

A. I. Nº - 279268.0011/04-5
AUTUADO - KADEVAN CLINICA MÉDICA LTDA.
AUTUANTE - RAFAEL LIMA SERRANO
ORIGEM - I F M T – DAT/METRO
INTERNET - 19/04/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-03/05

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA DE DEFESA. Extingue-se o processo administrativo fiscal com a desistência da defesa, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/09/2004, refere-se à exigência de R\$28.533,47 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador está estabelecido no Estado da Bahia. Consta, ainda, na descrição dos fatos: “falta de recolhimento de ICMS importação no desembaraço aduaneiro das mercadorias constantes da DI Nº 04/0888162-8, de 05/09/2004, conforme decisão em Mandado de Segurança nº 506953-5/2004, exarada pelo MM Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública desta Capital.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 26 a 44, alegando que:

- a) não há incidência de ICMS na importação de bens por sociedade médica, esclarecendo que o objetivo social da empresa centra-se na prestação de serviços ginecológicos, e para melhor atender aos pacientes, importou o aparelho ecográfico descrito na DI nº 04/0888162-8. O autuado entende que não é devedor do ICMS, por isso, impetrou o Mandado de Segurança nº 506953-5/2004, que tramita na 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, com pedido de liminar para liberação da mercadoria sem necessidade de recolhimento do imposto exigido.
- b) não há incidência de ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto. Disse que, com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 pode-se entender que houve permissão para cobrança do ICMS do importador, pessoa física ou não contribuinte do imposto. Porém, esse não é o entendimento do STF, e, a rigor, a redação do art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, não tem o poder de reverter o entendimento jurisprudencial. Citou decisão do STF, ensinamentos de juristas como os Professores José Eduardo Soares de Melo e Hugo de Brito Machado. Assim, o defendente entende que “o ICMS incide sobre a circulação da coisa, mas não qualquer coisa, só as destinadas à mercancia”; que não é contribuinte do ICMS, não pratica qualquer atividade comercial, por isso, não está obrigado ao cumprimento de obrigações acessórias, a exemplo de escrituração de livros fiscais e inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS. Comentou sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS estabelecido na Constituição Federal, citando ensinamentos da doutrina, apresentando o entendimento de que desconsiderar o mencionado princípio para exigir o ICMS de pessoas

jurídicas que importam bens para uso próprio, sem ter a finalidade de circular tais bens, seria uma violação flagrante das normas constitucionais;

- c) a multa, no percentual de 70%, configura uma penalidade totalmente confiscatória, apresenta-se excessiva e desproporcional. Sobre essa questão, citou ensinamentos dos Professores Sampaio Dória, Luciano Amaro, Celso Ribeiro Bastos e Hugo de Brito Machado, além de transcrever o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, concluindo o defendente que, deve ser anulado o presente Auto de Infração, “por representar um verdadeiro confisco do patrimônio da impugnante”. Citou julgados do STF, e por fim, o defendente pede a improcedência do presente lançamento.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 60 a 66 dos autos, dizendo que é pacífico o entendimento do CONSEF de que, liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, até a decisão do mérito, por isso, é dever de ofício a constituição do crédito tributário mediante a lavratura do Auto de Infração, para evitar uma possível decadência. Disse que a operação realizada pelo autuado, relativamente à importação de equipamento médico (DI 04/0888162-8) configura hipótese de incidência, em consonância com o art. 155, § 2º, da Constituição Federal, LC 87/96, Lei 7.014/96 e RICMS/97. Disse, ainda, que a autuação foi efetuada porque o defendente não recolheu o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, ressaltando que a EC 33/2001 complementa o entendimento em relação ao campo de incidência do ICMS estabelecido na Constituição Federal, e a operação de importação, realizada pelo autuado, se enquadra no campo de incidência do ICMS. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração, refere-se à exigência de ICMS, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, constantes da DI 04/0888162-8, de 05/09/2004, cujo importador está estabelecido no Estado da Bahia. Consta na descrição dos fatos que o presente lançamento visa resguardar a Fazenda Pública, tendo em vista a liminar no Mandado de Segurança de nº 506953-5/2004.

De acordo com as razões de defesa, descrição dos fatos, e cópia da decisão às fls. 57 e 58 do PAF, o autuado, antes da ação fiscal, ingressou em Juízo mediante o Mandato de Segurança de nº 506953-5/2004, sendo concedida a liminar, em 03/09/2004, data anterior à Declaração de Importação e ação fiscal.

Observo que sendo a matéria objeto de Mandado de Segurança, com liminar favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99.

Assim, nos termos do art. 122, inciso IV, do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

Face ao exposto, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a defesa referente ao Auto de Infração em lide, ficando, em consequência, extinto o Processo Administrativo Fiscal, o qual deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal referente ao Auto de Infração **nº 279268.0011/04-5**, lavrado contra **KADEVAN CLÍNICA MÉDICA LTDA**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR