

A. I. Nº - 140777.0162/07-8
AUTUADO - CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA LTDA.
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 23. 07. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-01/07

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO POR SE TRATAR DE MERCADORIA OU BEM TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A concessão de liminar em Mandado de Segurança não impede o fisco de efetuar o lançamento do crédito tributário com a imposição da penalidade prevista em lei, ficando suspensa a exigibilidade do imposto e consectários até decisão final do Poder Judiciário. De acordo com o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, é devido o pagamento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito tendo em vista a matéria se encontra 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. O art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. "Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissivo que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade". Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração que foi lavrado em 05/02/2007, em razão de o autuado ter deixado de recolher o ICMS no montante de R\$ 36.559,18, quando do desembaraço aduaneiro, referente à importação de 01 (hum) Ecógrafo com Análise Spectral Doppler, marca General Eletric. Consta ainda da descrição dos fatos, que a mercadoria não está apreendida em comprimento à Liminar concedida em decisão do Mandado de Segurança nº 1362977-1/2007, exarado pelo Exmº Sr. Juiz de Direito da Quarta Vara da Fazenda Pública da Comarca desta capital.

O autuado, tempestivamente, apresenta às fls. 36 a 55, sua impugnação ao presente Auto de Infração, argüindo que não é contribuinte do ICMS na importação de bens, conforme já decidiu o STF, relativa à Súmula 680, aprovada em plenário em 24/09/2003 e publicada no DJU de 15/10/2003.

Relata que impetrou Mandado de Segurança no dia 09/01/2007, requerendo medida liminar para que se determinasse a liberação do aparelho importado, sem a necessidade do recolhimento do ICMS exigido pela Fazenda Estadual no momento do desembaraço aduaneiro, bem como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, além da suspensão de quaisquer medidas coativas e/ou punitivas ao patrimônio da impetrante, até o julgamento final do writ. Em 12/01/2007, o Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública desta capital decidiu por deferir o pedido de liminar, nos seguintes termos:

“[...] sem adentrar no mérito do pedido, considerando que são por deveras convincentes os argumentos da impetrante para deferimento da liminar pretendida, tendo em vista que se coadunam com a documentação acostada com a exordial. O *fumus boni iure* encontra-se consubstanciado na documentação trazida à colação e a *periculum in mora* no grave prejuízo que sofrerá a impetrante [...]”.

Entende, que com base no art. 151, inciso IV do CTN e por ter ficado comprovado que a impugnante não é contribuinte do ICMS, a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa.

Argüi a ilegalidade da cobrança do imposto, ora realizada, por ter obtido liminar em sede do mandado de segurança nº 1362977-1/2007, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, uma vez que a decisão é no sentido de que o impetrante é isento do ICMS.

Desobedecendo a decisão judicial o autuante poderá sofrer sanções legais, invocando o art. 14, V do CPC.

Chama a atenção para o fato da referida decisão judicial se encontrar em pleno vigor, não havendo objeto lícito para confecção do presente Auto de Infração, razão pela qual, requer a improcedência sob a fundamentação de que o crédito tributário em questão encontra-se com sua exigibilidade suspensa, conforme preceitua o art. 151, inciso IV do CTN.

Afirma que o STJ consolidou o entendimento de que o importador, tanto pessoa física como jurídica, não contribuinte do ICMS, não está sujeito a cobrança do referido imposto estadual, conforme ementa que transcreveu (RE nº 203.075-9/DF, Tribunal Pleno, Red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 5/8/1998, maioria de votos, DJU 29/10/1999). No mesmo sentido: RE 346.856/RJ, 1ª Turma, Ministro Moreira Alves, “DJ” de 31.10.2002; RE 199.554-AgR/SP, 2ª Turma, Ministro Néri Da Silveira, “DJ” de 04.08.2000; RE 351.609-agRSP, 2ª Turma.

A partir do exame dos precedentes do Plenário do STF, passa o impugnante a fazer a análise dos seus fundamentos básicos, relativos à expressão “operações”, “circulação”, “mercadoria”, “estabelecimento” e a impossibilidade de se aplicar o princípio da não-cumulatividade.

Entende que a hipótese de incidência, seja ela originária da regra matriz (art. 155, II), seja da regra tida como exceção (artigo 155, §2º, IX, “a”), conserva ínsita a existência de “operações relativas à circulação de mercadorias”, além de continuar exigindo a aplicação do princípio da não – cumulatividade. E foi com base nesse princípio que o STF consolidou seu entendimento na Súmula 660.

Cita o entendimento do Dr. Paulo de Barros Carvalho sobre “operações”, e do Professor Hugo de Brito Machado sobre “operações relativas à circulação de mercadorias”, buscando demonstrar que na operação em questão não há circulação de mercadorias.

Volta a arguir a impossibilidade de se aplicar a não-cumulatividade na operação em análise, transcrevendo o entendimento do professor Hugo de Brito Machado sobre esta questão, trazendo várias decisões dos tribunais para ratificar o seu entendimento.

Alega ser a multa confiscatória, pedindo que a mesma seja anulada em razão da ausência de razoabilidade e proporcionalidade, transcrevendo os entendimentos sobre a matéria de Odete Madauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, além de trazer decisões dos tribunais sobre a matéria.

Requer, por fim, a anulação do Auto de Infração, em virtude de ter ficado comprovado que a impugnante não é contribuinte do ICMS e, que, portanto, não faz jus à exação ora requerida. Ato contínuo que seja determinado o arquivamento do respectivo processo administrativo.

O autuante, às fls. 108 a 111 dos autos, afirma que é pacífico o entendimento do CONSEF de que a liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a ocorrência da decisão de mérito ou decisão final, conforme determinação expressa no artigo 151, IV do CTN. Não havendo impedimento para lavratura do Auto de Infração, buscando evitar a decadência.

Consigna que a importação efetuada pelo autuado configura em hipótese de incidência do ICMS, em consonância com o art. 155, §2º, IX, “a” da Constituição Federal Brasileira; art. 2º §1º, I, da Lei Complementar nº 87/96; art. 2º, I, do Convênio ICM 66/88; art. 2º, V, da Lei do ICMS/BA nº 7014/96 e mais especificamente o art. 572, § 7º, c/c o art. 573 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. Nº 6.284/87.

Reproduz o parágrafo único art. 121 do CTN, o parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar 87/96.

Chama a atenção para a EC nº 33/01 e a nova redação da alínea “a”, inciso IX, §2º do art. 155 da CF, destacando que sua redação indica expressamente o sujeito passivo do imposto, dirimindo qualquer controvérsia anterior da não obrigatoriedade de recolhimento do tributo por pessoas físicas ou jurídicas que não fossem contribuintes habituais do ICMS no momento da importação; condição em que se enquadra perfeitamente o autuado, no campo da incidência constitucional do ICMS, quando efetuou a importação dos bem ora questionado.

Finaliza sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

A constituição do crédito tributário consiste no exercício de uma função administrativa vinculada, obrigatória e delegada por lei, que não pode ser obstruída, nem mesmo por decisão judicial.

Outrossim, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não afeta o direito do Fisco efetuar seu lançamento de ofício. A liminar em Mandado de Segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu conforme demonstra a ementa abaixo:

“TRIBUTÁRIO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO – DECADÊNCIA. 1. O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (art. 113 e 142, ambos do CTN). 2. Dispõe a fazenda do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito. 3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial. 4. A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento. 5. Recurso especial não conhecido”

(*Resp. nº 119986/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 09/04/01 – grifos nossos*)

Cuida o presente Auto de Infração de exigência do imposto devido, no momento do desembarque 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.

A autuação está fundamentada na falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada do exterior através DI nº 06/1561163-4, com data de registro de 22/12/2007 e licença de importação nº 06/2005535-6, relativamente à importação de um aparelho Ecografo com Análise Spectral Doppler marca General Eletric, 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 Licença de Importação nº 06/2005535-6, que se refere a um aparelho Ecografo com Análise Spectral Doppler marca General Eletric, sendo a liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública – Comarca da Capital – Autos nº 1362977-1/2007, 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 1362977-1/2007, e o débito está devidamente demonstrado, 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, cuja sentença, concedendo a segurança definitiva, foi prolatada em 12/01/2007.

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 desembaraço aduaneiro de mercadoria importada do exterior, 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.

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.

Quanto à arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Em conformidade com o entendimento da Professora Mizabel Derzi, com o qual me alinho, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519, o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o

contribuinte omissو que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Além do mais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributaria Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

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 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 140777.0162/07-8, lavrado contra **CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA 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, 11 de julho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR