

PROCESSO - A.I. Nº 20716.20056/03-7
RECORRENTE - PETRORECÔNCAVO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTUDAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0395-02/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 16.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0679-11/03

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 lavrado em 09/07/2003 exige a importância de R\$3.571,58 de imposto, mais multa, pela falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

Objetivou o Auto de Infração resguardar a Fazenda Estadual com relação à exigibilidade futura do crédito tributário em decorrência de Liminar em Mandato de Segurança.

O autuado por intermédio do seu Advogado legalmente constituído, impugnou o Auto de Infração, informando inicialmente que a empresa é prestadora de serviço relacionada à exploração de petróleo, desenvolvendo serviços de reativação de “campos maduros” de petróleo bem como a produção de hidrocarbonetos e sua medição e manuseio, além de outras atividades incluídas nos “serviços operacionais”.

Informa que a empresa necessita de realizar a importação de determinados equipamentos e componentes a serem utilizados na realização de serviços específicos.

Em sequência esclarece em sua defesa que a empresa é prestadora de serviço, conseqüentemente não contribuinte do ICMS e, baseado no art. 155, Inciso IX, alínea “a” da Constituição Federal, defende que o imposto é ilegal e inconstitucional dada a circunstância de que não é contribuinte do referido imposto.

Informa que ingressou em Juízo através do Mandato de Segurança nº 8.574.981/01, obtendo Liminar, que anexou aos autos (fls. 51 a 54), ficando determinado que o “*Superintendente da Administração Tributária, por si ou por seus subordinados, se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pelo autuado para utilização em sua prestação de serviço. Disse que apesar de ser lavrado o Auto de Infração para evitar uma possível decadência, a exigência fiscal é, em seu mérito, inteiramente Improcedente*”.

Por fim alega que não caberia a cobrança do imposto porquanto não foi instituída Lei Estadual regulamentando o novo texto da resultante de Emenda Constitucional nº 33/2001.

O autuante ao prestar sua informação fiscal contesta a defesa arguindo que no contencioso administrativo “não existe espaço para discussão sobre se determinada lei – em sentido amplo ou restrito – é ou não inconstitucional. Especialmente quando essa norma trata-se de Emenda Constitucional. Mesmo porque está completamente fora da competência dos órgãos julgadores, no âmbito do Conselho da Fazenda Estadual (CONSEF), a declaração de inconstitucionalidade de Lei ou Ato normativo estadual, atendendo ao prescrito no art. 167, Inciso I, do Decreto nº 7629/99, que regulamentou a Lei nº 3.956/81, alterada pela Lei nº 7.438/99, no que tange ao Processo Administrativo Fiscal”.

Destaca o entendimento já firmado no campo da incidência do ICMS do art. 150, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a” da Constituição Federal.

Em relação à alegada necessidade de Lei Estadual regulamentadora do novo texto constitucional, argumenta que tal alegação não procede, porquanto o art. 2º, parágrafo 1º, inciso I e o art. 4º, parágrafo único da Lei Complementar nº 87/96 e art. 2º, inciso V e art.5º da Lei nº 7014/96 foram recepcionados pelo novo dispositivo constitucional.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal em Decisão unânime, julgou o Auto de Infração Procedente, afirmando que a concessão de Liminar em Mandato de Segurança não impede o fisco de efetuar o lançamento do crédito tributário até a Decisão definitiva da Ação.

Transcrevo a seguir o VOTO:

“Analisando os elementos acostados ao presente processo, verifiquei que a autuação fiscal é decorrente da falta de recolhimento do imposto pelo autuado por ser considerado responsável na aquisição de mercadorias, cuja importação foi efetuada conforme DI 03/0563257-9, e Nota Fiscal nº 0908, emitida em 08/07/2003 correspondente à entrada das mercadorias, fls. 09 a 14 dos autos.

A legislação estabelece que o ICMS incidente nas entradas de mercadorias do exterior será recolhido no momento do desembarço na repartição aduaneira, independente de serem as mercadorias destinadas a contribuintes neste ou em outro Estado (art. 572 do RICMS/97).

Como se observa, o caso em exame está enquadrado nas regras estabelecidas na legislação, constatando-se que o fato gerador do ICMS ocorre no ato do desembarço aduaneiro (aspecto temporal), e a lei considera-o verificado no local do estabelecimento onde ocorreu a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (aspecto espacial), que no caso é a Bahia.

Foi alegada pelo defendente, a questão da inconstitucionalidade da legislação, entretanto, não se inclui na competência desta JJF a declaração de inconstitucionalidade de lei ou dispositivo regulamentar, conforme art. 167 do RPAF/99, e o contribuinte não trouxe aos autos documentos suficientes para descaracterizar a sua condição de responsável pelo pagamento do imposto exigido.

Em relação ao argumento defensivo de que o autuado está amparado por liminar concedida em mandado de segurança, observo que vem prevalecendo nos julgamentos administrativos no âmbito do CONSEF, o entendimento de que as liminares não evitam o lançamento fiscal, haja vista que a concessão de liminar não impede o Fisco de exercer o seu dever de autuar, sob pena de responsabilidade funcional. Assim, a Decisão é no sentido de que seja constituído o crédito tributário em definitivo e antes da inscrição do débito em dívida ativa, que sejam pesquisados os andamentos dos Mandados de Segurança.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que no presente processo encontram-se os elementos suficientes para comprovar a infração apontada pelo autuante, ficando suspensa a exigibilidade do imposto até Decisão judicial definitiva.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar conhecimento do resultado do Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão Recorrido nº 0395-02/03 pela Procedência do Auto de Infração, a empresa retorna aos autos, tempestivamente, apresentando o presente Recurso Voluntário, através do seu advogado, arguindo e sumariamente requerendo que:

- seja consubstanciada na conclusão pela procedência total da autuação inclusive no que concernes as penalidades;
- não seja o crédito inscrito na dívida ativa; e,
- a correção e multa passe a ocorrer quando for intimada da Decisão judicial transitada e julgada.

A PGE/PROFIS, através de um dos seus representantes assim se manifesta no último tópico do seu Parecer:

“Ante o exposto, verifica-se que o autuado renunciou o direito de defesa administrativa, através do processo administrativo fiscal, em face de ter o mesmo escolhido a via judicial, art. 27, IV do RPAF, e assim o processo administrativo fiscal deve ser encerrado e o presente Auto de Infração encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis com a finalidade de resguardar a Fazenda Pública da prescrição do crédito, conforme art. 117, § 1º, II. Entendemos ainda que o presente RECURSO VOLUNTÁRIO resta prejudicado.”

VOTO

Da análise dos autos verifico que a matéria discutida no presente Processo Administrativo Fiscal é objeto de Mandado de Segurança (Processo nº 8.574.981/01) no qual está determinado que o: *“Superintendente da Administração Tributária, por si ou por seus subordinados, se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pelo autuado para utilização em sua prestação de serviço.”*, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública desta cidade.

Deste modo, a autuação teve por escopo apenas constituir o crédito tributário para resguardar a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, contudo ficando sobrestada a sua exigibilidade, conforme dispõe o art. 151, IV, do Código Tributário Nacional.

Outrossim, o art. 126, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB determina que: *“escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

Por fim o art. 125, II do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 7.438, de 18/01/99, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Assim fica prejudicado o exame na esfera administrativa por que tal hipótese, conforme restou exaustivamente demonstrado acima. A legislação processual considera que enseja renúncia do poder de recorrer ou a desistência de impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto.

Neste contexto, julgo PREJUDICADO o presente Recurso Voluntário e, por conseguinte, EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao de Auto de Infração nº **207162.0056/03-7**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S.A.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ALBERTO NUNES VAZ DA SILVA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMÔEDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS