

A. I. N° - 114595.0026/08-7
AUTUADO - INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA.
AUTUANTE - JOSAPHAT XAVIER SOARES
ORIGEM - POSTO FISCAL CODEBA
INTERNET - 13. 05. 2009

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0071-05/09

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO MÉDICO. 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, e PROCEDENTE, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/03/2008, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$208.273,21, e multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

O autuado, por meio de advogado, ingressa com defesa às fls. 25 a 50, com suporte nas seguintes alegações:

Que é sociedade com experiência comprovada na prestação de serviços médicos gerais.

Que importou para seu ativo fixo um sistema completo de diagnóstico por visualização de ressonância magnética.

Que em paralelo à operação de importação realizada, ingressou junto à Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, com pedido de reconhecimento do direito ao diferimento do ICMS incidente na referida importação, com fundamento no art. 5º, “c”, do Decreto nº 6.734/1997.

Afirma que o pedido de diferimento, tombado sob o nº 011093/2008-7, foi ao final julgado improcedente, sob a alegação de falta de elementos probatórios, suficientes à comprovação de

que o mesmo realiza atividades de natureza hospitalar, consoante pode ser verificado na petição inicial do processo administrativo e parecer cujas cópias anexa.

Que antes do esgotamento das vias administrativas e diante da iminência da chegada dos equipamentos à Salvador, ajuizou Ação Cautelar em 09/03/2008, Processo nº 1895126-0/2008 em trâmite junto à 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, efetuando o depósito dos valores correspondentes ao ICMS e requerendo a liberação do maquinário.

Em liminar concedida em 12/03/2008, considerando o depósito garantidor e a possibilidade de perecimento dos equipamentos, foi ordenado a liberação da máquina importada, o que ocorreu em 14/03/2008, oportunidade em que foi lavrado o auto de infração.

Aduz que interpôs Ação Declaratória, objetivando o reconhecimento judicial do direito ao diferimento do ICMS, ação que ainda se encontra pendente de julgamento na 9º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.

Alega que o CTN, em seu art. 51, elenca as situações em que haverá a suspensão de exigibilidade do crédito tributário, elegendo, entre elas, o depósito do montante integral.

Afirma que, muito embora o CTN disponha somente sobre as situações em que haja crédito constituído (ou seja, quando tenha havido lançamento), a doutrina e a jurisprudência estendem a eficácia da cláusula suspensiva às hipóteses em que, ausente o lançamento, o contribuinte se antecipa depositando o valor do débito, para descaracterizar o inadimplemento da obrigação e discutir judicialmente a dívida.

Afirma ser desarrazoada a lavratura do auto de infração, pelas autoridades fiscais, em relação aos valores já depositados, conforme já teve oportunidade de se manifestar o STJ.

Fundamenta *dua defea* amparado em tributaristas e doutrinadores, de renome, e jurisprudências do STJ.

Dessa forma, afirma que deve o auto de infração ser desconstituído, em virtude da existência de causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Alega ainda que, não se justifica a aplicação da multa moratória pelo não recolhimento do imposto.

Requer assim a desconstituição do auto de infração e a inaplicabilidade da multa imputada ao contribuinte.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 134 a 144, tecendo os seguintes comentários:

No tocante à Medida Cautelar impetrada contra o Estado da Bahia e concedido pelo Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública em Salvador-Ba, efetivamente, o depósito do seu montante integral é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas, não de sua extinção. Sendo assim, nada impede que seja efetuado o lançamento de ofício do crédito, através do auto de infração, pela autoridade fiscal, no sentido de assegurar sua exigibilidade no futuro, caso a decisão judicial, seja de fato desfavorável ao sujeito passivo da obrigação tributária, mesmo porque o depósito do seu montante integral pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento. Entendimento esse firmado na jurisprudência do STJ e STF.

Diz que é pacífico o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual – Consef, que o art. 151 do CTN apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, até a decisão do mérito, conforme expressa o art., inciso IV do CTN. E que a Sefaz deverá constituir o lançamento tributário do valor devido, mediante a lavratura de ofício, para obstar possível decadência desse direito à cobrança.

Por outro lado, tratando-se de situação de fato, a presente importação fez com que ocorresse o fato gerador e o consequente surgimento da obrigação principal, que é o pagamento do ICMS incidente na entrada de mercadorias ou bens importados do exterior, a ser recolhido no momento do desembarço aduaneiro, em conformidade com o que preceitua a Constituição Federal.

Por infração ao dispositivo legal mencionado, o autuado se submete à aplicação da multa no percentual de 60% prevista no inciso II, alínea f, do artigo 42, da lei nº 7014/96 regulamentada pelo Decreto nº 6284/97 do RICMS.

Assevera que a ação fiscal questionada encontra-se amplamente amparada em Lei, portanto com pleno substrato legal, não encontrando dentro do processo nenhuma procedência à pretensão do autuado.

Requer que o auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

No mérito, a empresa autuada importou 01 sistema completo de Diagnóstico de Ressonância Magnética, marca/modelo Manetom Sonata, conforme detalhado na Declaração de Importação (DI) 08/0360858-0 datada de 07.03.2008, deixando de recolher o ICMS no momento do desembarque aduaneiro. Contudo, em vista da apresentação do Depósito Judicial no valor de R\$208.273,21, correspondente ao ICMS devido, foi efetuado o desembarque aduaneiro, conforme determinação da Medida Cautelar nº 18952160/08, datada de 12 de março de 2008, concedida pelo Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública Comarca da Capital.

Foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 114595.0024/08-4, fl. 06/07, com o objetivo de resguardar a Fazenda Pública Estadual da exigibilidade futura do ICMS devido, sendo que a empresa não foi objeto de qualquer embaraço pois a mercadoria foi liberada.

Entende o autuado que como sua empresa dedica-se à atividades de natureza hospitalar, tem direito ao deferimento do ICMS na importação de bens adquiridos sem similar nacional e destinados ao seu ativo fixo, com fundamento no art. 5º “c” do Decreto nº 6.734/97. Não tendo seu pleito sido atendido pelo fisco, e diante da eminentíssima chegada dos equipamentos a Salvador, ingressou com Medida Cautelar de natureza preparatória, pretendendo a liberação imediata da máquina importada da Alemanha, ajuizou a Ação Cautelar adrede mencionada, e para tanto, depositou o valor do suposto imposto cobrado para fins de liberação da mercadoria e posterior discussão.

Posto isto, com base no art. 804 do CPC, foi concedida liminarmente a cautela, e declarada suspensa a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, CTN), considerando o depósito garantidor, sendo que no trintídio, a que alude o art. 806 do CPC, o autuado interpôs ação declaratória, objetivando o reconhecimento judicial do direito ao deferimento do ICMS, ação que ainda se encontra pendente de julgamento na 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador e tombada sob nº 1943192-6/2008.

Observo que, efetivamente, se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário face à concessão de medida liminar, e o defensor advoga a inaplicabilidade da multa indicada no Auto de Infração, vez que inexistente infração que corresponda a aplicação de qualquer sanção, visto que o depósito judicial da quantia foi efetuado antes de ocorrido o desembarque aduaneiro, afastando, desta forma a incidência da mora solvens, e como consequência lógica, a imputação de multa moratória.

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 à mercadoria importada, 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.

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 deficiente 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 5ª Junta 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 114595.0026/08-7, lavrado contra INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA., no valor de R\$208.273,21. 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, 23 de abril de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR