

A. I. N ° - 020983.0006/07-5  
AUTUADO - CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA LTDA.  
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES  
ORIGEM - IFMT/DAT/METRO  
INTERNET - 27. 11. 2007

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0364-01/07**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO DE TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA. 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 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 artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 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. **PROCEDENTE** o lançamento de ofício, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/06/2007, exige ICMS no valor de R\$ 730.440,17, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia. Consta na “Descrição dos Fatos” que o autuado deixou de recolher o ICMS quando do desembaraço aduaneiro referente à importação de 01 SISTEMA DE TOMOGRAFIA computadorizada LIGHTSPEED VCT contendo tubo raio-x, gantry, gerador, mesa do paciente, console do operador, monitores “19”, teclado, mouse, trackball, softwares contendo programas aplicativos, computador, CPU, DVD-R, e outros acessórios, tudo como descrito na DI (Declaração de Importação) nº. 07/0473806-0, datada de 13/04/2007, LI (Licença de Importação) nº. 07/0529590/4. Consta, ainda, que a mercadoria não está sendo apreendida em cumprimento a liminar concedida pelo mandado de segurança nº. 1485325-9/2007 (L) expedido pela 10<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública – Comarca de Salvador.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 29 a 56, esclarecendo, inicialmente, que se trata de pessoa jurídica de direito privado cujo objetivo social consiste na prestação de serviços médicos de diagnósticos por imagem na área médica e odontológica, bem como diagnósticos por imagem terapêutica em medicina nuclear. Aduz que, para exercer a sua atividade importa alguns equipamentos que passam a integrar o seu ativo permanente, sendo compelida a pagar o ICMS no momento do desembarque aduaneiro. No caso em lide, diz que não houve a apreensão da mercadoria nem foram pagos os tributos, em decorrência da concessão de liminar em Mandado de Segurança, Processo nº. 1485325-9/2007, exarada pelo Exmº. Sr. Doutor Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, o que resultou na suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, IV, do CTN. Diz também que, por acreditar não ser devedora dos valores exigidos, em virtude de não haver cometido nenhuma infração, haja vista que o processo de criação das referidas contribuições está eivado de constitucionalidade está apresentando a defesa com o fito de anular o Auto de Infração.

Prosseguindo, afirma que não objeto lícito para lavratura do presente Auto de Infração, haja vista a decisão concedendo liminar em mandado de segurança, que por estar em pleno vigor suspende a exigibilidade do crédito tributário, na forma do artigo 151, inciso IV, do CTN, sendo, portanto, a autuação improcedente por falta de fundamento.

Acrescenta que, a autuação é indevida e que dividirá os seus argumentos em tópicos, conforme a seguir passa a expor:

- o ICMS na importação conforme redação constitucional antes da EC nº. 33/2001.

Sustenta que o artigo 155, § 2º, IX, “a” da CF, antes da alteração implementada pela Emenda nº. 33/2001, após decisões divergentes Tribunais - STJ e STF - restou fincado o entendimento do STF, no sentido de que o importador, tanto pessoa física como jurídica, como não contribuinte do ICMS, sedimentado no RE 203.075-9/DF, Tribunal Pleno, Red. p/acórdão Min. Maurício Corrêa, que inclusive, transcreve. Aduz que, apesar de o julgamento acima referido ter sido referente à importação por pessoa física, posteriormente o STF solucionou questão relativa ao ICMS na importação por uma Clínica Médica, apontando nesse mesmo sentido o RE 346.856, 1ª Turma, Ministro Moreira Alves, DJ de 31/10/2002; RE 199.554-Ag.R/SP, 2ª Turma, Ministro Néri da Silveira, DJ de 04/08/2000, RE 351.609 –Ag.R/SP, 2ª Turma. Apresenta resumo dos fundamentos básicos que levaram o STF a afastar a cobrança do ICMS nas importações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes do imposto, a saber: “operações”; “circulação”; “mercadoria”; “estabelecimento” ; inaplicabilidade do princípio da não cumulatividade. Assevera que o entendimento do autuante destoa da posição do STF, afirmando que o processo deve ser extinto.

- não incidência do ICMS na importação mesmo com o advento da EC nº. 33/2001.

Inicialmente, registra que até o STJ passou a rever a sua jurisprudência e praticamente afastou a aplicação de suas súmulas, que estavam na contra mão da história, submetendo-se, a partir daí, à interpretação suprema da Carta Magna feita pelo STF.

Aduz que, com o advento da EC nº. 33/01, ocorreu uma mudança no conteúdo do artigo 155, § 2º, IX, “a” da CF, cujo teor reproduz, que segundo diz, poderia à primeira vista, permitir a cobrança do ICMS do importador, pessoa física ou jurídica, não contribuinte do imposto. Assevera, contudo, que este não é o entendimento do STF que aprovou a Súmula nº. 660 (aprovada em plenário no dia 24/09/2003 e publicada no DJU de 15/10/2003), colocando de uma vez por todas um ponto final na matéria. Transcreve literalmente o texto da referida súmula que diz: “*Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*”.

Manifesta o entendimento que, como a mencionada súmula foi editada quase dois anos após a EC nº. 33/01, o intuito do STF foi o de confirmar a não incidência do ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto, ou seja, que a nova redação do artigo 155, § 2º, IX, “a” da Carta Magna não provoca novos questionamentos acerca do tema ora debatido. Cita e

reproduz ensinamentos doutrinários de José Eduardo Soares de Melo, Paulo de Barros Carvalho, Hugo de Brito Machado, para dizer que não é contribuinte do ICMS por não realizar operações relativas à circulação de mercadorias, não podendo assim aplicar o princípio da não cumulatividade nas importações.

- do posicionamento jurisprudencial.

Cita e reproduz decisões do Tribunal de Justiça de Brasília; TJ do Rio Grande do Sul; Superior Tribunal de Justiça – STJ e do STF.

- da multa : caráter confiscatório.

Assevera que a multa aplicada denota o efeito de confisco, a ausência de razoabilidade e proporcionalidade.

Invoca os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, citando e transcrevendo ensinamentos doutrinários de Odete Medauar e Sylvia Zanella. Também, sobre o Princípio da Vedaçāo ao Confisco, invoca o artigo 150, IV, da CF, lições de José Afonso da Silva, Luciano Amaro, Ricardo Lobo Torres e precedentes jurisprudenciais que transcreve. Evoca ainda o Princípio da Capacidade Contributiva, reportando-se ao artigo 145, § 1º, 1ª parte, bem como a posição doutrinária de Roque Antonio Carrazza.

Aduz que o lançamento tributário deve observar a razoabilidade, citando o artigo 3º, do CTN, lição de Luciano Amaro, para dizer que, é imperativo de ponderação que no uso da exação esta seja observada, não para dispensar completamente, mas sim para nivelar e evitar a incidência de multas tributárias confiscatórias, motivo pelo qual a multa aplicada no presente Auto de Infração deve ser anulada.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente, por estar o suposto crédito tributário com a sua exigibilidade suspensa por força do artigo 151, IV, do CTN, salientando que o não atendimento à ordem judicial estará sujeito às penalidades previstas no artigo 14, parágrafo único do CPC, caracterizado por desobediência e desacato, sujeitando-se independentemente de sanção criminal, civil e processual, ao pagamento de multa.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 69 a 74, esclarecendo que lavrou o Auto de Infração, por já estar pacificado na jurisprudência administrativa que liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigência do crédito tributário, porém, não impede o lançamento através de Auto de Infração. Contesta as razões defensivas de que não é contribuinte do ICMS, afirmindo que o autuado é uma sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada, empresa mercantil, comercial, sujeita ao regime jurídico comercial, não podendo se desvincilar de sua natureza comercial, o que prejudica a interpretação do artigo 155, IX, “a” da CF. Reporta-se ao artigo 121 do CTN, artigo 4º, Parágrafo único, da Lei nº 7014/96, ao artigo 21 do Convênio 66/88, artigo 10, da Lei nº. 4.825/89 e artigo 5º, da Lei nº. 7.014/96.

Assevera que, em relação ao artigo 155, § 2º, IX, “a”, da CF, mesmo antes da EC 33/01, já não havia dúvida da obrigatoriedade de recolhimento do imposto, pois o fato gerador do ICMS é a importação de bem ou mercadoria no momento do desembarque aduaneiro, no caso em lide a importação do aparelho de tomografia, por se tratar de bem destinado a integrar o ativo fixo do estabelecimento do contribuinte. Mesmo com a entrada em vigor da EC 33/01, sustenta que existe a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS na importação de bens ou mercadorias. Cita e transcreve o artigo 155, §2º.IX,“a” da CF, bem como posições doutrinárias de Roque Antonio Carrazza, Marcelo Viana Salomão, Roosevelt Baldomir Sosa, para reforçar o seu entendimento.

Quanto à natureza confiscatória da multa, afirma que nada mais fez do que enquadrar devidamente o autuado no dispositivo legal da multa, ou seja, artigo 42, II, “f”, da Lei nº. 7.014/96.

Prosseguindo, apresenta dados cadastrais e recolhimentos do ICMS do autuado, para afirmar que este indubitavelmente é contribuinte do ICMS, ressalvando que, mesmo que assim não fosse estava

obrigado a recolher o ICMS no momento em que efetuou a importação de bens do exterior. Cita a existência de alguns Autos de Infração, para dizer que o autuado é reincidente no descumprimento de suas obrigações fiscais.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

Intimado o autuado para se manifestar sobre a informação fiscal, haja vista a juntada de novos documentos, este às fls. 87 a 101, rechaça o entendimento do autuante ao classificar o autuado como sociedade empresária somente em virtude de sua forma de constituição societária. Invoca e transcreve os artigos 982 e 966 do Código Civil, para dizer que as atividades desenvolvidas pelo autuado desenvolvem-se em plano intelectual, em uma relação que envolve somente as partes, o autuado e o tomador de seus serviços profissionais, assumindo daí a prestação, forma personalíssima, conforme a necessidade de cada cliente e sempre sob a responsabilidade dos sócios do autuado, contrariamente do que ocorre em uma sociedade empresária de natureza estritamente mercantil, que possui as suas atividades voltadas para o mercado em geral, cujos serviços prestados não possuem natureza pessoal. Reproduz o Parecer Normativo 15/83, da Receita Federal, que segundo diz, desconstitui completamente a tese do autuante acerca da natureza jurídica da sociedade.

Prosseguindo, reitera os argumentos expostos na peça de defesa inicial, referindo-se à não incidência do ICMS sobre operações de importação realizadas pelo autuado, conforme Súmula 660 do STF, para sustentar que não é contribuinte do imposto, invocando também magistério de Geraldo Ataliba e Hugo de Brito Machado, para reforçar os seus argumentos. Sustenta ser irrelevante o registro no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA, tendo em vista que este não tem o condão de ignorar a definição normativa, inclusive, constitucional, do sujeito passivo do ICMS, sob pena de subverter completamente o princípio da legalidade. Acrescenta que, para a presente discussão não interessa como o cadastro da SEFAZ/BA, define o autuado, haja vista que a sua função é unicamente o controle interno do órgão. Reproduz entendimento do STJ, no RESP 496223. 2002/0171648-4. Rel. Ministra Eliana Calmon, para corroborar a sua alegação. Reporta-se ainda sobre o caráter confiscatório da multa e sobre outras discussões que entende como irrelevantes para a situação discutida, como a incompreensível observação feita pelo autuante acerca de descumprimento de obrigações tributárias por parte do autuado. Esclarece que os entendimentos divergentes entre o autuado e a SEFAZ/BA, estão em discussão administrativa ou judicial, e que a menção aos Autos de Infração em nada contribui para que se encontre uma solução justa e adequada para a discussão em foco, não existindo reincidência por parte do autuado, mas sim por parte do Fisco que insiste em autuar a manifestante em casos análogos ao presente.

Finaliza pugnando pelo arquivamento do Auto de Infração, por estar eivado de vício e contrariar frontalmente entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, e a consequente desconstituição do lançamento tributário efetuado, em razão de inexistência deste.

## VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de irregularidade decorrente de falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadoria – sistema de tomografia computadorizada – importada.

Verifico que na peça defensiva, o autuado invoca a não incidência do ICMS sobre a importação em tela, alegando que seu procedimento estava amparado em Decisão Liminar em Mandado de Segurança nº 1485325-9/2007, expedida pelo MM. Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública de Salvador. Vejo, também, que 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, razão pela qual alega que é totalmente ilegítima a formalização deste crédito tributário.

Efetivamente, a concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, contudo, não há impedimento para que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, no intuito de assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de decisão judicial desfavorável ao contribuinte. No caso em exame, a exigibilidade do crédito tributário se encontra suspensa, tendo em vista a concessão de medida liminar, conforme acima mencionado.

Nos termos do artigo 117, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, valendo dizer que, a defesa fica prejudicada em relação à obrigação principal.

No que concerne à argüição do autuado de ser a multa confiscatória e desrespeitar princípios como da razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva, registro que, a multa aplicada está prevista no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, tendo sido corretamente indicada no Auto de Infração em exame.

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.

Diante do exposto, como o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias importadas, sem julgado de decisão final, a análise do mérito da autuação fica prejudicada, pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Cumpre observar 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. Contudo, o entendimento predominante neste CONSEF é de 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.

Vale consignar que, a segunda instância deste CONSEF, precisamente a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal CJF, através do Acórdão CJF Nº. 0340-11/07, ao julgar matéria semelhante à tratada no Auto de Infração em exame - no qual figurou no pólo passivo também o autuado -, prolatou a decisão abaixo reproduzida, com voto da lavra do ilustre Relator Oswaldo Ignácio Amador, confirmando a decisão de primeira instância:

#### “ VOTO

*No mérito, o referido Recurso Voluntário interposto contra Decisão da ilustre JJF, apresenta em seu bojo semelhante argüição da defesa inicial, e a análise da mesma transborda o foco de discussão desta esfera administrativa para a judicial, segundo a opção feita pelo recorrente.*

*É do entendimento deste CONSEF que a liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão de mérito, conforme expressa o artigo 151, inciso IV, do CTN. E, que a SEFAZ deverá constituir o lançamento tributário do valor devido, mediante lavratura de lançamento de ofício, para obstar possível decadência desse direito à cobrança.*

*Vejo na importação efetuada pelo recorrente configurada a 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. Nesta legislação citada, a matéria é bastante clara ao estabelecer que incide o ICMS na entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, mesmo que não seja*

*contribuinte habitual do imposto, cabendo o recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro, quando se tratar de bem destinado ao consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento,*

*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, definem os contribuintes do ICMS, e a nova redação do texto constitucional torna clara a obrigatoriedade de recolhimento do tributo por pessoas físicas ou jurídicas que não sejam contribuintes habituais do ICMS no momento da importação.*

*Quanto à alegação da inconstitucionalidade da multa, por seu poder confiscatório e contrária ao princípio da isonomia, coerentemente com os i. Julgadores indico que o art. 167, I do RPAF/99, estipula extrapolar da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, e que a multa aplicada é a legal prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96.*

*Em sendo favorável ao Estado a Decisão final do julgamento, restará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e nesta situação será devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei; competirá ao recorrente requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a Decisão judicial lhe for favorável.*

*De igual sorte, também entendo que deva 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.*

*Considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado, no que tange ao mérito do imposto exigido, e NÃO PROVIDO relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.”*

Diante do exposto, 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 020983. 0006/07-5, lavrado contra CLÍNICA DELFIN GONZALEZ 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 exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR