

A. I. Nº - 0009170111/02
AUTUADO - PERBRAS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ARINALDO SANTA BÁRBARA SUZART
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 21.05.03

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0163-01/03

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 suspensa, mas não seu lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/10/02, cobra o imposto no valor de R\$3.745,02 acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS sobre a importação, no momento do desembaraço aduaneiro e cujo importador encontra-se estabelecido neste Estado.

O autuado, por advogado legalmente constituído, impugnando o lançamento fiscal, apresentou-se como 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. Nesta circunstância, vez por outra, realiza a importação de determinados componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de específicos serviços.

Após tal colocação, disse que a fiscalização estadual estava a exigir 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 esta ilegal e inconstitucional, haja vista que a competência outorgada ao Estados (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 abstivesse de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens que realiza. Observou, neste momento, que os valores relativos ao ICMS das referidas operações estão sendo depositados judicialmente e que a fiscalização estadual, em cumprimento a ordem judicial, tem permitido a

realização do desembarço 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.

Continuando, afirmou que no mérito a ação fiscal era totalmente improcedente. 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 sobre as operações de importação realizadas por pessoas físicas ou jurídicas não 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, pois 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, mesmo que as supras referidas alterações não fossem inconstitucionais, permaneceria a ilegal natureza da autuação, pois, para que os Estados possam exigir o ICMS nas operações de importação realizadas por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes, 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. 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 das operações de importação, o ICMS se limitou a mercadoria e bem destinado ao consumo ou ativo fixo 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 atende ao quanto disposto no art. 146, 1 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.

Pelo que tudo expôs, requereu a improcedência da autuação.

O autuante (fls. 59/65) ratificou o procedimento fiscal, informando, inicialmente, que o contribuinte importou partes de máquinas de sondagem/perfuração, acobertadas pela DI nº 02/0879139-0 e Nota Fiscal de entrada/importação nº 349, deixando de recolher o ICMS no momento do desembarço aduaneiro.

Em seguida passou a atacar os argumentos defensivos. Observou que não existia qualquer aspecto de inconstitucionalidade na EC 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.”, caso do autuado.

No mais, no contencioso administrativo não existe espaço para a discussão sobre se determinada lei é ou não constitucional, especialmente quando essa norma se trata de Emenda Constitucional e, no mais, enquanto o Supremo Tribunal Federal não apreciar a EC nº 33/01 e julgá-la constitucional, somente resta ao Poder Público obedecê-la.

Quanto a 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 3.708/19, sujeita ao regime jurídico-comercial e, por consequência, possui estabelecimento e não sede, não podendo se desvincilar 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).

VOTO

Preliminarmente me pronuncio a respeito do Mandado de Segurança impetrado pelo impugnante, com liminar deferida para suspender a exigibilidade do presente crédito tributário, até que fosse julgado o mérito da ação. Entendo que liminar em Mandado de Segurança, conforme expresso no CTN, é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a exigibilidade do crédito fica sobrestada até decisão final em último grau de recurso. Porém, nada impede a sua constituição, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de decisão a ele favorável. Assim, as decisões em grau administrativo podem, e devem, continuar seu curso. Observo, apenas, que se a ação judicial tivesse ocorrido em data posterior à autuação, o presente processo estaria extinto, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99. No entanto, este caso aqui não se aplica, uma vez que a ação fiscal é posterior ao Mandado de Segurança.

Da análise do mérito, verifico que o lançamento trata de cobrança do ICMS, em razão de não ter o autuado recolhido o imposto relativo à importação de bens, no momento do desembaraço aduaneiro, realizado neste Estado, por entender não ser contribuinte do referido imposto.

Como razões de defesa, o impugnante alegou a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional nº

33/01, a falta de lei infraconstitucional para absorver as novas regras desta Emenda emanadas e que eram uma empresa prestadora de serviços e não contribuinte do ICMS.

Quanto à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 33/01, este Colegiado administrativo não tem competência para argüi-la conforme determina o art. 167 do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99). Assim, limito-me a analisar os fatos e a legislação tributária em vigor.

O contribuinte é empresa, conforme declinado, prestadora de serviço, com atividade relacionada à exploração de petróleo, estando incluída no item 35 da Lista de Serviço, anexa ao RAICMS/97, quando desenvolve os serviços na área de perfuração, completação, restauração, estimulação, pesca e abandono de poços petrolíferos. Entretanto, analisando seu Contrato Social (fl. 50) tem, também, por objetivo, realizar serviços de manutenção mecânica, elétrica, pneumática e hidráulica em equipamentos e caldeiras, bem como a importação de máquinas e equipamentos necessários à consecução de sua finalidade. Nesta condição, sua atividade está relacionada com os itens 68, 69 e 70 da citada Lista de Serviço, quando fornece peças e partes destas. Além do mais, se no seu contrato social consta como objetivo a importação de equipamentos, mesmo que vinculados com a sua atividade, tais importações, evidentemente, não serão para compor o ativo fixo do estabelecimento já que não necessário para constar de um Contrato Social. Assim, por realizar, vez por outra, operações de circulação de mercadorias, se inscreveu nesta SEFAZ – cadastro nº 00.310.501. Observo, neste momento, que embora não seja fator determinante para caracterizar a figura do contribuinte, que ele esteja ou não inscrito no cadastro estadual (art. 151 do RICMS/97), o fato de possuir inscrição estadual perante esta SEFAZ, prova que entre suas atividades, encontra-se aquela de comercialização, o que o caracteriza como contribuinte do ICMS ao teor do art. 36 do referido Regulamento.

Mas, mesmo ficando provado que o impugnante não realizava operações de circulação de mercadorias, é necessária a atenção à legislação tributária vigente. 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, ou seja, no desembarço 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. Estas determinações, ao longo dos anos, não sofreram quaisquer alterações. 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. Entendo que a Emenda Constitucional nº 33/01 foi editada, apenas, para explicitar o texto constitucional, objetivando evitar controvérsias sobre a matéria já pacificada.

De tudo ora exposto, a infração está caracterizada. O imposto foi calculado conforme as determinações legais e meu voto é pela PROCEDÊNCIA da autuação no valor de R\$3.745,02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0009170111/02**, lavrado contra **PERBRAS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

do imposto no valor total de **R\$3.745,02**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, ressalvando-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, 14 de maio de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR