

**A. I. N°** - 207162.0062/03-7  
**AUTUADO** - PETRORECÔNCAVO S/A  
**AUTUANTE** - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 28.07.04

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0265-03/04**

**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 10/09/03, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$23.879,76, 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 n° 232293.0024/03-7 acostado às fls. 6 a 8 dos autos.

Às fls. 16 e 17 foram anexados alguns documentos comprovando que o contribuinte impetrou mandado de segurança e obteve liminar concedida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do Processo n° 8574891/01.

O PAF foi encaminhado, pela Inspetoria Fazendária, à PGE/PROFI, “tendo em vista que a autuada está amparada por mandado de segurança” e a GECOB/DÍVIDA ATIVA devolveu os autos para à Inspetoria de origem para que intimasse o contribuinte para efetuar o pagamento do débito ou apresentar a defesa.

O autuado foi devidamente intimado e apresentou defesa por meio de advogado (fls. 25 a 32) inicialmente, esclarecendo que é uma empresa exclusivamente prestadora de serviços (item 35 da Lista de Serviço), com a execução de serviços de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos e a assistência técnica e serviços técnicos relacionados com essas atividades, o que exige a importação, vez por outra, de componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de seus serviços.

Argumenta que a exigência fiscal é ilegal e inconstitucional, haja vista que a competência outorgada aos Estados, pelo artigo 155, inciso 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.

Considerando que o Fisco estadual está a exigir reiteradamente o ICMS referente à importação, aduz que ingressou em juízo com o Mandado de Segurança n° 8.574.891/01 e obteve 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.

Entende que, embora a discussão quanto ao mérito da exigência materializada na autuação esteja sendo feita no âmbito judicial, a aplicação de penalidades pecuniárias (multa) é totalmente indevida, uma vez que, não somente a sua conduta estava amparada por ordem judicial, como também o ICMS

em questão foi objeto de depósito judicial, razão pela qual, inclusive, o crédito tributário não pode ser objeto de inscrição em Dívida Ativa, haja vista a suspensão de sua exigibilidade, em virtude da liminar concedida pelo Poder Judiciário.

Acrescenta que o vencimento do crédito tributário, nos termos do art. 160, do CTN, só ocorreria trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado, e que tal notificação, no caso *sub judice*, só ocorrerá quando o autuado for intimado da decisão judicial desfavorável transitada em julgado. Transcreve a Lei nº 9.430/96, visando a corroborar seu posicionamento, e afirma que não se encontra em mora ou inadimplente e, portanto, não é cabível a aplicação de penalidade.

Reafirma que, consoante o artigo 201, do Código Tributário Nacional, a inscrição em Dívida Ativa somente pode ocorrer quando esgotado o prazo de pagamento fixado em lei ou por decisão final proferida em processo regular, o que corrobora a interpretação de que o ato de inscrição em dívida ativa constitui-se em ato de exigibilidade do crédito tributário. Transcreve, ainda, o pensamento da Profª. Maria Leonor Leite Vieira, em seu livro “A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário”, para reforçar a sua argumentação.

Por fim, solicita a procedência parcial da autuação, pedindo que seja excluído, do crédito tributário, a parcela referente às penalidades (multa e acréscimos tributários) e determinada a suspensão da exigibilidade do crédito, com a conseqüente não inscrição em Dívida Ativa.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 44 a 47), ressalta que está fora da competência do Conselho de Fazenda Estadual a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ao teor do art. 167, I, “a”, do RPAF/99. Diz que enquanto o STF não julgar inconstitucional a Emenda Constitucional nº 33/2001, só lhe resta atender ao seu comando normativo, uma vez que está revestida de vigência e validade. Destaca que a redação dada pela citada Emenda Constitucional apenas explicita e interpreta o texto constitucional anterior.

Ressalta que o autuado é uma sociedade anônima e, portanto, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 6.404/76, será sempre uma empresa mercantil, mesmo que seu objeto seja civil. Diz que o sujeito passivo está inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia sob o número 53.780.638 e que, ao efetuar a importação que originou o presente lançamento, assumiu a condição de contribuinte do ICMS, conforme prevê o art. 4º, parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96. Transcreve artigo da Lei Complementar nº 87/96 e cita a doutrina e a jurisprudência.

Quanto à possibilidade ou não de aplicar a multa e de inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa, alega que tais matérias fogem ao âmbito de sua competência funcional, competindo à PGE/PROFIS exercer o controle de legalidade previsto no RPAF/99.

Por fim, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## **VOTO**

Inicialmente, devo ressaltar que, acorde o artigo 167, inciso I, 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 e a imposição de multa, uma vez que seu procedimento estava estribado em decisão judicial e houve a efetivação de depósito do valor reclamado.

Considerando que o autuado possuía liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão da exigência do crédito tributário, 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 por este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

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”.

Pelo acima exposto, voto pela EXTINÇÃO da lide, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS, como previsto 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 207162.0062/03-7, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S. A.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA