

**PROCESSO** - A. I. Nº 140777.0125/04-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 2ª JJF nº 0062-02/05  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 02/10/2009

#### **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO CJF Nº 0251-11/09**

**EMENTA:** ICMS. ILEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base 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 desembarço aduaneiro. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com espeque no art. 119, §1º, do COTEB, nos autos do procedimento administrativo fiscal em epígrafe, através do qual o auditor fiscal autuante atribuiu do contribuinte a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, salientando que o importador encontra-se estabelecido no Estado da Bahia.

As nobres procuradoras Maria Olívia T. de Almeida e Sylvia Amoêdo destacam, 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 desembarço aduaneiro, restituindo-lhe, assim, o benefício concernente ao regime especial de recolhimento de ICMS em tais operações.

Esclarecem que, uma vez intimado da autuação, o contribuinte apresentou defesa na esfera administrativa, tendo o CONSEF julgado extinto o PAF em face da concomitância de discussão da matéria em sede judicial (art. 117, II, §1º, do RPAF).

Aduzem que o exame dos autos revela 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 análise, já que, estando o contribuinte desenquadrado do mencionado regime, deveria efetuar o pagamento do imposto devido no momento do desembarço aduaneiro.

Asseveram que a Decisão mencionada pelo autuante (fls. 14/15) não é liminar, mas sim sentença de mérito proferida no mandado de segurança acima mencionado.

Dizem que, mesmo sem enfrentar a questão relativa aos efeitos imediatos da sentença de mandado de segurança, 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 desembarço aduaneiro. Afirma, em outras palavras, que a obrigação tributária concernente ao ICMS -importação subsiste, mas o aspecto temporal definido no lançamento conflita com os critérios

normativos aplicáveis à espécie, pois, segundo entende, por força de Decisão judicial, o momento do recolhimento do tributo foi postergado.

Ressaltam que, conquanto haja nos autos apenas a 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 demonstra o documento anexado à representação, já recebeu Parecer do Ministério Público favorável ao contribuinte, pelo desprovimento do Recurso.

Salientam que *“foi informado no Parecer de fls. 101/102, relativamente ao fato do contribuinte também 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 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 adrede mencionado”*.

Pedem, ao final, que seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração, em face da impossibilidade de exigir o ICMS tal como lançado.

## VOTO

Preliminarmente, devo ressaltar que esta mesma matéria e sujeito passivo já foi objeto de Decisão dessa Câmara de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão nº. 0188-11/09, por unanimidade, acolheu a Representação proposta pela PGE/PROFIS, os quais peço *vênia* para reiterar, nos termos a seguir:

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 pelo 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 formulado o pedido que julga adequado.

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 nº 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 dotas 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 ações de 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 foi 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.

## RESOLUÇÃO

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

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS