

PROCESSO - A. I. Nº 117926.0606/10-0
RECORRENTE - CLÍNICA DELFIN VILLAS DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM LTDA. (CLÍNICA DELFIN VILLAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0072-02/11
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0449-12/11

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. EQUIPAMENTO MÉDICO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Devido o pagamento do ICMS no momento do desembaraço 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 a aplicável ao caso, porquanto o imposto não foi recolhido tempestivamente. Mercadorias liberadas através de liminar concedida em Mandado de Segurança. Incompetência da instância administrativa de julgamento para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária que fundamentou o lançamento de ofício. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 21 de outubro de 2010, o qual exige ICMS de R\$124.366,85 além de multa no percentual de 60% decorrente da constatação da seguinte infração:

“Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia”.

A Decisão atacada, consubstanciada no Acórdão JJF 0072-02/11 (fls. 54 a 56), lastreou-se nos seguintes argumentos, para embasar a Decisão proferida:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito da mercadoria, exigindo a Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas (Aparelho de Tomografia Computadorizada), cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Verifico que o presente Auto de Infração é objeto de Mandado de Segurança Processo nº Mandado de Segurança número 0043432-08/2010, sendo concedida liminar pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, determinando a segurança pleiteada, para que “a Autoridade apontada como Coatora, ou quem suas vezes fizer, que se abstenha de exigir, até ulterior deliberação desse juízo, o ICMS referente à importação do equipamento descrito na inicial”. A inicial, por sua vez, à fl. 27 descreve o aparelho alvo da autuação, alvo da liminar).

Nesse caso, o artigo 117, do RPAF/99 determina que “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”. Se o dispositivo regulamentar está, ou não, em desconformidade com a Constituição Federal, como alegado pelo Recorrente, não compete a este órgão julgador se manifestar a respeito, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

De qualquer forma, o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência, não obstante esteja suspensa a sua exigibilidade, e caberá ao Poder Judiciário ditar a última palavra sobre a questão.

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, verifico que 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 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, de que é necessária a sua

inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado.

Sendo assim, considero PREJUDICADA a defesa, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes”.

Inconformado com tal Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 65 a 72), no qual após breve histórico dos fatos, ressalta a liminar concedida em sede de Mandado de Segurança nº. 0043432-08/2010, impetrado preventivamente, a fim de desobrigá-lo do recolhimento do ICMS sobre as importações, no momento do desembaraço aduaneiro.

A seguir, adentra na tese de que, ao contrário do suscitado pelo julgador de Primeira Instância, nada impede a análise de mérito do Recurso Voluntário, ainda que haja, simultaneamente, interposição de medida judicial, contra o crédito lançado, aduzindo que a opção do Estado da Bahia foi a adoção do disposto na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), a qual não admite tal simultaneidade.

Transcreve parte de Decisão acerca da possibilidade de coexistência entre a discussão administrativa e a judicial, trazido pelo Informativo de Jurisprudência nº. 349 do STF, para defender que devem ser apreciados os argumentos da defesa administrativa, independentemente da presença simultânea do mandado de segurança.

Após reiterar os argumentos defensivos anteriormente postos, entende, após transcrever o artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, de que diante da suspensão de exigibilidade do ICMS na importação do aparelho em questão, via concessão da segurança requerida, tendo ocorrido em 22 de julho de 2010, não há obrigação tributária a ser exigida, vez que nos termos do artigo 151, inciso IV do CTN, o crédito tributário encontra-se suspenso, pelos motivos expostos.

Conclui, pedindo a procedência do Recurso Voluntário, com vistas à análise da obrigação tributária principal, diante da possibilidade de sua apreciação concomitante com a tramitação de ação judicial, devendo o Auto de Infração ser julgado improcedente, e anulando-se a cobrança de multa, tendo em vista o disposto no artigo 63 da Lei nº. 9.430/96.

Em Parecer de fls. 84 e 85, a PGE/PROFIS, baseando-se no entendimento de que, embora o recorrente sustente a possibilidade de simultaneidade entre as vias judicial e administrativa, com base no Informativo de Jurisprudência 349 do Supremo Tribunal Federal, o que no seu entendimento não pode prosperar, vez que foi exarada através de controle difuso de inconstitucionalidade das leis, esclarecendo que seus efeitos jurídicos têm natureza *inter partes*, ou seja, atingem apenas as envolvidas na demanda judicial, e que a escolha da via judicial pelo autuado, entende prejudicado o Recurso Voluntário apresentado, ressaltando que no que concerne ao artigo 63 da Lei 9.430/96, mencionado pelo recorrente, trata-se de norma relativa a tributos federais, não alcançando aqueles de competência estadual.

VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão de Primeira Instância, que diz respeito à cobrança de ICMS sobre importação do exterior de bem adquirido pela empresa autuada.

Em atenção à alegação posta no Recurso Voluntário, da possibilidade de coexistirem simultaneamente a ação judicial e a tramitação administrativa, que, como inclusive observado pela própria empresa, a legislação do Estado da Bahia, especialmente o RPAF/99 estabelece em seu artigo 117 que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso Voluntário acaso interposto.

Neste ponto, alinho-me ao entendimento da PGE/PROFIS, acerca do fato de que o enunciado do Informativo de Jurisprudência nº. 349 do Supremo Tribunal Federal referir-se a controle difuso de inconstitucionalidade das leis, e que seus efeitos jurídicos atingem apenas as partes envolvidas na demanda judicial.

Analisando a Decisão citada, vejo que esta refere-se a declaração judicial frente a dispositivo legal contido em Decreto expedido pelo Estado do Rio de Janeiro, e sua Decisão abarca, apenas, tal dispositivo legal. Assim, não posso acolher tal pretensão.

Quanto ao mérito do Recurso Voluntário, constato que não se trata de matéria nova, ao contrário: a empresa vem sendo seguidamente autuada pelo mesmo motivo, à vista, inclusive, dos Acórdãos C/JF 0171-11/11 e 0191-04/10, que versam, rigorosamente, sobre fatos semelhantes. E a Decisão no presente caso não pode ser diferente daquelas.

Quanto ao fato gerador da importação de bens do exterior, tal matéria encontra-se no artigo. 1º, § 2º, inciso V, do RICMS/BA, com a redação oriunda do Decreto nº. 8.413, e com efeitos a partir de 29 de dezembro de 2002, sendo que a norma regulamentar do Estado da Bahia, como não poderia deixar de ser, encontra-se em consonância com o teor da Emenda Constitucional nº. 33/2001, a qual alterou a alínea “a”, do inciso IX, do artigo 155 da Constituição Federal, ampliando o campo da incidência do imposto nas importações de bens, independentemente do importador ou destinatário ser ou não contribuinte do imposto:

"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."

Dessa forma, a regra contida na alínea “a”, do inciso IX, § 2º, do artigo 155, da Carta Magna, passou, com tal alteração, a ter maior abrangência, incidindo o imposto independentemente da finalidade que se venha a dar à mercadoria ou ao bem, logo, alterando o texto anterior que se restringia à importação de “*mercadoria e bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento*”.

Tal alteração, que resultou na ampliação da base do ICMS nas importações de bens e mercadorias do exterior, estipulando que qualquer pessoa, física ou jurídica, poderia ser contribuinte do ICMS na importação, ainda que na condição de contribuinte eventual do imposto.

Analisando a concessão da segurança judicial, constato que a medida 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, apenas determinou que não fosse cobrado o imposto, o que não significa dizer que o mesmo não possa ser lançado pela Fazenda Pública.

Dessa forma, posiciono-me no sentido de que o Recurso Voluntário não se encontra prejudicado, devendo ser conhecido e apreciado por este órgão julgador.

Exatamente esta é a situação da empresa autuada, muito embora o crédito tributário esteja eventualmente suspenso, ao menos enquanto vigorar a segurança concedida pelo Poder Judiciário, o Auto de Infração lavrado visa resguardar o direito da Fazenda pública, ante a sucumbência do pleito do recorrente na justiça, bem como a obrigação de recolher o imposto não pago no momento da ocorrência do fato gerador, com os devidos acréscimos legais.

A propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é o contido na Decisão correspondente ao Recurso Especial 676.133/MG, cujo relator foi o ministro Luis Fux, resultando na ementa abaixo transcrita, a qual muito bem se aplica ao fato ora discutido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CPMF. ATRASO NO PAGAMENTO AO ABRIGO DE DECISÃO JUDICIAL.

POSTERIOR CASSAÇÃO. EFEITOS. CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA E MULTA EM PERÍODO ACOBERTADO POR LIMINAR. ADMISSIBILIDADE. MP 2.037/2000. IN/SRF 89/00.

I. O provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da Decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida.

2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, adaptando-a à realidade e evitando a corrosão do valor pelos efeitos da inflação. Os juros moratórios, por serem remuneratórios do capital, também são devidos ante a cassação do provimento judicial provisório.

3. Consectariamente, "Retornando os fatos ao statu quo ante, em razão de ter sido cassada a liminar anteriormente deferida, cabe ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive quanto aos encargos decorrentes da mora. O valor da CPMF, portanto, deverá ser acrescido de juros de mora e multa conforme a previsão do art. 2º, § 2º, I e II, da IN/SRF 89/2000.(..)"(RESP 674877/MG)

4. Deveras, afigura-se correta, portanto, a incidência de multa moratória quando da denegação da ordem de segurança e conseqüente cassação da liminar anteriormente deferida. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 674877/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 16.11.2004; RESP 571811/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 03.11.2004; RESP 586883/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 09.03.2004 e RESP 503697/MG, desta Relatoria, DJ de 29.09.2003.

5. Destarte, a multa moratória somente é excluída nas hipóteses liminar, acompanhada de depósito, nos termos do art. 63, §§ 1º e 2º da Lei 9.430/96, verbis :

"Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir inadecidência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da Decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição."

6. Recurso Especial provido.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, suscitada pelo recorrente, é pacífico, de acordo com o estatuído no artigo 167, inciso II, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, que não possui o órgão julgador administrativo competência para apreciar tal questão.

Dessa forma, por todos estes argumentos, permito-me discordar do posicionamento da ilustre Procuradora Fiscal, em seu Parecer, posicionando-me pelo não provimento do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **117926.0606/10-0** lavrado contra **CLÍNICA DELFIN VILLAS DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM LTDA. (CLÍNICA DELFIN VILLAS)**, no valor de **R\$124.366,85**. 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, 20 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS