

A. I. N° - 232950.0032/03-1
AUTUADO - PETRORECÔNCAVO S/A
AUTUANTE - ARINALDO SANTA BARBARA SUZART
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06.04.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0084-03/04

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 27/11/2003, para exigir o ICMS no valor de R\$63.166,99, 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.

Embora o autuado tenha apresentado defesa (fls. 24/48), por equívoco, em nome de outro contribuinte, a PERBRÁS, verifica-se que no encaminhamento das razões defensivas foi corretamente indicado o nome do estabelecimento e o número do presente Auto de Infração.

Inicialmente, esclarece que é uma empresa exclusivamente prestadora de serviços (item 35 da Lista de Serviços), desenvolvendo especificamente atividades de prestação dos serviços de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos e a assistência técnica e serviços técnicos relacionados com essas atividades. 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, IX, “a”, da Constituição Federal, para instituir o ICMS sobre as operações de importação, não alcança as operações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes do referido imposto.

Manifesta o entendimento de que, como não está em mora ou inadimplente, o crédito tributário não poderia ser cobrado com o acréscimo de multas, seja a fiscal, seja a de mora, mormente porque o ICMS em questão foi objeto de depósito judicial. 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. Afinal, o vencimento do crédito tributário nos termos do art. 160 do CTN, só ocorreria 30 (trinta) dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado, e esta notificação, no caso “sub judice”, só ocorrerá quando a ora defendente for intimada da Decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável da defendente, de relação ao não pagamento do imposto. Ressalta que este entendimento encontra-se expressamente previsto na Lei nº 9.430/96, no art. 63 §§ 1º e 2º, que consolidou, no âmbito federal, a interpretação a respeito de situações como a presente.

Aduz que não se pode reconhecer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e determinar sua inscrição em Dívida Ativa, uma vez que a inscrição do crédito em Dívida Ativa se constitui em ato de exigibilidade do crédito, consoante lição da Profª Maria Leonor Leite Vieira, em seu livro, “A suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário”.

Diante de todo o exposto requer a defendente que este Egrégio Conselho declare a parcial procedência da autuação, uma vez que o mérito já está sendo discutido através da via judicial, e que seja, portanto excluído do crédito constituído a parcela inerente às penalidades (multa de infração e acréscimos moratórios), e determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a consequente não inscrição em Dívida Ativa.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 45/49), lembra 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 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.

Quanto à impugnação relativa à impossibilidade da exigência de multa e acréscimos moratórios, pela infração ao dispositivo legal mencionado no Auto de Infração, o autuado se submete à aplicação da multa no percentual de 60%, prevista no inciso II, alínea “f”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Ademais, compete à Procuradoria Geral do Estado, PGE, proceder ao controle da legalidade e à Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, a inscrição dos créditos tributários na Dívida Ativa.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

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, bem como a incidência de multa, quer fiscal, quer de mora, em decorrência do depósito judicial da quantia reclamada.

Ressalte-se que diversos Autos de Infração foram lavrados contra este contribuinte, pela mesma irregularidade tributária apontada, estando ainda pendentes de julgamento, considerando que foram ajuizados Mandados de Segurança contra a Fazenda Pública Estadual.

Nesta situação, a segunda instância deste CONSEF tem entendido 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 nºs 0466-11/03 e 0490-11/03 e transcrito o voto da Relatora Sra. Ivone Oliveira Martins, no Acórdão CJF nº 0442-11/03, exarado nos seguintes termos:

VOTO

Analizando 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.

(...)

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 DARC/GECOB, como disposto no inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99, para que aquele órgão 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 **232950.0032/03-1**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S/A**, devendo o mesmo ser encaminhado à DARC/GECOB para a adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR