

**PROCESSO** - A. I. Nº 09289210/02  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - VIDA E IMAGEM S/C LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 29/10/2004

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0274-12/04

**EMENTA:** ICMS. IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º c/c art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, COTEB, em razão de a pessoa jurídica não ser contribuinte do imposto, à época dos fatos. Representação **ACOLHIDA**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de representação proposta pelo Chefe da PGE/PROFIS, com base no art. 119, inciso II, § 1º c/c com o artigo 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no art. 114, II, §1º do Decreto nº 7629/99 (RPAF) para que uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, face ao Controle de Legalidade exercido por aquele órgão, a fim de que seja declarada a ilegalidade do Auto de Infração e julgado Improcedente.

A acusação fiscal do presente Auto de Infração lavrado em 10/12/02, para exigir ICMS no valor de R\$648.629,08 apontou a seguinte irregularidade:

Falta de recolhimento do ICMS relativo a produtos importados, cuja entrada física ocorreu neste Estado, sem que os mesmos tenham transitado pelo estabelecimento importador.

O autuado, através de advogado, apresentou sua impugnação às fls. 40 a 48.

Levado a julgamento à 1ª JF decidiu pela Improcedência do Auto de Infração. (fls. 114 a 118).

Vinda a esta 2ª CJF em razão de Recurso de Ofício, o Auto de Infração foi julgado Procedente, com voto vencido do relator, Consº Fauze Midlej que se manifestou negando Provimento ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida - Improcedência do Auto de Infração.

Decidiu a 2ª CJF pela Procedência do Auto de Infração com base no Voto Vencedor a seguir transcrito:

*“Peço vênia para discordar do Sr. relator e dos ilustres integrantes da Junta de Julgamento Fiscal. As evidências fáticas existentes neste processo me convenceram que a exigência fiscal é correta, pois o ICMS é devido ao Estado da Bahia, local do destino físico dos bens importados, ainda que posteriormente remetidos à outra unidade da Federação, fato, entretanto, não devidamente comprovado neste processo.*

*A operação envolve dois equipamentos de uso médico - um sistema de tomografia computadorizada e um sistema de ressonância magnética - conforme detalhamentos constantes das guias de importação anexas aos autos, desembaraçados no Estado de Minas Gerais e conduzidos ao Estado da Bahia, em Salvador, tendo sido encontrados pela fiscalização do ICMS no local indicado no Auto de Infração. Entre as datas do desembaraço aduaneiro (15 e 16 de maio de 2001) e o da apreensão e respectiva autuação, ocorrida em*

*10/12/2002, transcorreram aproximadamente 1 ano e 7 meses, não havendo qualquer razão plausível que justifique os bens terem permanecido tanto tempo em local distinto do endereço do importador. Aliás, sabe-se que no local onde os equipamentos se encontravam depositados, funcionava o antigo Colégio Teresa de Lisieux, local onde está sendo construído um hospital pertencente à mesma sociedade empresarial que controla o estabelecimento autuado (HapVida). E mais: quando da visita da fiscalização estadual ao local de depósito do material apreendido o mesmo foi retirado, segundo consta da Declaração prestada pelo fisco à fl. 06 dos autos, sendo que essa retirada se verificou sem autorização fiscal e sem emissão de documentos fiscais. Esse fato, inclusive, não foi contestado pelo contribuinte.*

*Argumentou o autuado que os bens se destinavam ao município de Fortaleza, no Estado do Ceará, mas que em virtude dos pontos de instalação no local a que se destinavam não se encontrarem prontos à época da realização das importações, e não possuir a importadora local adequado para armazenagem naquela cidade, decidiu pelo depósito dos equipamentos, frágeis e de grande porte, em Salvador, em galpão de sua propriedade. Afirmou, ainda, a defesa que a retirada posterior dos bens foi procedida pela empresa GE Medical que prestou declaração de que os equipamentos teriam sido instalados no estabelecimento da Vida e Imagem S/C, em Fortaleza-CE. Entretanto, os bens estavam apreendidos pela fiscalização, com lavratura de Termo de Depósito, assinado pelo Sr. Francisco Evaldo Costa Leandro, (doc. fl. 08 do PAF), autorizado a exercer esse “múnus” pela diretoria da sociedade através de procuração (doc. fl. 10).*

*Diante de tantos fatos questiona-se: 1) qual a razão dos equipamentos terem sido retirados do “depósito” (estabelecimento), em Salvador, exatamente quando o fisco procedia às diligências necessárias a regularização da situação fiscal? 2) se não havia autorização fiscal ou judicial como poderiam esses bens ser conduzidos até Fortaleza, sem documentação fiscal que desse suporte à transferência? o que estariam fazendo equipamentos frágeis, de grande porte e valor econômico, em um local que estava em obras de estruturação de um hospital ?*

*É importante observar que essa operação de transferência envolvia o transporte de aproximadamente 19.000 Kg de equipamentos, fato que não passaria despercebido a qualquer fiscalização do trânsito do ICMS.*

*Verifico neste processo que consumada a ação fiscal e nomeado depositário para proceder à guarda das mercadorias até Decisão final da lide administrativa, aquele, sem qualquer motivação de ordem fiscal ou judicial, descumpriu a sua obrigação civil e tributária de zelar pela guarda dos bens. É questão inclusive, que no meu entendimento deve ser levada ao conhecimento do Ministério Público, para a adoção das providências judiciais cabíveis.*

*No mérito, observo que os equipamentos se encontravam em Salvador, há aproximadamente 1 ano e sete meses, nas dependências de um estabelecimento pertencente ao autuado, que estava se estruturando para ali fazer funcionar um hospital do mesmo grupo empresarial, circunstância que nos leva a concluir que os bens se destinavam a uso neste estabelecimento localizado no território baiano.*

*Quanto ao cumprimento da obrigação tributária principal, não há nos autos prova documental de que o imposto de importação tenha sido recolhido ao Estado do Ceará, de forma a caracterizar o intuito originário de remeter os bens objeto do lançamento fiscal àquela unidade federada.*

*Além disso, fazendo uma comparação da declaração existente nos autos, prestada pela GE Medical, com os documentos de importação, onde são detalhados todos os componentes dos equipamentos, não se pode estabelecer certeza que as mercadorias citadas naquela*

*declaração são as mesmas que se encontravam depositadas em Salvador. E mesmo que provada essa remessa, ela teria sido feita de forma irregular, não havendo, neste processo qualquer explicação razoável, prestada pela empresa, para justificar o motivo das mercadorias terem sido guardadas por um longo lapso temporal em Salvador.*

*Não procede a alegação de que a exigência fiscal é ilegal, pois previsto o fato gerador na entrada proveniente do exterior de mercadoria ou bem destinado ao consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento, sendo este pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não do ICMS, já que o requisito da habitualidade não se apresenta quando se trata de importação, conforme estabelece o art. 155, § 2º, inc. IX da Constituição Federal, norma que também se encontra inserida no Regulamento do ICMS da Bahia (art. 1º, inciso V). Caracterizada, ainda, a destinação física dos bens para o Estado da Bahia, em razão dos equipamentos permanecerem por longo período neste Estado, aproximadamente 1 ano e sete meses, depositados em local com situação irregular perante o fisco estadual, sem a devida documentação fiscal, com a agravante de terem sido retirados após iniciadas as diligências fiscais, não havendo termo de liberação nem ordem judicial que amparasse as saídas dos equipamentos, de forma que além da violação à legislação tributária houve também descumprimento de obrigação civil, pois as mercadorias se encontravam sob depósito fiscal.*

*Aplica-se ao caso a norma prevista no 47, inc. X, do RICMS/BA, derivada da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece ser o local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança de ICMS e da definição de estabelecimento responsável, onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bens importados do exterior.*

*Assim, face às evidências probatórias existentes nos autos e as disposições da legislação tributária em vigor acima citadas, entendo que a infração fiscal está caracterizada, já que as mercadorias foram encontradas em local distinto do indicado pelo sujeito passivo nos documentos de importação, estando provado que as mesmas se destinavam a estabelecimento localizado no Estado da Bahia. Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, pois o Auto de Infração é totalmente Procedente.”*

Irresignado com a Decisão da 2ª CJF que decidiu pela Procedência do Auto de Infração, o Autuado ingressa com Pedido de Reconsideração, fls. 154 a 160, insistindo que o destino dos equipamentos importados é indubitavelmente Fortaleza /Ce, razão pela qual deve ser a Decisão recorrida reconsiderada.

Sobre o Pedido de Reconsideração manifesta-se a PGE/PROFIS à fl. 171, através de sua ilustre procuradora Dra. Sylvia Amoêdo que opina pelo Não Conhecimento do Recurso de Ofício, alegando em síntese:

*“Todo o Recurso de Ofício interposto versa sobre as questões que foram analisadas durante todo o procedimento do julgamento, a questão de provar onde as mercadorias foram internalizadas e determinar qual Estado é credor do ICMS sobre a importação, assim repete os argumentos utilizados em sua defesa administrativa, insiste em dizer que o autuante usou de presunções e argumentos extra-jurídicos, o mesmo teria ocorrido com o julgamento da Câmara. Resumidamente as razões de Recurso são um apelo visando a reforma do entendimento da Decisão da 2ª CJF, no entanto não apresenta o recorrente qual matéria de fato ou fundamento de direito que o autuado aduziu em sua defesa e que deixou de ser apreciado pelo julgamento já realizado, assim, ante o exposto somos pelo não conhecimento do presente Recurso de Ofício.”*

Em julgamento a 2ª CJF decidiu pelo Não Conhecimento do Pedido de Reconsideração. (fls. 176 a 177).

Ingressa então o autuado com pedido de Representação ao Conselho de Fazenda do Estado da Bahia às fls. 187 a 200, com respaldo no art. 113 e demais dispositivos do Decreto nº 7.629 de 09.07.99 (RPAF), alegando:

1. Que o processo administrativo é regido pelo princípio da busca da verdade material e esta deverá ser perseguida por todos os envolvidos no pleito, sejam as partes, os julgadores ou, principalmente o órgão competente para controlar a legalidade dos atos administrativos, trazendo à baila citações de vários doutrinadores.
2. Da não configuração do destino físico uma vez que os equipamentos importados sempre tiveram como único destino físico o município de Fortaleza/Ceará, inclusive já tendo sido instalados com o escopo de implementar as atividades médicas da empresa. A permanência dos mesmos em território baiano foi uma questão meramente circunstancial não sendo suficiente para desconfigurar o destino físico da importação como pretende o Fisco.
3. Do não pagamento do ICMS ao Estado do Ceará: isto porque o cerne da discussão em tela consiste na legalidade ou não da cobrança do ICMS pelo Estado da Bahia sobre a operação de importação em análise, independentemente de outra unidade da Federação cobrar, ou não o imposto. Ressalta que realmente não há nos autos comprovante de recolhimento do ICMS no Estado do Ceará e isto se deve em razão do recorrente encontrar-se amparada pelos efeitos da medida liminar concedida em Mandado de Segurança que determinou a inexigibilidade do ICMS porventura exigido pela SEFAZ/CE.
4. Da inocorrência do fato gerador com a realização da operação importação. Bem para uso próprio: trata-se de equipamentos médicos que, sob nenhuma hipótese podem ser caracterizados como mercadorias, trazendo citações doutrinárias e decisões do STF.
5. Da violação ao princípio da não-cumulatividade no âmbito do ICMS: na importação realizada pelo recorrente não pode ser exigido qualquer valor a título de ICMS, sendo, o Auto de Infração nulo, uma vez que ela não é empresa comercial – e sim uma sociedade médica, conforme contrato social – não pratica atos comerciais de circulação de mercadoria, os bens por ela importados não possuem natureza jurídica de mercadoria, tendo em vista que a mesma não goza de mecanismos para viabilizar a compensação do montante pago na operação anterior a título de ICMS.
6. Da não aplicação da alteração introduzida pela EC nº 33/01. Irretroatividade Tributária: O fato gerador ocorreu em 15.05.00 e o Decreto Estadual nº 8.413 de 31.12.2002 que regulamentou no Estado da Bahia o permissivo constitucional, como se infere é posterior a data da ocorrência do fato gerador.
7. Pede por fim que sejam sanadas as irregularidades apontadas com o cancelamento do Crédito Tributário e conseqüente inscrição deste em Dívida Ativa.

Os autos foram encaminhados novamente à PGE/PROFIS e distribuídos, em caráter de urgência, para a Procuradora Dra. Ana Carolina Moreira que em seu Parecer de fls. 211 a 215, opinou em síntese:

*“Que a empresa requerente alega, basicamente, três pontos:*

*- a não configuração do destino físico da mercadoria para o Estado da Bahia;*

- a inoccorrência do fato gerador com a realização da operação importação. Bem para uso próprio;
- a violação ao princípio da não cumulatividade no âmbito do ICMS;
- a não aplicação da alteração introduzida pela EC nº 33/01. Irretroatividade Tributária.

*Em arrimo a afirmação da Requerente, da inoccorrência do fato gerador na realização da operação sob comento, qual seja, importação de bens para uso próprio por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto, encontra respaldo na Súmula 660 do STF, in verbis”:*

***Súmula nº 660 – “não incide o ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto”.***

A Douta procuradora ressalta que com a EC nº 33/2001 o texto do art. 155, inciso IX teve sua redação alterada.

Do texto transcrito em sua redação original se conclui que a incidência do ICMS nas importações seja de mercadoria, seja de bem para uso ou consumo ou destinado ao ativo fixo da empresa, somente pode ocorrer se o importador é contribuinte do imposto.

Do espírito da norma em apreço distingue-se facilmente a intenção do legislador ao emendar o texto constitucional que não foi outra senão, a de instituir a cobrança do ICMS sobre operação de importação de bens por pessoa física ou jurídica que não pratica atos de comércio com habitualidade.

Assim, resta claro, que no período anterior a vigência da referida emenda, não seria possível tributar com ICMS, por conta de sua condição de não contribuinte do imposto, as operações de importação de bens realizadas por pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse contexto, considerando que a operação de que trata a autuação em questão tem ocorrência de seu fato gerador em 16.05.01 – em momento anterior à vigência da emenda supramencionada, podemos concluir que não se poderia cobrar ICMS nas importações de bens realizadas pelo autuado, em razão de sua condição de não contribuinte do ICMS, entendimento já pacificado pelo STF através da Enunciado da Súmula nº 660.

O efeito primordial do enunciado acima transcrito é exatamente o de afastar a incidência do ICMS nas operações de importação em período anterior a vigência da EC nº 33/2001, para não contribuintes do imposto.

Assim, de acordo com os argumentos arrolados é que a Douta procuradora do Estado entende que é desnecessário tocar no ponto que trata do destino físico das mercadorias, questão que fica suplantada.

Sendo que o PAF em questão consubstancia débitos oriundos de importação de bens relativos ao período compreendido, anterior a vigência da EC nº 33/01, resulta claro veicular esta ilegalidade que nos parece flagrante, pois em referência ao período supracitado cobra ICMS que não era exigível já que a empresa em questão não é contribuinte do imposto, haja vista que não comercializa equipamentos médicos, a sociedade civil epigrafada tem por objeto, a prestação de serviços médicos, explorando a especialidade de radiologia, tomografia computadorizada, ultrassonografia e exames médicos complementares.

Conclui representando ao CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º c/c art. 136, §2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) a fim de que seja declarada a ilegalidade ora impugnada do Auto de Infração nº 0928921000, e o mesmo julgado improcedente.

O Procurador assistente da PGE/PROFIS se manifesta, à fl. 216 pelo acolhimento do Parecer da ilustre Dra. Ana Carolina Moreira ressaltando que a redação atual da Súmula nº 660 é a seguinte: *“Até a vigência da EC nº 33/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto”*.

À fl. 219 o Procurador Chefe da PGE/PROFIS, em despacho, aprova o Parecer da ilustre Procuradora Dra. Ana Carolina Moreira, ratificado pelo ilustre Procurador Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho que concluem pela necessidade de representação a este Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, no exercício do controle da legalidade para que seja declarada a ilegalidade do Auto de Infração e julgado este improcedente.

Ressalta que o presente entendimento firma-se na jurisprudência consolidada pelo STF através da Súmula nº 660, ficando superada a questão relativa ao destino físico. Em outras palavras, ainda que se considere que o destino físico do bem fosse o Estado da Bahia, o ICMS não seria devido, face à condição de não contribuinte do autuado, consoante Súmula nº 660 do STF, sendo certo que o fato gerador ocorreu em 16.05.01, antes da Emenda Constitucional nº 33/2001.

#### **VOTO**

Conheço e ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS que tem base no art. 119, II, § 1º c/c art. 136, §2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) a fim de que seja declarada a ilegalidade do Auto de Infração e julgado Improcedente se considerando que a operação de que trata a autuação em questão tem a ocorrência de seu fato gerador em 16.05.01 – em momento anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 33/2001, concluindo que não se poderia cobrar ICMS nas importações de bens realizadas pelo autuado, em razão de sua condição de não contribuinte do ICMS, entendimento já pacificado pelo STF através do Enunciado da Súmula nº 660.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, Fauze Midlej, Álvaro Barreto Vieira, José Carlos Barros Rodeiro e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro César Augusto da Silva Fonseca.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS