

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0124/04-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 4ª JJF nº 0068-04/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 03/09/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0251-12/09

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 desembaraço aduaneiro. Representação **ACOLHIDA** para este fim. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de representação apresentada pela PGE/PROFIS, com espeque no art. 119, §1º, do COTEB, nos autos do procedimento administrativo fiscal em epígrafe, a fim de que seja declarada a Nulidade do Auto de infração, configurada quando do trânsito em julgado da sentença favorável ao contribuinte.

O presente Auto de infração exige ICMS quando do desembaraço aduaneiro, no valor de R\$37.218,53, acrescido da multa de 60%, em decorrência da importação de 1.320 sacos, com 50 quilos cada, de mistura pronta para pães “0,65”, marca Farisur, descrita na DI n. 04/0829101-4, registrada em 20/08/2004.

Em sede de representação, a Douta PGE/PROFIS destaca, 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.

Esclarece 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).

Aduz 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 desembaraço aduaneiro.

Assevera que a Decisão mencionada pelo autuante não é liminar, mas sim sentença de mérito proferida no mandado de segurança acima mencionado.

Diz 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 desembaraço 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.

Ressalta 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.

Salienta que *“foi informado no Parecer em cópia anexa, da lavra do i. Procurador Dr. Adilson Brito Agapito, em processo semelhante, relativamente ao 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 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”*.

Pede, ao final, que seja declarada a Nulidade do presente Auto de infração, em face da impossibilidade de exigir o ICMS tal como lançado.

VOTO

Merece acolhimento a Representação interposta.

Invoco, *ab initio* e a título de razões de decidir, entendimento manifestado por este CONSEF acerca de idêntica matéria à que ora se analisa no Acórdão n. A-0188-11/09, da lavra da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, tendo como relator o insigne Conselheiro Fábio Moura:

“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”.

In casu, restou demonstrado que a sentença proferida em sede de mandado de segurança **restabeleceu o credenciamento do sujeito passivo**, permitindo, pois, que o mesmo efetuasse o pagamento do ICMS-importação em momento posterior àquele do desembaraço aduaneiro, razão pela qual não seria possível a lavratura do presente lançamento de ofício com espeque exatamente na falta de pagamento do referido tributo naquele momento eleito pela lei como de ocorrência do fato gerador, como já dito, o desembaraço aduaneiro.

No que se refere aos **efeitos da sentença de mérito não transitada em julgado** em sede de mandados de segurança, volto a comungar com o entendimento esposado na Decisão paradigma, reproduzindo, nessa diretiva, trechos do voto condutor:

“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”.

Outrossim, a *quaestio iuris* ora enfrentada, no meu entendimento, não denota a nulidade do Auto de infração, como aduz a PGE/PROFIS, mas sim a sua flagrante improcedência.

Isso porque, ficando atestado que o tributo não poderia ser exigido no momento do desembaraço aduaneiro, em face da Decisão exarada na ação mandamental, resultando no restabelecimento do credenciamento do autuado, *venia concessa*, a ação fiscal é improcedente, e não nula.

Pari passu, no caso vertente não deve ser recomendada a renovação da ação fiscal. O que deverá ser realizada é uma **ação fiscal diferente**, diretamente no estabelecimento autuado, a fim de que constate, ou não, o regular recolhimento do ICMS-importação no prazo postergado.

Dest'arte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de ACOLHER a representação apresentada para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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, 12 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS