando a realização de fiscalização no estabelecimento autuado, com o objetivo de verificar se o ICMS devido em virtude das importações objeto deste Auto de Infração foi recolhido no prazo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS