

PROCESSO - A.I. Nº 232950.0015/03-0
RECORRENTE - PETRORECÔNCAVO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0351-03/03
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0612-11/03

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com o art. 117 do RPAF/99. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 23/05/2003, para exigir o ICMS no valor de R\$8.004,42, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

O autuado apresentou defesa (fls. 26 a 48) inicialmente, esclarecendo que é uma empresa exclusivamente prestadora de serviços (item 35 da Lista de Serviços), com a execução de serviços de reabilitação e reativação de “campos maduros” de petróleo, bem como a produção de hidrocarbonetos, o que exige a importação, vez por outra, de componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de seus serviços. Considerando que o fisco estadual está a exigir reiteradamente o ICMS referente à importação, aduz que ingressou em juízo com o Mandado de Segurança nº 8.574.891/01 e obteve a medida liminar, mas que o autuante lavrou o Auto de Infração em lide para evitar uma possível decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Manifesta o entendimento de que, como não está em mora ou inadimplente, o crédito tributário não poderia ser cobrado com o acréscimo de multas. Na hipótese de julgamento pela parcial procedência da autuação, aduz que o crédito constituído não poderá ser inscrito em Dívida Ativa, haja vista que se encontra com sua exigibilidade suspensa.

Argumenta que o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 33/2001, previa a incidência do ICMS nas importações somente quando o importador fosse contribuinte deste imposto. Diz que, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, passou a admitir a possibilidade dos Estados instituírem ICMS sobre as operações de importação de bens por pessoas físicas ou jurídicas que não pratiquem atos de comércio com habitualidade, porém alega que o poder constituinte derivado não poderia ter produzido tal alteração no texto constitucional, uma vez que “a não-cumulatividade do ICMS e a garantia da não tributação por imposto que, não estando previsto originalmente na Constituição, seja cumulativo ou tenha fato gerador ou base de cálculo próprios daqueles discriminados na Constituição, constituem-se em direitos e garantias individuais e como tal são insuscetíveis de proposta de emenda tendente a os abolir, por expressa disposição do § 4º do art. 60 da Constituição.”

Após tecer comentários sobre o Poder Constituinte e Poder Constituinte Derivado, afirma que este último encontra limitações no próprio texto constitucional, permitindo que se analise a constitucionalidade do texto introduzido pelo Poder Constituinte Derivado. Ressalta que, conforme art. 60, § 4º, da Constituição Federal, é vedada a alteração do enunciado constitucional

que expresse um direito ou garantia individual, não podendo, proposta nesse sentido, ser objeto de deliberação. Repete que, na ordem tributária, os direitos e garantias individuais correspondem aos princípios da isonomia, da estrita legalidade, da não-cumulatividade, da anterioridade e da garantia de não ser tributado por imposto que, não estando originalmente previsto, seja cumulativo ou tenha fato gerador ou base de cálculo próprios daqueles discriminados na Constituição. Transcreve parcialmente os artigos 150, 154 e 155 da Constituição Federal para embasar sua tese. Em seguida, afirma que a alteração no texto da alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, promovida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, restringiu o alcance dos mencionados direitos e garantias individuais, tornando inconstitucional a referida modificação.

Discorre sobre o princípio da não-cumulatividade e, após, afirma que a utilização dos créditos fiscais de ICMS é privativa de contribuinte do imposto. Frisa que a Emenda Constitucional nº 33/2001, ao outorgar aos Estados a competência para instituir o ICMS sobre a importação de bem por pessoa física ou jurídica não contribuinte, restringiu o alcance do princípio da não-cumulatividade, uma vez que o importador não contribuinte do ICMS não tem como usar o crédito do imposto. Diz que a Emenda Constitucional nº 33/2001 atribuiu aos Estados a competência para instituírem um novo imposto, cumulativo e com fato gerador próprio do imposto de importação e, além disso, no seu entendimento, a citada Emenda Constitucional desrespeita o princípio da isonomia.

Alega, ainda, que, diante da identidade entre o imposto de importação e o novo ICMS na importação, surgiu um conflito de competência entre a União e os Estados, tornando indispensável a promulgação de lei complementar, conforme previsto no art. 146, I e III, “a”, da Constituição Federal, cujo teor transcreve. Aduz que, somente após o ingresso da referida lei no ordenamento jurídico nacional, poderão os Estados, por lei própria, instituir o novo imposto. Ressalta que o disposto no inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 não se presta para dirimir o conflito de competência, pois não atende ao disposto no art. 146, I e III, “a” da Constituição Federal e, além disso, já teve a sua interpretação definida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de não permitir a exigência do ICMS nas importações por pessoas físicas de bens sem que constituam operações de circulação de mercadorias. Para embasar a sua tese, transcreve decisões do STF sobre o assunto.

Ressalta que a lei estadual que regular a matéria, além de ser posterior à citada Emenda Constitucional, teria que ser também posterior à lei complementar que vier a regular o assunto. Salienta que os Estados, para exigir o novo ICMS, teriam que instituí-lo mediante lei própria e respeitando o princípio da anterioridade. Diz que o Estado da Bahia não promulgou nenhuma lei que institísse o novo tributo, cita a doutrina sobre a matéria e pede, finalmente, a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 120/125), lembra que o autuado importou hastes de bombeio, acobertadas pela DI nº 03/0401272-0 e nota fiscal e que no contencioso administrativo não há espaço para a discussão sobre se determinada lei – em sentido amplo ou restrito – é ou não inconstitucional. Especialmente quando essa norma trata de Emenda Constitucional, o que atende ao prescrito no art. 167, I do Decreto nº 7.629/99, que regulamentou a Lei nº 3.956/81, alterada pela Lei nº 7.438/99, no que tange ao processo administrativo fiscal. Diz que cabe-nos apenas obedecer ao comando constitucional contido na EC nº 33/2001, enquanto não julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Destaca a nova redação da norma constitucional pela EC nº 33/2001, que complementou o entendimento já firmado no campo da incidência do ICMS do art. 155, § 2º, inciso IX, “a” da Constituição Federal. Alega que o fato do autuado alegar ser pessoa jurídica dedicada à prestação de serviços de perfuração, e em razão de sua atividade não ser contribuinte do ICMS, não desnatura a sua natureza de comerciante, independentemente do seu objeto social, pois na verdade trata-se de uma empresa constituída sob a forma de sociedade por ações, nos termos da Lei nº 6.404/76. Transcreve a definição de contribuinte do

ICMS prevista no art. 4º e parágrafo único da Lei Complementar nº 87/96. Baseado na legislação que rege a matéria conclui que o autuado é contribuinte do ICMS e, como tal, sujeito à exigência fiscal que lhe está sendo imposta.

VOTO DA RELATORA DA 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Inicialmente, devo ressaltar que, acorde o artigo 167, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS referente à importação de bem destinado ao ativo permanente do autuado. O contribuinte, em sua peça defensiva, em nenhum momento, impugnou os valores apontados nesta autuação, limitando-se a questionar a incidência do ICMS sobre a operação em tela.

Considerando que o autuado possuía Liminar em Mandado de Segurança, determinando a suspensão da exigência do imposto, o auditor fiscal constituiu o crédito tributário por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até Decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

De acordo com o inciso I do § 1º do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, o ICMS incide também “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento.” Por seu turno, o inciso V do art. 2º da Lei nº 7014/96, em consonância com a mencionada Lei Complementar, prevê que o ICMS será devido também na “entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, mesmo quando se tratar de bem destinado ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento”.

Considerando os dispositivos citados acima, está claro que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 33/2001, o ICMS na importação de bem já alcançava pessoas físicas e sociedades civis prestadoras de serviços. Reiteradas decisões deste CONSEF já pacificaram, na esfera administrativa, esse entendimento. Para exigir o imposto em lide não havia a necessidade de promulgação de novas leis complementar e ordinária estadual, pois elas já existiam. Dessa forma, foi correto o procedimento adotado pelo autuante, pois era seu dever aplicar a legislação tributária vigente, não lhe cabendo questionar a constitucionalidade da mesma.

Quanto à multa e aos acréscimos legais, foram corretamente indicados pelo preposto fiscal e serão exigidos somente se a Decisão judicial, a ser proferida oportunamente, for favorável ao posicionamento da Fazenda Pública Estadual.

Ressalte-se que diversos Autos de Infração foram lavrados contra este contribuinte, pela mesma irregularidade tributária apontada, tendo sido, dois deles, julgados procedentes na Primeira Instância, por meio dos Acórdãos JJF nºs 0165-04/03 e 0254-04/03. A primeira Decisão, inclusive, foi confirmada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0363-11/03, cujo voto proferido pelo Conselheiro Relator Sr. Max Rodriguez Muniz tem o seguinte teor:

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer da PGE/PROFIS exarado as fls. 119 e 120 deste processo.

Bem sabe o competente Patrono do autuado que a liminar concedida em Mandado de Segurança, não pode atingir o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário devido, conforme previsto expressamente na legislação estadual vigente. Este lançamento fiscal engloba as multas de ofício e os acréscimos moratórios, pois previstos em lei. A Decisão final de mérito manterá ou não o lançamento na sua inteireza. Nada adianta neste momento se discutir, tanto que os recolhimentos glosados estão sendo recolhidos judicialmente já prevenindo um revés.

Quanto a inscrição do débito na Dívida Ativa, não tem objeto a irresignação do recorrente pois, falece competência a 4ª JJF para determinar este procedimento. Entendo que nem esta 1ª CJF deste CONSEF pode determinar a inscrição do débito, cabendo exclusivamente a PGE/PROFIS este procedimento no momento próprio, caso seja necessário e oportuno.

Por conseguinte, adotando também os fundamentos esposados no Parecer PGE/PROFIS citado, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, tendo em vista a concessão de Liminar em Mandado de Segurança, até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão Recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, o recorrente suscita os seguintes argumentos:

1. Existência de liminar em Mandado de Segurança nº 8.574.891/01;
2. Impossibilidade da inscrição do crédito tributário em dívida ativa do Estado;
3. Impossibilidade da exigência de multa e acréscimos moratórios.

O recorrente, conclui a sua peça recursal dizendo que constatado que o pagamento do ICMS em questão não ocorreu em função de autorização judicial (liminar no Mandado de Segurança) citado acima, decorre a conclusão de que o crédito tributário só poderia ser formalizado SEM QUALQUER MULTA, SEJA A FISCAL, SEJA A DE MORA, pois a ora recorrente estava sob a proteção de medidas judiciais que reconheçam o seu direito de não pagar o imposto ICMS na importação de bens, em razão de sua qualidade de não contribuinte do imposto.

Outrossim, reconhecida à suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão, decorre a conclusão de que o mencionado crédito não poderia ter determinado sua inscrição em dívida ativa, haja vista que essa se constitui em ato de exigibilidade do crédito.

Diante do tudo quanto exposto, requer o recorrente seja reformada a r. Decisão recorrida, para o fim de ser reconhecida a Parcial Procedência da autuação, excluindo-se do crédito constituído a parcela inerente às penalidades (multa de infração e acréscimos moratórios), e ser determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a conseqüente não inscrição do crédito em dívida ativa.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 191 e 192, nos seguintes termos:

[...]

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos presentes provas que evidenciam a escolha do contribuinte pela via judicial. Com efeito, o recorrente comprova que a matéria discutida no presente lançamento tributário está submetida a apreciação judicial através do Mandado de Segurança nº 8.574.891/01;

Conforme preceitua o art. 126 do COTEB, na hipótese do contribuinte escolher a via judicial, fica prejudicada a sua defesa ou Recurso voluntário, importando tal opção na desistência da defesa ou do Recurso interposto, provocando o encerramento da instância administrativa e o encaminhamento do processo à Procuradoria Fiscal para o controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis. Outrossim, o art. 125, inciso II, do mesmo diploma legal, determina que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Convém ressaltar também o disposto no art. 117 do RPAF, conforme o qual a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso interposto.

Assim sendo, consideramos prejudicado o Recurso Voluntário interposto, sugerimos a extinção do processo administrativo fiscal acompanhada da remessa dos autos para PGE/PROFIS com vistas à adoção das medidas cabíveis.

Ante o exposto, nosso opinativo é pela declaração de extinção do presente PAF.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que o recorrente entrou, antes da sua defesa inicial, com Mandado de Segurança de nº 8.574.891/01 (fl. 16), e obteve medida liminar que determinou que o Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia, por si ou por seus subordinados, se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pela Defendente para utilização em sua prestação de serviços.

Diante dos fatos, este relator não poderia deixar de acatar o quanto exposto no Parecer da PGE/PROFIS. Por isso, declaro que o referido Parecer passa a fazer parte deste voto como se nele estivesse transcrito.

Assim, concedo este voto declarando PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS para que exerça o controle da legalidade e a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **232950.0015/03-0**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S.A.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS