

A. I. Nº - 207162.0055/03-0
AUTUADO - PETRORECÔNCAVO S.A.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão JJF nº 0421-02/03 de 23 de outubro de 2003, exarado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme solicitado pela Coordenação de Avaliação, à fl. 180v, na forma do artigo 164, § 3º, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, para indicação correta do relator do julgamento.

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0421-02/03

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA DE DEFESA. Extingue-se o processo administrativo fiscal com a desistência da defesa, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente a matéria da lide. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 03/07/03 para exigência de R\$ 5.036,61 de imposto, mais multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia, relativamente a 01 ferramenta manual em aço conectada em tubo para coleta de areia, constante da DI nº 03/0532126-3, conforme Nota Fiscal de Entrada nº 0903 emitida em 01/07/2003.

No prazo legal, o sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, em seu recurso às fls. 22 a 42 analisando os fatos que originaram o lançamento tributário, informou que a empresa é prestadora de serviços, estando sua atividade relacionada à exportação 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”, e que necessita realizar a importação de determinados componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de serviços específicos.

Em seguida, argüiu a improcedência da autuação com base na alegação de que a exigência do imposto nas operações de importações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes é inconstitucional, dizendo que antes da Emenda Constitucional nº 33/2001, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado no sentido de que a competência outorgada ao Estado pelo artigo 155, inciso IX, alínea “a”, da CF/88, não alcança tais operações.

Com esse argumento, informou que ingressou em Juízo mediante o Mandado de Segurança de nº 8.574.891/01, obtendo liminar, conforme documentos às fls. 51 a 91 dos autos, onde foi determinada pela autoridade judicial 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. Salienta que a fiscalização estadual tem dado cumprimento à referida ordem judicial permitindo o desembaraço aduaneiro dos bens importados, porém lavrou o Auto de Infração para evitar a decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário, mas que mesmo assim, sustenta que a autuação é improcedente. Acrescentou que o imposto exigido vem sendo depositado judicialmente (docs. fls. 55 a 91).

Prosseguindo, o patrono do autuado argüiu a inconstitucionalidade das alterações do texto do art. 155, inciso IX, alínea “a” da Constituição Federal, demonstrando o seu entendimento de que seria indispensável a existência de lei estadual posterior à Emenda Constitucional nº 33/2001, para que os Estados pudessem passar a exigir o ICMS nas operações de importação realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes do imposto. Citou o entendimento de jurista e do STF em Recursos Extraordinários que decidiu sobre a impossibilidade de exigência do ICMS na importação de bem por pessoa física ou por sociedade civil prestadora de serviços.

Invocou os artigos 60, § 4º, inciso I, 5º, § 2º, 150, inciso II, 154, inciso I, 155, § 2º, inciso I, todos da CF/88, para mostrar a sua tese de que é inconstitucional a alteração do texto da alínea “a” do inciso IX do § 2º do artigo 155 promovida pela EC nº 33/2001, pois restringiu o alcance dos supras mencionados direito e garantia individual.

Feitas estas considerações, o defendente aduziu que houve a violação dos princípios constitucionais da isonomia e da não-cumulatividade, pois ao ser outorgado aos Estados pela EC nº 33/2001 a competência para instituir o ICMS na importação de bem por pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS, restringiu o alcance do princípio da não-cumulatividade, isto porque o importador não contribuinte do ICMS não tem como usar o crédito do imposto.

Mais adiante, com fulcro no artigo 146, da CF/88, o defendente argüiu a necessidade de lei complementar que disponha sobre conflito de competência de lei estadual posterior à EC nº 33/2001 para instituir nova incidência do ICMS.

Por fim, ressaltando que ainda que a Emenda Constitucional nº 33/2001 fosse constitucional, e ainda que não houvesse a necessidade da edição de lei complementar que dispusesse sobre conflito de competência, mesmo assim requer a improcedência da autuação, com base no argumento de que o Estado da Bahia não poderia exigir o ICMS na importação de bem por pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto, porque inexistente no Estado da Bahia lei posterior à Emenda Constitucional 33/2001 que institua nova hipótese de incidência.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 116 a 119, mantém a autuação, dizendo que em relação à inconstitucionalidade normativa alegada nas razões de defesa, não existe no contencioso administrativo espaço para discussão sobre se determinada lei é ou não inconstitucional. Disse que enquanto o STF não julgar inconstitucional a Emenda Constitucional 32/2001, resta ao fisco atender ao comando normativo da mencionada Emenda Constitucional, porque está revestida de validade. Transcreveu o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal (redação anterior e redação nova), ressaltando que a redação nova apenas explicita e interpreta o texto anterior, e a situação da operação realizada pelo autuado está enquadrada no campo de incidência do ICMS.

Sobre o argumento defensivo de que falta lei estadual, o autuante argumentou que a legislação estadual sempre dispôs da matéria. Citou dispositivos das Leis nºs 4.825/89, 7.014/96 e Lei Complementar 87/96. Contestou também, a alegação do autuado de que é empresa prestadora de serviços, e em razão de sua atividade não é contribuinte do ICMS, citando a definição legal de

contribuinte, inclusive o art. 4º e parágrafo único da LC 87/96. Por fim, pede pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças processuais, constata-se que a acusação fiscal fez referência a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através da DI nº 03/0532126-3, Nota Fiscal de Entrada nº 0903 emitida em 01/07/2003, relativamente a 01 ferramenta manual em aço conectada em tubo para coleta de areia, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Conforme consta no Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 06 a 07, o Auto de Infração foi lavrado para resguardar o direito da Fazenda Pública com relação à exigibilidade futura do crédito tributário, haja vista a existência de Mandado de Segurança nº 8574891/01-48.364.

A autuação foi precedida de Termo de Apreensão, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança citado, e o débito encontra-se devidamente demonstrado à fl. 17, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo e o imposto devido.

Portanto, sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo porque se falar de sua nulidade, uma vez que o lançamento em questão está em conformidade com as disposições legais.

Tendo em vista que o sujeito passivo intentou o Mandado de Segurança de número 857489/01 contra o Diretor do DAT em virtude de o autuado estar sob consulta, e por isso, não poderia ser instaurada qualquer ação fiscal requerendo, de logo, a remessa deste processo à 2ª Vara de Fazenda Pública, haja vista que se o referido Mandado for julgado procedente o Auto de Infração será nulo.

Considerando que a matéria foi objeto de Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, referindo-se aos fatos objeto do procedimento fiscal, fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99.

Assim, nos termos do art. 122 do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

Face ao exposto, resta PREJUDICADA a defesa referente ao presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a defesa referente ao Auto de Infração nº **207162.0055/03-0**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S.A.** Os autos deverão ser remetidos à PROFAZ para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2003.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR