

PROCESSO - A. I. Nº 117926.0013/15-0
RECORRENTE - EXTERRAN SERVIÇOS DE ÓLEO E GÁS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF Nº 0056-01/16
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0231-12/16

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. UNIDADE DE COMPRESSORA DE GÁS NATURAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMBARÇO ADUANEIRO POR SE TRATAR DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Recurso prejudicado, nos termos do art. 126, do COTEB, 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0056-01/16, que julgou Prejudicada a defesa apresentada contra o Auto de Infração nº 117926.0013/15-0, lavrado em 13/04/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$2.022.039,79, relativos à *"falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia"*.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 29/03/2016 (fls. 174 a 176) e julgou Prejudicada a impugnação, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Cuida o presente lançamento de ofício dos fatos descritos na inicial dos autos.

Da análise desses fatos, observo que o respectivo Auto de Infração foi lavrado em função de o autuado ter importado do exterior bem para o seu ativo immobilizado, sem o devido recolhimento do ICMS. Importação, amparado por liminar concedida no Mandado de Segurança, Processo nº 0007546-13.2015.4.01.3300, expedido pelo Doutor Juiz Federal da Seção judiciária do Estado da Bahia, Pompeu de Souza Brasil do Tribunal Regional Federal da Primeira Região e tendo o contribuinte autuado exercido a faculdade de efetuar o depósito judicial do tributo objeto da discussão, no montante que entendeu integral.

Sabe-se que o depósito do seu montante integral e a concessão de medida liminar em mandado de segurança são hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, previstas, respectivamente, nos incisos II e IV do art. 151 do Código Tributário Nacional - CTN. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devem ser paralisados todos os atos direcionados à execução forçada desse crédito, não importando sejam eles preparatórios ou não. Impedida fica a Fazenda Pública de cobrar do contribuinte autuado o crédito tributário.

Entretanto, apesar da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de decisão desfavorável ao contribuinte, impedindo a decadência do prazo para constituição do crédito tributário, evitando prejuízo ao erário em decorrência de uma possível inexigibilidade por conta da intempestividade do lançamento. Por outro lado, sendo a matéria objeto de mandado de Segurança impetrado pelo autuado, referindo-se aos fatos, objeto do procedimento fiscal, fica esgotada a instância administrativa, em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, pois tal propositura importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, conforme se depreendem da leitura do art. 117 do RPAF BA (Decreto nº 7.629 /99), in verbis:

"Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Diante do exposto, o enfrentamento do mérito das questões aqui colocadas fica impossibilitado, em face de seu encaminhamento para o Poder Judiciário do Estado da Bahia, cuja decisão liminar suspende a exigibilidade do

crédito tributário, no presente Auto de Infração. Considero PREJUDICADA a defesa manejada pelo sujeito passivo.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 187 a 196, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Informa, inicialmente, que se dedica, dentre outras atividades, à prestação de serviços de compressão e de tratamento de gás natural, petróleo, de tratamento de água e de geração de energia elétrica. Nesse sentido, firma contratos de prestação de serviços e de fornecimento de equipamentos com diversas empresas do setor de óleo e gás. Para prestação dos serviços de compressão de gás contratados com seus clientes, afirma que utiliza diversos equipamentos altamente especializados, dentre os quais as chamadas unidades de compressão de gás.

Prossegue, informando que, em virtude de não terem similar nacional, as unidades de compressão de gás, importadas, podem se beneficiar da redução da alíquota do Imposto de Importação, conforme previsão constante da Resolução CAMEX nº 66, de 14 de agosto de 2014 ("Resolução CAMEX nº 66/2014"), que tem por objetivo estimular o investimento produtivo no País. Destaca que a redução da alíquota referida provoca uma redução proporcional do ICMS.

Afirma que, com base na regulamentação trazida pela Resolução CAMEX nº 66/2014, formalizou, em outubro de 2014, pedido de "Ex-tarifário" perante o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior ("MDIC"), o qual foi autuado sob o nº 52000.012769/2014-88 (doc. 2 da impugnação), a fim de importar, com o benefício fiscal aludido, a unidade de compressão de gás identificada sob a Nomenclatura Comum do Mercosul ("NCM") nº 8414.80.31. Explica que, meses depois, mais precisamente em 17 de dezembro de 2014, iniciou o processo de importação da unidade de compressão de gás, cujo desembarque ocorreu no Porto de Salvador (BA) no dia 2 de janeiro de 2015, conforme consta no Conhecimento de Embarque ("Bill of Lading") nº IDMCA 46726002 e na respectiva tela de Consulta de Conhecimento (docs. 3 e 4 da impugnação). Contudo, até aquele momento, não havia uma resposta para o pedido de "Ex-tarifário" requerido, que se encontrava pendente de análise desde outubro de 2014.

Por esse motivo, explica que impetrou o Mandado de Segurança nº 0007546-13.2015.4.01.3300, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Salvador, Estado da Bahia, a fim de obter o reconhecimento do seu direito líquido e certo à fruição da redução de alíquota, com os seus reflexos no ICMS, decorrente da concessão do "Ex-tarifário" pelo MDIC, antes mesmo da publicação da portaria que o concede (doc. 5 da impugnação). Comprovando a sua total boa-fé, bem como a confiança de que o "Ex-tarifário" seria deferido, informa que efetuou o depósito judicial integral do Imposto de Importação e do ICMS devidos, na operação de importação da unidade de compressão de gás discriminada no Bill of Lading nº IDMCA 46726002 (doc. 6 da impugnação). Ressalta que esse valor devido foi depositado a maior e não leva nem mesmo em consideração a redução da base de cálculo do ICMS prevista no Convênio ICMS 52/91.

Informa que, diante da realização do depósito integral do crédito tributário, tanto o II quanto o ICMS incidentes na operação de importação do equipamento ficaram com a sua exigibilidade suspensa, o que permanece até hoje, nos exatos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional ("CTN"). Em que pese a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, informa que a Fiscalização lavrou o Auto de Infração nº 117926.0013/15-0 (doc. 7 da impugnação), que tem por objetivo cobrar justamente o ICMS incidente na operação discutida nos autos do Mandado de Segurança nº 0007546-13.2015.4.01.3300, acrescido de juros e de multa. Explica que o mencionado auto de infração cobra crédito tributário cuja exigibilidade está suspensa. Pior! Ainda aplica multa e juros sobre o principal, sendo que este já se encontra integralmente depositado em sede de ação mandamental, não havendo que se cogitar da imposição de quaisquer penalidades de mora, segundo defende.

Diante da lavratura do auto de infração em questão, informa que apresentou impugnação, por meio da qual demonstrou que (i) não é possível exigir tributo cuja exigibilidade está suspensa por

depósito judicial integral; (ii) não poderiam ser aplicados juros e multa sobre o valor principal, pois o depósito foi realizado de maneira tempestiva pela Recorrente; e (iii) o valor principal exigido está incorreto, pois o Convênio ICMS 52/91 foi aplicado de maneira equivocada.

Apesar disso, afirma que o acórdão proferido pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF entendeu que a impugnação apresentada pela Recorrente estaria prejudicada, pois a discussão sobre a cobrança ou não do ICMS discutido no auto de infração já estaria no Poder Judiciário, sendo que a lavratura do auto de infração serviria apenas para fins de prevenir a decadência do direito do Fisco Estadual de lançar o referido tributo.

Explica, contudo, que, a despeito da impugnação da Recorrente, o acórdão recorrido em momento algum trata da existência do depósito judicial integral do valor cobrado, da indevida aplicação de juros e de multa sobre o montante principal que foi tempestivamente depositado, bem como sobre o fato de o valor principal estar equivocado.

Por esse motivo, explica, interpôs o presente recurso voluntário com o objetivo de (i) cancelar o auto de infração em sua integralidade; ou, ao menos, (ii) cancelar a exigência dos juros e da multa indevidamente reclamados pelo auto de infração; e (iii) reduzir o valor do ICMS, mediante a correta aplicação do Convênio ICMS 52/91.

Argumenta que a integralidade do ICMS incidente na importação da unidade de compressão de gás foi depositada judicialmente, nos autos do Mandado de Segurança nº 0007546-13.2015.4.01.3300. Isto é, o valor depositado não leva em consideração a redução do II pelo Extarifário ou mesmo o benefício do Convênio ICMS 52/91. Apesar disso, afirma que foi lavrado auto de infração exigindo esse mesmo tributo, indevidamente acrescido de juros e de multa, como se o ICMS tivesse sido depositado pela Recorrente em desacordo com a legislação em vigor, fato esse que não consta em qualquer trecho do Auto de Infração. Até porque, prossegue, a Fiscalização Estadual não poderia alegar que desconhecia a existência do Mandado de Segurança e do depósito judicial do valor integral do ICMS em tela, pois a própria descrição dos fatos no relato da autuação fiscal o descreve.

Alega que a simples análise do relato da fiscalização revela que a presente autuação fiscal jamais deveria ter sido lavrada, pois o direito de a Fazenda Estadual haver o crédito tributário de ICMS na importação, se a decisão judicial final for desfavorável ao contribuinte, já se encontra garantido pelo depósito judicial, o qual seria, então, convertido em renda do Fisco do Estado da Bahia. Ora, ao contrário do que entendeu o acórdão de piso, sustenta ser inadmissível que a Autoridade Fiscal lavre auto de infração exigindo imposto cuja exigibilidade está suspensa por força de depósito judicial, sob pena de incorrer em *bis in idem* e também violar o artigo 151, inciso II, do CTN.

Além disso, argumenta que, por ter sido o depósito judicial realizado dentro do prazo de recolhimento do imposto, é totalmente descabida a exigência de multa e de juros, na medida em que não houve qualquer mora da Recorrente, já que o valor do tributo foi tempestivamente desembolsado e depositado nos autos do referido mandado de segurança. Logo, conclui, ainda que se admita a lavratura de auto de infração para impedir a ocorrência da decadência do direito de o Fisco de lançar, como sustentado na decisão recorrida, é inadmissível que sejam impostos juros e multa moratória sobre o ICMS depositado judicialmente pela Recorrente, tendo em vista que o montante integral do referido tributo foi depositado tempestiva e integralmente nos autos do Mandado de Segurança nº 0007546-13.2015.4.01.3300. Requer, portanto, a reforma integral do acórdão recorrido, de modo que seja cancelado o auto de infração em questão. Alternativamente, requer que o lançamento deve ser, ao menos, alterado para fins de cancelar os juros e a multa de mora impostos pela Fiscalização Estadual.

Além da impossibilidade de lavratura do auto de infração, destaca que o Demonstrativo de Cálculo do Auto de Infração, no quadro relativo ao valor do ICMS incidente na importação, consigna flagrante equívoco que acabou por majorar indevidamente o ICMS alegadamente devido, o que não foi analisado pelo acórdão recorrido. Isso porque, explica, a despeito de a

autuação fiscal ter corretamente indicado que aplicaria os termos do Convênio ICMS nº 52/91, deixou de fazê-lo na forma devida, pois adotou percentual de redução da base de cálculo que resulta em tributação superior aos 8,80% determinados pelo referido convênio. Portanto, conclui que há claro equívoco no cálculo do imposto supostamente devido, em razão da falta de aplicação do percentual de redução previsto no próprio Convênio ICMS 52/91.

Refazendo os cálculos do Demonstrativo de Cálculo do Auto de Infração elaborado pela D. Fiscalização Estadual, aponta, a autuada, que, ao calcular o valor que seria devido, foi adotado na autuação um coeficiente de redução da base de cálculo que resulta em uma carga tributária final da operação maior que 8,80%, contrariando os termos do Convênio ICMS 52/91. Ao assim agir, entende que a autuação fiscal se distanciou das regras do Convênio ICMS 52/91 e merece reparos, ao menos para adequar a tributação aos termos da norma citada.

Para facilitar essa análise, afirma que elaborou a planilha de cálculo do ICMS incidente na operação (doc. 9 da impugnação), na qual facilmente se constata que a Fiscalização, apesar de alegar que houve a aplicação da base de cálculo reduzida prevista no Convênio ICMS 52/91, de forma que a tributação da operação seja equivalente a 8,80%, acabou aplicando como fator de redução o percentual de 48,2353%, quando o correto seria o de 52,8896%. Isso demonstra, segundo a Recorrente, que, se válida fosse a autuação fiscal, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim há patente excesso de cobrança que merece ser corrigido, por meio do acolhimento da presente impugnação.

Com base em todo o exposto, a Recorrente tem como comprovado que o acórdão recorrido merece ser reformado, na medida em que o recolhimento do ICMS em favor do Erário já está garantido nos autos do Mandado de Segurança nº 0007546-13.2015.4.01.3300, cujo recolhimento deverá ser efetuado com base nas reduções do Ex-tarifário, por meio da conversão em renda dos valores efetivamente devidos.

Assim, entende que não há necessidade de se exigir o ICMS e, muito menos, impor juros e multa de mora contra a Recorrente, como fez o Auto de Infração, chancelado pelo acórdão ora atacado, pois o crédito tributário nele consubstanciado foi constituído e garantido tempestivamente, por meio de depósito judicial, o que impossibilita a cobrança desse valor e também a aplicação de qualquer consectário legal.

Ademais, na hipótese de manutenção do principal do auto de infração, a Recorrente também entende que o Demonstrativo de Cálculo do Auto de Infração merece correção, a fim de adequar o fator de redução da base de cálculo da operação ao percentual de 52,8896%, de forma que a carga tributária da operação seja equivalente a 8,80%, nos termos previstos no Convênio ICMS 52/91, sob pena de excesso de cobrança.

Pelo exposto, requer que seja dado integral provimento ao presente recurso voluntário, a fim de reformar o acórdão recorrido, de modo que: (i) seja integralmente cancelado o auto de infração em questão, tendo em vista que o crédito tributário nele consubstanciado se encontra com a sua exigibilidade suspensa por força de depósito judicial, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, e seja encerrado o presente processo administrativo; (ii) alternativamente, sejam cancelados os juros e a multa indevidos e ilegalmente cobrados da Recorrente, bem como seja adequado o percentual de redução no Demonstrativo de Cálculo do Auto de Infração para 52,8896%, de forma que a tributação incidente seja equivalente a 8,80%, nos termos previstos no Convênio ICMS 52/91, com a consequente determinação da suspensão do presente processo administrativo, até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0007546-13.2015.4.01.3300.

Termos em que, pede deferimento.

Às folhas 210 a 211, foi acostado o Parecer emitido pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, opinando pelo não conhecimento do Recurso Voluntário, ao argumento de que o presente apelo resta prejudicado em face do ajuizamento do Mandado de Segurança nº 7546-13.2015.401.3300, em

trâmite na Justiça Federal, em que se discute a base imponível do imposto objeto do lançamento impugnado.

Conclui, declarando anuênci, sem reserva, ao Parecer emitido, nesse mesmo sentido, pelo Dr. Jorge Salomão Oliveira dos Santos, conforme cópias às folhas 205/207.

VOTO

A acusação fiscal consiste em "falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia".

Em seu recurso, a empresa autuada informa que impetrara Mandado de Segurança com vistas a discutir o valor devido relativamente aos impostos incidente (II e ICMS) na operação autuada, pois defende que as "unidades de compressão de gás", ora importadas, gozam do benefício de redução da alíquota do II (com base na Resolução CAMEX), tese esta que, se vitoriosa, repercutirá no *quantum debeatur* do ICMS, conforme se lê em trecho da sua peça recursal, à folha 189, abaixo reproduzido.

"Por esse motivo, a Recorrente impetrou o Mandado de Segurança nº 0007546-13.2015.4.01.3300, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Salvador, Estado da Bahia, a fim de obter o reconhecimento do seu direito líquido e certo à fruição da redução do II, com os seus reflexos no ICMS, decorrente da concessão do "Ex-tarifário" pelo MDIC, antes mesmo da publicação da portaria que o concede (doc. 5 da impugnação)."

Em que pese a medida judicial requerida, o sujeito passivo ingressou com o presente recurso administrativo, mediante o qual pretende discutir, não somente a base de cálculo do tributo estadual, mas também a cobrança, que julga indevida, de multa e juros, ao argumento de que a exigibilidade do presente crédito se encontra suspensa.

Examinando os autos, é possível notar que o objeto do presente lançamento (o ICMS devido na operação de importação de unidade de compressão a gás) se encontra submetido à apreciação do Poder Judiciário, especificamente à apreciação da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Salvador, conforme cópias às folhas 135 a 154.

Ora, a decisão judicial requerida pelo sujeito passivo, quando proferida, resultará na formação de um ente de juízo acerca do montante devido de ICMS na operação autuada, devendo, inclusive, desonerar a autuada, dos juros e multa, na hipótese de acolher a tese recursal. Ainda que a decisão judicial não trilhe na linha de entendimento do contribuinte, a matéria objeto de sua cognição abrangerá, por decorrência lógica, a condenação, ou não, das parcelas acessórias, ou seja a multa e os juros. Essa decisão, uma vez transitada em julgado, haverá de prevalecer sobre eventuais decisões proferidas em sede de Processo Administrativo Fiscal, que perdem, por isso, essas últimas, o seu objeto.

Sendo assim, impõe-se a aplicação do art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia (em conformidade com o Parecer exarado pela Douta Procuradoria), pois a propositura de medida judicial repercutirá na esfera administrativa, excluindo da competência desse Conselho de Fazenda a apreciação da matéria, conforme texto que reproduzo abaixo.

"Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis."

De fato, entendeu o legislador regulamentar que, uma vez provocado o Poder Judiciário (relativamente à mesma matéria), passa a inexistir, da parte do sujeito passivo, qualquer interesse processual em manejar o PAF, ferramental que faz parte dos direitos e garantias do contribuinte.

Assim, entendo que não merece reparo a decisão recorrida.

Diante do exposto, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal referente ao Auto de Infração nº **117926.0013/15-0**, lavrado contra **EXTERRAN SERVIÇOS DE OLÉO E GÁS LTDA.**, devendo, os autos, ser enviados para a PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS