

A. I. N° - 140777.0158/06-2
AUTUADO - CLINICA DELFIN GONZALES MIRANDA LTDA.
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 17.04.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0092-02/07

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A mercadoria é tributada normalmente, conforme previsto na legislação estadual. Existência de Mandado de Segurança. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar 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 artigo 42, II, “d”, da Lei n° 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 artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Defesa PREJUDICADA, em relação à obrigação principal, e **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 05/09/2006, para exigência de ICMS, no valor de R\$ 303.255,54, devido pela importação das mercadorias descritas na DI n° 06/0846666-7, realizada pelo contribuinte autuado sem o devido recolhimento no desembaraço aduaneiro, por força do Mandado de Segurança n° 1153004-2/2006, expedido pelo MM Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e demais documentos constantes às fls. 07 a 31.

O autuado, representado por advogados legalmente constituídos, conforme instrumento de procuração à fl. 74, em sua impugnação às fls. 42 a 65, inicialmente esclarece que a empresa tem como objeto social a prestação de serviços médicos de diagnósticos por imagem na área médica e odontológica, e que no exercício de sua atividade fim necessita importar bens, mas não é contribuinte do ICMS.

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 n° 1153004-2/2006 em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, decisão liminar considerando ilegal a apreensão da mercadoria importada com o objetivo de forçar o contribuinte ao

pagamento do imposto, determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS relativo à mercadoria importada conforme Licença de Importação nº 06/1021519-9 e DI nº 06/0846666-7.

Em seguida, com fulcro no artigo 151, inciso IV, do CTN, argúi a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão do deferimento, salientando que ficou provado que não é contribuinte do ICMS, e portanto, a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa, conforme ficou decidido 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.

No mérito, o defendente dividiu sua fundamentação jurídica nos seguintes tópicos:

1. **O ICMS na importação conforme redação constitucional antes da EC nº 33/2001** – transcreveu o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da CF/88, e aduziu que antes da alteração implementada na citada EC, a Fazenda Pública Estadual previa o direito do fisco na cobrança do ICMS em toda e qualquer importação, sem fazer distinção entre pessoa jurídica contribuinte e a não contribuinte do imposto. Falou que o Supremo Tribunal de Justiça havia firmado entendimento equivocado de que o ICMS era devido, inclusive, nas importações realizadas por pessoas físicas, chegando a editar as Súmulas nºs 155 e 198, porém esse entendimento foi modificado pelo Plenário do STF, conforme RE nº 203.075-9/DF transcrito. Citou o voto vencedor no RE nº 203.075/DF, no caso de uma importação por uma clínica médica em que houve o entendimento que não há incidência do tributo por se tratar o importador de não contribuinte do ICMS. Fez menção ainda a jurisprudência do STF em outros julgamentos de recursos. Por fim, ressaltou os fundamentos básicos que levaram a Corte Suprema a afastar a cobrança do ICMS nas importações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas não contribuinte do imposto.
2. **Não incidência do ICMS na importação mesmo com o advento da EC nº 33/2001** – destacou que com o surgimento da EC nº 22/2001 houve uma modificação no conteúdo do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da CF/88, permitindo a cobrança do ICMS do importador, pessoa física ou jurídica, não contribuinte do imposto, contudo, não é este o entendimento da Suprema Corte, conforme Súmula nº 660 aprovada em plenário em 24/9/21003 e publicada no DJU de 15/10/2003. Entende que a atual redação do citado dispositivo constitucional não tem a faculdade de reverter o entendimento jurisprudencial que gerou a Súmula nº 660.

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 diagnósticos por imagem na área médica e odontológica, sujeitos à incidência do ISS. Afirma que não é contribuinte do ICMS, pois não adquire bens visando a mercancia, mas sim como meio para a prestação de serviços na área médica, não estando sequer obrigado ao cumprimento das obrigações acessórias como a escrituração de livros fiscais e a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

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, e que a utilização desse crédito está condicionada a escrituração nos prazos e condições estabelecidas na legislação. Citou ensinamentos de renomados professores de direito tributário sobre este tema, e jurisprudência do STF, com o objetivo de mostrar a impossibilidade de aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS em relação ao importador pessoa física

ou jurídica que não se configure contribuinte habitual do imposto, por entender que este não reúne os requisitos necessários para apurar o “crédito”, o “débito”, e efetivar a “compensação”.

Para fins de ratificar o entendimento acima, o defendente transcreveu diversos Acórdãos do Tribunal de Justiça da Brasília, do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal Superior de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça, e do Supremo Tribunal Federal, que versam sobre o reconhecimento da não incidência do ICMS sobre a importação de equipamentos médicos, quando o importador não é contribuinte do ICMS.

Além disso, considerou confiscatória a multa que foi aplicada, analisando o lançamento como um ato vinculado, frente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, da vedação ao confisco, e da capacidade contributiva do contribuinte, na visão de professores de direito administrativo, citando, inclusive a jurisprudência sobre não aplicação da multa moratória.

Por fim, ressaltando que a exigência fiscal é indevida por ser não contribuinte do ICMS, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 119 a 122 dos autos, após descrever os fatos relativos à autuação fiscal, e apresentar um resumo da impugnação do autuado, salienta que, de acordo com o entendimento deste CONSEF, a liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a decisão de mérito, conforme determinação expressa do artigo 151, inciso IV, do CTN. Salienta que é um dever de ofício da SEFAZ a constituição do lançamento tributário do valor devido, através do Auto de Infração, para evitar uma possível decadência desse direito.

Diz que a importação efetuada pelo contribuinte configura hipótese de incidência do imposto, em consonância com o artigo 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88; artigo 2º, § 1º, I, da LC nº 87/96; artigo 2º, I do Convênio ICM 66/88; artigo 2º, V, da Lei nº 7.014/96; e artigo 572, § 7º, c/c com o artigo 573, do RICMS/97. Destaca que na legislação citada, a matéria é bastante clara ao estabelecer que incide o ICMS na entrada de mercadoria importada do exterior, cabendo o recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, por pessoa física ou jurídica, mesmo que não seja contribuinte habitual do imposto.

Foram transcritos os artigos 121, do CTN; 4º da LC nº 87/96; artigo 21 do Convênio ICMS 66/88; artigo 10 da Lei nº 4.825/89 e o artigo 5º da Lei nº 7.014/96, e ainda o § 2º, inciso IX, do artigo 155 da CF/88, que definem os contribuintes do ICMS.

Salienta que a nova redação do texto constitucional deixa clara a obrigatoriedade de recolhimento do tributo por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes habituais do ICMS no momento da importação.

Concluindo, requer a procedência do Auto de Infração em lide.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas (hum sistema de tomografia computadorizada lightspeed Pro 16), cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia, em decorrência de liminar concedida no Mandado de Segurança de nº 06/0846666-7.

De acordo com as razões de defesa e descrição dos fatos, o autuado ingressou em Juízo com o Mandado de Segurança acima citado, sendo deferido o pedido de liminar para não ser exigido o ICMS referente à operação de importação dos equipamentos. Por isso, o defendente reconhece que é possível a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para evitar a

decadência, mas alega que é totalmente ilegítima a formalização deste crédito acrescido de penalidades.

Observo que, efetivamente, se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário face à concessão de medida liminar, e o defendente alegou que se insurge contra a multa indicada no Auto de Infração, por considerá-la confiscatória.

A concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

O art. 39 do RPAF/99, estabelece que o Auto de Infração deve conter a identificação, endereço e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias; a alíquota e o percentual da multa cabível, etc. Dessa forma, o Fisco não pode efetuar o lançamento do crédito tributário com a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, sem a indicação da multa correspondente.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para dispensar ou reduzir multa por descumprimento de obrigação principal, e embora, não se trate, no presente processo, de “dispensa” de multa, compete à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a essa questão, se provocada pelo contribuinte, nos termos do art. 159 do RPAF-BA.

Relativamente à escolha da via judicial pelo sujeito passivo, o art. 117, do RPAF-BA estabelece:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Assim, verifico que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias importadas, sem julgado de decisão final. Em relação ao mérito da questão, sua análise fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da multa por entender que a mesma é confiscatória e desrespeita o princípio da isonomia, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando a multa aplicada prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que se a decisão for favorável ao Estado, ficará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e neste caso, é devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei, cabendo ao defendente requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a decisão judicial lhe for favorável.

Por outro lado, entendo que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Sendo assim, considero PREJUDICADA a defesa apresentada, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, mantendo

inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 140777.0158/06-2, lavrado contra **CLÍNICA DELFIM GONZALES MIRANDA LTDA**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR