

**A. I. Nº** - 232959.0003/05-2  
**AUTUADO** - PERBRAS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ GILSON SALMEIRO DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 27/09/05

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº0033-05/05**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 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/BA. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2005 exige imposto no valor de R\$7.059,94, tendo na descrição dos fatos a seguinte observação: deixou de efetuar o pagamento do ICMS na importação de mercadorias, conforme DIs nº 03/0165734-8; 03/1135405-4 e 03/1135381-3, a primeira datada de 26/02/2003 e as outras duas de 26/12/2003.

O autuado, por intermédio de advogado constituído, se insurgiu contra o lançamento de ofício, apresentando defesa administrativa (fls 41/47). Esclareceu que a empresa exerce, exclusivamente, a atividade econômica de prestação de serviços relacionada à exploração de petróleo (item 35 da Lista de Serviço, anexa ao Decreto-lei nº 406/68).

Observou ser esta uma atividade de alta tecnologia, que necessita realizar, eventualmente, a importação de componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de específicos serviços.

Aduziu que os agentes da fiscalização estadual exigem do importador, indiscriminadamente, o recolhimento do ICMS referente à importação, por ocasião do desembaraço aduaneiro, em face do que estabelece o art. 12, IX, da Lei Complementar nº 87, de 13/09/96. Prosseguindo, entende tal exigência como ilegal e inconstitucional, haja vista que a competência outorgada ao Estados, pelo 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.

Assim, por discordar de semelhante exigência, impetrou Mandado de Segurança, que recebeu o nº 9.417.544/02, obtendo liminar que determinou ao Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia, por si ou por seus subordinados, que se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens que realiza. Alegou que os valores relativos ao ICMS das referidas operações vêm sendo depositados judicialmente e que a fiscalização estadual, em cumprimento à ordem judicial, tem permitido a realização do desembaraço aduaneiro dos bens importados para utilização em sua prestação de serviços, tendo, todavia, sido lavrado o Auto de Infração a fim de evitar uma possível decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Asseverou que embora a discussão quanto ao mérito da exigência materializada na autuação esteja sendo feita no âmbito judicial, ainda assim entende como descabida a multa aplicada, uma vez que a conduta do defendente estava amparada por ordem judicial, como também o ICMS em

questão foi objeto de depósito judicial.

Ressaltou que o pagamento do ICMS não ocorreu em função de autorização judicial (liminar no Mandado de Segurança nº 9.417.544/02), e por essa maneira o lançamento do crédito tributário só poderia ser formalizado sem a multa.

Citando o art. 160 do CTN, para corroborar o seu entendimento que o “vencimento” do crédito tributário só ocorreria 30 (trinta) dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado e, esta notificação só ocorrerá quando o defendente foi intimado da decisão judicial transitada em julgado que reforme o entendimento que tinha o defendente em relação ao pagamento ou não do imposto.

Transcreveu o art. 63, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, que consolidou, no âmbito federal, a interpretação a respeito de débitos com exigibilidade suspensa. Reiterou que o crédito tributário em lide vem sendo depositado judicialmente (fls 60/62), o que além de prevenir a mora, proporcionará, em caso de decisão judicial denegatória da segurança, a conversão dos depósitos em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário. e que está juntando documentos em anexo. Citou também o art. 201 do CTN, para discorrer sobre a impossibilidade da inscrição do crédito em dívida ativa do Estado.

Concluiu, requerendo a procedência parcial da autuação, já que o mérito está sendo discutido através da via judicial e que seja excluído do crédito a parcela inerente às penalidades (multa de infração e acréscimos moratórios, e seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário).

O autuante, à fl. 66/67, informou que conforme art. 572 e 573 do RICMS/BA, o imposto incide no desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, devendo ser recolhido no momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem. Que a alegação do contribuinte de ser prestador de serviços, e por esta razão não recolher o imposto, descabe assim completamente.

Relatou que o contribuinte vem descumprindo o determinado pelo Mandado de Segurança supra citado, ao não realizar o depósito do montante exigido em cada importação, observando que os recolhimentos anexados só foram feitos após a ação fiscal.

Finalizou, requerendo a procedência do auto.

## **VOTO**

O Auto de Infração exige ICMS sobre a importação de bens, devido ao não pagamento do imposto no despacho aduaneiro, realizado neste Estado, por entender o contribuinte não estar a este obrigado, por ter como atividade econômica a prestação de serviços. Estando assim, sujeito à incidência do ISS, e não do ICMS.

Entendo a lavratura deste auto como uma cautela da Administração Tributária, que se revelou produtora, pois até então não se tinha verificado o depósito judicial dos valores referentes ao montante do imposto exigido. Confirmando tal compreensão, anota o autuante que os recolhimentos só foram feitos após o início da ação fiscal.

Da análise dos autos, verifico que o cerne da questão em comento constitui em saber se é devida ou não o ICMS sobre as importações referidas neste lançamento de ofício. Ocorre que esta relação jurídico-tributária já vem sendo objeto de apreciação judicial - Mandado de Segurança (Processo nº 9.417.544/02) fls. 20 a 22.

Por sua vez, o RPAF (DECRETO 7629/99) estabelece que com a escolha da via judicial, considera-se esgotada a instância administrativa. Entendo que esta é a situação configurada neste PAF. O contribuinte ao recorrer ao Judiciário, desistiu da defesa interposta perante este Conselho,

cabendo a esta Junta apenas decidir pela extinção do processo, conforme arts. 117 e 122, IV, do aludido Decreto e, acrescento, sem julgamento do mérito (aplicando subsidiariamente o Código de Processo Civil – CPC, art. 267, VIII), conforme art. 180 do RPAF.

Quanto a solicitação de dispensa da multa, observo que as Juntas de Julgamento não possuem competência para tal fim, enquanto que em relação ao pedido de dispensa da cobrança dos acréscimos moratórios, informo, sem adentrar no mérito, que eles não são constituídos pelos autuantes. Os próprios sistemas corporativos da Secretaria, através de rotina própria, calculam estes valores. Decorrem assim de dispositivo legal, conforme art. 51 da lei 7014/96.

Isto posto, cumprindo o art. 122, IV, do RPAF/99, voto pela extinção do presente processo administrativo, e o encaminhamento para a PGE/PROFIS para os procedimentos de sua competência.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao de Auto de Infração nº 232959.0003/05-2, lavrado contra **PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR