

PROCESSO - A. I. N° 232410.0002/09-6
RECORRENTE - SAJ - CLÍNICA MÉDICA LTDA. (DELFIN IMAGEM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0191-04/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0171-11/11

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. EQUIPAMENTO MÉDICO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Devido o pagamento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. A multa por descumprimento da obrigação principal, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, é aplicável ao caso, porquanto o imposto não foi recolhido tempestivamente. Mercadorias liberadas através liminar concedida em Mandado de Segurança. Incompetência da instância administrativa de julgamento para declarar a constitucionalidade da legislação tributária que fundamentou o lançamento de ofício. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª JJF, proferida no Acórdão JJF nº. 0191-04/10, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/11/2009, para exigir o recolhimento do ICMS, no valor de R\$130.427,38, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, por importador com estabelecimento no Estado da Bahia, conforme Termo de Apreensão e Ocorrência 232410.0003/09-2 (fls. 4 e 5).

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte apresentou, através de advogado, impugnação tempestiva ao Auto de Infração (fls. 33 a 41), sustentando, basicamente, que, para o exercício das suas atividades fins, viu-se obrigado a importar alguns equipamentos para uso próprio, os quais passaram a integrar o seu ativo permanente.

A autuação visou à cobrança de ICMS relativo à importação de um sistema de “*tomografia computadorizada brightspeed edge select*”, entendendo o autuado que se encontrava isento do recolhimento do ICMS nas operações de importação no momento de desembarço do bem importado, por força de liminar concedida no Mandado de Segurança nº 2921080-5/2009-E.

Aduziu que o recolhimento do ICMS na importação dos referidos bens é indevido por não ser contribuinte do ICMS, sustentando sua tese no entendimento firmado pelo STF, em reiteradas decisões consolidadas na Súmula nº 660, aprovada pelo Plenário daquela Corte, em 24/09/03 (DJU de 15/10/03).

O autuante, às fls. 67/70, prestou a informação fiscal de praxe, contestando as razões do impugnante, enfatizando que o mandado de segurança não amparava a pretensa isenção do ICMS, posto que a condição de contribuinte se encontra definida na Lei de regência do ICMS e, desde a Emenda nº 33/2001, na própria Constituição Federal, nesse passo, manteve integralmente a autuação.

Na Decisão recorrida, a JJF, destacou ter a autuação se fundamentado nas disposições contidas no art. 572, § 7º, c/c art. 573, do RICMS/BA, texto em conformidade com a literalidade da Emenda Constitucional nº 33/2001 e que os fatos geradores objeto do lançamento se verificaram na data de 27/11/2009, quando já vigente a legislação mencionada.

Nesse contexto, julgou a 4ª JJF, por unanimidade, procedente a autuação, no seguinte teor:

"Vale salientar que, após a entrada em vigor da EC nº 33, é de se concluir, que a regra contida na alínea "a", do inc. IX, do § 2º, do art. 155, da Constituição Federal passou a abranger todas as espécies de importação. Em comparação com o texto originário que era circunscrito à importação de "mercadoria e bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento", o novo preceito suprimiu a referida destinação ao dispor que a incidência tributária independente da finalidade que se venha a dar à mercadoria ou ao bem."

Consoante lembrado pelo autuante, o STF, através do Min. Joaquim Barbosa, já se posicionou pela inaplicabilidade da Súmula nº 660 às importações posteriores à EC 33/01 (RE-439796 - Informativo STF nº 436, ago/06).

Portanto está correto o procedimento fiscal que lançou o crédito tributário, em conformidade com o que reza os dispositivos do RICMS/97, mencionados acima, consignados no Auto de Infração, em decorrência da importação de "01 sistema de tomografia computadorizada brights edge select, consoante DI nº 09/1665132-5," datada de 26/11/2009 e Licença de Importação nº 09/2007519-0, visto que o ICMS incide na importação de bens por quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, contribuintes ou não do imposto, conforme previsão originária contida no art. 155, § 2º, inc. IX, "a", da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda nº 33/2001. Nesses termos o sujeito passivo é contribuinte do ICMS na importação, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto nas suas atividades descritas como sendo objeto da sociedade a "prestação de serviços na área de medicina e mais especificamente em diagnóstico por imagem, através da emissão de laudos de raio-x convencional e contrastado; ressonância magnética; tomografia computadorizada; ultrassonografia em geral; doppler colorido; ecocardiograma; punção; mamografia e densiometria óssea" consignadas em seu contrato social, à fl.48, ou de qualquer outra prestação de serviço.

Portanto, está correto o lançamento tributário, posto que o ato administrativo está em conformidade com o texto constitucional, após a Emenda Constitucional nº 33/01, e com as disposições da Lei e do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Saliento que as mercadorias foram apreendidas e imediatamente liberadas por força da Liminar em Mandado de Segurança, consoante reconheceu o próprio contribuinte na defesa. Ademais, de acordo com o art. 125 do COTEB, não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar questões de inconstitucionalidades.

Saliento que este CONSEF já tem inclusive decidido neste sentido, consoante Acórdãos JJF nº 0016-05/10, e JJF nº 0180/01.

O contribuinte não contestou os cálculos para apuração da base de cálculo e do valor do imposto exigido.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do acórdão JJF nº. 0191-04/10, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 86 a 104), objetivando sua reforma.

De plano, frisou ter a Decisão de primeira instância indeferido a defesa interposta pelo recorrente, mantendo a procedência do Auto de Infração epigrafado, mesmo diante de todas as razões de fato e de direito amplamente expostas.

Adentrando ao mérito, destacou a não-incidência do ICMS na importação, sob o fundamento de que, com o advento da EC nº 33/2001, operou-se uma modificação no conteúdo do art. 155, § 2º, inc. IX, "a", *verbis*:

*"Art. 155.
§2.º*

IX - incidirá tombem:

a) sobre o entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídico, 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."

Assim, o recorrente ressaltou que a alteração operada no texto constitucional, à primeira vista, poderia transparecer de que fora permitida a cobrança do ICMS do importador, pessoa física ou jurídica, não contribuinte do imposto, porém, diverso se apresenta o entendimento externado pelo STF, o qual, em plenário, aprovou a Súmula nº 660, publicada em 15/10/2003, ou seja, editada quase dois anos após a EC nº 33/2001, confirmando a interpretação jurisprudencial criada por aquela Corte sobre a não-incidência do imposto na importação de bens por pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS, dispondo:

"Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto".

A par disso, asseverou o Recorrente que a atual redação do art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88, não tem a faculdade de reverter o entendimento jurisprudencial editado na mencionada Súmula, haja vista que os fundamentos básicos que nortearam a jurisprudência da regra matriz de incidência do ICMS permaneceram intactos, exigindo que a finalidade mercantil da operação envolva a transferência de titularidade do bem móvel, circulação econômica combinada com a circulação jurídica.

Transcreveu, em seguida, doutrina do Tributarista José Eduardo Soares de Melo, relativa às expressões que compõem a regra matriz de incidência do ICMS, abarcando: “circulação”, “operações”, “mercadorias”, “estabelecimento” e o “princípio da não cumulatividade”, para afirmar que, no caso em exame, ficaria prejudicada qualquer alegada ocorrência de fato gerador do tributo, pois o ato de importação não estava revestido de finalidade mercantil.

Por outro lado, frisou que, em processo semelhante, o próprio recorrente obteve êxito em seu pedido de isenção de ICMS, mediante o provimento de Embargos Infringentes, por ele opostos, sobre importação de equipamento médico-hospitalar, reproduzindo a Decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos Embargos Infringentes nº 37296-4/2007 (fl. 92).

Transcreveu, ainda, Decisões do Tribunal de Justiça da Bahia (Mandado de Segurança nº 770008-1/2005) e do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 654230/RS) - fls. 93/96.

Prosseguindo, na sua peça recursal, o recorrente repisou a tese de que o caso concreto não ensejaria recolhimento de ICMS, pois inexistente a obrigação em si, não se podendo falar em multa de mora, razão do pleito de reforma da Decisão, também neste ponto.

Em seguida, o contribuinte argumentou que a multa aplicada no Auto de Infração se revestia de caráter confiscatório e afrontava os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, reproduzindo lições doutrinárias das Professoras Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com o objetivo de sustentar ter o ato administrativo de lançamento incorrido em violação àqueles princípios.

Outrossim, suscitou ter a exigência da penalidade incorrido em violação ao princípio do não confisco, invocando, em sua defesa, o artigo 150, IV, CF/88 e citando lições doutrinárias de Luciano Amaro, José Afonso da Silva, Ricardo Lobo Torres, para, ao final, sintetizar na linha de que “o confisco, no direito brasileiro, é permitido apenas em uma hipótese, a do artigo 243, CR”, transcrevendo, para ilustrar a sua tese, precedentes jurisprudenciais (fls. 100/102).

Prosseguindo, teceu comentários sobre lançamento tributário e razoabilidade, a definição de tributo do CTN, no seu artigo 3º, concluindo que a apuração do seu montante depende de um complexo de atos capazes de determinar sua existência e exigibilidade, mais uma vez reproduzindo textos de tributaristas sobre o assunto.

Finalmente, destacou 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, como verificamos constantemente, por exemplo, em matéria de ICMS.”

Requeru o julgamento pela Procedência do Recurso Voluntário, com a reforma da Decisão de piso, anulando o Auto de Infração e arquivando o processo administrativo.

A PGE/PROFIS, através de sua i. representante, Dr^a. Maria Helena Cruz Bulcão, às fls. 108/111, opinou pelo Não Conhecimento do Recurso Voluntário, por considerar que o contribuinte optou pela via judicial para discutir o mérito da infração.

Asseverou que a ação judicial interposta pelo sujeito passivo, ainda em tramitação, provocou o esgotamento da instância administrativa.

Assim, invocando o art. 117 do RPAF, entendeu que o Recurso Voluntário encontrava-se Prejudicado, não devendo haver manifestação de mérito do CONSEF, já que a matéria já estaria sendo apreciada pelo Poder Judiciário.

VOTO

Do estudo minucioso do presente PAF, verifico versar o Recurso Voluntário sobre o inconformismo do sujeito passivo em relação ao julgamento do Auto de Infração epigrafado, sendo imputada a exigência de ICMS, no valor de R\$130.427,38, acrescido da multa de 60%, prevista na legislação, por “falta de recolhimento do ICMS devido, no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia”.

Inicialmente, ao analisar o opinativo da PGE/PROFIS, manifestando-se pelo não conhecimento do presente Recurso Voluntário, julgando-o prejudicado, em virtude de o sujeito passivo ter ingressado no Judiciário para discutir o mérito desta infração.

Data venia, não comungo do entendimento exarado no Parecer da douta representante da PGE/PROFIS, porquanto a Medida Judicial formalizada (Mandado de Segurança) objetiva apenas a suspensão do recolhimento do ICMS/importação no momento do desembarque aduaneiro, com a consequente liberação das mercadorias.

Com efeito, a Decisão Liminar constante do Mandado de Notificação Judicial de fl. 14 do feito, dispõe: “... concedo a liminar requerida para determinar a Autoridade apontada como Coatora para que determine a liberação do aparelho importado, sem necessidade do recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do Impetrado e do consequente lançamento do crédito tributário, se houver.”

Desse contexto, conclui-se que a Liminar não concedeu ao autuado a isenção da cobrança do ICMS, na medida em que não foi apreciada a incidência ou não do imposto estadual aplicado à operação de importação.

Logo, posicionei-me no sentido de que o Recurso Voluntário não se encontra prejudicado, portanto, devendo ser acolhido pelo órgão julgador.

Assim é que, como já detalhadamente relatado, a 4^a Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente a autuação, tendo o Recorrente, nas suas razões recursais, confirmado as teses arguidas na peça impugnatória, enfatizando, principalmente, a negativa da incidência do ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do Imposto, com fundamento na Súmula nº 660 do STF.

Sucede que, da análise dos elementos existentes na proceduralidade, observa-se não existirem razões capazes de amparar os argumentos defendidos pelo contribuinte, eis que a autuação encontra-se fundamentada nas determinações contidas no art. 1º, § 2º, inc. V, do RICMS/BA, com a redação dada pelo Decreto nº 8.413, produzindo efeitos a partir de 29/12/02, texto em conformidade com o teor da Emenda Constitucional nº 33/2001, sendo importante ressaltar que os fatos geradores objetos do lançamento ocorreram em 27/11/2009, ou seja, na vigência da aludida legislação.

Sem margem à tergiversação, observa-se que, com a promulgação da EC 33/2001, foi efetuada alteração na alínea “a”, do inciso IX, do artigo 155 da CF, ampliando o campo da incidência do imposto nas importações de bens, por contribuinte ou não do imposto, *verbis*:

"Art. 155.
§2.º

IX - incidirá também:

a) sobre o entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídico, 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."

Por conseguinte, conclui-se que a regra positivada na alínea "a", inc. IX, § 2º, art. 155, da Carta Magna, passou a ter uma abrangência maior, incidindo o imposto sobre todas as espécies de importação, independentemente da finalidade que se venha a dar à mercadoria ou ao bem, logo, modificando o texto anterior que se restringia à importação de "mercadoria e bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento".

Concludentemente, a alteração operada pela Emenda Constitucional nº 33/01 acarretou uma ampliação da base do ICMS nas importações de bens e mercadorias do exterior, impondo que qualquer pessoa, física ou jurídica, poderia ser contribuinte do ICMS na importação, ainda que não se apresentasse como contribuinte habitual do imposto.

De outra parte, verifica-se, tanto no acórdão recorrido, quanto em decisões desse CONSEF (vide Acórdãos CJF A-0005-11.11 e JJF 0016-05/10), que a Súmula nº 660 do STF só tem aplicação às importações, fatos geradores, anteriores à promulgação da EC 33/2001, consoante as decisões dos Tribunais Superiores (RE-439796 - Informativo STF nº 436, ago/06, RE-173873 STF 08/09/2009 e RE-255682 STF 29/11/2005).

No específico, comungo com o entendimento manifestado pela 4ª JJF, porquanto o lançamento tributário encontra-se revestido de validade segundo a norma de regência do ICMS, vigente no Estado da Bahia, incidente na importação de bens, por quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, contribuintes ou não do imposto, amparado no art. 155, § 2º, inc. IX, "a", da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001.

Em face de tal dispositivo, o autuado é contribuinte do ICMS na importação, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto nas suas atividades ordinárias, não se podendo cogitar, na hipótese, do afastamento da exigência fiscal ao argumento de que houve afronta à regra matriz de incidência do ICMS ou violação ao princípio da não-cumulatividade, visto que o constituinte derivado, após 2001, estabeleceu hipótese de incidência autônoma e desvinculada de finalidade comercial ou industrial na importação de bens do exterior.

O sujeito passivo, também em sua peça recursal, insurgiu-se contra a multa, lançada no percentual de 60% do imposto, sob o argumento de confiscatoriedade e contrariedade aos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, traduzido em verdadeiro confisco ao seu patrimônio e promovendo o enriquecimento ilícito do fisco.

Novamente, inexiste razão ao recorrente, não podendo as suas postulações progredirem, visto que a combinação fiscal é perfeitamente legal, decorrendo de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, exatamente no art. 42, inc. II, letra "f".

No que tange à questão de constitucionalidade, é cediço que, de acordo com o estatuído no art. 167, II, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não é dada a esta Câmara de Julgamento Fiscal a competência para apreciar tal matéria, portanto, somente no âmbito do Judiciário poderia o contribuinte buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, até Decisão final daquele Poder, é presumida.

Por último, o percentual da multa aplicada ao recorrente deriva de instituto legal que trata de penalidade pelo não recolhimento tempestivo do imposto, quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas na norma que importe em descumprimento de obrigação tributária principal, inexistindo dolo, neste caso não comportando se falar em confisco ou enriquecimento sem causa por parte do Estado da Bahia. Entretanto, é possível ao sujeito passivo, observados os

requisitos necessários, requerer à Câmara Superior deste CONSEF a dispensa ou redução das multas, com amparo no art. 159 do RPAF.

Destarte, por todos os fundamentos expostos, considero incensurável a Decisão proferida pela 4ª JJF, desmerecendo sofrer qualquer tipo de reforma, razão pela qual confirmo-a integralmente, em face de se encontrar em estrita consonância com a Lei, o Direito e a Justiça.

Em suma, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232410.0002/09-6**, lavrado contra **SAJ - CLÍNICA MÉDICA LTDA. (DELFIN IMAGEN)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$130.427,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS