

A. I. N° - 207162.0053/03-8  
**AUTUADO** - PETRORECÔNCAVO S/A  
**AUTUANTE** - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 23.10.03

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0409-03/03

**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 art. 117, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 15/06/03, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$3.476,97, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas pelo estabelecimento, consoante o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 207162.0010/03-7 acostado às fls. 6 e 7 dos autos.

O autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 20 a 41) inicialmente, esclarecendo que é uma empresa exclusivamente prestadora de serviços (item 35 da Lista de Serviço), com a execução de serviços de reabilitação e reativação de “campos maduros” de petróleo, bem como a produção de hidrocarbonetos e a sua medição e manuseio, 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.

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 insusceptíveis 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 os princípios da isonomia e da não-cumulatividade do imposto 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. 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, terá 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 instituisse o novo tributo. Cita a doutrina sobre a matéria e pede, finalmente, a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 123 a 126), ressalta que a inconstitucionalidade suscitada pelo autuado não se discute no contencioso administrativo e que, enquanto o Supremo Tribunal Federal não julgar inconstitucional a Emenda Constitucional nº 33/01, deve-se obedecê-la.

Aduz que, comparando-se a redação anterior da alínea “a” do inciso IX do artigo 155 da Constituição Federal com a nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, esta apenas explica e interpreta o preceito originário, dirimindo qualquer controvérsia anteriormente existente quanto à não obrigatoriedade de pagamento do tributo por pessoas físicas ou jurídicas que não fossem contribuintes habituais do ICMS, em se tratando de importação. Em sua opinião, a empresa se enquadra perfeitamente no campo de incidência do tributo estadual, ao efetuar a importação dos bens em questão.

Quanto à alegada necessidade de lei complementar e de lei estadual para instituir a incidência do ICMS na importação de bens procedentes do exterior, observa que já havia tal previsão na Lei

Complementar nº 87/96 e na Lei estadual nº 7.014/96, as quais foram recepcionadas pelo novo dispositivo constitucional.

No que concerne ao fato de o importador ser empresa prestadora de serviços, não sendo contribuinte do ICMS, afirma que o sujeito passivo tem na sua denominação a sigla “S.A.”, sendo, portanto, uma sociedade por ações constituída sob a forma de sociedade anônima. Comenta que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao tratar da natureza comercial da sociedade anônima e da natureza de comerciante desse tipo de sociedade, independentemente de seu objeto e que, tendo o autuado natureza comercial, é contribuinte do imposto estadual, nos termos da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei nº 7.014/96. Salienta, ainda, que a qualidade de contribuinte do ICMS é confirmada pelo fato de a empresa em questão ser inscrita no cadastro estadual de contribuintes.

Conclui pedindo a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

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 crédito tributário, o auditor fiscal constituiu o referido 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 por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

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.*

Ocorre que, recentemente, a Segunda Instância deste CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “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 acaso interposto”.

A esse respeito, podem ser citados os Acórdãos CJF nº<sup>os</sup> 0466-11/03 e 0490-11/03 e transcreto o voto da Relatora Sra. Ivone Oliveira Martins, no Acórdão CJF nº 0442-11/03, exarado nos seguintes termos:

#### ***VOTO***

*Analisando os autos verifico que na própria peça acusatória o autuante fez referência ao Mandado de Segurança nº 9517186/2002. E consignou que, “este termo objetiva resguardar a Fazenda Pública Estadual em relação a exigibilidade futura do ICMS devido, atualmente suspensa por Mandado de Segurança”. Logo, a situação denota que o mérito não pode ser apreciado na esfera administrativa, em razão de o sujeito passivo ter impetrado Mandado de Segurança Preventivo tendo obtido liminar, e o exame de mérito por conseguinte será objeto de apreciação no âmbito de Poder Judiciário.*

*Deste modo, a autuação no momento do desembaraço aduaneiro teve a finalidade de constituir o crédito tributário para resguardar a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, contudo, ficando sobrestada a sua exigibilidade, consoante dispõe o art. 151, inciso IV do CTN “(Lei nº 5172/66)”.*

*Além disso, o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 dispõe: “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.”*

*E ainda, o art. 125 inciso 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 a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*

*Diante disso, a instância administrativa estaria esgotada, e este deveria ter sido o entendimento da 1ª Instância, declinando pelo arquivamento do processo administrativo, pois a manifestação do sujeito passivo em recorrer ao Poder Judiciário, feita inclusive preventivamente contra ato da Administração Tributária, como dispõe o art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, atualizado pelo Decreto nº 8.001, de 20/07/01 e artigos 126 e 125 do COTEB, obsta a apreciação do mérito no âmbito do contencioso administrativo.*

*Neste sentido, entendo que o julgamento feito pela Junta de Julgamento Fiscal vai de encontro ao que preconiza o § 1º do art. 117, inciso II do RPAF/99 com a redação dada pelo Decreto nº 8001 de 20/07/01, que determina a remessa do Auto de Infração para a Procuradoria da Fazenda Estadual, independentemente de requisição, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, imediatamente após a lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito à matéria objeto do procedimento administrativo, que é o caso deste processo.*

*Como se verifica dos autos à fl. 41, a concessão da medida liminar pelo Poder Judiciário, foi de natureza preventiva e antecedeu a autuação.*

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

*Assim, julgo EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS, como determina o artigo acima citado.*

Pelo acima exposto, voto pela EXTINÇÃO da lide, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS, como disposto no inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99, para que aquele órgão jurídico adote as providências cabíveis.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Impugnação apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **207162.0053/03-8**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S/A.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA