

A. I. Nº - 207162.0060/03-4
AUTUADO - PETRORECÔNCAVO S/A.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 19/04/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-05/06

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 presente lançamento de ofício, lavrado em 14/08/03, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, cobra ICMS no valor de R\$14.882,71, devido à falta de recolhimento do imposto no desembaraço aduaneiro, feito neste Estado, de mercadorias importadas, conforme Declaração de Importação nº 03/0653958-0.

À fl 15 foi anexado ofício encaminhado pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública determinando que a fiscalização estadual se abstinhasse de exigir do autuado o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens, realizadas para utilização em sua prestação de serviços, até o julgamento final de Mandado de Segurança interposto pelo contribuinte.

Às fls. 21 a 23 juntou-se manifestação da PROFAZ sobre a situação Processual do Mandado de Segurança nº 140.01.857.489-1, entendendo que inexistia impedimento à constituição do crédito tributário ora reclamado. Documentos sobre o aludido mandado de segurança foram acostados aos autos às fls. 24 a 144.

O autuado apresentou defesa administrativa, fls. 149 a 155 dos autos, aduzindo, inicialmente, ter como atividade exclusiva a prestação de serviços (item 35 da Lista de Serviço), a exemplo de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos, bem como a assistência e serviços técnicos relacionados com essas atividades. Esclareceu que em virtude da alta tecnologia empregada em sua atividade, vez ou outra, necessita realizar importação de componentes e equipamentos.

Alegou que por ocasião do desembaraço aduaneiro, os agentes da Fiscalização Estadual, que exercem as suas funções junto aos órgãos alfandegários, exigem do importador, indiscriminadamente, o recolhimento do ICMS referente à importação, em face do que estabelece o art. 12, IX, da Lei Complementar nº 87/96.

Entendeu a exigência como indevida, porque ilegal e inconstitucional, haja vista que a competência outorgada aos 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.

Por essa razão, ingressou em juízo mediante o Mandado de Segurança nº 8.574.891/01 e obteve a medida liminar, a qual determina que a Superintendência da Administração Tributária do Estado da Bahia se absteresse de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pelo autuado, todavia, o autuante lavrou o Auto de Infração em exame para evitar a decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Informou que não estava em mora ou inadimplemento e que o crédito tributário só poderia ser formalizado sem a aplicação de penalidades pecuniárias (multa), uma vez que a empresa encontrava-se amparada judicialmente por medida que a desonerava do pagamento do tributo aqui exigido.

Explicou que o “vencimento” do crédito tributário, nos termos art. 160, do CTN, só ocorreria “30 (trinta) dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado”, cuja notificação só ocorrerá quando a empresa for intimada da decisão transitada em julgado, que reforme o entendimento em relação ao não pagamento do imposto.

Fundamentou o entendimento supra na Lei nº 9.430/96, que consolidou, no âmbito federal, a interpretação a respeito de situações como a em exame, transcrevendo o art. 63 e seus §§ 1º e 2º, da referida lei.

Afirmou que o crédito tributário em questão vem sendo depositado judicialmente (docs. anexos), o que além de prevenir a mora, proporcionará, no caso de decisão judicial denegatória da segurança, a conversão dos depósitos em renda do Estado, extinguindo, assim, o crédito tributário.

Prosseguindo, discorreu sobre a impossibilidade da inscrição do crédito em dívida ativa, trazendo aos autos o art. 201, do CTN, além de doutrina sobre a matéria.

Ao concluir, requereu que o CONSEF declare a parcial procedência da autuação e que seja excluída do crédito constituído a parcela inerente às penalidades (multa por infração e acréscimos moratórios), bem como seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a conseqüente não inscrição do crédito em dívida ativa.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 169 a 172, sintetizando os fatos que ensejaram a lavratura do Auto Infração e as alegações defensivas. Disse que por ser uma S.A., a empresa possui natureza mercantil, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 6404/76, sendo assim contribuinte do ICMS.

Observou que não está na competência do Conselho de Fazenda Estadual a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ao teor do art. 167, I, do RPAF/99.

Ressaltou que a incidência do ICMS na importação de bens do exterior destinados ao consumo ou ativo fixo já era prevista há bastante tempo nas diversas legislações tributárias. Na Bahia, a legislação dispunha a respeito da citada matéria no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 4.825/89 e, atualmente, no art. 2º, inciso V, da Lei nº 7014/96.

Acrescentou que o contribuinte 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, o autuado assumiu a condição de contribuinte do ICMS, conforme prevê o art. 4º, parágrafo único,

inciso I, da Lei Complementar nº 87/96. Transcreveu artigo da Lei Complementar nº 87/96, citando doutrina e jurisprudência.

Finalizou pela procedência da autuação.

A 4ª JJF julgou prejudicada a defesa apresentada (fls 177/179) e, por conseguinte, extinguiu o processo na esfera administrativa, encaminhado o mesmo a PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

O contribuinte intimado sobre o resultado do julgamento da 4ª JJF (fl 197), voltou a se manifestar (fls 200), reiterando o argumento de que o crédito tributário em questão encontrava-se com exigibilidade suspensa. Requereu que o montante autuado não fosse inscrito em dívida ativa.

A PGE/PROFIS, no controle da legalidade (fls 194/195), não vislumbrou identidade de objetos discutidos nas esferas administrativas e judicial, compreendendo não haver razão assim para a extinção do processo administrativo. Salientou que o autuado argüiu apenas a impossibilidade de aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, e que a recusa do julgamento administrativo pela 4ª JJF implicava em ofensa ao princípio do devido processo legal. Representou ao CONSEF pela nulidade do julgamento anterior e reabertura do contencioso administrativo.

O mencionado Parecer foi ratificado (fls 208/209), procedimento acolhido pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS (fls 210/212), concluindo que o julgamento feito pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal importou em vício insanável e ilegalidade flagrante, na medida em que deixou de apreciar a defesa apresentada pelo contribuinte, mitigando a garantia fundamental de ampla defesa e do contraditório. Sugeriu o reexame pelo CONSEF dos termos da defesa apresentada pelo contribuinte quanto ao cabimento da multa e acréscimos moratórios na situação em análise. Pugnou pela anulação da referida decisão. A representação da PGE/PROFIS foi acolhida, sendo determinado novo julgamento de mérito quanto às questões não abordadas (fls 217/18) pela 4ª JJF em julgamento anterior.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS sobre a importação de compressores de ar, devido ao não pagamento do imposto no despacho aduaneiro, realizado neste Estado, por entender o contribuinte exercer atividade de prestação de serviços não sujeita ao pagamento do imposto.

O sujeito passivo tributário suscitou questão quanto à aplicação da multa de ofício e dos acréscimos moratórios.

Inicialmente, esclareço que a lavratura do auto de infração sobre matéria ainda em discussão no Judiciário, não o torna, apenas por esta razão, ilegítimo. Entendo a lavratura deste auto como uma cautela da Administração Tributária, com o fim de resguardar a constituição do crédito tributário. Confirmando tal compreensão, observo que a referida medida judicial determinava tão somente a imediata suspensão da exigibilidade do imposto, e foi por bem, cumprida pelo autuante. A própria PGE/PROFIS entendeu que não havia óbice à constituição do crédito tributário ora reclamado.

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, não excluindo os pedidos sucessivos, relacionados àquela, como a cobrança de multa e acréscimos moratórios. Quanto à questão específica sobre a cobrança do imposto, ocorre que esta relação jurídico-tributária já vem sendo objeto de apreciação judicial em sede Mandado de Segurança. Por sua vez, o RPAF (Decreto nº 7629/99) estabelece que com a escolha da via judicial, considera-se esgotada a instância administrativa. Entendo que esta é a situação configurada nesta questão, cabendo a esta Junta apenas considerar a defesa prejudicada, conforme art. 122, IV, do aludido Decreto e, acrescido, sem julgamento do mérito (aplicando subsidiariamente o Código de Processo Civil – CPC, art. 267, VIII), conforme art. 180 do RPAF.

No tocante as parcela inerente à multa de ofício, ressalto que a Bahia possui legislação própria quanto aos processos administrativos fiscais, a qual decorre de competência legislativa ativa concedida ao estado pela própria Constituição (art. 24, da CF). Assim, a competência da União em direito tributário, limita-se a estabelecer normas gerais (sendo o Código Tributário Nacional a maior prova disto). A multa aplicada tem a sua cobrança autorizada por lei, de nº 7014/96, e não cabe a este foro administrativo excluir a sua incidência.

Quanto à solicitação de dispensa da cobrança pela mora, informo 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 e art. 102 do COTEB, tendo como atualização a taxa SELIC. Ressalto que a Lei nº 9.250/95 dispõe, nos termos da autorização do art. 61 do CTN, que essa será o instrumento para aplicação dos juros de mora, cuja questão já foi por demais discutida nos Tribunais Superiores que reiteradamente têm prolatado decisões admitindo a legalidade e constitucionalidade da sua aplicação. Afasto por força do quanto acima mencionado a alegação referente à exclusão dos encargos pela mora.

Desta forma, julgo procedente a cobrança da multa de ofício e dos encargos pela mora, ao tempo em que considero prejudicada a defesa sobre a tributação do produto compressores de ar, devendo o PAF ser encaminhado a PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

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 207162.0060/03-4, 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, 12 de abril de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR