

A. I. N° - 140777.0170/08-9
AUTUADO - KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 04/12/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0372-03/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 117 E 122, INCISO IV, DO RPAF/BA. Demonstrado nos autos que o contribuinte ingressou com Mandado de Segurança tratando de matéria idêntica a que fora objeto do presente Auto de Infração, o que importa na renúncia ao direito de postular na esfera administrativa. **DEFESA PREJUDICADA** em relação ao exame do mérito desta infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/06/2008, refere-se à exigência de R\$289.766,38 de ICMS, acrescido da multa de 60% por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia. Consta na descrição dos fatos, que o contribuinte não possui habilitação para diferimento da mercadoria importada. Que foi concedida Medida Liminar através de Mandado de Segurança de nº 1995544-1/2008. Lavrados Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos às fls. 06/11.

O autuado, por meio de advogados com procuração à fl. 87, apresentou impugnação (fls. 70 a 82), alegando que é beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, programa que tem por objetivo fomentar e diversificar a matriz industrial e agro-industrial, possibilitando às indústrias beneficiárias usufruírem dentre outros benefícios, o incentivo do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, conforme art. 2º, II, da Lei 7.980/2001. Diz que o instituto do diferimento visa desonerar o contribuinte do encargo de recolher o tributo, passando para a etapa seguinte, ou seja, para a saída da mercadoria já processada. Portanto, a indústria faz o recolhimento do imposto somente quando der saída do produto, e diante de tal prerrogativa, foi impetrado pelo autuado Mandado de Segurança contra a Receita Estadual, que impediu a liberação de mercadoria importada pelo defendente, presa no Porto de Salvador – Bahia, sob a alegação de que só poderia haver a liberação mediante o pagamento do ICMS. O autuado entende que, por gozar dos benefícios do Programa DESENVOLVE, é inequívoco o seu direito ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, não havendo razão para condicionar a saída da mercadoria ao cumprimento imediato da obrigação tributária. Diz que conforme a Resolução nº 27/2006, de 19/04/2006, o defendente foi habilitado ao benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas seguintes hipóteses: a) importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente à diferença de alíquotas de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a desincorporação; b) aquisições internas de resina de PVC e dióxido de titânio, de estabelecimentos onde sejam exercidas as atividades enquadradas na CNAE Fiscal 2431-7/00 e 2419-8/00. O defendente salienta que a Resolução 59/2007, que habilitou a empresa Asperbrás Bahia Ltda., cujo teor é idêntico à Resolução 27/2006, foi retificada e ratificada em 30/01/2008, através da Resolução 08/2008, para incluir o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações de resina de PVC. Assim, o defendente entende que também em relação à Resolução 27/2006, de igual modo, se aplica a mencionada emenda, porque

se trata de aditamento para corrigir a deficiência que macula também a Resolução 27/2006, que tem igual teor da Resolução 59/2007, retificada e ratificada pela Resolução 08/2008. O defendente ressalta que o ato impugnado vinha prejudicando as suas atividades, afetando a indústria e provocando a interrupção dos seus trabalhos, que dependem substancialmente da resina de PVC, matéria prima para a sua atividade industrial. O defendente afirma que são altíssimos os custos de permanência da carga de 550 toneladas de resina de PVC no Porto de Salvador, eram valores diários elevados, chegando a ultrapassar os custos dispensados no caso de compra realizada dentro do próprio Estado Brasileiro, anulando os benefícios da importação. Assim, no *mandamus*, foi requerido, em sede de medida liminar, fosse determinada a liberação da mercadoria, e como concessão definitiva da segurança, o reconhecimento do direito ao não pagamento imediato do imposto, ordenando à autoridade impetrada a efetivação da cobrança nos termos do Programa DESENVOLVE. A liminar foi concedida, tendo a MM. Julgadora determinado à autoridade coatora que procedesse à liberação da mercadoria, autorizando a retirada desta pela proprietária. O autuado diz que se surpreende com a lavratura do presente Auto de Infração, alegando que a liminar concedida determinou que a autoridade coatora procedesse à liberação da mercadoria sem o pagamento do ICMS, porque, caso contrário, não haveria razão de ser o *mandamus*, tampouco o pedido de liminar, e o próprio Auto de Infração menciona a existência do Mandado de Segurança. O defendente informa que a carga permaneceu por mais de dois meses apreendida no Porto de Salvador, em função da recusa da fiscalização estadual em proceder a liberação sem o pagamento do imposto e a recusa da indústria em cumprir tal determinação. Em seguida, o defendente volta a mencionar a Resolução 27/2006, dizendo que no Auto de Infração consta a informação de que o contribuinte não possui habilitação para diferimento da mercadoria importada. Entende que a fiscalização desconsiderou o teor da Resolução 08/2008 para fins de tê-la como inaplicável também à Resolução nº 27/2006. Comenta ainda, sobre a decisão liminar no Mandado de Segurança e diz que de acordo com a Súmula 323 do STF, é vedada a apreensão de mercadorias como meio de coação ao pagamento de tributo. Em relação à multa indicada no Auto de Infração, o defendente alega que não haveria que se falar na aplicação de multa, nem mesmo se a mercadoria estivesse circulando normalmente sem o pagamento do imposto, por entender o autuado que tem direito líquido e certo ao diferimento do tributo, e caso não se reconhecesse o direito do defendente ao benefício concedido pela Administração, entende que a liberação da carga sem o pagamento do ICMS foi determinada mediante decisão judicial, porque o recorrente tem direito ao diferimento do lançamento e do pagamento do imposto, não constituindo infração à legislação do ICMS. Diz que a autuação é indevida e também a multa, que colidem com a idéia do Programa DESENVOLVE, ou seja, a manutenção da autuação fiscal configura o afastamento dos incentivos concedidos ao recorrente, regulados pelo mencionado Programa, retirando o direito ao diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, fazendo com que o citado Programa não atinja a sua finalidade. Assevera que a conduta Administrativa fere os princípios da legalidade e em expresso descumprimento às decisões judiciais. Por fim, o defendente pede que seja reconhecido o seu direito ao não pagamento imediato do imposto apurado no Auto de Infração e à efetivação da cobrança nos termos do Programa DESENVOLVE. Caso não seja este o entendimento, subsidiariamente, requer o afastamento da penalidade aplicada, com a cobrança restrita ao valor do imposto, sem prejuízo do benefício a que faz jus o defendente, relativamente ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 93 a 96 dos autos, comentando sobre o Programa DESENVOLVE, dizendo que de acordo com o art. 344 do RICMS/BA, a fruição do benefício do diferimento é condicionada a que o contribuinte requeira e obtenha previamente habilitação perante a repartição fiscal de seu domicílio, para operar no mencionado regime. Diz que conforme documento extraído do INC desta SEFAZ, o autuado possui diferimento apenas para produtos petroquímicos intermediários e não para resinas de PVC, diferente da ASPERGRÁS, citada na impugnação. O autuante informa que acostou aos autos cópia da Resolução 27/2006, referente ao contribuinte autuado, salientando que à época da autuação, realizou consulta à

GECOT, que respondeu no sentido de que as aquisições do exterior de resina de PVC deverão sofrer tributação normal. Resposta que o autuante transcreveu na fl. 95 deste PAF. Prosseguindo, o autuante comenta sobre a apreensão da mercadoria e diz que não houve e não haverá apreensão de mercadorias como meio coercitivo do pagamento do tributo, haja vista que se faz é documentar a infração cometida para fins de constituição da prova material do fato. Em relação ao aspecto da inconstitucionalidade alegada pelo defendente, o autuante salienta que está fora de sua competência e dos órgãos julgadores, no âmbito do CONSEF, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 104 a 112, aduzindo inicialmente que a matéria deste PAF já é objeto de processo judicial – Mandado de Segurança nº 1995544-1/2008, em curso na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – Bahia, encontrando-se a matéria ainda em discussão, pelo que se impõe a suspensão deste procedimento, tendo sido deferida liminar, reconhecendo, ainda que em caráter provisório, o direito do autuado. Portanto, salienta que a matéria *sub judice* não pode ser decidida na esfera administrativa, devendo ser determinada a sua suspensão, o que requer. No mérito, o defendente reproduz as alegações apresentadas na impugnação inicial, inclusive em relação ao entendimento de que a autuação é indevida, bem como a multa aplicada, que colidem com a idéia do Programa DESENVOLVE. Assim, o defendente reitera as razões de defesa trazidas aos autos na impugnação inicialmente apresentada, pedindo a declaração de invalidade do Auto de Infração e seu arquivamento.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia, constando na descrição dos fatos, que o contribuinte não possui habilitação para diferimento da mercadoria importada.

O contribuinte não questionou os dados numéricos da exigência fiscal, haja vista que nas razões de defesa, alegou que requereu em sede de medida liminar, fosse determinada a liberação da mercadoria, e como concessão definitiva da segurança, o reconhecimento do direito ao não pagamento imediato do imposto, ordenando à autoridade impetrada a efetivação da cobrança nos termos do Programa DESENVOLVE. A liminar foi concedida, tendo a MM. Julgadora determinado à autoridade coatora que procedesse à liberação da mercadoria, autorizando a retirada desta pela proprietária.

Consta às fls. 61/63 do presente processo, a comprovação de que, efetivamente, foi concedida liminar nos seguintes termos: “CONCEDO A MEDIDA LIMINAR PLEITEADA para determinar que a autoridade impetrada proceda a liberação da mercadoria, ou seja, 550 toneladas de resina PVC, podendo ser retiradas pela proprietária e conduzidas à sede da indústria impetrante”.

Na mencionada decisão foi dito que a Resolução 27/2006 habilita a impetrante aos benefícios DESENVOLVE, assim como a Resolução 59/2007 habilitou a empresa Asperbrás Bahia Ltda. ao mesmo programa. A Resolução 08/2008 ratificou e incluiu no benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS sobre as importações de resinas PVC.

Assim, está comprovado que o autuado encontrava-se protegido por Liminar em Mandado de Segurança, ficando demonstrado que a matéria tratada no referido Mandado de Segurança é idêntica à que fora objeto do presente Auto de Infração, o que importa na renúncia pelo autuado ao direito de postular na esfera administrativa. Portanto, tendo o sujeito passivo escolhido a via judicial, extingue-se o processo administrativo nos termos do art. 117 do RPAF/99 e do art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, até que a decisão definitiva no âmbito do Poder Judiciário, ficando suspensa a exigibilidade do tributo, devendo o presente processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Considerando o que estabelece os arts. 117 do RPAF/99 e do art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, concluo pela extinção do presente PAF, restando prejudicada a defesa apresentada.

Quanto à multa por descumprimento de obrigação principal, o autuado aduz que, estando amparado por ordem judicial, não pode ser apenado como se estivesse inadimplente; apresenta o entendimento de que a autuação é indevida, bem como a multa aplicada, que colidem com a idéia do Programa DESENVOLVE; requer o afastamento da penalidade aplicada, com a cobrança restrita ao valor do imposto, sem prejuízo do benefício a que faz jus o defendente.

Conforme exposto anteriormente, o contribuinte obteve concessão de medida liminar em no Mandado de Segurança nº 1995544-1/2008, em curso na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – Bahia. Portanto, caso a decisão judicial seja favorável ao defendente, não haverá infração e nem multa.

O RPAF/BA, no seu artigo 39, determina que o Auto de Infração conterá, dentre outros dados, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a alíquota e o percentual da multa cabível, dispositivos tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Dessa forma, na lavratura do Auto de Infração, o Fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem a indicação da multa correspondente. Neste caso, em relação ao imposto, entendo que está suspensa sua exigibilidade, por proteção judicial. Se a lide for julgada de forma desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser pago com a multa e os acréscimos tributários previstos na legislação estadual.

Portanto, em relação à multa, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, e se aplica ao presente caso, uma vez que o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente.

Defesa PREJUDICADA em relação ao exame do mérito, e Auto de Infração PROCEDENTE, quanto à multa e acréscimos tributários, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada no que tange à obrigação tributária principal e **PROCEDENTE**, quanto à multa e acréscimos tributários, o Auto de Infração nº **140777.0170/08-9**, lavrado contra **KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, ficando, contudo, com a exigibilidade do crédito tributário suspensa, aguardando a decisão final da lide pelo poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA