

A. I. N°. - 019290.0054/08-3
AUTUADO - HOSPITAL DA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR DE CARVALHO GOMES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 03. 12. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0401-01/09

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. ENTRADA FÍSICA DOS BENS NO ESTADO DA BAHIA. Nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, sendo atribuída a este a responsabilidade pelo recolhimento do tributo. A regularidade concernente à Declaração de Importação n° 060.902.001-8 e a existência de vício formal no que se refere ao lançamento atinente às DIs de n°s 060.052.157-0 e 060.052.281-9, resultam na caracterização parcial da imputação. Não apreciada a arguição de ilegalidade da legislação tributária do Estado da Bahia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2008, foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS referente a mercadorias importadas do exterior por estabelecimento de outro estado, tendo sido constatado que após o desembaraço aduaneiro foram destinadas ao estabelecimento do contribuinte, no mês de agosto de 2006, exigindo o imposto no valor de R\$71.520,53, acrescido da multa de 60%. Consta que as operações de importação foram realizadas pelo Hospital da Bahia, através das DIs [declarações de importação] de n°s 610214246, 600521570, 600522819 e 609020018, desembaraçadas em 2006.

O autuado apresentou impugnação às fls. 52 a 63, realçando que foram desembaraçadas mercadorias destinadas a compor o seu ativo imobilizado, de acordo com as Declarações de Importações n°s 061.021.424-6, em 28.08.2006; 060.052.157-0, em 13.01.2006; 060.052.281-9, em 13.01.2006; e 060.902.001-8, em 01.08.2006. Assevera que, entretanto, não há ICMS a ser exigido, conforme passou a tratar:

DI n° 061.021.424-6 – salienta que o ICMS-importação e o adicional do ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza (ICMS FECF) foram devidamente recolhidos no ato do desembaraço aduaneiro, conforme se pode constatar da anexa Guia de Arrecadação – DARJ, que faz menção à data do desembaraço aduaneiro (08/2006), bem como identifica a DI, comprovando o recolhimento de R\$413,32 (ICMS importação) e de R\$31,79 (ICMS FECF), conforme doc. 2 (fl. 73). Assim, como houve pagamento do tributo, resta extinta a obrigação tributária do ICMS com relação a essa importação, na forma do art. 156, I do Código Tributário Nacional (CTN);

DI n° 060.902.001-8 – anexa a Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, datada de 08/2006, com base no art. 5º, “c” do Decreto n° 6.734/97, que contempla a hipótese de diferimento do ICMS, com menção expressa à referida DI, com visto da própria Secretaria da Fazenda da Bahia (doc. 03 – fl. 76). Observa que esse dispositivo, que transcreveu, prevê a dispensa do lançamento e pagamento do ICMS, decorrentes de importação de

bens, sem similar nacional, destinados ao ativo imobilizado de empresas que se dediquem à atividade hospitalar, inclusive quando o desembaraço ocorrer em outro estado da Federação. Ressalta que a referida guia, encontra-se devidamente assinada pelo fiscal competente e protocolada pela SEFAZ/BA, estando vinculada ao Processo Administrativo nº 106.223.200-50;

DIS nºs 060.052.157-0 e 060.052.281-9 – alega que ajuizou Mandado de Segurança ainda sem resultado final, onde discute exatamente a incidência do ICMS na importação de ativo imobilizado para hospital, tratando-se do Processo n.º 2005.51.11.000.377-5, atualmente em trâmite na 3ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conforme informado nas próprias declarações de importação.

Salienta que o objeto da ação consiste em afastar a cobrança do ICMS referente a essas importações, tendo em vista a flagrante inconstitucionalidade, por se tratar de bens importados para compor o ativo fixo da empresa prestadora de serviços, não contribuinte desse imposto (não é estabelecimento comercial), o que fere o princípio constitucional da não-cumulatividade, diante da impossibilidade posterior de creditamento, o que é assegurado aos demais contribuintes.

Aduz que por essa razão, em 08/07/2005 foi concedida a medida liminar que autorizou a liberação das mercadorias importadas, sem o pagamento do ICMS, conforme trechos da decisão, que transcreveu (doc. 04 – fls. 78 a 90). Informa que atualmente, em razão da posterior prolação de sentença de mérito parcialmente favorável, os autos do processo se encontram no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em virtude de recurso de Apelação Cível de ambas as partes.

Visando ilustrar o direito do impugnante, traz aos autos jurisprudência da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em casos análogos, que, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), proferiu acórdão no sentido de que o ICMS não incide sobre bens importados para uso próprio, em conformidade com os julgados relativos aos processos de nº. AC 2001.02.01.017962-8, do TRF e RE nº. 203075/DF, do STF.

Ressalta que a despeito de o legislador constitucional ter editado a Emenda Constitucional nº. 33/01, para possibilitar a incidência do ICMS na importação para pessoas não contribuintes, a mesma fere o princípio constitucional da não-cumulatividade, conforme o entendimento exarado pelo STF, no RE-Agr nº. 401552/SP.

Com relação ao ICMS instituído no Estado da Bahia, assevera que a edição da Lei Estadual nº 4.825/89 é anterior à imprescindível alteração na Lei Complementar nº 87/96, ou seja, quando o Estado da Bahia instituiu o ICMS sobre importação para uso próprio ainda não havia autorização na Lei Complementar abrangendo essa hipótese de incidência, o que representa vício de ilegalidade.

Requer que a impugnação seja conhecida para:

1 – anular o lançamento do ICMS relativo à DI nº. 061.021.424-6, tendo em vista a comprovação do recolhimento do imposto devido no ato do desembaraço aduaneiro (08/2006), conforme demonstra a guia de arrecadação;

2 – anular a exigência do ICMS referente à DI nº. 060.902.001-8, em razão da expedição em 02/08/2006, pela própria SEFAZ/BA, da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, na forma do art. 5º, “c”, § 3º do Dec. n.º 6.734/97, vinculada ao Processo nº 106.223.200-50, diferindo e dispensando o lançamento e o pagamento do ICMS;

3 – em relação às DIS nºs 060.052.157-0 e 060.052.281-9, reconhecer a violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade (artigos 37 e 155, § 2º, I da CF/88), por se tratar de hospital, não contribuinte habitual do ICMS, efetuando importação para compor o ativo imobilizado, o que impede o posterior creditamento, devendo ser afastada a incidência do ICMS;

4 – sobrestar a exigência do ICMS com relação às DIS nºs 060.052.157-0 e 060.052.281-9, até que seja proferida decisão final no âmbito do Poder Judiciário nos autos do Mandado de Segurança nº

2005.51.11.000.377-5, onde se discute a legalidade e a constitucionalidade da exigência do ICMS incidente sobre a importação de mercadoria por não contribuinte habitual do imposto, e ainda para compor o ativo imobilizado do Hospital, violando o princípio da não-cumulatividade.

O autuante, através de informação fiscal prestada às fls. 93 a 95, argumenta que ao importar bens do exterior, o impugnante impetrou Mandado de Segurança contra Ato do Inspetor da Receita Federal no Porto de Sepetiba – RJ, com a finalidade de resguardar seu direito líquido e certo à liberação de equipamentos hospitalares, uma vez que a autoridade coatora exige o recolhimento do ICMS, IPI, PIS/PASEP-importação e COFINS importação. Como o impugnante impetrou *writ* para afastar tais exigências, na época foi deferida liminar em parte pelo MM. Juízo Federal, para liberação dos bens importados, resultando que o Agravo de Instrumento contra a liminar concedida teve o seu seguimento negado. Como a matéria é de interesse do Estado, em favor de quem entende assistir razão, contudo teria sido manejada em comarca distante desta Capital.

Observa que após os embargos de declaração, os Estados da Bahia e Pernambuco se manifestaram a respeito da segurança e da relação tributária entre fisco e contribuinte quanto à incidência do ICMS no ato da importação. Como a Justiça Federal se declara incompetente para apurar a existência de relação jurídica que obrigue os impetrantes a recolherem o ICMS, julga extinto o processo, declarando a inexigibilidade do pagamento daqueles tributos, mantendo o Estado da Bahia como assistente simples do feito, pois apesar de ter cessado o interesse jurídico que justificasse sua aceitação como litisconsorcial, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei nº. 9.469/97, verifica a possibilidade de reflexo indireto de natureza econômica do ente federativo no deslinde da lide.

Quanto às preliminares de nulidade requeridas, aduz que os argumentos defensivos não condizem com a realidade dos fatos, desde quando o ICMS é devido ao estado onde estiver o destinatário do bem, isto é, o estabelecimento importador. Salienta que com o advento da Emenda Constitucional nº. 33, não há mais razão para dúvida sobre a incidência do ICMS nessa hipótese, conforme prevê o art. 155, § 2º, inciso IV, alínea “a” da CF/88. Assim, a incidência ocorre no momento do desembaraço aduaneiro da mercadoria ou bem importado do exterior.

Ademais, a Constituição passou a prever a possibilidade da tributação sobre hipótese de incidência nova, ou seja, por importador que não seja contribuinte habitual do imposto.

No que se refere à composição da base de cálculo incluindo PIS e COFINS, esclarece que fazem parte apenas das DIS 609020018 e 610214246, conforme demonstrativo à fl. 08.

Tratando sobre o mérito, salienta que a exigência corresponde à falta de recolhimento do ICMS sobre a importação de equipamentos médico-hospitalares, conforme demonstrou:

1) DI nº 061.021.424-6: o contribuinte recolheu o adicional do ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza, no ato do desembaraço aduaneiro, conforme DARJ à fl. 73, cujo importador está localizado na Bahia, sendo o ICMS importação pago no valor de R\$413,32, enquanto que foi apurado R\$568,04 no demonstrativo de fl. 08. Assim, a obrigação tributária não está extinta;

2) DI nº 060.902.001-8: em relação às correspondentes mercadorias, após visitar os sites <http://www.edlo.com.br>, www.northmed.com.br, [ecafix.com.br](http://www.ecafix.com.br), [cardiove.com.br](http://www.cardiove.com.br), [cardov1.html](http://www.cardov1.html) e www.biomaster.com.br/produto.php, não encontrou nenhum produto similar fabricado no País;

3) DI nº 060.052.157-0: informa que o produto “doppler” tem fabricante nacional, que é a empresa Ecafix, enquanto que no caso do “printer” não encontrou fabricante nacional, ferindo o art. 5º-C do Decreto nº. 6.734/97;

4) DI nº 060.052.281-9: esclarece que os produtos pinças, cânulas, afastador, cureta, serra, cateteres, espátulas, alavanca, disseccador, sondas, etc., têm fabricante nacional, que é a empresa Edlo S/A Produtos Médicos, de acordo com os sites <http://www.edlo.com.br>, <http://www.edlo.com.br.northmed.com.br/ecafix/cardiove/cardov1.html> e <http://www.biomaster.com.br/produto.php>, afastando a hipótese do art. 5º-C do Dec. nº. 6.734/97.

Realça que a pretensão fiscal foi de reclamar o recolhimento do ICMS referente a mercadorias/bens importados do exterior por estabelecimento de outro estado, os quais após o desembaraço aduaneiro foram destinados ao estabelecimento do contribuinte no Estado da Bahia.

VOTO

O sujeito passivo suscitou que o Auto de Infração violava o princípio constitucional da não-cumulatividade, sob a alegação de que tratando-se de hospital, não seria contribuinte habitual do ICMS, o que o impediria de posteriormente se creditar do imposto correspondente. Ressalto que essa argumentação não tem mais nenhuma sustentação, haja vista que com a edição da Emenda Constitucional nº 33, de 11/12/2001, não resta nenhuma dúvida quanto à incidência do ICMS na hipótese dos autos. Isto porque a alteração introduzida através do art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “a” da Constituição, deixa clara a incidência do tributo, conforme transcrevo abaixo:

“Art. 2º O art. 155 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 155...

2º...

IX - ...

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;”

No que se refere à alegação que a instituição do ICMS no Estado da Bahia teria representado vício de ilegalidade, sob a assertiva de que a Lei Estadual nº 4.825/89 seria anterior à alteração implementada na Lei Complementar nº. 87/96, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Verifico que o Auto de Infração diz respeito à falta de pagamento de ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior, relativamente a quatro declarações de importação (Dis). Tendo em vista que o sujeito passivo e o autuante trataram em separado a respeito de cada uma das importações, assim também procederei, manifestando o meu posicionamento sobre cada uma dessas operações.

Observo que em relação às Declarações de Importação de nºs 060.052.157-0 e 060.052.281-9, o presente lançamento contém uma falha formal, que se mostra insanável, razão pela qual não adentrarei no mérito da imputação atribuída ao sujeito passivo, no que se refere ao caso específico dessas duas importações. Ocorre que muito embora as operações em questão tenham ocorrido no mês de janeiro de 2006, conforme se verifica nos respectivos documentos e no próprio demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 08), foi consignado no Auto de Infração que o débito correspondia ao mês de agosto de 2006, lançando como data de ocorrência 28/08/2006.

Considerando que o modo como efetuado o lançamento implica em prejuízo à Fazenda Pública Estadual, desde quando resultará em um crédito tributário inferior ao efetivamente devido e que esta incorreção contraria o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” e no § 3º do RPAF/99, não podendo ser sanada por meio de diligência, não é possível se aplicar a hipótese do § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal. Assim, a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal. Para um melhor entendimento, transcrevo, em seguida, os dispositivos mencionados:

“Art. 39. O Auto de Infração conterà:

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

...

§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.”

“Art. 18.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

Desta forma, o Auto de Infração, no que se refere às citadas DIs, apresenta vício insanável, nos termos do art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. Observo que assim vem decidindo o CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0145-04/04, JJF nº 0101-03/07, CJF nº. 0634-11/03, CJF nº 0649-11/03, CJF nº. 0686-11/03 e CJF nº 0194-11/04, sendo que deste último transcrevo a ementa e o voto:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal pois, lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a 4ª JJF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar nulo o presente Auto de Infração, uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99.

Isto porque, embora as notas fiscais se reportem às compras efetuadas pelo contribuinte nos exercícios de 2000 a 2001, os autuantes, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignaram no Auto de Infração como data de ocorrência, a data da sua lavratura. Outrossim, os autuantes exigiram imposto por antecipação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), quando nas notas fiscais constam também mercadorias sujeitas à tributação normal. Ora, tendo em vista que tais ocorrências implicaram em prejuízo à Fazenda Estadual e, por conseguinte, não podem ser sanadas através de diligências, conforme determina o § 1º, do art. 18, do RPAF/99, partilho do entendimento da 4ª JJF no sentido de que a autuação não deve prosperar.

Neste contexto, impõe-se à decretação da Nulidade, e com fundamento no artigo 21, do RPAF recomendo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto, considerando que foi devolvida a questão concernente à infração 1, na forma de Recurso de Ofício, e por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.”

Diante do exposto, voto pela nulidade do lançamento concernente à data de ocorrência de 28/08/2006 e represento à autoridade competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, no sentido de programar nova ação fiscal, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas.

No que concerne à Declaração de Importação nº 061.021.424-6, a defesa sustentou que o imposto devido já teria sido pago através do documento que anexou à fl. 73, ao que o autuante rebateu, afirmando que os cálculos procedidos pelo autuado teriam resultado em recolhimento em montante inferior àquele realmente devido.

Analisando o documento em questão, constato que se refere à cópia reprográfica de dois DARJs – Documentos de Arrecadação do Estado do Rio de Janeiro, o que significa que os tributos pagos o foram em favor desse Estado e não da Bahia, que vem a ser a unidade da Federação onde ocorreu a entrada real das mercadorias importadas e em favor de quem os tributos deveriam ter sido recolhidos. Por esta razão, mantenho a exigência atinente a essa importação, no montante de R\$568,04.

No caso da Declaração de Importação nº 060.902.001-8, constato que assiste razão ao impugnante ao arguir que o desembaraço aduaneiro ocorrera através da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS que acostou à fl. 76. Na guia em referência consta que a importação se encontrava amparada pelo art. 5º-C do Decreto nº 6.734/97, em conformidade com o Processo nº 106.223/2005-0.

Através de análise no Sistema INC/SEFAZ – Informação do Contribuinte, verifiquei que através do mencionado processo o autuado pleiteou junto à SEFAZ/BA a autorização para importação de bens, sem similar nacional, destinados ao seu ativo imobilizado, solicitação esta que se encontra deferida. Vejo, ademais, que o autuante declarou que após efetivar uma pesquisa, constatou que os produtos importados não têm similar fabricado no País. Diante desses fatos, concluo que o lançamento referente a essa importação é insubsistente.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **019290.0054/08-3**, lavrado contra **HOSPITAL DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$568,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a” do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, no que se refere à ocorrência datada de 28/08/2006, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR