

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0162/07-8
RECORRENTE - CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA LTDA. (CLÍNICA DELFIN)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0212-01/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25/03/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FICAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0022-12/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. FALTA DE PAGAMENTO NO MOMENTO DO DESEMBARÇO ADUANEIRO. 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 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. EXIGÊNCIA DE MULTAS 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, “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 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 trinta dias, sem incidência das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, no qual contribuinte através de advogado legalmente habilitado e constituído *ut procuração*, interpõe em relação ao Auto de Infração lavrado em 05/02/2007, em razão de o recorrente ter deixado de recolher o ICMS no montante de R\$36.559,18, quando do desembarço aduaneiro, referente à importação de 01 (hum) Ecógrafo com Análise Spectral Doppler, marca General Eletric.

Consta da descrição dos fatos, que a mercadoria não foi apreendida em cumprimento a 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 Senhor relator da 1ª JF rejeitou os argumentos apresentados na Defesa Administrativa apresentada pelo recorrente sob o fundamento de que 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.

Aduziu ainda, que 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.

O recorrente, tempestivamente, apresenta suas razões (fls. 124 a 151) objetivando a modificação do Acórdão da 1ª JF. Inicialmente argüiu que não é contribuinte do ICMS na importação de bens, conforme já decidiu o STF, Súmula nº 680, aprovada em plenário em 24/09/2003 e publicada no DJU de 15/10/2003.

Observa 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 desembarço 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 [...]*”. E acrescenta que com base no art. 151, inciso IV do CTN e por ter ficado comprovado que o recorrente não é contribuinte do ICMS, a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa.

Argüiu ainda o contribuinte 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.

Reiterou o argumento que em 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- AgR/SP, 2ª Turma.

A partir do exame dos precedentes do Plenário do STF, passa o recorrente 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 nº 660.

Alega ser a multa confiscatória, pedindo que a mesma seja anulada em razão da ausência de razoabilidade e proporcionalidade, transcrevendo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria.

Requer, por fim, que seja julgado Procedente o Recurso Voluntário para reformar a Decisão da 1ª JF a fim de anular o 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.

A Procuradoria Fiscal em seu Parecer pugna pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. Nesta linha sustenta que os argumentos trazidos pelo Recurso Voluntário já haviam sido apreciados no julgamento da JJF em 1ª Instância, motivo pelo qual não tem o condão de modificar a Decisão guerreada e que, ao seu juízo, o recorrente não trouxe qualquer documento novo capaz de elidir a autuação.

VOTO

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 Ecógrafo com Análise Spectral Doppler marca General Eletric, cujo recorrente na condição de importador está estabelecido no Estado da Bahia.

Constato que o recorrente através de Ação de Mandado de Segurança Preventiva, com pedido de liminar, requereu em juízo apenas a suspensão da exigibilidade do ICMS relativo à mercadoria retromencionada sendo a liminar, como vimos, 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 também o cumprimento de todas as formalidades legais, com lavratura do 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.

No Auto de Infração foi indicada a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, cujo contribuinte tomou conhecimento da autuação e pôde 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 recorrente 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.

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.

Correta a Decisão da JJF que, acompanhando as afirmações do Auditor que em suas informações, aduziu que a importação efetuada pelo recorrente 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.

Importante ressaltar a atenção para a EC nº 33/01 e a nova redação da alínea “a”, inciso IX, §2º do art. 155 da CF:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2.º *O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)”.

Sem maiores incursões interpretativas a simples leitura do dispositivo indica expressamente quem pode ser sujeito passivo do imposto, dirimindo, assim, qualquer controvérsia possivelmente existente na Redação original da Constituição da não obrigatoriedade de recolhimento do tributo por pessoas físicas ou jurídicas que não fossem contribuintes habituais do ICMS quando da importação de bens. Está clara no PAF a condição de contribuinte eventual em que se enquadra perfeitamente o recorrente, decorrendo daí a sua inserção no campo da incidência constitucional do ICMS, em função da importação realizada.

Como posto, os precedentes judiciais suscitados pelo recorrente foram revistos pela Jurisprudência do STF e STJ para modificar o entendimento firmado à luz da EC nº 33/2001 e consignar um novo no sentido da inexigibilidade do ICMS na importação de bem por pessoa física ou por entidade prestadora de serviço, somente nas hipóteses em que a importação tenha sido realizada antes do advento da citada emenda. Em decorrência do entendimento firmado pelo STF acerca da matéria, inclusive com a edição da Súmula nº 660, restou mitigada a aplicação das Súmulas nºs 155 e 198 do STJ.

Por fim, no que tange à legalidade do lançamento, cumpre asseverar que a suspensão da exigibilidade do crédito previsto no art. 151, IV do CTN apenas contempla a exigência fiscal, mas não o seu lançamento, que deve ser efetuado a fim de preservar o direito do Fisco em constituir o crédito tributário e evitar os efeitos da decadência.

Neste sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se transcreve:

“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).

Outrossim, vale lembrar com base no artigo 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, que a análise do mérito da autuação ficou prejudicada na esfera administrativa, pelo fato do recorrente ter submetido a matéria à apreciação 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 e manutenção 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 nº 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*”, 7ª 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 omissor que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

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

Entendo, a exemplo de processos semelhantes submetidos a esta Câmara de Julgamento Fiscal que, embora não haja dúvidas quanto à exigibilidade do crédito tributário decorrente do fato gerador do imposto, este não pode e não poderá ser exigido enquanto perdurar a lide judicial. Acredito, porém que a multa deva ser lançada como decorrência de um possível descumprimento da obrigação principal que ocorrerá, se o contribuinte não quitar o seu débito trinta dias após a possível cassação, revogação ou mesmo improcedência do seu pedido junto ao Poder Judiciário. O Estado deve prevenir-se e lançar a penalidade decorrente de uma possível infração. A inclusão desta observação de forma expressa é apenas uma questão de posicionamento interpretativo e que não deve influenciar na conclusão do PAF. Ou seja, estar ou não expresso na Decisão não pode levar o Estado a retirar do contribuinte o direito de quitar sua dívida sem imposição de penalidade ou acréscimos moratórios. O comportamento legal do Estado deve ser observado.

Diante do exposto e observadas as razões acima, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que concerne ao mérito do imposto exigido, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, e voto no sentido de que o Recurso Voluntário seja NÃO PROVIDO em relação à multa e aos acréscimos moratórios devendo ficar suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário nos termos do art. 151, IV do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, e **NÃO PROVIDO**, em relação às penalidades e cominações legais, o Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 140777.0162/07-8, lavrado contra **CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA LTDA. (CLÍNICA DELFIN)**. Após a ciência ao recorrente, 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 30 (trinta) dias, sem incidência da multa pelo 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, 27 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS