

PROCESSO - A.I. Nº 108875.0014/04-0
RECORRENTE - LIZ CONSTRUÇÕES – EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0138-04/05
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 01/09/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0279-11/05

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Por se tratar de importação de mercadorias por pessoa jurídica não contribuinte do imposto, a exigência é cabível a partir da promulgação da EC nº 33/01. Infração parcialmente comprovada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0138-04/05, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual foi lavrado para exigir o ICMS de R\$9.466,32, decorrente do recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta das taxas cambiais, inerentes aos meses de fevereiro e maio de 1999; janeiro, abril, Junho e setembro de 2000, e abril e agosto de 2002.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$4.836,50, por entender que razão assiste ao autuado, em relação ao imposto cobrado tendo como fatos geradores os exercícios de 1999 e 2000, haja vista a Decisão do STF, por meio da Súmula nº 660, entendeu somente ser devido o imposto na importação de bens ou mercadorias, por pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS, a partir da edição da EC nº 33/01, a qual entrou em vigor em 11/12/01. Ressalta que sobre o assunto, a 2ª CJF deste CONSEF, por meio do Acórdão de nº 0274-12/04, julgou improcedente Auto de Infração lavrado.

Assim, decidiu a JJF que remanesce o imposto cobrado referente ao exercício de 2002, não acatando o argumento defensivo, segundo o qual o imposto não incide sobre a importação de bens por não contribuinte do ICMS, haja vista se reportar a fato gerador ocorrido posteriormente à promulgação da EC nº 33/01 que, em seu art. 2º, deu nova redação a alínea “a”, do inciso IX, do art. 155, da Constituição Federal, a qual passou a vigorar com o seguinte teor:

“Art. 155. (...)

IX - (...)

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 como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço”.

Também ressalta a Decisão recorrida que, o §1º, em seu inciso I, do art. 5º, da Lei nº 7.014/96, diz que é também contribuinte do ICMS a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade, importe mercadoria ou bem do exterior, ainda que os destine ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente do seu estabelecimento.

Conclui a JJF que, tendo em vista o contido nos dispositivos acima citados, consideram correta a exigência fiscal relativamente aos fatos geradores do exercício de 2002, pelo que mantém parcialmente a autuação no valor de R\$4.836,50, ressaltando, com relação à alegação defensiva de que não foi observado o princípio da não cumulatividade do ICMS, que o mesmo não se aplica a presente autuação, já que não houve a cobrança anterior do imposto sobre a operação objeto da autuação por este ou outro Estado ou pelo Distrito Federal, conforme preceitua o art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Irresignado com a Decisão proferida o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, no qual alega que apresentou impugnação, sustentando fosse reconhecida a total improcedência da autuação, tendo em vista que as operações de importação que ensejaram a lavratura do Auto de Infração foram realizadas por não contribuinte de ICMS em períodos anteriores à vigência da Emenda Constitucional nº 33/01 e mesmo da regulamentação pelo Estado da Bahia, por intermédio do Decreto nº 8.375/02, base legal da autuação.

Defende o recorrente da necessidade de lei estadual para instituição do ICMS sobre operações de importações realizadas por não contribuinte, consoante art. 155, inciso II, da Constituição Federal, uma vez que o Estado não pode exigir tributo sem que haja lei instituidora para tanto, posto que a Constituição Federal não cria, mas apenas atribui competência aos Estados para fazê-lo.

Destaca que, no caso em tela, indubitoso que o Estado da Bahia, após a Emenda Constitucional nº 33/01 que outorgou competência aos entes para incidência do ICMS sobre as operações de importação realizadas por não contribuinte, apenas exerceu o respectivo poder de tributar por intermédio da Lei nº 8.542, publicada no Diário Oficial de 28 e 29 de dezembro de 2002, alterando o § 1º, art. 5º da Lei nº 7.014/96, sendo que as operações de importação em discussão ocorreram nos meses de abril e agosto de 2002, portanto, anterior a vigência da supra mencionada legislação. Cita doutrina e jurisprudência.

Registra a impossibilidade da cobrança do ICMS em razão do disposto no § 1º, inciso I, do art. 5º, da Lei nº 7.014/96, antes da alteração promovida pela Lei nº 8.542/2002, visto que no ordenamento jurídico brasileiro não se admite a possibilidade de convalidação da lei promulgada em incompatibilidade com a Constituição Federal. Cita que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento, conforme enunciado da Súmula nº 660, no sentido de que “Até a vigência da EC 33/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto”.

Enfatiza que o Estado da Bahia, também, já reconheceu que o poder de tributar do Estado concernente às mencionadas operações apenas adveio com a EC nº 33/01, conforme Ato Declaratório Conjunto nº 01/2005, do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia e o Procurador Geral do Estado da Bahia. Cita doutrina e jurisprudência.

Assim, defende que o tributo em comento é indevido por ausência de sua instituição pelo Estado da Bahia, bem como em respeito ao princípio da irretroatividade da lei tributária, do que requer a reforma da Decisão recorrida para julgar improcedente o Auto de Infração.

Em seu Parecer, às fls. 315 e 316 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por considerar insubsistentes as alegações do recorrente acerca da inexistência de legislação estadual regulando a matéria ou de usurpação de competência pelo Poder Legislativo Estadual, visto que a referida Súmula 660 do STF veio uniformizar o entendimento manifestado pela jurisprudência dominante no sentido de que o princípio da não-cumulatividade, intrínseco ao arquétipo constitucional do ICMS, seria vulnerado caso fosse realizada espécie de equiparação entre comerciante e pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto, fazendo incidir o tributo estadual quando o particular importasse bem para uso próprio e sem caráter de habitualidade.

Aduz que a aplicação do disposto nesta Súmula orienta a interpretação referente apenas às operações ocorridas anteriormente à edição EC 33/2001, como foi acertadamente declarado pela Decisão recorrida.

Conclui que, com a alteração do texto constitucional, criou-se novo tipo tributário, qual seja, o ICMS cumulativo, sendo expressamente prevista a incidência do imposto quanto à importação de bem ou mercadoria, realizada por pessoa que não seja contribuinte habitual, ainda que destinada a qualquer finalidade estranha à atividade mercantil.

VOTO

Examinando as alegações do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte concluo não caber razão ao recorrente, tendo em vista que se trata de matéria essencialmente jurídica e, como tal, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS, o qual entende que a aplicação do disposto na Súmula 660 do STF refere-se apenas às operações ocorridas anteriormente à edição EC 33/2001, sendo com a alteração do texto constitucional expressamente prevista a incidência do imposto quanto à importação de bem ou mercadoria, realizada por pessoa que não seja contribuinte habitual, ainda que destinada a qualquer finalidade estranha à atividade mercantil, o que se enquadra ao caso em análise do Recurso Voluntário.

Por outro lado, o fato de o Estado da Bahia reconhecer que o seu poder de tributar, concernente às mencionadas operações, apenas adveio com a EC nº 33/01, conforme Ato Declaratório Conjunto nº 01/2005, do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia e o Procurador Geral do Estado da Bahia, não favorece ao recorrente, pois os fatos em questão se reportam aos meses de abril e agosto de 2002, sendo, portanto, posteriores.

Quanto à alteração do § 1º, inciso I, do art. 5º, da Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 8.542/2002, trata-se apenas de aperfeiçoamento da redação anteriormente prevista.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108875.0014/04-0, lavrado contra **LIZ CONSTRUÇÕES – EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS4.836,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS