

A. I. N° - 917013-8/02
AUTUADO - PERBRÁS EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ARINALDO SANTA BÁRBARA SUZART
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET -13.05.03

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0154-01/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS, NÃO-CONTRIBUINTE DO IMPOSTO ESTADUAL. EXIGÊNCIA DO TRIBUTO. No caso em lide, cumpre distinguir os fatos e o direito aplicável. Os fatos não foram questionados pelo sujeito passivo, pois este nem nega ter feito a importação, nem questiona os cálculos. No tocante ao direito aplicável, 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/02, acusa a falta de recolhimento de ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. Imposto lançado: R\$ 12.272,47. Multa: 60%.

O autuado defendeu-se alegando ser empresa exclusivamente prestadora de serviços, estando sua atividade relacionada à exploração de petróleo (item 35 da Lista de Serviços), desenvolvendo especificamente serviços de perfuração, completação, restauração, estimulação, “pescaria” e abandono de poços petrolíferos, prestando ainda assistência técnica e serviços técnicos relacionados com essas atividades. Em virtude da alta tecnologia empregada nesses serviços, necessita importar determinados equipamentos e componentes. Em tais importações, o fisco exige o pagamento do imposto por ocasião do desembaraço aduaneiro, exigência esta que a defesa considera ilegal e inconstitucional, argumentando que a competência outorgada aos Estados pelo art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição para instituir o ICMS sobre as operações de importação não alcança as importações efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes daquele imposto.

A defesa informa que, antes, já ingressara em juízo, mediante o Mandado de Segurança n° 9.417.544/02, obtendo liminar (cópia anexa), a qual determinou que o fisco estadual se abstivesse de exigir o pagamento do tributo referente às importações que essa empresa efetuasse para utilização em seus serviços. Aduz que os valores relativos ao ICMS das operações em apreço vêm sendo depositados judicialmente.

Quanto ao mérito, argumenta que o imposto não é devido. Já antes da Emenda Constitucional n° 33/01, o STF já havia se manifestado por diversas vezes no sentido de que a competência dos

Estados para cobrar o imposto sobre as importações não alcança as importações efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes do tributo estadual. A defesa sustenta a tese de que as alterações introduzidas na Constituição pela supracitada emenda, visando alcançar as pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes do ICMS são inconstitucionais, uma vez que modificam cláusulas pétreas da Carta. E mesmo que não fossem inconstitucionais aquelas alterações, a exigência do tributo é ilegal, porque, para que os Estados pudessem passar a exigir o ICMS nas operações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes deste imposto, seria imprescindível 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. De qualquer forma, segundo a defesa, a lei estadual não poderia instituir a nova hipótese de incidência antes da edição de lei complementar que afastasse o conflito de competência entre a União e os Estados surgido com a referida emenda, que criou verdadeiro imposto de importação estadual.

A defesa passa em seguida a fazer o cotejo da redação anterior do dispositivo institucional com a introduzida pela emenda constitucional. Frisa que, com relação ao texto originário, a incidência do ICMS nas importações somente podia ocorrer se o importador fosse contribuinte deste imposto. Aduz que esta tese está exposta em diversas publicações do prof. Antônio Carlos Nogueira Reis, inclusive nos “Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto”, publicados pela Editora Forense, tendo o STF decidido nesse sentido em reiteradas vezes, de que são exemplos os acórdãos dos Recursos Extraordinários RE 203075-9, RE-185.789/SP e RE-298630/SP, em que atuaram como relatores os ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Moreira Alves, respectivamente.

Prossegue dizendo que, com a Emenda Constitucional nº 33/01, o poder constituinte derivado, afim de atender à sanha arrecadatória dos Estados, não teve nenhum pudor em emendar o texto constitucional, a fim de pretensamente atingir com o gravame fiscal as importações de bens efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas que não pratiquem atos de comércio com habitualidade. Sustenta que o poder constituinte derivado não poderia fazer esse tipo de alteração no texto constitucional, porque a não-cumulatividade do ICMS e a garantia da não tributação do imposto em situações não previstas originariamente na Constituição constituem direitos e garantias individuais e como tais são insusceptíveis de proposta de emenda tendente a aboli-los, em face da vedação expressa do art. 60, § 4º, IV, combinado com o § 2º do art. 5º da Constituição.

A defesa faz a distinção entre os conceitos de poder constituinte originário e poder constituinte derivado, acentuando que se por um lado é impossível aferir-se a constitucionalidade do texto inaugural da Constituição, é perfeitamente possível a análise da constitucionalidade dos atos do poder constituinte derivado.

Segundo a defesa, a Emenda nº 33/01, além de violar o princípio da não-cumulatividade, por não permitir ao importador o uso do crédito, também desrespeita o princípio da isonomia, dando tratamento desigual à pessoa do importador, dividindo-o em duas categorias distintas, constituída uma pelos que têm direito ao crédito do imposto (os contribuintes), e outra pelos que não têm aquele direito (os não contribuintes). Dá destaque à distorção que essa distinção acarreta no plano econômico.

A defesa passa em seguida a demonstrar que a Emenda 33/01 trouxe a possibilidade de os Estados criarem novo imposto com o mesmo fato gerador de outro tributo já discriminado na Constituição, de competência federal, que é o imposto de importação. Considera flagrante a violação, pela referida emenda, à garantia individual de não ser instituído imposto que, não estando previsto originariamente na Constituição, seja cumulativo ou tenha fato gerador ou base

de cálculo próprios daqueles discriminados o texto originário. Vale-se nesse sentido de lição do prof. Clélio Chiesa. Ainda que a emenda pudesse ser considerada constitucional, seria necessária a edição de lei complementar que dispusesse sobre conflito de competência para instituir a nova incidência do ICMS, nos termos do art. 146 da Constituição. Depois dessa lei complementar, seria necessário que o Estado, por lei ordinária, instituísse o novo imposto. Demonstra que o STF já cuidou dessa matéria, no episódio do adicional ao imposto de renda, em decisão proferida no RE-149955/SP, conduzida pelo ministro Celso de Melo. Quanto à imprescindibilidade da existência de lei complementar reguladora de conflito de competências, aponta a decisão proferida pelo STF no RE-85262/DF, sendo relator o ministro Cordeiro Guerra. Conclui seus argumentos valendo-se dos ensinamentos de Hugo de Brito Machado e Schubert de Farias Machado.

Salienta que, na Bahia, a Lei nº 7.014/96 no que concerne ao ponto em questão continua a dispor da mesma forma que fazia antes da Emenda Constitucional nº 33/01.

Requer a declaração da improcedência do Auto de Infração.

O fiscal autuante prestou informação assinalando que no contencioso administrativo não há espaço para discussão da constitucionalidade levantada pela defesa. Considera que a nova redação dada ao dispositivo constitucional pela Emenda nº 33/01 apenas explicita e interpreta a redação originária. Aduz que o caso em apreço se enquadra na norma constitucional.

Quanto à questão da necessidade de lei complementar e de lei estadual para instituir a incidência do ICMS na importação de bens procedentes do exterior, o autuante observa que tal previsão já havia na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei estadual nº 7.014/96, as quais foram recepcionadas pelo novo dispositivo constitucional.

No que concerne ao fato de o importador ser empresa prestadora de serviços, não sendo contribuinte do ICMS, o fiscal comenta que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao tratar da natureza comercial da sociedade anônima e da natureza de comerciante desse tipo de sociedade, independentemente de seu objeto. Por extensão, seguindo a mesma linha de raciocínio, considera que pode ser aplicada a mesma orientação às sociedades civis por quotas de responsabilidade limitada. Tendo o autuado natureza comercial, é contribuinte do ICMS, nos termos da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei nº 7.014/96.

Afirma não concordar com a alegação da improcedência da autuação. Opina pela manutenção do lançamento.

VOTO

Este Auto de Infração cuida de ICMS relativo à importação de bens por empresa prestadora de serviços sujeitos à incidência do ISS.

A discussão gira em torno da constitucionalidade ou não da exigência de ICMS na importação de bens por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes do imposto estadual.

Caso o fato concreto aqui em exame 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 entanto, neste caso específico, embora a matéria, em tese, esteja *sub judice*, o fato concreto não se encontra sob apreciação do Poder Judiciário. A liminar concedida apenas suspende a exigibilidade do ICMS.

Passo, por isso, ao exame do mérito da questão.

Quando se fala em “mérito”, esta expressão compreende os fatos e o direito aplicável. Não abordarei os aspectos jurídicos da questão, porque estes se encontram *sub judice*, pois, conforme a defesa, o sujeito passivo havia, antes da autuação, ingressado em juízo, mediante o Mandado de Segurança nº 9.417.544/02, obtendo liminar (cópia anexa), a qual determinou que o fisco estadual se abstivesse de exigir o pagamento do tributo referente às importações que essa empresa efetue para utilização em seus serviços. De modo que me limitarei a apreciar os elementos de fato.

Aliás, com relação aos fatos não há nenhum questionamento. A defesa não nega que tenha feito a importação. E não acusa a existência de erros materiais nos cálculos do imposto.

Sendo assim, cessa a minha participação como julgador nesta instância administrativa.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. Não se perca de vista, ficando, que fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 917013-8/02, lavrado contra **PERBRÁS EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 12.272,47, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de maio de 2003

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA