

**PROCESSO** - A. I. Nº 279268.0014/04-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - F. GARCIA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 4ª JJF nº 0166-04/05  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 22/10/2009

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0307-12/09**

**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 da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02, que, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe que seja decretada a nulidade do lançamento fiscal tendo em vista a presença de vício insanável no procedimento fiscal. No presente lançamento, foi atribuída ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, salientando que o importador encontra-se estabelecido no Estado da Bahia.

Em seu Parecer, as 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 desembaraço aduaneiro, restituindo-lhe, assim, o benefício concernente ao regime especial de recolhimento de ICMS em tais operações.

Informou 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 (fls. 14/15) não é liminar, mas sim sentença de mérito proferida no mandado de segurança acima mencionado. Em assim sendo, mesmo sem enfrentar a questão relativa aos efeitos imediatos da sentença de mandado de segurança, o Auto de Infração em espeque 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 (fl. 102), já recebeu Parecer do Ministério Público favorável ao contribuinte, pelo desprovimento do Recurso.

Salienta que *“foi informado no Parecer de fls. 103/104, 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”*.

Pede, ao final, que seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração, em face da impossibilidade de exigir o ICMS tal como lançado, posto que, no tocante ao aspecto temporal da hipótese de incidência, o mesmo não se subsume à regra jurídica da regência.

## VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja julgado nulo o presente Auto de Infração por estar comprovado vício insanável no procedimento fiscal.

O Auto de Infração foi lavrado tendo em vista a fiscalização do trânsito de mercadorias ter constatado que a empresa havia importado 2.200 sacos de 50 kgs de mistura pronta para pães 0,65, marca Farisur, conforme DI nº 04/1311430-3, de 22/12/2004, sem recolher o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, conforme Decisão em Mandado de Segurança nº 8481071/01, exarado pelo MM Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública desta Capital. Também foi informado que o Termo de Apreensão foi lavrado para resguardar a Fazenda Pública da exigibilidade futura do ICMS-importação e que a mercadoria não foi apreendida.

No caso em comento, o Órgão Jurídico do Estado da Bahia aduziu que o Auto de Infração conforme lavrado 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. Neste sentido, não merece qualquer reparo a ser feito ao entendimento manifestado pela PGE/PROFIS. O lançamento de ofício não poderia ter sido efetivado com fundamento na falta de pagamento do referido tributo naquele momento eleito pela lei como de ocorrência do fato gerador – desembaraço aduaneiro, pois 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.

Ressalto, neste momento que não se está a discutir a procedência da obrigação tributária principal. A questão é a data de seu vencimento. É fato que no momento da lavratura do Auto de Infração o contribuinte encontrava-se resguardado por Decisão judicial que lhe autorizava o pagamento do tributo posteriormente. A questão relativa aos efeitos da sentença de mérito não transitada em julgado em mandados de segurança não é relevante para o deslinde da matéria,

pois não obstante a possibilidade dela ser posteriormente reformada, nos meses em que vigeu, produziu efeitos e postergou o vencimento da obrigação, não podendo se falar em mora por parte do contribuinte. Esta mora somente restará caracterizada, sujeitando o sujeito passivo tributário às penalidades dela decorrentes, se o pagamento não tiver sido efetuado na data posterior ao desembaraço aduaneiro, o que poderá ser verificado em nova ação fiscal.

Contudo, entendo que a irregularidade em discussão não inquina o Auto de Infração à nulidade. Ora, se o imposto não poderia ser exigido no momento do desembaraço aduaneiro, por força de Decisão judicial, a exigência revela-se improcedente e não nula.

E, neste momento, tomo como minhas as palavras do nobre Conselheiro Fábio de Andrade Moura no Acórdão no Acórdão CJF Nº 0188-11/09 quando assim se expressou:

*“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.”*

Para votar pelo improcedência da ação fiscal que não será renovada. Deve o fisco estadual realizar nova fiscalização, no estabelecimento da empresa, 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 outubro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

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