

A. I. Nº - 279268.0050/03-2
AUTUADO - PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - RAFAEL LIMA SERRANO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 22. 09. 2003

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0373-04/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não acolhido o argumento de constitucionalidade 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 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 foi lavrado em 30/06/03, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir ICMS, no valor de R\$ 4.695,56, referente à falta de recolhimento do imposto no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, conforme Declaração de Importação nº 03/0491187-3, estando o importador estabelecido neste Estado.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 35 a 56) e, inicialmente, explicou que é uma empresa prestadora de serviços (item 35 da Lista de Serviço), executando serviços de perfuração, completação, restauração, estimulação, pescaria e abandono de poços petrolíferos e a assistência técnica e serviços técnicos relacionados com essas atividades, o que exige a importação de 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 9.417544/02 e obteve medida liminar (fls 67 a 69), determinando que a Superintendência da Administração Tributária se abstinha de exigir o pagamento do ICMS referente às operações de importação de bens realizadas pelo autuado, todavia o auditor fiscal lavrou o Auto de Infração para evitar a 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. Afirma que somente 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. Cita doutrina e ementas de decisões do STF para embasar sua tese.

Alega que o poder constituinte derivado não poderia ter produzido tal alteração no texto constitucional, uma vez que modificaria direitos e garantias individuais, os quais são insusceptíveis de proposta de emenda tendente a os abolir, por expressa disposição do § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Após tecer comentários sobre Poder Constituinte e Poder Constituinte Derivado, o autuado afirma que este último é limitado pelo próprio texto constitucional. 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. Assevera 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. Cita os artigos 150, 154 e 155 da Constituição Federal para embasar sua alegação.

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 tese.

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 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 art. 146, I e III, “a” da Constituição Federal e, além disso, já teve a sua interpretação definida pelo STF no sentido de não permitir a exigência do ICMS nas importações por pessoas físicas de bens sem que constituam operações de circulação de mercadorias. Transcreve decisões do STF sobre o assunto.

Friza que a lei estadual que regular a matéria terá que ser posterior à lei complementar que vier a regular o assunto, e os Estados, para exigir o novo ICMS, teriam que instituí-lo mediante lei própria e respeitando o princípio da anterioridade, porém o Estado da Bahia não promulgou nenhuma lei que instituisse o novo tributo. Cita doutrina para embasar sua alegação, anexa recibos de depósitos judiciais (fls. 70 a 89) e, ao final, solicita a improcedência da autuação.

Na informação fiscal (fls. 94 e 95), o autuante afirma que a operação em questão está dentro do campo de incidência do ICMS e que o autuado é contribuinte do imposto, tudo em conformidade com a Lei Complementar nº 87/96 e com a Lei nº 7014/96. Diz que o fato gerador do tributo ocorreu no momento do desembarco aduaneiro das mercadorias, como prevêem a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei nº 7014/96. Salienta que enquanto o STF não declarar que essas citadas leis são inconstitucionais, elas são legítimas e eficazes.

Assevera que o autuado não nega a importação e nem questiona os cálculos efetuados. Diz que o direito aplicável a matéria está *sub judice*, haja vista a liminar em mandado de segurança. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

A presente autuação exige o ICMS referente à importação de bens efetuada por empresa prestadora de serviços, estando o importador amparado por liminar em mandado de segurança. A defesa não contrapõe números ao valor apurado na autuação e se limita a questionar a incidência do ICMS sobre a operação em tela.

Deixo de apreciar as alegações defensivas sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 33/2001, pois, em conformidade com o art. 167, I, do RPAF/99, a declaração de inconstitucionalidade não se inclui na competência deste órgão julgador.

De acordo com o art. 2º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, o ICMS incide “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 art. 2º, V, da Lei nº 7014/96, em perfeita consonância com a 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” Dessa forma, vê-se que o ICMS na importação de bem alcança pessoas físicas e sociedades civis prestadoras de serviços, reiteradas decisões deste CONSEF já pacificaram, na esfera administrativa, esse entendimento.

As alegações defensivas pertinentes ao princípio da não-cumulatividade não são capazes de elidir a acusação, pois o autuado, ao efetuar importação de mercadoria ou bem do exterior, passa a se classificar como contribuinte do ICMS, ao teor do disposto no art. 36, § 1º, I, do RICMS-BA/97.

Apesar do acima comentado, o direito a ser aplicado ao caso em lide será decidido pelo Poder Judiciário, quando apreciar o mérito da questão, uma vez que a matéria se encontra *sub judice*.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279268.0050/03-2, lavrado contra **PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 4.695,56, 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, 18 de setembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR