

A. I. N° - 232950.0024/03-9
AUTUADO - PETRORECÔNCAVO S.A.
AUTUANTE - ARINALDO SANTA BÁRBARA SUZART
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 28.05.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0123-02/08

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 foi lavrado em 30/07/2003 para exigência de R\$40.413,01 de imposto, mais multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia, relativamente a diversos equipamentos constantes da DI nº 03/0609627-1, conforme Notas Fiscais de Entrada nº 0927 a 932, emitidas em 30/07/2003 (docs. fls. 12 a 17).

O PAF foi encaminhado à Procuradoria Fiscal da PGE, sendo prestada a informação às fls. 30 a 32 sobre o andamento processual do Mandado de Segurança nº 140.01.857.489-1 e do Pedido de Suspensão de Liminar, com a juntada aos autos das principais peças processuais, conforme documentos às fls. 33 a 136.

Atendendo a intimação à fl. 138, o sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, em seu recurso às fls. 142 a 149, analisando os fatos que originaram o lançamento tributário, informou que a empresa é prestadora de serviços, estando sua atividade relacionada à exportação de petróleo, desenvolvendo prestação de serviços de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos e a assistência e serviços técnicos relacionados com essas atividades, e que necessita realizar a importação de determinados componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de serviços específicos.

Em seguida, argüiu a improcedência da autuação com base na alegação de que a exigência do imposto nas operações de importações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes é ilegal e inconstitucional, por entender que a competência outorgada ao Estado pelo artigo 155, inciso IX, alínea “a”, da CF/88, não alcança tais operações.

Com esse argumento, informou que ingressou em Juízo mediante o Mandado de Segurança de nº 8.574.891/01, obtendo medida liminar, onde foi determinada pela autoridade judicial que o Superintendente da Administração Tributária, por si ou por seus subordinados, se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pelo autuado para utilização em sua prestação de serviço. Salienta que a fiscalização estadual tem dado cumprimento à referida ordem judicial permitindo o desembaraço aduaneiro dos bens importados, porém lavrou o Auto de Infração para evitar a decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário, mas que mesmo assim, sustenta que a autuação é improcedente. Acrescentou que o imposto exigido vem sendo depositado judicialmente.

Ressalta que o crédito tributário em questão não pode ser objeto de inscrição em dívida ativa, em razão da suspensão da sua exigibilidade por medida liminar garantida nos autos de Mandado de Segurança nº 8.574.891/01, bem como dos depósitos judiciais relativos ao ICMS das referidas operações, citando o que dispõe o artigo 201, do CTN, e o entendimento demonstrado pela Profª Maria Leonor Leite Vieira, em seu livro “A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário”.

Assevera a impossibilidade da exigência de multa e acréscimos moratórios, por se encontrar amparado por medida liminar, dizendo que o crédito tributário só poderia ser formalizado sem qualquer multa, tendo em vista que a empresa não estava em mora ou inadimplente. Disse que a notificação do crédito tributário só ocorrerá quando a empresa for intimada da decisão judicial transitada em julgado, e que esse é o entendimento previsto artigo 63, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430/96.

Concluindo, o patrono do autuado salientando que o mérito da autuação já está sendo discutido através da via judicial, requer a procedência parcial da autuação, com a exclusão da parcela inerente às penalidades (multa por infração e acréscimos moratórios), e determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a conseqüente não inscrição do crédito em dívida ativa.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 155 a 158, rebate a alegação defensiva de que é empresa prestadora de serviços/não contribuinte do ICMS, dizendo que a empresa tem na sua razão social a sigla S/A, e que nesta condição, nos termos da Lei nº 6.404/76, e da definição de contribuinte no artigo 4º da LC nº 87/96, e no artigo 21 do Convênio ICMS 66/88, e no artigo 5º da Lei nº 7.014/96, a atividade do estabelecimento será sempre mercantil, sobretudo quando efetua importação de bens do exterior destinados ao consumo ou ativo fixo. Ressalta que a qualidade de contribuinte do ICMS da empresa é confirmada mediante a sua inscrição de nº 53.780.638 no Cadastro de Contribuintes do ICMS da SEFAZ/BA.

Falou que não existe espaço no contencioso administrativo para a discussão sobre as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária levantadas na defesa, estando fora da competência dos órgãos julgadores no âmbito do CONSEF, conforme prescrito no artigo 167, I, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF).

Sobre a alegação de impossibilidade da exigência de multa e acréscimos moratórios, o preposto fiscal salienta que em se tratando de situação de fato, a entrada de bens importados do exterior, importação fez com que ocorresse o fato gerador e o conseqüente surgimento da obrigação principal, com o recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, e que por esta infração cometida pelo estabelecimento se submete a aplicação da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “f”, da citada Lei.

Quanto a alegada impossibilidade da inscrição do crédito tributário em dívida ativa, o autuante aduz que esta matéria também se encontra fora do seu campo de competência, competindo à Procuradoria Geral do Estado - PGE proceder o controle da legalidade e à SEFAZ através da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DAR, a inscrição dos créditos tributários em Dívida Ativa.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

A 2ª JJF através do Acórdão nº 0154-02/04, datado de 06/05/2004, (fls. 160/162), tendo em vista que o autuado havia impetrado Mandado de Segurança, obtendo Medida Liminar com o objetivo do fisco estadual 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. 126, do COTEB extinguiu o processo administrativo e o encaminhou à Dívida Ativa, ficando com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário (fls. 90).

Em 27/07/2004, PGE/PROFIS em seu Parecer à fl. 175, de lavra da Procuradora Dr^a Maria José R. Coelho Sento-Sé, com fulcro nos artigos 31-A, inciso I, da Lei nº 8.702/2002 e 113 do RPAF/99, autorizou a inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, ressaltando a situação de suspensão da exigibilidade do mesmo em virtude de liminar concedida em ação judicial.

Conforme despacho do Assistente da PROFIS à fl. 176, em 18/11/2004, o processo foi encaminhado para que o Setor Judicial informasse sobre a vigência da decisão judicial, sendo historiado pelo Procurador Dr. Luiz Cláudio Guimarães (fls. 181 a 183), o andamento do processo nº 140.01.857489-1 e juntada a decisão do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls. 184 a 209).

A PGE/PROFIS à folha 212, ratificou o Parecer constante à fls. 210 a 211, e com fundamento no artigo 46, inciso II, da Lei nº 8.207/2002, representou à este CONSEF para que fosse declarada a nulidade da Decisão proferida pela 2ª JJF.

Através do Acórdão nº 0465-12/07, folhas 215/217, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal acolheu a Representação proposta pela PGE/PROFIS com base no artigo 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81, declarando a nulidade da Decisão de Primeira Instância e retornando os autos a Junta de Julgamento Fiscal para que seja apreciada e julgada, a questão relativa à aplicação da multa e acréscimos moratórios.

O autuado foi comunicado da decisão prolatada, fl. 221 a 223, tendo o sujeito passivo, por intermédio de seu advogado, se manifestado à fl. 225, argüindo que tendo em vista a medida liminar garantida nos autos do Mandado de Segurança nº 8.574/4.891/01, o crédito tributário está com sua exigibilidade suspensa, e não poderia ter sido inscrito em dívida ativa. Requer que, caso não seja o entendimento, que o crédito tributário tenha sua exigibilidade suspensa.

VOTO

Na análise das peças processuais, constata-se que a acusação fiscal faz referência a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através da DI nº 03/0609627-1, Notas Fiscais de Entrada nº 0927 a 0932, emitidas em 30/07/2003, relativamente a diversos equipamentos, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Conforme consta no Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 07 a 09, o Auto de Infração foi lavrado para resguardar o direito da Fazenda Pública com relação à exigibilidade futura do crédito tributário, haja vista a existência de Mandado de Segurança nº 8574891/01.

A autuação foi precedida de Termo de Apreensão, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança citado, e o débito encontra-se

devidamente demonstrado à fl. 10, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo e o imposto devido.

Portanto, sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo porque se falar de sua nulidade, uma vez que o lançamento em questão está em conformidade com as disposições legais.

Portanto, a matéria em discussão no presente lançamento foi objeto de Mandado de Segurança (Processo nº 140.01.857.489-1, o qual tramita na 2ª Vara da Fazenda Pública desta Capital), por meio do qual foi determinado que o “Superintendente da Administração Tributária, por si ou por seus subordinados, se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizados pelo autuado para utilização em sua prestação de serviço”.

Disso decorrente, a presente autuação objetivou apenas constituir o crédito tributário, no sentido de resguardar à Fazenda Estadual dos efeitos da decadência, contudo, fica sobrestada a sua exigibilidade, nos termos do art. 151, IV, do Código Tributário Nacional.

Todavia, a questão do mérito da autuação será decidida pelo Poder Judiciário, quando se manifestar sobre o mérito da lide.

No tocante ao argumento defensivo relativo à multa e acréscimos moratórios, sob o argumento de que o crédito tributário só poderia ser exigido sem qualquer multa, seja a fiscal, seja a de mora, pois o recorrente não estaria em mora ou inadimplente, por estar suspensa a exigibilidade do crédito por conta da interposição de Mandado de Segurança, o mesmo não pode acolhido, por falta de previsão na legislação Estadual. A multa e os acréscimos moratórios estão devidamente previstos na Lei 7.014/96, e fazem parte do lançamento tributário, em casos de infrações ao ICMS.

Ressalto que a Lei nº 9.430/96, citada pelo autuado em sua defesa, não se aplica aos tributos estaduais. Trata-se de uma lei que regulamenta a constituição do crédito tributária de competência do Governo Federal, não tendo qualquer aplicação na constituição do lançamento tributário estadual.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **nº 232950.0024/03-9**, lavrado contra **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. A exigibilidade do crédito tributário fica suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, até a decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR