

A. I. Nº - 232959.0003/05-2
AUTUADO - PERBRAS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ GILSON SALMEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 05/10/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0297-05/06

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 à 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). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem a incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra à cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Defesa **PREJUDICADA** quanto ao mérito da autuação, ficando, entretanto, mantida a **PROCEDÊNCIA** em relação às penalidades e cominações legais. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento de ofício, lavrado em 31/03/2005, exigindo ICMS no valor de R\$ 7.059,94, retornou a esta Junta de Julgamento Fiscal (JJF) para nova decisão, por ter sido anulada a anterior pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), Acórdão CJF nº 0232-11/06 (fls 114/115), ao se acolher Representação da PGE/PROFIS (fls. 92 e 93) propondo essa medida por se entender que o contribuinte teve o seu direito de defesa tolhido ao não se apreciar na decisão “*a quo*” a questão relativa à possibilidade ou não de incidência da multa por descumprimento de obrigação principal e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido no Auto de Infração, bem como a não inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa.

A autuação teve como fundamento a falta de pagamento do ICMS na importação de mercadorias, conforme DIIs 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, em defesa administrativa (fls 41/47) informou 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 também 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 constitucional, 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 defendantec 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 tributário notificado e, esta notificação só ocorrerá quando o defendantec foi intimado da decisão judicial transitada em julgado que reforme o entendimento que tinha o defendantec 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 com o fim de provar o alegado. 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 excluída 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 de Infração.

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. Quanto a esta questão específica, se é devido ou não o imposto na importação das mercadorias constantes nas notas fiscais autuadas, o sujeito passivo tributário ao recorrer ao Judiciário, afastou o julgamento de mérito sobre estas, cabendo a esta Junta considerar prejudicada a defesa quanto a esta questão, conforme art. 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.

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. Neste sentido, anotou o autuante que os recolhimentos só foram feitos após o início da ação fiscal.

Remanesce, porém as questões que não foram objeto da decisão anterior, embora tenham sido tratadas incidentalmente, quais sejam:

- a) a aplicação da multa por descumprimento da obrigação principal e dos acréscimos moratórios, já que a falta de recolhimento do imposto decorreu de Decisão judicial que, nos autos do Mandado de Segurança nº 9417544/02, suspendeu a exigibilidade do crédito tributário, em momento anterior ao da lavratura do presente Auto de Infração e;
- b) a inscrição do débito em Dívida Ativa;

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal, observo 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 Lei nº 9.430/96, citada pelo contribuinte como paradigma a se adotar nesta questão, ultrapassa este limite, ao estabelecer regramento específico quanto aos procedimentos ali descritos, tendo por isso sua abrangência restrita ao âmbito federal. Além do mais, o imposto regido por esta lei é o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), tem fatos geradores distintos do ICMS e com ele não se confunde. A lei citada não constitui um parâmetro para a situação ora em análise. Esclareço que 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.

Em relação 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. Saliento 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.

A dívida ativa tributária, segundo o artigo 2º da Lei 6830, é conceituada como sendo o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas. É assim o crédito da Fazenda Pública regularmente inscrito, no órgão e por autoridade competente, após esgotado o prazo final para pagamento fixado pela lei ou por decisão final, em processo administrativo regular. Como todo procedimento vinculado, caberá a PGE/PROFIS apreciar a parte formal, a legalidade e legitimidade do ato, após exaurir as instâncias no processo administrativo. É uma decisão assim a ser tomada por aquela especializada, após a análise do processo. Como entendo que o mesmo encontra-se plenamente instruído, a salvo de vícios formais, observando-se o princípio da legalidade, é legítimo o lançamento de ofício, afasto o pedido pela não inscrição do débito em dívida ativa.

Por outro lado, entendo que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem a incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra à cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito na demanda judicial.

Desta forma, julgo PROCEDENTE a cobrança da multa de ofício e dos encargos pela mora, rejeitando a solicitação de não inscrição do débito em dívida ativa tributária, ao tempo em que considero PREJUDICADA a defesa sobre a tributação das mercadorias autuadas, devendo o mesmo 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 **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal e julgar **PROCEDENTE** em relação às penalidades e cominações legais o Auto de Infração nº 232959.0003/05-2, lavrado contra **PERBRAS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA**, no valor de R\$7.059,94, devendo ser intimado o autuado na forma regulamentar e, em seguida, encaminhados os autos a PGE/PROFIS para as providências de sua alçada, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR