

A. I. Nº - 000.917.010-3/02
AUTUADO - PERBRÁS EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ARINALDO SANTA BÁRBARA SUZART
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 19/05/2003

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0163-03/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BENS DESTINADOS A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento do desembarque aduaneiro do bem importado do exterior. Falece competência, a este CONSEF, a apreciação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/10/2002, exige ICMS no valor de R\$ 71.500,78 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido neste Estado.

O autuado ingressa com defesa, fls. 30 a 50 e aduz as seguintes razões de defesa:

1. Esclarece que constitui-se em empresa exclusivamente prestadora de serviços, com atividade relacionada à exploração de petróleo, item 35 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 506/68, e que necessita realizar vez por outra, a importação de determinados componentes e equipamentos a serem utilizados na realização de serviços específicos.
2. Reclama que a exigência constante do Auto de Infração é ilegal e inconstitucional, haja vista que a competência outorgada aos Estados, pelo artigo 155, inciso 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.
3. Informa que ingressou em juízo mediante o Mandado de Segurança nº 9.417.544/02, obtendo medida liminar (doc.04), que determinou que o Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia, por si ou por seus subordinados, se abstenha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pela Defendente para utilização em sua prestação de serviços. Ressalta que os valores relativos ao ICMS das referidas operações vêm sendo depositados judicialmente.
4. Reconhece que o Auto de Infração foi lavrado a fim de evitar uma possível decadência do direito de constituir o crédito tributário, mas que a autuação em seu mérito é improcedente.
5. Em primeiro momento, que demonstrará que, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 33/2001, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado no sentido de que a competência outorgada ao Estado, pelo artigo 155, inciso 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.

6. Apresenta a tese de que as alterações do texto do art. 155, inciso IX, "a" 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 33/2001, são inconstitucionais, uma vez que modificam cláusulas constitucionais pétreas, expressamente excluídas da competência do poder de reforma pelo § 4º do art. 60 da C. Federal.
7. Também que, mesmo que as supras alterações não fossem inconstitucionais, permaneceria ilegal a exigência, pois imprescindível a existência de lei estadual posterior à Emenda Constitucional nº 33/2001, instituindo a citada hipótese de incidência, o que não foi feito pelo Estado da Bahia.
8. De qualquer sorte, a mencionada Lei Estadual não poderia instituir a hipótese de incidência, antes da existência de Lei Complementar que afastasse o conflito de competência entre a União e os Estados, surgido com a Emenda nº 33/2001.
9. Traz algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a incidência do ICMS nas importações só pode ocorrer se o importador é contribuinte deste imposto.
10. Em suma, discorre sobre a inconstitucionalidade da E.C nº 33/2001, ao analisar o art. 60, § 4º, IV, em que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.
11. Assevera que na ordem tributária, os direitos e as garantias individuais correspondem, entre outros, aos princípios da isonomia, da estrita legalidade, da não-cumulatividade do ICMS, 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.
12. Diz que a alteração do texto constitucional, promovida pela EC nº 33/2001, restringiu o alcance do princípio da não-cumulatividade, porque o importador não contribuinte do ICMS não tem como usar o crédito do imposto. Fere também o princípio da isonomia, na medida em que dá tratamento desigual à pessoa do importador, dividindo-o em duas categorias distintas: I – o que tem direito ao crédito do imposto, por ser contribuinte deste; II – o que não tem direito a esse crédito, por não ser contribuinte.
13. Que a EC nº 33/2001 trouxe a possibilidade de os Estados instituírem novo imposto, além daqueles a eles atribuídos pelo texto Constitucional, imposto que além de cumulativo, tem fato gerador próprio de outro imposto discriminado na Constituição Federal, qual seja o imposto de importação.
14. Aponta o surgimento de um conflito de competência entre a União e os Estados, diante da identidade entre o imposto de importação e o novo ICMS na importação, e a imprescindibilidade da existência no ordenamento jurídico de lei complementar reguladora de conflito de competências, pois inválida qualquer norma anterior nesse sentido.
15. A final requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 64 a 70, e aduz que a autuada é uma sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada, logo é empresa mercantil, comercial, sujeita ao regime jurídico comercial. Aponta que a definição de contribuinte do ICMS está no art. 4º e parágrafo único, da Lei Complementar nº 87/96, e no art. 21 do Convênio 66/88, art.10 da Lei nº 4.825/89, e no art. 5º da Lei nº 7.014/96. Conclui que a autuada é contribuinte do ICMS quando efetuou a presente importação de bens do exterior destinados ao seu consumo ou ativo fixo. Também a qualidade de contribuinte do ICMS do autuado é confirmada com sua efetiva inscrição perante o Cadastro de

Contribuintes do ICMS da SEFAZ. Ressalta que a questão de inconstitucionalidade não encontra espaço de discussão no âmbito do Contencioso Administrativo.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual foi exigido o ICMS sobre a importação de partes de máquinas de sondagem/perfuração, acobertada pela DI nº 02/0879138-2 e Nota Fiscal de Entrada nº 350, que estão anexadas às fls. 8 a 11 e 21, respectivamente.

Observo que foi lavrado o competente Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 090808, fl.03, que atribuiu a responsabilidade de fiel depositária ao autuado.

O art. 11, I, “d”, da Lei Complementar nº 87/96, define que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, tratando-se de mercadoria ou bem importado do exterior, é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física, definição repetida pelo art. 13, I, “d”, da Lei nº 7.014/96, e esta ocorreu no Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal de Entrada nº 350, fl. 21, e a Declaração de Importação, de fls. 8 a 11.

Portanto, as peças juntadas ao Auto de Infração, pelo autuante, comprovam que a entrada física da mercadoria ocorreu no território baiano, e nesta hipótese, o ICMS é devido ao Estado da Bahia, cabendo ao estabelecimento importador, o seu recolhimento.

Inicialmente o autuado entende que não é contribuinte do ICMS e, portanto, não estaria no campo de incidência do ICMS na importação de bens do exterior, haja vista que a EC nº 33/2001, que equiparou como contribuinte para os fins de importação, qualquer pessoa física ou jurídica, seria inconstitucional.

Deste modo, o autuado em sua peça defensiva, cinge-se a alegar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 33/2001, que deu nova redação ao inciso IX “a”, do parágrafo 2º, do art. 155 da Constituição Federal ao dispor:

Art 155.....

§ 2º

IX – incidirá também:

- a) *sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.*

Sabemos que apenas e exclusivamente o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, ou outro ato normativo, em ação direta, na via do controle concentrado. Também é atribuição dos juízes e tribunais em geral, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou outro ato normativo, em decisão que profere examinando fatos concretos. Deste modo, não cabe à este órgão julgador, o Conselho de Fazenda Estadual, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

O fato é que a incidência do ICMS na importação de bens do exterior destinados a consumo ou ativo fixo, já estava prevista na Lei Complementar nº 87/96, no art. 4º, parágrafo único, ao estabelecer que é também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

A Lei nº 7.014/96, também prevê expressamente a incidência do ICMS sobre a matéria em lide ao dispor:

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

.....

V – a entrada de mercadorias ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, mesmo quando de tratar de bem destinado ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento, bem como a aquisição ou arrematação em licitação promovida pelo poder público de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados.

A questão foi regulamentada com a aprovação pelo Decreto nº 6.284/97, que nos artigos 572 e 573, prevêem que o ICMS incidente nas entradas, do exterior, de mercadorias ou bens pelo importador será recolhido no momento do desembarque na repartição aduaneira, independentemente de serem as mercadorias ou bens destinados a contribuintes situados nesta ou em outra unidade da Federação.

Como o contribuinte encontra-se amparado por Medida Liminar em Mandado de Segurança, o presente Auto de Infração foi lavrado para evitar a decadência do imposto, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, até decisão final da lide.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 000.917.010-3, lavrado contra **PERBRÁS EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 71.500,78, 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 decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR