

A. I. Nº -09170120/02
AUTUADO -PETRORECÔNCAVO S. A.
AUTUANTE -ARINALDO SANTA BÁRBARA SUZART
ORIGEM -IFMT-DAT/METRO
INTERNET -20. 05. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-04/03

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 desembaraço 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 efetua-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 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 desembaraço 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 institísse 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 defendente 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.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 09170120/02**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S. A.**, devendo ser intimado o autuado 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 n.º 7014/96, 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, 13 de maio de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR