

PROCESSO - A.I. Nº 09170154/03
RECORRENTE - PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0169-01/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 16.07.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0362-11/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estabelece que o ICMS incide sobre a entrada de bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, enquadrando-se, nesta condição as empresas prestadoras de serviços. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Tendo em vista a existência de Mandado de Segurança, fica a exigibilidade do crédito tributário suspenso, mas não seu lançamento. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de alterar o julgado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/01/03, exige imposto no valor de R\$25.518,28, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido neste Estado. Termo de Apreensão nº 073992.

O autuado, através de ser representante legalmente constituído, impugnando o lançamento fiscal, argumentou ser uma empresa exclusivamente prestadora de serviços, estando sua atividade relacionada à exploração de petróleo (item 35 da Lista de Serviço, anexa ao Decreto-lei nº 406/68), desenvolvendo os serviços na área de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos e a assistência técnica e serviços técnicos relacionados com essas atividades. Em razão da atividade desenvolvida, disse necessitar realizar, vez por outra, a importação de determinados componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de específicos serviços.

Alegou que a fiscalização estadual exige do importador, indiscriminadamente, o recolhimento do ICMS referente à importação, em face do que estabelece o art. 12, IX, da Lei Complementar nº 87, de 13/09/96, atitude, ao seu ver, ilegal e inconstitucional, 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, mediante o Mandado de Segurança nº 9.417.544102, obteve medida liminar que determinou que o Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia, por si ou por seus subordinados, se abster de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens que realiza. Ressaltou 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.

Afirmou que, no mérito, improcede a ação fiscal. Neste sentido passou a demonstrar que, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 33/2001, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado por diversas vezes no sentido de que a competência outorgada ao Estados, pelo art. 155, IX, “a” da Constituição Federal para instituir o ICMS sobre as operações de importação, não alcançava as operações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não fossem contribuintes do referido imposto, que as alterações do texto do referido artigo da Constituição Federal, para que a competência outorgada aos Estados para instituir o ICMS passasse a alcançar as operações de importação realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes do referido imposto, pretendidas pela Emenda Constitucional nº 33/01, eram inconstitucionais, uma vez que modificavam cláusulas constitucionais pétreas, expressamente excluídas da competência do poder de reforma pelo § 4º do art. 60 da Constituição, uma vez que fere os direitos e garantias individuais que na ordem tributária correspondem, entre outros, aos princípios da isonomia, da estrita legalidade, da não-cumulatividade, da anterioridade e à garantia de não ser tributado por imposto que, não estando previsto originalmente na constituição, seja cumulativo ou tenha fato gerador ou base de cálculo próprios daqueles discriminados na Constituição.” E, por fim, que, mesmo que as supras referidas alterações não fossem inconstitucionais, permaneceria a ilegal natureza da autuação, pois, para que os Estados pudessem passar a exigir o ICMS nas operações de importação realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes do referido imposto, imprescindível se faria a existência de lei estadual posterior à Emenda Constitucional nº 33/01, instituindo a citada hipótese de incidência, o que não foi feito pelo Estado da Bahia. Disse que a Constituição de 1988 utilizou o critério material para repartir a competência tributária, indicando os eventos que podem ser eleitos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios como hipóteses de incidência de impostos. No caso sobre as operações de importação, o ICMS se limitou sobre as mercadorias e bens destinados ao consumo ou ativo fixos dos estabelecimentos comerciais, cujo limite foi alterado pela Emenda Constitucional nº 33/01, trazendo para sua competência novo fato gerador do imposto. Evidenciou que a disposição insculpida no inciso 1, do § 1º do art. 2º, da Lei Complementar nº 87/96, não poderia ser invocado, pois além de não atender ao quanto disposto no art. 146, I e III, “a” da Constituição, mas principalmente, porque sendo anterior à Emenda Constitucional nº 33/01, já teve sua interpretação definida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido a não permitir a exigência do ICMS nas importações por pessoas físicas de bens que não consistissem operações de circulação de mercadorias.

Concluiu, requerendo a improcedência da autuação.

O autuante, às fls. 60 a 66, informou que o contribuinte importou partes de máquinas de sondagem/perfuração, acobertadas pela DI nº 03/0022647-5 e Nota Fiscal de entrada/importação nº 387, deixando de recolher o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro.

Observou que não existia qualquer aspecto de inconstitucionalidade relativa a Emenda Constitucional nº 33/01, pois esta apenas complementou o entendimento já firmado no campo da incidência do ICMS do art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal. Transcreveu as duas redações (anterior e posterior) para firmar seu entendimento e reafirmar que “a nova redação apenas explicita e interpreta o texto constitucional anterior. Ela é expressa no sentido de indicar o sujeito passivo do imposto, dirimindo qualquer controvérsia anteriormente existente da não obrigatoriedade de recolhimento do tributo por pessoas físicas ou jurídicas que não fossem contribuintes habituais do ICMS no momento da importação”. E é aí que se enquadra o autuado. Que, no contencioso administrativo não existe espaço para a discussão sobre se determinada lei é ou não inconstitucional, especialmente quando essa norma trata-se de Emenda Constitucional e, no mais, enquanto o Supremo Tribunal Federal não apreciar a Emenda Constitucional nº 33/01 e

julga-la inconstitucional, somente resta ao Poder Público obedecê-la.

Quanto à necessidade da edição de lei estadual posterior à Emenda Constitucional nº 33/01, alegado pelo impugnante, observou que a incidência do ICMS na importação de bens do exterior destinados a consumo ou ativo fixo já consta prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 87/96 e do art. 2º, I, do Convênio ICM 66/88 e, no caso da Bahia, no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 4.825/89 e o art. 2º, V, da Lei nº 7.014/96, regulamentada no Dec. nº 6.284/97. Acrescentasse a tudo até aqui exposto que o art. 2º, §1º, I e o art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 2º, V, e art. 5º da Lei nº 7.014/96 foram todos recepcionados pelo novo dispositivo constitucional, o que afastava a tese do impugnante da necessidade de edição de nova lei complementar e de lei estadual para a aplicação do novo texto constitucional.

Quanto ao argumento de defesa de que por ser empresa de serviço, suas atividades não se encontram no âmbito de incidência do ICMS, observou que o autuado adota a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sociedade meramente mercantil pelo Código Comercial e pelo Decreto nº 3.708/1919, sujeita ao regime jurídico-comercial e, por consequência, possui estabelecimento e não sede, não podendo se desvencilhar da sua natureza comercial, o que prejudicava toda a sua interpretação do art. 155, IX, alínea “a”, da Constituição Federal. Trouxe para corroborar sua tese as determinações do art. 4º e seu parágrafo único da Lei Complementar nº 87/96, art. 21 do Convênio ICM 66/88, o art. 10, da Lei nº 4.825/89 e art. 5º, da Lei nº 7.014/96 e a informação de que a empresa é cadastrada nesta SEFAZ (inscrição nº 00.310.501).

Concluiu, ratificando na sua totalidade a ação fiscal.

A 1ª JF do CONSEF após analisar as peças processuais fundamenta e prolata o seguinte voto:

“O Auto de Infração trata da cobrança do ICMS, em razão de não ter o autuado recolhido o imposto relativo à importação de bens, no momento do despacho aduaneiro, realizado neste Estado, por entender não ser contribuinte prestador de serviço sujeitos à incidência do ISS

Em relação ao Mandado de Segurança impetrado pelo impugnante para suspender a exigibilidade do presente crédito tributário, até que seja julgado o mérito da ação, entendo que liminar em Mandado de Segurança é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme exposto no CTN, até Decisão final em último grau de Recurso. No entanto, nada impede a constituição do lançamento pelo Fisco Estadual, do valor que considera devido, para assegurar a sua exigibilidade no caso de Decisão a ele favorável.

O caso concreto aqui em exame se se encontrasse sub judice, no âmbito do Poder Judiciário, estaria extinto o processo administrativo, conforme estabelece o art. 122, IV, do RPAF/99. Se assim fosse, não haveria julgamento por parte do CONSEF, quanto à matéria jurídica, e o processo seria enviado para inscrição em dívida ativa, ficando o crédito, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário. No caso concreto a liminar concedida apenas suspende a exigibilidade do ICMS.

A Lei Complementar nº 87/96 determina que o ICMS incide sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, mesmo que tal importação se destine para compor o consumo ou ativo permanente do estabelecimento (art. 2º, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96). Estas determinações estão contidas no art. 2º, V, da Lei nº 7.014/96 e art. 2º, XI do RICMS/97, que indica o momento da ocorrência do fato gerador do imposto, que se dá no desembaraço aduaneiro, estando este momento indicado no inciso IX do artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96 e art. 4º, IX, da Lei nº 7.014/96. Assim, a lei do ICMS, não somente a lei estadual, já continha no seu bojo a hipótese de incidência do imposto sobre a importação de

mercadorias ou bens realizados por pessoa física ou jurídica, em obediência as determinações contidas no art. 155, IX, “a” da Constituição Federal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0169-01/03.

Após fundamentar a interposição do Recurso, transcreve a Resolução recorrida e afirma que dois aspectos na mesma merecem ser postos em relevo. O primeiro é a conclusão pela procedência total da autuação, inclusive as penalidades (multa e acréscimos moratórios), quando o próprio Acórdão afirma que havia autorização judicial para a não-realização do pagamento (liminar no Mandado de Segurança nº 9.417.544/02). Este é o 1º equívoco que deseja ver reformado.

O segundo aspecto concerne à própria suspensão da exigibilidade do crédito em questão reconhecida e determinada pelo referido Acórdão que ora se recorre. O Acórdão observando determinação judicial, dispõe que fique suspensa a exigibilidade do crédito em questão, até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Todavia, na parte de sua fundamentação anteriormente transcrita, deixa transparecer que deveria haver inscrição do débito em dívida ativa do Estado. Ora, inscrição em dívida ativa é ato de exigibilidade e como tal não poderia ser praticado, inclusive em respeito à determinação da própria Decisão desta colenda Junta. Este é o 2º equívoco a ser reformado.

A seguir discerne sobre a impossibilidade da exigência de multa e acréscimos moratórios, pois não estava em mora ou inadimplente, e sim sob a proteção de medida judicial que reconhecia o seu direito de não pagar o ICMS na importação de bens, em razão da sua condição de não contribuinte do imposto.

Transcreve o art. 63 da Lei nº 9.430/96 que dispõe sobre débitos fiscais com a exigibilidade suspensa, e cita o art.160 do CTN para afirmar que o vencimento do crédito tributário, só ocorreria “trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado”, e esta notificação, no caso “sub judice”, só ocorrerá quando a oro recorrente for intimada da Decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que tinha a oro recorrente de relação ao não pagamento do imposto.

Ademais, o crédito tributário em questão 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.

Transcreve o art. 201 do CTN para afirmar da impossibilidade da inscrição do crédito questionado na dívida ativa do Estado, pois o Acórdão não poderia reconhecer a suspensão da exigibilidade e determinar a inscrição.

Apresenta entendimento da **Profª. Maria Leonor Leite Vieira**, sobre a questão “*A suspensão do Crédito Tributário*”, quando a inscrição da dívida somente pode ocorrer depois de esgotado o prazo de pagamento fixado por lei ou por Decisão final proferida em processo regular, corroborando o raciocínio exposto de que o ato de inscrição em dívida ativa se constitui em ato de exigibilidade do crédito tributário.

Pelos fundamentos apresentados, espera a reforma parcial da Decisão recorrida, para que seja excluída da autuação a parcela inerente às penalidades (multa de infração e acréscimos moratórios), e ser determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a

conseqüente não inscrição do débito em dívida ativa. (Anexam cópias de documentos comprobatórios).

A PGE/PROFIS analisa as razões recursais e afirma que as mesmas carecem de fundamentação jurídica para alterar o Acórdão recorrido. Fundamenta estar correto o procedimento fiscal e a Decisão prolatada pela 1ª JF, inexistindo motivos para modificar o julgamento recorrido. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer da PGE/PROFIS exarado as fls. 103 e 104 deste processo.

Bem sabe o competente Patrono do autuado que a liminar concedida em Mandado de Segurança, não pode atingir o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário devido, conforme previsto expressamente na legislação estadual vigente. Este lançamento fiscal engloba as multas de ofício e os acréscimos moratórios, pois previstos em lei. A Decisão final de mérito manterá ou não o lançamento na sua inteireza. Nada adianta neste momento se discutir, tanto que os recolhimentos glosados estão sendo recolhidos judicialmente já prevenindo um revés.

Quanto à inscrição do débito na dívida ativa, não tem objeto a irresignação do recorrente pois, falece competência a 1ª JF para determinar este procedimento. Entendo que nem esta 1ª CJF deste CONSEF pode determinar a inscrição do débito, cabendo exclusivamente a PGE/PROFIS este procedimento no momento próprio, caso seja necessário e oportuno.

Por conseguinte, adotando também os fundamentos esposados no Parecer PGE/PROFIS citado, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 09170154/03, lavrado contra **PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.518,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, ressaltando-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, 08 de julho de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS– PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS