

A. I. Nº - 207162.0061/03-0
AUTUADO - PETRORECÔNCAVO S.A
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 10/04/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-05/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Empresa prestadora de serviço quando realiza operação de circulação de mercadoria é obrigada a pagar o ICMS. No caso de importação esta obrigação consta expressamente em lei. Defesa prejudicada quanto a apreciação do mérito tendo em vista a matéria se encontrar *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/8/2003, cobra ICMS no valor de R\$2.364,26 acrescido da multa de 60%, em decorrência da importação de seis partes de bombas para líquidos quando do desembaraço aduaneiro, conforme Nota Fiscal de entrada nº 0941 e Declaração de Importação - DI nº 03/0625018-1.

O autuado impugnando o lançamento (fls. 133/140), através de advogado legalmente constituído, afirmou, como inicial, que é empresa exclusivamente prestadora de serviços, estando sua atividade relacionada à exploração de petróleo (item 35 da Lista de Serviços, anexa ao RICMS/97), desenvolvendo serviços específicos de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos e de assistência técnica relacionada com tais atividades. Assim, tendo em vista a alta tecnologia empregada na prestação daqueles serviços, necessita realizar, vez por outra, a importação de determinados componentes e equipamentos.

Quando do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, os agentes do fisco estadual exigem dos importadores, indiscriminadamente, o pagamento de ICMS, com base no art. 12, IX, da Lei Complementar nº 87/96. Porém em relação ao impugnante a exigência fiscal é indevida, haja vista que a competência outorgada pela Constituição aos Estados (art. 155, IX, "a") 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 tributo. Em vista desta situação, ingressou em juízo (Mandado de Segurança nº 8.574.891/01), obtendo Medida Liminar no sentido de que o fisco estadual se abstivesse de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas para utilização em suas prestações de serviços. Salientou que os valores relativos ao ICMS das referidas operações estavam sendo depositados judicialmente.

Apesar de a autuação ter como objetivo prevenir a decadência do direito de constituir o crédito tributário, protestou contra a multa aplicada, a entendendo totalmente indevida, vez que a conduta do defensor encontrava-se amparada por ordem judicial, como também, o imposto foi objeto de depósito judicial. Ressaltou, por outro lado, que o crédito em discussão não pode ser inscrito em dívida ativa, pois amparado por medida liminar.

Prosseguindo em seus argumentos, disse que, além da multa, também eram indevidos os acréscimos moratórios, pois a empresa não se encontrava em mora ou inadimplente, já que sob a proteção de uma medida judicial que reconhecia o seu direito de não pagar o imposto. Observou que o “vencimento” do crédito tributário, nos termos do art. 160 do CTN, só ocorre 30 dias depois da data em que se tiver o sujeito passivo sido intimado da decisão judicial transitada em julgado, caso venha a ser negado o pleito. Argumentou que não se podia admitir que alguém possa estar em mora ou inadimplente em relação a uma conduta quando existe uma norma individual e concreta – uma decisão judicial – que permite omitir essa mesma conduta. Asseverou que o crédito tributário em discussão vem sendo depositado judicialmente, 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.

A seu ver, era impossível a inscrição do crédito em dívida ativa, em face da norma do art. 201 do CTN, frisando que este dispositivo prevê que tal inscrição somente pode ocorrer quando esgotado o prazo de pagamento fixado por lei ou por decisão final proferida em processo regular. Transcreveu a opinião da profª. Maria Leonor Leite Vieira acerca da matéria.

Requer a procedência parcial do Auto de Infração, com exclusão da multa, inclusive de mora.

O fiscal autuante, quando de sua informação (fl. 149/152), rebateu a alegação da defesa de que, como o importador é empresa prestadora de serviços não poderia ser considerada contribuinte do ICMS. Disse que o autuado tem na sua denominação a sigla “S.A.”, sendo, portanto, uma sociedade por ações constituída sob a forma de sociedade anônima, nos termos da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.). Assim, 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, sendo prejudicada toda a sua argumentação com base no art. 155, IX, “a”, da Constituição Federal. Tendo, portanto, natureza comercial, o autuado é contribuinte do ICMS, nos termos da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei nº 7.014/96.

Observou, em seguida, que a qualidade de contribuinte do ICMS é confirmada pelo fato de a empresa ser inscrita no cadastro estadual de contribuintes.

Comentou a respeito do argumento de constitucionalidade levantada pelo impugnante a respeito da EC nº 33/2001, observando que no âmbito administrativo tal discussão não pode ser aventada. Entendeu que se tratando de situação de fato, a multa foi corretamente aplicada, fugindo da competência da fiscalização e do foro administrativo julgá-lo justa ou injusta, legal ou ilegal. Por derradeiro, citando a legislação e artigos do RPAF/99, discordou de que o Auto de Infração não pudesse ser inscrito em dívida ativa.

Requer a total procedência da autuação.

A 1^a JJF através do Acórdão nº 0184/01-04, tendo em vista que o autuado havia impetrado Mandado de Segurança, obtendo Medida Liminar, com o objetivo do fisco estadual de se abster de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas para utilização em suas prestações de serviços, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, extinguíu o processo administrativo ficando, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário. O processo foi enviado à PGE/PROFIS (fls. 154/156).

A PGE/PROFIS, quando do controle da legalidade dos autos (fls. 169/205), com fundamento no artigo no art. 119, II, e § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, representou à este CONSEF para que fosse declarada a nulidade da Decisão proferida pela 1^a JJF (fls. 207/214). Sustentou, nesta Representação, que a Decisão recorrida havia se equivocado ao extinguir o processo administrativo fiscal contencioso, em razão da escolha pelo contribuinte na via judicial, mediante a impetração do Mandado de Segurança. Isto porque, nos termos do art. 117, do RPAF a discussão na esfera judicial somente acarretará a extinção por desistência do processo administrativo, no caso do objeto discutido no Judiciário ser o mesmo, ou ainda mais amplo, do impugnado administrativamente. No caso, a matéria levada ao Judiciário não contemplava a discussão administrativa (aplicação da multa e exigência de acréscimos moratórios), razão pela qual o contencioso administrativo deveria prosseguir, não havendo a sua extinção. Observou, ainda, que esta decisão era fundamental em respeito à garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Através do Acórdão nº 0012-12/06, a 2^a Câmara de Julgamento Fiscal acolheu a Representação proposta pela PGE/PROFIS, declarando a nulidade da Decisão de Primeira Instância e retornando os autos a Junta de Julgamento Fiscal “para, através de novo julgamento, reexaminar os termos da defesa apresentada pelo contribuinte quanto ao cabimento da aplicação de multa e acréscimos moratórios na situação em análise” (fls. 219/220).

Autuante e autuado foram comunicado da decisão prolatada (fls. 223/225).

VOTO

O Auto de Infração cobra ICMS relativo à importação de seis partes de bombas para líquidos quando do desembarço aduaneiro, conforme Nota Fiscal de entrada nº 0941 e Declaração de Importação - DI nº 03/0625018-1.

Embora o defendantente tenha centrado a discussão da matéria na constitucionalidade da exigência de ICMS na importação de bens por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes do imposto estadual, como se apresentou, ele mesmo informou de que havia impetrado Mandado de Segurança, obtendo Medida Liminar com o objetivo do fisco estadual de se abster em exigir o pagamento do citado imposto nas operações de importação dos bens para utilização em suas prestações de serviços. Ressaltou que o ICMS vem sendo recolhido judicialmente.

Quanto à constitucionalidade, ou não, da legislação tributária estadual, ressalto que não cabe a este foro administrativo qualquer discussão diante das determinações do art. 167, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Além do mais, a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, conforme expresso no art. 151, V, CTN, é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Porém nada impede a sua constituição, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de decisão a ele favorável.

Em vista do exposto, a decisão da 1^a JJF (Acórdão JJF nº 0184/01-04) foi pela extinção do processo, e o seu envio à PGE/PROFIS para que fossem tomadas as medidas cabíveis.

No entanto a PGE/PROFIS apresentou Representação junto a este CONSEF entendendo que o impugnante não havia discutido o mérito da autuação, mas sim, pautou sua irresignação quanto à multa e os acréscimos moratórios. Desta forma, a decisão prolatada pela 1ª JJF havia violado os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Através do Acórdão CJF nº 0012-12/06 a Representação foi acolhida e declarada a nulidade da decisão da Primeira Instância. Os autos voltaram para novo julgamento.

Em vista do exposto, adentro nestas questões que não foram objeto do Mandado de Segurança, uma vez que quanto ao direito aplicável, a questão se encontra *sub judice*, não estando em discussão neste Colegiado, como bem colocou o impugnante. Conforme determinações do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto, estando prejudicada a sua discussão.

A defesa prende-se na sua irresignação quanto aos acréscimos moratórios e multa por infração, por não ter recolhido o imposto nos moldes determinados pela legislação tributária estadual, já que o assunto encontra-se sob o manto do Poder Judiciário. Trouxe dois aspectos como base de argumentação.

No primeiro disse que o “vencimento” para pagamento da diferença de imposto ora cobrado somente ocorrerá trinta dias após a notificação da decisão judicial (art. 160, do CTN), sendo a decisão a si desfavorável. Portanto não se considera inadimplente perante o Estado. Este raciocínio, embora inteligente, não pode ser levado adiante. Se a decisão judicial for desfavorável ao Estado, não existirão acréscimos moratórios nem, tampouco, multa, pois a autuação será insubsistente. Se favorável ao Estado e não sendo recolhido o imposto no prazo regulamentar, os acréscimos tributários devem ser cobrados. Depositado judicialmente, nos prazos regulamentares, eles não serão cobrados, pois a data de pagamento será aquela do depósito efetuado. Observo, neste momento que o Auto de Infração foi lavrado em 29/2/2004 e o imposto recolhido judicialmente em 30/3/2004, conforme consta à fl. 168 dos autos.

Como segundo aspecto, observando as determinações do caput e §§ 1º e 2º do art. 63, Lei nº 9.430/96, entendeu que estava consolidada a interpretação a respeito de situações como a presente, ou seja, a data em que se considera o sujeito passivo notificado, em caso *sub judice*, só ocorrerá quando for intimado da decisão judicial transitada em julgado, não cabendo, assim, a multa de ofício na constituição do crédito tributário. Ressalto que a Lei nº 9.430/96 é a do Imposto de Renda, editada por ente tributante diverso (União) e para reger imposto de sua competência, não se constituindo regra geral de direito tributário. A lei tributária estadual não contempla esta situação. Inclusive, somente a Câmara Superior deste Colegiado possui competência para excluir, não acréscimos moratórios, mas a penalidade por infração, ao apelo da equidade. No mais, cabe ao impugnante, sendo a sentença judicial a ele desfavorável, requerer em juízo a dispensa dos acréscimos tributários ora questionados.

Do exposto, a defesa fica prejudicada quanto ao exame do seu mérito e o Auto de Infração é procedente, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo a PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis, diante de sua competência para este fim.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar prejudicada a defesa em relação a questão do mérito e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207162.0061/03-0, lavrado contra a PETRORECÔNCAVO S.A., devendo ser intimado o autuado na forma regulamentar e, em seguida, encaminhados os autos à

PGE/PROFIS para as providências de sua alçada, até decisão final da lide na esfera judicial.

Ressalve-se que a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a decisão final do Mandado de Segurança impetrado pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE /RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR