

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0131/04-0
RECORRENTE - INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0232-01/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2005

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0481-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão que não enfrentou pedido específico do impugnante. A matéria discutida na esfera administrativa não é totalmente coincidente com as questões versadas na ação que tramita na Justiça. Violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Prejudicada a defesa e declarou extinto o PAF referente ao Auto de Infração, lavrado em 04/01/2005, para exigir ICMS no valor de R\$91.663,93, pela falta de recolhimento do imposto no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

Consta da descrição dos fatos que ocorreu a importação de aparelho Raio X, apropriado para tomografia computadorizada de corpo inteiro completo e desmontado, conforme Declaração de Importação nº 04/1332210-0, de 30/12/2004 e nota fiscal avulsa da SEFAZ-BA nº 477948, emitida em 03/01/2005. Mercadoria não apreendida em cumprimento a liminar concedida, através de Mandado de Segurança nº 605482-5/2004.

Consta à fl. 14, a determinação da imediata suspensão da exigibilidade do ICMS relativo à mercadoria relacionada na Declaração de Importação nº 04/1332210-0. Também consta do citado documento que “*A liminar pleiteada é para que a Autoridade Coatora se abstenha de exigir o ICMS “importação de equipamento médico-hospitalar, constante da Declaração de Importação nº 04/1332210-0, no momento do desembarço aduaneiro da mercadoria, inclusive de apreensão da mercadoria ou qualquer outro meio coercitivo tendente à cobrança do tributo em questão*”.

O autuado, às fls. 23 a 35, através de seu advogado, apresentou defesa alegando que o levantamento fiscal se refere a levantamento cujo mérito se encontra como objeto da ação mandamental registrada sob nº 605482-5/2004, em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA.

Afirmou que à época da autuação já se encontrava suspenso o crédito tributário e a defesa tem o intuito de ver-se livre da equivocada autuação.

Alegou ilegitimidade da multa aplicada dizendo que estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, I a IV, do CTN que transcreveu, não há como se falar em aplicação de multa. Destacou, também, o art. 964, V, do RICMS/97 para afirmar que o mesmo vem ratificar e balizar o seu posicionamento, transcrevendo, inclusive, o art. 100, II e Parágrafo único, do CTN. Conclui destacando que, ainda que cassada a liminar, o contribuinte haverá de ter um prazo para quitar sua obrigação, sem a incidência da multa.

Das razões do descumprimento da suposta obrigação principal – alegou que a infração se refere à

falta de recolhimento de imposto em relação à importação de bem para o ativo fixo de pessoa jurídica não contribuinte do ICMS e também, nesta oportunidade, passa a demonstrar a improcedência da ação fiscal: o autuado é sociedade com experiência na prestação de serviço médico geral, estando em constante atualização e crescimento médico profissional, especialmente na área de diagnóstico procurando melhores recursos tecnológicos; em razão disto importou para o seu ativo da Siemens AG Médica Solutions, empresa com sede na Alemanha, aparelho de diagnóstico por visualização de ressonância magnética; o fisco entendeu exigir o ICMS nas importações, no momento da sua entrada no Estado da Bahia, em que pese a unânime posição jurisprudencial, inclusive do Eg. STF, a respeito da matéria de que é considerada inconstitucional pelos tribunais.

Protestou dizendo que o ICMS, dentre outras hipóteses, é exação incidente sobre a circulação de mercadorias, assim entendida a circulação jurídica. Não basta a mera circulação física, é imprescindível a mudança de titularidade. Que o legislador reformador, mediante Emenda Constitucional nº 33/2001, elegeu como contribuinte do ICMS sobre a importação de bem destinado ao ativo fixo do estabelecimento, pessoa física ou jurídica ainda que não seja contribuinte habitual do imposto. A previsão normativa agora transportada para o art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88 por emenda à Constituição Federal não pode ser interpretada isoladamente da sistemática constitucional, sob pena de aniquilar todo o princípio da não cumulatividade.

Alegou já ser pacífico o entendimento do STJ sendo farta a jurisprudência sobre a não incidência do ICMS na importação, transcrevendo julgados de outros tribunais.

Concluiu pela inexistência de relação jurídica a imputar o recolhimento do imposto na importação do equipamento médico-hospitalar ao impugnante.

Requeru a nulidade do lançamento efetuado, caso assim não entenda o julgador administrativo que seja o Auto de Infração julgado Improcedente.

O autuante, às fls. 51 a 54, informou já ser pacífico o entendimento do CONSEF de que liminar em Mandado de Segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a ocorrência da Decisão de mérito ou Decisão final, conforme expressa o art. 151, IV, do CTN, nada impedindo a constituição do lançamento do valor devido para evitar possível decadência desse direito.

Esclareceu que o fato se configura em hipótese de incidência do imposto, em consonância com o art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88; art. 2º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96; art. 2º, I, do Convênio ICM 66/88; art. 2º, V, da Lei nº 7.104/96 e, mais especificamente, art. 572, § 7º, c/c art. 573, do RICMS/97. Pela subsunção do fato às normas impositivas mencionadas ocorreu o nascimento da relação jurídico-tributária – de obrigatoriedade do pagamento do imposto.

Transcreveu as redações anterior e nova do art. 155, §2º, IX, da CF/88, afirmando que o autuado se enquadrou, perfeitamente, no campo da incidência constitucional do ICMS, quando efetuou a importação do bem ora questionado.

Opinou pela manutenção da autuação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Trata a presente acusação de exigência do imposto devido, no momento do desembarque aduaneiro, na aquisição de mercadoria importada do exterior, ou seja, aquisição de um equipamento médico-hospitalar para compor o ativo imobilizado do autuado - pessoa jurídica prestadora de serviço médico, oriundo da Alemanha.

O sujeito passivo, através de Ação de Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar, requereu em juízo a suspensão da exigibilidade do ICMS relativo à mercadoria relacionada na Declaração de Importação nº 04/1332210-0, que se refere a um aparelho de Raios-X, próprio para tomografia computadorizada de corpo inteiro, denominado “Somaton Emotion”, sendo, a liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública –

Comarca da Capital – Autos nº 605482-5/2004, determinando a imediata suspensão da exigibilidade do referido ICMS.

Assim, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgá-lo, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, a qual resta prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente estende-se na alegação da inconstitucionalidade da Decisão recorrida, citando doutrina e acórdãos para fundamentar a sua tese., destacando que o Mandado de Segurança que lhe foi concedido, liminarmente, suspende a exigibilidade do crédito tributário. Entende que a discussão da matéria não pode ser encerrada no âmbito administrativo sem atender ao julgamento definitivo do Auto de Infração. Sustenta ainda a ilegitimidade da aplicação da multa, pois, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal. Pede o Provimento do Recurso Voluntário para julgar o Auto de Infração improcedente.

A Douta PGE/PROFIS, em extenso Parecer, e após uma série de considerações sobre a norma constitucional arguida pelo recorrente, conclui o seu Parecer nos seguintes termos: “*Diante do exposto, nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, opino pelo Conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário do autuado, acolhendo-o na parte relativa à improcedência da extinção do PAF em epígrafe, e, outrossim, refutando-o quanto à matéria de fundo, em razão da norma constitucional expressa, devendo a presente manifestação ser encaminhada ao colendo CONSEF para ser submetida novamente ao crivo dessa CORTE/JULGADORA.*”

O procurador do Estado, em seu Parecer, opina no sentido de que deve ser dado Provimento ao Recurso Voluntário tão somente para que seja afastada a Decisão da 1ª JJF, determinando-se que os autos lhes sejam devolvidos, a fim de que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa de ofício e acréscimos moratórios na constituição de crédito tributário destinada a prevenir decadência, nos casos em que a exigibilidade estiver suspensa por ordem judicial.

VOTO VENCIDO

Abstenho-me de adentrar na análise do mérito do processo, em face do que dispõe o art. 122, IV do RPAF, que considera extinto o PAF quando o contribuinte opta pela via judicial, entendimento já pacificado neste Conselho de Fazenda. Quanto ao pronunciamento do Procurador do Estado, em seu Parecer, considerando que o acessório acompanha o principal, fica evidenciado que a multa está abrangida pela Decisão judicial, que prevalecerá, ou não, em decorrência do julgamento, oportunamente, do mérito da autuação. Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo o Auto de Infração ser encaminhado à inscrição da Dívida Ativa, com a suspensão da exigência do crédito tributário, e aguardar a Decisão do Poder Judiciário.

VOTO VENCEDOR

Respeitosamente, divirjo do entendimento externado pelo ilustre relator em seu voto, pois entendo que o Recurso Voluntário apresentado deve ser provido, conforme passo a demonstrar.

No Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS devido no momento do desembarço aduaneiro de equipamento médico-hospitalar importado da Alemanha, conforme Declaração de Importação anexa.

Antes da ação fiscal, o autuado obteve Decisão liminar proferida em Ação de Mandado de Segurança Preventivo, impetrada contra a Fazenda Pública Estadual, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

Após a lavratura do Auto de Infração, o contribuinte apresentou defesa tempestiva, onde questiona a exigência fiscal, bem como a cobrança de multa e de acréscimos moratórios, já que se encontrava respaldado em Decisão Judicial.

Na Decisão recorrida, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal limitou-se a considerar prejudicada a defesa interposta e extinguir o processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Deixou, assim, de apreciar a questão relativa à possibilidade ou não de incidência da multa por descumprimento de obrigação principal e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido no Auto de Infração. Ao não enfrentar essas questões, as quais não estavam sob a apreciação do Poder Judiciário, a Decisão recorrida violou os princípios da ampla defesa e do contraditório, conforme já bem demonstrado pela PGE/PROFIS no seu Parecer.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja declarada NULA a Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **140777.0131/04-0**, lavrado contra **INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Antonio Marques Ribeiro, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS – REPR. DA PGE/PROFIS