

PROCESSO - A. I. N. 140777.0164/07-0
RECORRENTE - CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA LTDA. (CLÍNICA DELFIN)
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0002-04/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 30/06/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0165-12/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A operação está sujeita a tributação pelo ICMS, 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 trinta 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. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário em relação à obrigação principal. Recurso **NÃO PROVIDO** quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0002-04/08, que julgou Prejudicado, quanto à obrigação principal, e procedente, quanto à multa, o Auto de Infração em epígrafe.

O presente lançamento de ofício exige ICMS no valor de R\$575.039,55 acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

Consta, na descrição dos fatos, que não foi recolhido o ICMS relativo à importação de um sistema de ressonância magnética sigma excite HDX 23 e demais componentes constantes da Declaração de Importação (DI) 07/0622011-5 e, ainda, que a mercadoria deixou de ser apreendida, em cumprimento ao Mandado de Segurança impetrado pelo autuado contra o Superintendente da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fl. 17), requerendo a

suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como o imediato desembaraço aduaneiro das mercadorias descritas no extrato de Licenciamento de Importação, o qual foi deferido em 15/05/2007 pelo Juiz Gesivaldo Nascimento Britto, da Terceira Vara da Fazenda Pública.

Através do Acórdão JF nº 0002-04.08, proferiu a 4ª Junta de Julgamento a seguinte Decisão, *ad litteram verbis*:

“O Auto de Infração exige ICMS relativo à importação de mercadoria (sistema de ressonância magnética sigma excite HDX 23 e demais componentes constantes).

O autuado impetrou Mandado de Segurança contra o Superintendente da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fl. 17), requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e do desembaraço aduaneiro das mercadorias, tendo sido deferido em 15/05/2007 pelo Juiz Gesivaldo Nascimento Britto, da Terceira Vara da Fazenda Pública.

Quanto ao argumento defensivo de que exerce atividade de prestação de serviços médicos de diagnósticos por imagem na área médica, odontológica e terapêutica em medicina nuclear e que não é devedor do ICMS por entender que não é contribuinte do imposto relativo à importação de bens para uso próprio, observo que em consonância com o disposto no artigo 155, § 2º, IX da Constituição Federal, o art. 2º, § 1º, I da Lei Complementar 87/96, com a redação dada pela LC nº 114, de 16/12/02, com efeitos a partir de 17/12/02, estabelece que:

Art. 2º O imposto incide sobre:

...

§ 1º O imposto incide também:

...

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade.”

O art. 2º, V da Lei Estadual de nº 7.014/96, reproduz o mesmo teor da regra acima transcrita da Lei Complementar 87/96.

Com relação ao argumento de que a regra matriz do ICMS, prevista no art. 155, II da CF, engloba no campo de hipóteses de incidência, a existência de “operações relativas à circulação de mercadorias”, vale ressaltar que o art. 4º, Parágrafo Único da LC 87/96, estabelece que também é contribuinte a pessoa física ou jurídica, que mesmo sem habitualidade, importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ativo permanente do estabelecimento. É certo que a pessoa física ou pessoa jurídica, ao importar mercadorias é compelida pela legislação tributária, a pagar o ICMS correspondente. O pagamento do imposto nesta situação é feito, não na condição de contribuinte habitual e sim na condição de consumidor final, tendo em vista que como regra geral, o imposto é desonerado na exportação e o imposto pago na importação corresponde ao montante que deixou de ser tributado no país de origem (exportador). Esta regra, do pagamento do ICMS na importação por pessoa física ou pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, foi inserida na legislação tributária para proporcionar condição de igualdade de competição com as empresas nacionais. Na situação presente, caso o impugnante adquirisse o mesmo equipamento de um fabricante nacional, na condição de consumidor final, a operação seria tributada aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas do ICMS. Por isso, a legislação prevê a incidência do ICMS na importação, mesmo que o importador não pratique com habitualidade, operações com incidência do imposto, caso contrário, deixaria de comprar o produto no mercado nacional, para usufruir da desoneração do imposto na importação do mesmo produto, o que certamente causaria condições desiguais de competição

para a indústria do país.

Pelo exposto, mesmo que o estabelecimento autuado não pratique com habitualidade operações de prestação de serviços que estejam incluídas nas hipóteses de incidência do ICMS, é legal a exigência do imposto na importação de bens destinados ao seu ativo imobilizado, tendo em vista que a Lei Complementar o define como contribuinte ao importar mercadorias do exterior. Concluo que é devido o ICMS da operação objeto da autuação, e devido o seu recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro.

Entretanto, considerando que o contribuinte impetrou liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade do crédito tributário e lhe foi concedido preliminarmente, deve ser mantido o lançamento de ofício, para precaver-se da decadência desse direito à cobrança, devendo ser suspensa a sua exigibilidade em obediência à segurança concedida, até que ocorra a Decisão final prolatada pelo Poder Judicial quanto ao mérito, conforme disposto no artigo 151, inciso IV, do CTN e art. 117 do RPAF/BA, o qual estabelece, que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação.

Quanto à alegação da inconstitucionalidade e poder confiscatório da multa aplicada, saliento que a multa aplicada é legal, tendo em vista que é prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e conforme disposto no art. 167, I do RPAF/99, não é de competência deste órgão julgador, declarar a sua inconstitucionalidade, devendo ser mantida.

Conforme anteriormente apreciado, tendo o impugnante optado pela via judicial, caso a Decisão final exarada pelo Poder Judiciário seja favorável ao Contribuinte, não haverá exigência do ICMS e da multa, a contrário senso, caso a Decisão final do julgamento seja favorável ao Estado, 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, podendo o recorrente requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a Decisão judicial lhe for desfavorável.

Neste caso, conforme vem decidindo o CONSEF em situações similares, a exemplo da Decisão contida no Acórdão CJF 0340-11/07, que manteve a Decisão contida no Acórdão 2ª JF nº 092-02/07, 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.

Destaco que 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.

Assim sendo, constato que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias importadas, considero PREJUDICADA a defesa apresentada, no tocante ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.”

Em sua peça recursal, justifica o autuado, inicialmente, a tempestividade do Recurso Voluntário apresentado, tecendo, logo em seguida, esboço histórico a respeito do presente processo administrativo fiscal.

Prossegue argumentando ser possível a simultaneidade de discussão da matéria nas vias judicial e administrativa, invocando e transcrevendo o art. 38, da Lei nº 6.830/80 e Informativo de Jurisprudência nº 349, da Excelsa Corte. Salienta que os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto entendem que o processo administrativo tributário deve prosseguir com o julgamento, pelas Delegacias ou Conselhos, de todas as matérias suscitadas nessa via, mesmo havendo a interposição paralela de alguma medida judicial contra o crédito lançado (ou parte dele), sob pena de calcar aos pés o livre acesso ao Judiciário. Assevera que, do contrário, estar-se-ia permitindo, em plena vigência do Estado Democrático de Direito (pelo menos vigor formal), penalizar os contribuintes ou equiparados que buscassem amparo ao Estado-juiz com uma “penalidade administrativa”: - ter imediatamente inscrito em dívida ativa o suposto crédito tributário em discussão judicial, daí advindo ajuizamento de Execução Fiscal, inscrição do nome do CADIN, impossibilidade de obter CND e etc. Sustenta, portanto, que devem ser apreciados os seus argumentos defensivos, independente da presença simultânea do Mandado de Segurança no âmbito judicial, restando equivocado o entendimento deste CONSEF.

Passa a repisar todos os argumentos constantes de sua peça defensiva, acostada aos autos. Esclarece que o objetivo social da empresa consiste na prestação de serviços médicos de diagnósticos por imagem na área médica e odontológica, bem como diagnóstico por imagem terapêutica em medicina nuclear e que para o exercício de sua atividade fim, necessita importar equipamentos para uso próprio, que passam a integrar o seu ativo permanente, sendo por isso compelida, no momento do desembaraço do bem importado (Sistema de Ressonância Magnética Sigma Excite HDX 1.5T e o Upgrade do Sistema de Ressonância Magnética Sigma Horizon LX para Excite HD), a efetuar o recolhimento do ICMS, sob pena de ter o bem apreendido.

Informa que a mercadoria não foi apreendida e nem recolhido os referidos tributos, face à concessão de liminar em Mandado de Segurança, Processo nº 1506949-8/2007, que resultou na suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV do CTN.

Argumenta não ser devedora dos valores ora exigidos na autuação, por não ter cometido qualquer infração, haja vista que a exigência do referido tributo padece de constitucionalidade, bem como amparada pela citada liminar, ainda em vigor, não há fundamento para tal autuação, ficando suspensa a exigibilidade do imposto, por força do art. 151, IV do CTN.

Argumenta que se julgada procedente a autuação, evidencia clara desobediência judicial por parte da administração tributária, ignorando os preceitos contidos na sentença provisória. Transcreve o art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF antes da EC nº 33/2001, explicando que a Fazenda Estadual entendia que o preceito constitucional supra lhe conferia o direito para a cobrança do ICMS em toda e qualquer importação, sem fazer distinção entre pessoa jurídica contribuinte e não contribuinte do imposto. Salienta que não é contribuinte do ICMS e ao importar bens para uso próprio ou para a realização de sua atividade essencial, não pode ser onerada pela exigência do imposto.

Cita as Súmulas 155 e 198 do Superior Tribunal de Justiça e que o STF firmou um entendimento acerca do assunto conforme ementa (RE nº 203.075-9/DF, Tribunal Pleno, Red. p/acórdão Min. Mauricio Correia, j. 5/8/1998, maioria dos votos, DJU 29/10/1999), transcrita às folhas 44 e 45. Complementa que no caso do julgamento transcrito, estava em debate a importação para uso próprio de um veículo automotor por uma pessoa física e que em seguida, o STF foi invocado novamente para, desta vez, solucionar questão relativa ao ICMS na importação de bens por não contribuinte, contudo, agora envolvendo uma pessoa jurídica, que dizia respeito à importação de um aparelho de mamografia por uma sociedade civil. Para tanto, o STF confirmou, a impossibilidade da cobrança do ICMS na importação de bens também por pessoa jurídica, que

não é contribuinte do imposto. Transcreve o posicionamento adotado pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence (fls. 45 e 46), no caso envolvendo a importação do aparelho de mamografia supra citado, bem como o julgamento do Recurso Voluntário (fl. 46).

Afirma que a não incidência do ICMS na importação antes da EC nº 33/2001 é matéria pacífica na jurisprudência e na doutrina e que com o advento da EC 33/2001, a questão relativa à não incidência de ICMS na importação de equipamentos por pessoa jurídica não contribuinte deste imposto parecia ter ressuscitado, com a modificação do conteúdo do art. 155, § 2º, IX, “a” da Constituição Federal transcrita à fl. 155. Afirma que conforme Súmula nº 660 do STF, DJU de 15/10/2003, “*Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*”.

Explica que, a rigor, a atual redação do art. 155, § 2º, IX, “a” da Constituição não tem a faculdade de reverter o entendimento jurisprudencial que gerou a edição da Súmula 660, haja vista que os fundamentos básicos que nortearam a jurisprudência do STF a favor das pessoas físicas e jurídicas importadoras e não contribuintes do ICMS, permanecem intactos.

Diz que nada modifica, diante do ICMS previsto no art. 155, II da CF, cujas hipóteses de incidência, seja ela originária da regra matriz (art. 155, II), seja da regra tida como exceção (art. 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 com base nesse entendimento foi que o STF consolidou a Súmula 660. Sucede que estes pressupostos (operação relativa à circulação de mercadorias e aplicação do princípio da não-cumulatividade), não se verificam nas importações promovidas por pessoas físicas ou jurídicas que não são contribuintes do imposto, de modo que, mesmo sob a égide da EC nº 33, permanecem válidas as premissas que levaram a Corte Suprema a editar a Súmula nº 660, que neste sentir, deve ser aplicada sem qualquer alteração.

Cita entendimentos de Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Carvalho (fls. 50 e 51), observando que a operação de circulação é sinônima de transferência da titularidade da coisa, mas não qualquer coisa, só as destinadas à mercancia. Explica que mercadorias são coisas móveis, mas não é qualquer bem móvel que é mercadoria, só aquela que se submete à mercancia. Assevera que para que um bem móvel seja caracterizado como mercadoria, é mister que ele tenha por finalidade a venda ou revenda. Conclui que não se encontra dentro do campo de incidência do ICMS, pois não adquire bens visando à mercancia, mas sim, como meio para a prestação de serviços na área médica.

Comenta a não-cumulatividade do ICMS, transcreve trecho da Constituição Federal, art. 155, § 2º, I. acerca da não-cumulatividade, bem como o entendimento de Geraldo Ataliba e Hugo de Brito Machado (fl. 52 e 54) e diz que com base no entendimento dos autores, supra, a defesa conclui pela impossibilidade da aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS em relação ao importador pessoa física ou jurídica que não se configura contribuinte habitual do imposto, uma vez que este não reúne os requisitos necessários para apurar o “crédito”, o “débito” e efetivar a “compensação”. Ainda sobre o assunto, cita manifestação do Ministro Mauricio Correia em seu voto condutor do acórdão no RE nº 203.075-9/DF (fl. 54).

Transcreve posicionamento jurisprudencial às folhas 55 a 58 e diz que além das alegações acima, traz a baila o valor da multa aplicada que denota efeito de confisco, a ausência da razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com o posicionamento de Odete Medauar, acerca do princípio da proporcionalidade (fl. 59). Quanto ao princípio da razoabilidade, também faz inserção de parte de texto de autoria de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (fls. 59/60), para reforçar o seu posicionamento de que os princípios constitucionais administrativos, expressos ou implícitos no sistema, constituem o estatuto jurídico máximo no qual a administração pública deve obrigatoriamente atender, incidindo em todos os atos da administração, sejam eles vinculados ou discricionários.

Relativo ao princípio da vedação ao confisco, comenta que o art. 150, IV da CF/88, estabelece vedação à utilização do tributo, com efeito, confiscatório. Cita obras de autoria dos professores José Afonso da Silva, Luciano Amaro e Ricardo Lobo Torres para reforçar o entendimento de que a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária, também submete a esses patamares constitucionais válidos para a tributação, pois a pena não deve ser igual ao gravame, mesmo que ela seja primordialmente repreensiva e sancionatória. Assevera que no próprio Direito Penal não é possível a pena capital, salvo em raras hipóteses e questiona porque haveria o Direito Tributário de aplicar a “pena de talião”, pois o descumprimento de obrigação tributária, gera o inadimplemento porque haveria então sanção de ser igual ou próxima à exação inicial.

Diz que o confisco, no direito brasileiro, é permitido apenas em uma hipótese, a do art. 253, CF, transcrito às fls. 62 e 63, e que há precedentes jurisprudenciais. Recorre ao Direito Penal e cita entendimento de Luiz Regis Prado (fl. 63). Referencia a capacidade contributiva prevista na CF (art. 145, §1º, 1ª parte), conforme entendimento do professor Roque Antônio Carrazza (fl. 64).

Quanto ao lançamento tributário e razoabilidade, afirma que de acordo com o art. 3º do CTN, o conceito de tributo, depende de um complexo de atos para apuração do seu montante, determinando sua existência e exigibilidade.

Cita o art. 180, § 2º do CTN e argumenta que a razoabilidade, no caso, por ser norma constitucional é imperativo de ponderação no uso da exação, sendo fator moderador da incidência, não se prestando a dispensar completamente, mas sim a nivelar e evitar a incidência de multas tributárias confiscatórias.

Acrescenta no seu Recurso Voluntário item atinente ao não descumprimento de obrigação acessória, esclarecendo que a multa de ofício, aplicada no Auto de Infração, correspondente a 60% do tributo, fora embasada no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve. Afirma que para aplicação de tal dispositivo deve haver um descumprimento de obrigação, que no caso em tela seria o pagamento de um tributo, supostamente devido. Salienta que a suspensão da exigibilidade do ICMS se deu em 15 de maio de 2007, conforme se observa da liminar acostada aos autos, sendo a Fazenda Estadual informada da aludida concessão em 16 de maio de 2007, não havendo, desde então, qualquer obrigação principal a ser cumprida. Todavia, prossegue, a Fazenda Estadual lavrou o presente Auto de Infração em 17 de maio de 2007. Assevera que o legislador, provavelmente, com base e tal raciocínio, instituiu no art. 63, da Lei nº 9.430/96, que não caberá a aplicação de multa no caso em que o crédito estiver suspenso nos termos do art. 151, do CTN, quando da lavratura do Auto de Infração. Pede, portanto, que seja reformado o Acórdão recorrido, julgando improcedente o Auto de Infração no que pertine à multa aplicada.

Ao final, requer que sejam analisados os seus argumentos quanto à obrigação principal, tendo em vista a possibilidade de simultaneidade entre as vias administrativa e judicial, segundo posicionamento firmado pelo STF, sendo, portanto, julgado improcedente o Auto de Infração, em sua totalidade, sendo observado que a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, não é devida, sendo aplicável no caso o art. 63, da Lei 9.430/96.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer esboço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual, inicialmente, manifesta-se sobre a escolha da via judicial por parte do recorrente, transcrevendo o artigo 38, da Lei 6.830/80. Ressalta que a aplicação do artigo pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial, ao passo que o parágrafo único tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a Decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual Decisão administrativa que tenha sido tomada ou que pudesse vir a ser tomada. Aduz que, considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa mas que a esfera Judicial prevalece sobre a Administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. Isso porque, prossegue, a opção pela discussão judicial, antes do esgotamento da esfera

administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder Judiciário, ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e aplicação do Direito. Transcreve jurisprudência do STF, inclusive do Pleno, a respeito da matéria. Assevera que o Auto de Infração e a ação judicial se referem ao mesmo assunto: incidência de ICMS na importação das mercadorias indicadas nas LI's nº 07/0529591-2 e nº 07/0529592-0 (Sistema de Ressonância Magnética Sigma Excite HDX 1.5t e o upgrade de Sistema de Ressonância Magnética Sigma Horizon LX para excite HD). Assim, ressalta, que havendo identidade do objeto, o Recurso Voluntário deve ser julgado prejudicado.

No que concerne à multa, salientou que tendo em vista que o Mandado de Segurança impetrado foi preventivo, não questionou a multa aplicada, que está corretamente enquadrada no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96. Salienta que a multa não se refere à obrigação acessória, mas a descumprimento de obrigação principal. Afirma que, como o contribuinte optou por discutir na Justiça a questão da incidência do ICMS na importação, caso a Decisão final a ser emitida pelo Poder Judiciário seja favorável ao contribuinte, não haverá exigência do ICMS e da multa. Todavia, prossegue, se a Decisão final for favorável ao Estado da Bahia, restará caracterizado que não houve pagamento do imposto no prazo regulamentar e nesta situação será devido o imposto, com os acréscimos previstos em lei, assegurando-se ao autuado a chance de quitar o débito sem incidência da multa, no prazo de vinte dias, a contar da cassação da Decisão judicial.

Ao final, entende que o Recurso Voluntário deve ser julgado Prejudicado.

VOTO

Inicialmente, cumpre-me enfrentar a tese suscitada pelo recorrente no sentido de ser possível a simultaneidade de discussão da matéria nas vias judicial e administrativa.

Entendo que reparo algum, no particular, merece a Decisão recorrida.

Isso porque a aplicação do artigo 38, da Lei nº 6.830/80, pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial, ao passo que o seu parágrafo único tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, isto é, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a Decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual Decisão administrativa que tenha sido tomada ou que pudesse vir a ser tomada.

Ora, considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa, mas, que a esfera judicial prevalece sobre aquela, não é possível a sobreposição dos processos administrativo e judicial, notadamente porque a opção do recorrente pela discussão judicial, antes do esaurimento da esfera administrativa, atesta que o mesmo desta abdicou, preferindo a apreciação da matéria diretamente pelo Poder Judiciário, esfera competente e responsável por dar a última palavra quanto à interpretação e aplicação do Direito.

O Pretório Excelso também perfilha tal entendimento, como invocado pela Douta PGE/PROFIS, no seu Parecer, em que transcrita a Ementa do RE 233582/RJ, julgado pelo Pleno e inteiramente aplicável à espécie.

Daí porque, tendo em vista que a medida liminar concedida guarda identidade com o presente Auto de Infração, entendo que fica PREJUDICADA a análise dos argumentos expendidos na peça defensiva.

De referência à multa, observo que o Mandado de Segurança impetrado foi preventivo, razão pela qual não questionou a multa aplicada, corretamente enquadrada no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Outrossim, ao contrário do quanto alegado pelo recorrente, ressalto que a multa não se refere à obrigação acessória, mas a descumprimento de obrigação principal.

Nesse sentido, uma vez que o recorrente, como já visto, optou por discutir no Poder Judiciário a questão da incidência do ICMS na importação, se a Decisão final a ser emitida pelo Poder Judiciário lhe for favorável, não haverá exigência do ICMS e da multa. Por outro lado, vindo a Decisão a final a ser favorável ao Estado da Bahia, restará caracterizado que não houve pagamento do imposto no prazo regulamentar, sendo devido o imposto, nessa situação, com os acréscimos previstos em lei.

Comungo, também, com o entendimento consubstanciado pelo *a quo* no sentido de que deve ser assegurada ao recorrente a chance de quitar o débito sem incidência da multa. Todavia, ao contrário do quanto ali consignado, tal prazo deverá ser de 30 dias, contados da data da publicação da Decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição, em face da interpretação analógica ao quanto disposto no art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, c/c art. 151, IV, do Código Tributário Nacional.

Ex positis, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário quanto à obrigação tributária principal e NÃO PROVIDO no que pertine à multa aplicada e demais acréscimos moratórios incidentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado, no que tange à obrigação tributária principal e **NÃO PROVIDO** em relação às penalidades e cominações legais, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **140777.0164/07-0**, lavrado contra **CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA LTDA. (CLÍNICA DELFIN)**, no valor de **R\$575.039,55**. 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 deverá intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 30 (trinta) 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 deverão ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS