

A. I. Nº - 232950.0015/03-0
AUTUADO - PETRORECÔNCAVO S/A
AUTUANTE - ARINALDO SANTA BARBARA SUZART
ORIGEM - IFMT/DAT-METRO
INTERNET - 11.09.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0351-03/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. BENS DESTINADOS AO 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 efetuar-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 23/05/2003, para exigir o ICMS no valor de R\$8.004,42, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

O autuado apresentou defesa (fls. 26/48) inicialmente, esclarecendo que é uma empresa exclusivamente prestadora de serviços (item 35 da Lista de Serviços), com a execução de 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 está a exigir reiteradamente o ICMS referente à importação, aduz que ingressou em juízo com o Mandado de Segurança nº 8.574.891/01 e obteve a medida liminar, mas que o autuante lavrou o Auto de Infração em lide para evitar uma possível decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Manifesta o entendimento de que, como não está em mora ou inadimplente, o crédito tributário não poderia ser cobrado com o acréscimo de multas. Na hipótese de julgamento pela parcial procedência da autuação, aduz que o crédito constituído não poderá ser inscrito em Dívida Ativa, haja vista que se encontra com sua exigibilidade suspensa.

Argumenta 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. Diz que, 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, porém 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 o Poder Constituinte e Poder Constituinte Derivado, 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. Repete 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, após, 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 e, além disso, no seu entendimento, a citada Emenda Constitucional desrespeita o princípio da isonomia.

Alega, ainda, 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. Aduz 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 à citada Emenda Constitucional, teria que ser também posterior à lei complementar que vier a regular o assunto. Sienta 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 a doutrina sobre a matéria e pede, finalmente, a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 120/125), lembra que o autuado importou hastes de bombeio, acobertadas pela DI nº 03/0401272-0 e nota fiscal e que no contencioso administrativo não há espaço para a discussão sobre se determinada lei – em sentido amplo ou restrito – é ou

não inconstitucional. Especialmente quando essa norma trata de Emenda Constitucional, o que atende ao prescrito no art. 167, I do Decreto nº 7.629/99, que regulamentou a Lei nº 3.956/81, alterada pela Lei nº 7.438/99, no que tange ao processo administrativo fiscal. Diz que cabe-nos apenas obedecer ao comando constitucional contido na EC nº 33/2001, enquanto não julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Destaca a nova redação da norma constitucional pela EC nº 33/2001, que complementou o entendimento já firmado no campo da incidência do ICMS do art. 155, § 2º, inciso IX, “a” da Constituição Federal. Alega que o fato do autuado alegar ser pessoa jurídica dedicada à prestação de serviços de perfuração, e em razão de sua atividade não ser contribuinte do ICMS, não desatura a sua natureza de comerciante, independentemente do seu objeto social, pois na verdade trata-se de uma empresa constituída sob a forma de sociedade por ações, nos termos da Lei nº 6.404/76. Transcreve a definição de contribuinte do ICMS prevista no art. 4º e parágrafo único da Lei Complementar nº 87/96. Baseado na legislação que rege a matéria conclui que o autuado é contribuinte do ICMS e, como tal, sujeito à exigência fiscal que lhe está sendo imposta.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que, acorde o artigo 167, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS referente à importação de bem destinado ao ativo permanente do autuado. O contribuinte, em sua peça defensiva, em nenhum momento, impugnou os valores apontados nesta autuação, limitando-se 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 imposto, o auditor fiscal constituiu o crédito tributário por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e este CONSEF, a exigibilidade do crédito tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

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 consonância com a mencionada Lei Complementar, prevê que o ICMS será devido também na “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 à multa e aos acréscimos legais, foram corretamente indicados pelo preposto fiscal e serão exigidos somente se a decisão judicial, a ser proferida oportunamente, for favorável ao posicionamento da Fazenda Pública Estadual.

Ressalte-se que diversos Autos de Infração foram lavrados contra este contribuinte, pela mesma irregularidade tributária apontada, tendo sido, dois deles, julgados procedentes na Primeira Instância, por meio dos Acórdãos JJF nºs 0165-04/03 e 0254-04/03. A primeira Decisão, inclusive, foi confirmada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0363-11/03, cujo voto proferido pelo Conselheiro Relator Sr. Max Rodriguez Muniz tem o seguinte teor:

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 4ª JJF para determinar este procedimento. Entendo que nem esta 1ª 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.

Pelo acima exposto, 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 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232950.0015/03-0**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S/ A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.004,42** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 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, 08 de setembro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR