

A. I. N° - 140777.0131/04-0

AUTUADO - INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HOMOTERAPIA LTDA.

AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA

ORIGEM - IFMT-DAT/METRO

INTERNET - 09.03.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0058-01/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. APARELHO DE RAIO X APROPRIADO PARA TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO POR SE TRATAR DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, é devido o pagamento do ICMS, no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. Defesa prejudicada quanto a apreciação do mérito tendo em vista a matéria se encontrar sub judice no âmbito do Poder Judiciário, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art.42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/01/2005, exige ICMS no valor de R\$91.663,93, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto no momento do desembarço aduaneiro de mercadoria importada, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

Na descrição dos fatos, consta 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 apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 23/35), através de seu advogado, 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.

Sustentou 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.

Argüiu a 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. Concluiu 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 a falta de recolhimento de imposto em relação a 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.

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

Na informação fiscal apresentada (fls. 51/54) o autuante 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.

Manifestou o entendimento de 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 enquadrhou, perfeitamente, no campo da incidência constitucional do ICMS, quando efetuou a importação do bem ora questionado.

Opinou pela manutenção da autuação.

Consoante o Acórdão JJF nº. 0232-01/05, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pelo não conhecimento da defesa e pela extinção do PAF, por considerar que houve desistência da defesa, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide (docs. fls. 61 a 63).

O autuado inconformado com a decisão acima reportada, apresentou Recurso Voluntário no qual sustenta a 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, considerando que uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal. Pediu o Provimento do Recurso Voluntário para julgar o Auto de Infração improcedente.

A Douta PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra do Ilustre Procurador José Augusto Martins Júnior, após uma série de considerações sobre a norma constitucional argüida 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*”.

Submetido o referido Parecer ao Ilustre Procurador Rogério Leal Pinto de Carvalho, este em seu despacho, 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.

Conforme Acórdão CJF nº 0481-12/05, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com base no Parecer acima citado, decidiu com o voto vencedor do Ilustre Conselheiro Álvaro Barreto Vieira abaixo transcrito, pelo provimento do Recurso Voluntário, declarando nula a decisão recorrida, retornando os autos à 1ª instância para novo julgamento:

“*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 desembaraço 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 1ª 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.”

Cientificado o sujeito passivo e o autuante da decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ambos não apresentaram qualquer manifestação.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração de exigência do imposto devido, no momento do desembaraço aduaneiro, na aquisição de mercadoria importada do exterior, no caso, aquisição de um equipamento médico-hospitalar para compor o ativo imobilizado do autuado - pessoa jurídica prestadora de serviço médico, oriundo da Alemanha.

A autuação está fundamentada na falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada do exterior através DI nº 04/1332210-0, de 30/12/2004, e Nota Fiscal Avulsa nº 477948, de 03/01/2005, relativamente à importação de um aparelho de Raio-X, próprio para tomografia computadorizada de corpo inteiro, denominado “Somaton Emotion”, cujo autuado na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Verifico que o autuado através de Ação de Mandado de Segurança Preventiva, 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 Raio-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.

No que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, tendo em vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão e Ocorrências, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança nº 605482-5/2004, e o débito está devidamente demonstrado, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo, imposto devido, e no Auto de Infração foi indicada a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, cujo contribuinte tomou conhecimento da autuação e pode exercer a ampla defesa e o contraditório, afastando assim qualquer arguição de nulidade do Auto de Infração.

Ao teor dos argumentos defensivos verifica-se que o autuado deixou de recolher o imposto porque a operação estava amparada em decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS da mercadoria objeto do DI nº 04/1332210-0, cuja sentença, concedendo a segurança definitiva, foi prolatada em 30/12/2004.

Vejo que a fiscalização cumpriu corretamente o que dispõe o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, ao exigir o imposto, no momento do desembarque aduaneiro de mercadoria importada do exterior através da DI nº 04/1332210-0, pois, apesar da existência de mandado de segurança, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário até a decisão definitiva da ação, o seu lançamento pode ser realizado.

Assim, entendo com base no artigo 117, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, que a análise do mérito da autuação fica prejudicada na esfera administrativa, pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito do poder judiciário, devendo o processo ser remetido à PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

No que concerne à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, verifico que tais questões não foram objeto do mandado de segurança, cabendo, portanto, a sua apreciação neste processo, de acordo, inclusive, com a decisão da 2ª CJF que anulou a decisão anterior desta 1ª. JJF, por não ter apreciado esta matéria.

O autuado argüiu a inaplicabilidade da multa e dos acréscimos moratórios, alegando que uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal, sustentando que no caso da multa de mora somente é devida em função da inadimplência do contribuinte, e que estando sob a proteção de medida judicial, não pode ser compelido a pagá-la, por entender que mora não houve, e que se for cassada a liminar teria prazo para quitar a obrigação tributária sem a incidência da multa.

Entendo que a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, e artigo 102, incisos I e II, da Lei 3.956/81, respectivamente, não sendo contemplada a sua dispensa nesta instância de julgamento administrativo, a menos que em atenção ao apelo de equidade seja submetida à apreciação pela Câmara Superior do CONSEF, não cabendo se falar em adimplência, pois a exigência da multa e os acréscimos moratórios só não ocorrerá se a decisão judicial for desfavorável ao Estado.

Diante do exposto, a defesa fica prejudicada quanto ao exame de seu mérito, e o Auto de Infração é **PROCEDENTE**, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário, cabendo à PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140777.0131/04-0**, lavrado contra **INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado na forma regulamentar e, em seguida, os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, restando suspensa a exigibilidade do crédito até a decisão final pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR