

PROCESSO - A.I. Nº 09170120/02
RECORRENTE - PETRORECÔNCAVO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0165-04/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 16.07.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-11/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. BENS DESTINADOS DO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Existência de previsão legal para exigência do imposto, cujo fato gerador do ICMS ocorreu no ato do desembarque aduaneiro. Não acolhido o argumento de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. No tocante ao direito aplicável ao caso em lide, a matéria se encontra *sub judice*, haja vista a concessão de Liminar em Mandado de Segurança. Mantido o lançamento do crédito tributário, para evitar a decadência do direito de efetuá-lo, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário. 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 em lide foi lavrado em 27/12/02, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir ICMS, no valor de R\$ 30.408,81, referente à falta de recolhimento do imposto no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, estando o importador estabelecido neste Estado.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 20 a 41) e, inicialmente, explicou que é uma empresa exclusivamente prestadora de serviços (item 35 da Lista de Serviço), executando serviços de reabilitação e reativação de “campos maduros” de petróleo, bem como a produção de hidrocarbonetos, o que exige a importação, vez por outra, de componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de seus serviços. Considerando que o fisco estadual exige o ICMS referente à importação, o autuado ingressou em juízo mediante o Mandado de Segurança nº 8.574.891/01 e obteve a medida liminar, todavia o autuante lavrou o Auto de Infração em lide para evitar uma possível decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Explica que o art. 155, § 2º, IX. “a”, da Constituição Federal, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 33/2001, previa a incidência do ICMS nas importações somente quando o importador fosse contribuinte deste imposto. Cita doutrina e ementas de decisões do STF. Com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, passou a admitir a possibilidade dos Estados instituírem ICMS sobre as operações de importação de bens por pessoas físicas ou jurídicas que não pratiquem atos de comércio com habitualidade.

Alega que o poder constituinte derivado não poderia ter produzido tal alteração no texto constitucional, uma vez que “a não-cumulatividade do ICMS e a garantia da não tributação por imposto que, não estando previsto originalmente na Constituição, seja cumulativo ou tenha fato

gerador ou base de cálculo próprios daqueles discriminados na Constituição, constituem-se em direitos e garantias individuais e como tal são insuscetíveis de proposta de emenda tendente a os abolir, por expressa disposição do § 4º do art. 60 da Constituição.”

Após tecer comentários sobre Poder Constituinte e Poder Constituinte Derivado, o autuado afirma que este último encontra limitações no próprio texto constitucional, permitindo que se analise a constitucionalidade do texto introduzido pelo Poder Constituinte Derivado. Ressalta que, conforme art. 60, § 4º, da Constituição Federal, é vedada a alteração do enunciado constitucional que expresse um direito ou garantia individual, não podendo proposta nesse sentido ser objeto de deliberação. Diz que, na ordem tributária, os direitos e garantias individuais correspondem aos princípios da isonomia, da estrita legalidade, da não-cumulatividade, da anterioridade e da garantia de não ser tributado por imposto que, não estando originalmente previsto, seja cumulativo ou tenha fato gerador ou base de cálculo próprios daqueles discriminados na Constituição. Transcreve parcialmente os artigos 150, 154 e 155 da Constituição Federal para embasar sua tese. Em seguida, afirma que a alteração no texto da alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, promovida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, restringiu o alcance dos mencionados direitos e garantias individuais, tornando inconstitucional a referida modificação.

Discorre sobre o princípio da não-cumulatividade e, em seguida, afirma que a utilização dos créditos fiscais de ICMS é privativa de contribuinte do imposto. Frisa que a Emenda Constitucional nº 33/2001, ao outorgar aos Estados a competência para instituir o ICMS sobre a importação de bem por pessoa física ou jurídica não contribuinte, restringiu o alcance do princípio da não-cumulatividade, uma vez que o importador não contribuinte do ICMS não tem como usar o crédito do imposto. Diz que a Emenda Constitucional nº 33/2001 atribuiu aos Estados a competência para instituírem um novo imposto, cumulativo e com fato gerador próprio do imposto de importação. Além disso, no seu entendimento, a citada Emenda Constitucional desrespeita o princípio da isonomia. Transcreve doutrina para embasar sua alegação.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado alega que, diante da identidade entre o imposto de importação e o novo ICMS na importação, surgiu um conflito de competência entre a União e os Estados, tornando indispensável a promulgação de lei complementar, conforme previsto no art. 146, I e III, “a”, da Constituição Federal, cujo teor transcreve. Diz que somente após o ingresso da referida lei no ordenamento jurídico nacional poderão os Estados, por lei própria, instituir o novo imposto. Ressalta que o disposto no inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 não se presta para dirimir o conflito de competência, pois não atende ao disposto no art. 146, I e III, “a” da Constituição Federal e, além disso, já teve a sua interpretação definida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de não permitir a exigência do ICMS nas importações por pessoas físicas de bens sem que constituam operações de circulação de mercadorias. Para embasar a sua tese, transcreve decisões do STF sobre o assunto.

Ressalta que a lei estadual que regular a matéria, além de ser posterior a citada Emenda Constitucional, teria que ser também posterior à lei complementar que vier a regular o assunto. Salienta que os Estados, para exigir o novo ICMS, teriam que instituí-lo mediante lei própria e respeitando o princípio da anterioridade. Diz que o Estado da Bahia não promulgou nenhuma lei que instituisse o novo tributo. Cita doutrina. Ao final, solicita a improcedência da autuação.

Na informação fiscal (fls. 55 a 60), o autuante afirma que está fora da competência do Conselho de Fazenda Estadual a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ao teor do art. 167, I, “a”, do RPAF/99. Diz que enquanto o STF não julgar inconstitucional a Emenda Constitucional nº 33/2001, só lhe resta atender ao seu comando normativo, uma vez que está revestida de vigência e validade. Destaca que a redação dada pela citada Emenda Constitucional apenas explicita e interpreta o texto constitucional anterior.

Afirma 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. Diz não há necessidade de edição de novas leis complementar e estadual para aplicação do novo texto constitucional, pois os artigos 2º, § 1º, I, e 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 87/96, bem como os artigos 2º, V, e 5º, § 1º, I, da Lei nº 7014/96, foram todos recepcionados pelo novo dispositivo constitucional introduzido pela Emenda Constitucional nº 33/2001.

Ressalta que o autuado é uma sociedade anônima e, portanto, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 6404/76, será sempre uma empresa mercantil, mesmo que seu objeto seja civil. Diz que o defendantee 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. Transcreve artigo da Lei Complementar nº 87/96 e cita doutrina e jurisprudência. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A 4ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolatada o seguinte voto:

“A presente autuação exige o ICMS referente à importação de bem destinado ao ativo permanente do autuado. A defesa não contrapõe números ao valor apurado na autuação e se limita a questionar a incidência do ICMS sobre a operação em tela.

Considerando que o autuado possuía liminar em mandado de segurança determinando a suspensão da exigência do crédito tributário, o auditor fiscal constituiu o crédito tributário mediante o lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até ulterior deliberação do Poder Judiciário.

Não obstante as abalizadas alegações defensivas sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 33/2001, deixo de apreciar tais questões, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade não se inclui na competência deste órgão julgador, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

De acordo com o inciso I do § 1º do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, o ICMS incide também “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento.” Por seu turno, o inciso V do art. 2º da Lei nº 7014/96, em perfeita consonância com a Lei Complementar, prevê que o ICMS será devido também na “a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, mesmo quando se tratar de bem destinado ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento”

Considerando os dispositivos citados acima, está claro que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 33/2001, o ICMS na importação de bem já alcançava pessoas físicas e sociedades civis prestadoras de serviços. Reiteradas decisões deste CONSEF já pacificaram, na esfera administrativa, esse entendimento. Para exigir o imposto em lide não havia a necessidade de promulgação de novas leis complementar e ordinária estadual, pois elas já existiam. Dessa forma, foi correto o procedimento adotado pelo autuante, pois era seu dever aplicar a legislação tributária vigente, não lhe cabendo questionar a constitucionalidade da mesma.

Quanto às alegações defensivas pertinentes ao princípio da não-cumulatividade, entendo que as mesmas não são capazes de elidir a acusação, pois o autuado, ao efetuar importação de mercadoria ou bem do exterior, passa a se classificar como um contribuinte do ICMS, conforme disposto no art. 36, § 1º, I, do RICMS-BA/97.

Pelo acima exposto, considero que foi correto o procedimento do autuante e, em consequência, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ficando suspensa a exigibilidade do crédito

tributário, tendo em vista a concessão de Liminar em Mandado de Segurança, 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 0165-04/03.

Após fundamentar a interposição do Recurso Voluntário, transcreve o Acórdão recorrido e afirma que dois aspectos no mesmo 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 8.574.891/01). 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 ora recorrente for intimada da Decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que tinha a ora 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 à 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 4^a JJF, 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. 119 e 120 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 a inscrição do débito na dívida ativa, não tem objeto a irresignação do recorrente pois, falece competência a 4^a JJF para determinar este procedimento. Entendo que nem esta 1^a 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 1^a 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 09170120/02, lavrado contra PETRORECÔNCAVO S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$30.408,81, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, ficando suspensa sua exigibilidade, tendo em vista a concessão de Liminar em Mandado de Segurança, até a Decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

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 -REP. DA PROFAZ