

A. I. Nº - 020983.0107/05-0
AUTUADO - DIAGNOSON ULTRASONOGRAFIA E DENSITOMETRIA ÓSSEA LTDA.
AUTUANTES - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 28.03.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-02/06

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 a matéria da lide. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 01/07/2005, para exigência de ICMS, no valor de R\$157.088,22, devido pela importação das mercadorias descritas na DI nº 05/0651913-3, realizada pelo contribuinte autuado sem o devido recolhimento no desembaraço aduaneiro, por força do Mandado de Segurança nº 705789-2/2005, expedido pelo MM Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e demais documentos constantes às fls. 07 a 35.

O autuado, representado por advogados legalmente constituídos, conforme instrumento de procuração à fl. 55, em sua impugnação às fls. 38 a 54, inicialmente esclarece que no desempenho de seus serviços médicos de Radiagnóstico por Imagem, muito raramente realiza importação de determinados equipamentos para serem utilizados na realização de exames médicos específicos.

Apresenta como razão de defesa para o não recolhimento da exigência fiscal, a alegação de que, à época da autuação, obteve através do Mandado de Segurança tombado sob nº 705789-2/2005 em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, decisão liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade, antecipada ou mesmo posterior, do ICMS relativo à mercadoria importada conforme Licença de Importação nº 05/0645395-0 e DI nº 05/0651913-3 de 22/06/2005.

Em seguida, com fulcro no artigo 151, inciso IV, do CTN, argúi a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão do deferimento, nos autos do citado Mandado de Segurança, de medida liminar determinando o desembaraço dos equipamentos objeto da autuação independentemente do pagamento antecipado ou mesmo posterior do ICMS relativo à importação realizada pelo estabelecimento.

Ressalta que existindo decisão judicial que determinava o não pagamento do ICMS sobre a importação realizada pelo estabelecimento, até o julgamento final do mandado de segurança, estava a Fazenda Pública impedida de efetuar o lançamento para a cobrança do ICMS. Nesse sentido, citou a jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da impossibilidade de constituição do crédito tributário no período de eficácia de medida liminar.

Feitas essas considerações, o autuado destaca o caráter mercantil do ICMS à luz do artigo 155, II, da CF/88, citando lição de tributarista de renome nacional, com o fito de sustentar a sua tese de que, sendo o ICMS uma espécie tributária comercial, cujo fato gerador é a operação mercantil que desencadeia a circulação de mercadorias, sobre a importação que realizou não deve incidir o imposto, posto que, se destina, à prestação de serviço relativa à operacionalização dos seus serviços médicos de radiagnóstico por imagem sujeitas à incidência do ISS.

Além disso, invoca o artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88, para evidenciar que o direito ao crédito do imposto cobrado na operação anterior é uma determinante do princípio constitucional da não cumulatividade, estando previsto na LC nº 87/96 que a utilização desse crédito está condicionado a escrituração nos prazos e condições estabelecidas na legislação. Portanto, salienta que tanto a utilização normal do crédito do ICMS quanto a sua utilização por outros meios são privativos de empresa considerada contribuinte do ICMS, e que, em relação a este, o imposto pago sobre a importação de mercadoria é anulado pelo creditamento do valor correspondente em sua escrita fiscal. Contudo, diz que esse mesmo direito, não é assegurado a contribuinte não contribuinte do ICMS, pois, não possuindo escrita fiscal não poderia se utilizar do crédito fiscal na operação de importação, indo de encontro com o princípio da não-cumulatividade do ICMS e ao princípio da isonomia, por entender que dá tratamento desigual à pessoa do importador. Fez referência a jurisprudência do STF e STJ sobre o reconhecimento da não incidência do ICMS sobre a importação de equipamentos médicos, quando o importador não é contribuinte do ICMS.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 63 a 68, o autuante esclarece que o Auto de Infração foi lavrado nos termos do artigo 572, § 7º combinado com o artigo 573, 911 e 913 do RICMS/97, para exigência do imposto oriundo de importação não recolhido no momento do desembaraço aduaneiro. Diz que a sua ação fiscal está fundamentada nos artigos 26, I e IV, 28, IV e VI, 38 e 44, II, todos do RPAF/99; 924, 925, 934, 940, I, § 7º e 945 do RICMS/97, e que o Auto de Infração foi lavrado para constituir o crédito tributário e impedir a decadência desse crédito para o Estado, uma vez que, a liminar em mandado de segurança tem o poder de impedir a cobrança do ICMS, mas não o seu lançamento.

Quanto a alegação defensiva de que a empresa não é contribuinte do ICMS em razão de sua atividade de prestação de serviços médicos de diagnóstico por imagem, o preposto fiscal assevera que a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada da empresa, faz com que a considere uma sociedade meramente mercantil. Fundamentou esse entendimento no artigo 121, do CTN; no § único do artigo 4º da LC 87/96 e no artigo 5º da Lei nº 7.014/96.

Contestou a alegação defensiva de que a importação das mercadorias objeto da autuação não se trata de hipótese de incidência do ICMS com base no artigo 155, § 2º da CF/88, dizendo que a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/01, a operação se enquadra no artigo 155, IX, “a”, in verbis: “sobre a entrada de bem ou mercadoria importada do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento destinatário de mercadoria bem ou serviço”.

Sustenta que a qualidade de contribuinte do ICMS do autuado está confirmada com seus registros no cadastro fazendário, na inscrição estadual nº 72.214.386, na atividade econômica “outros serviços prestados principalmente as empresas” (fl. 69), inclusive que importa com frequência mercadorias, conforme notas fiscais de entrada nºs 85, de 12/05/05; 87, de 13/01/05; 79, de 08/12/04; 71, de 30/04/04; 21, de 21/12/02; 19, de 21/10/02, que totalizam a cifra de R\$ 4.534.474,24. Para comprovar que o autuado é contribuinte do ICMS, foram anexados à informação fiscal vários comprovantes de recolhimentos do ICMS, inclusive que consta no sistema da SEFAZ dois autos de infração relativos a importação de bens ou mercadorias, já quitados (docs. fls. 79 a 80).

Cientificado o sujeito passivo sobre os novos elementos anexados à informação fiscal, este apresentou nova impugnação às fls. 84 a 85, destacando o seu entendimento de que se há uma medida liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, não há porque se falar em constituição de tal crédito. Contestou o argumento do autuante de que a empresa é contribuinte do ICMS em função do tipo de sociedade adotado, arguindo que segundo a Constituição Federal

somente se enquadra nessa condição todo aquele que realiza circulação de mercadorias, que não é o caso de seu estabelecimento. Argumenta que o autuante se esquivou de tratar do tema relacionado com circulação de mercadorias, e enfatizou o seu entendimento de que não deve haver incidência de ICMS na importação das mercadorias objeto da autuação.

VOTO

A autuação está fundamentada na falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior descritas na DI nº 05/0651913-3, por força do Mandado de Segurança nº 705789-2/2005, expedido pelo MM Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e demais documentos constantes às fls. 07 a 35.

Sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, haja vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 07 a 08, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança mencionado, e o débito encontra-se devidamente demonstrado à fl. 05, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo, imposto devido e a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, cujo contribuinte tomou conhecimento da autuação e pode exercer a ampla defesa e o contraditório, tanto que não foram alegados vícios formais do procedimento fiscal.

De acordo com as razões da defesa, nota-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 05/0651913-3.

Apesar de a fiscalização ter dado estrito cumprimento à norma prevista no artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, qual seja, de exigir o imposto, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior através da DI nº 04/0713879-4, contudo, em virtude da existência de mandado de segurança, o seu efeito é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a decisão definitiva da ação, mas não de seu lançamento.

Concluo, com base no artigo 117, do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, que em relação ao mérito da autuação, sua análise fica prejudicada pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito do poder judiciário, devendo o processo ser remetido para PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

Face ao 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.

Face ao exposto, resta PREJUDICADA a defesa referente ao presente Auto de Infração e extinto o Processo Administrativo Fiscal dele decorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **020983.0107/05-0**, lavrado contra **DIAGNOSON ULTRASONOGRAFIA E DENSITOMETRIA ÓSSEA LTDA**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR