

A. I. Nº - 298579.0062/10-8
AUTUADO - INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA.
AUTUANTE - HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 14.09.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0246-04/11

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTOS MÉDICOS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As mercadorias são tributadas 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/12/2010 para exigir ICMS no valor de R\$ 38.281,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto devido nas importações tributadas.

Está dito que o sujeito passivo adquiriu no exterior um equipamento digital para radiografia e seus acessórios, segundo Declaração de Importação (DI) número 06/1509744-2, de 12/12/2006, deixando de recolher o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro.

A Diretoria de Tributação desta Secretaria da Fazenda, nos termos do Parecer 22.167/2009 (fls. 57/58), cancelou o Ato de Reconhecimento de Diferimento do lançamento e pagamento do imposto devido nas importações dos bens descritos na referida DI, destinados à ampliação do estabelecimento, considerando que não foram atendidas as disposições do art. 5º-C do RICMS/97, ou seja, o destino do maquinário ao exercício de atividades de atendimento hospitalar.

Está registrado, às fls. 57/58, que, quando da primeira solicitação, após a constatação de que a sociedade empresária atendia às condições do sobredito dispositivo regulamentar, o diretor de tributação havia emitido o respectivo Ato de Reconhecimento do Diferimento, com base no Parecer 15.308/2006.

Mais adiante, o contribuinte, através do processo número 011.093/2008-7, protocolou novo Pedido de Reconhecimento de Diferimento com as mesmas fundamentações e argumentações. No entanto, após análises e diligências, foi verificado que, transcorridos alguns anos desde o primeiro pedido, o requerente não havia cumprido a principal determinação do art. 5º-C do RICMS/97, razão pela qual foi indeferido o pleito, através do Parecer 1.854/2008.

Nesse contexto surgiu a determinação, com supedâneo no referido Parecer, de que a fiscalização verificasse o atendimento à norma regulamentar, relativamente aos projetos de instalação e ampliação mencionados em outros processos da mesma pessoa jurídica. Para tanto, formalizou-se o processo 069.511/2009-2, oportunidade em que foi solicitada diligência pela própria Diretoria de Tributação, objetivando esclarecer se o autuado possuía estabelecimento hospitalar, se realizava internamentos, se executou a ampliação etc.

A resposta apontou na direção de que o serviço prestado não é hospitalar, seja na forma tradicional, seja na forma comumente chamada de “hospital dia”. Trata-se de uma clínica de diagnóstico por imagem, com serviços de tomografia e ressonância. Não existem leitos. A ampliação foi para abrigar o novo setor de administração e equipamento de ressonância.

Na impugnação apresentada, de fls. 66 a 87, o sujeito passivo, através de advogada regularmente constituída (procuração à fl. 93), após aduzir a tempestividade da peça, descreve as suas atividades e diz que o cancelamento do Ato de Reconhecimento foi efetuado de forma unilateral, sem oportunizar-lhe o exercício do direito de defesa. Por isso, impetrou mandado de segurança em 14 de janeiro de 2010, distribuído para a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Bahia, cuja liminar suspendeu a exigibilidade do crédito tributário (fl. 69).

Da leitura do trecho transcrito à fl. 69, a seu ver, pode-se observar a suspensão dos efeitos do Parecer 22.167/2009, o que torna qualquer cobrança do imposto sem efeitos, posto que destituída de fundamento legal. A lavratura deste Auto de Infração configura crime tipificado no art. 330 do Código Penal. Por isso, deve ser anulado por este Conselho, o que afirma com fundamento no “enunciado sumular” número 473 do STF (fl. 70).

No mérito, cita doutrina e transcreve o art. 5º-C do RICMS/97 para asseverar que o lançamento de ofício não procede, porquanto preenchidos todos os requisitos estabelecidos no citado artigo do Regulamento do ICMS/BA.

O conceito de atividade hospitalar não vem expresso na legislação, tratando-se, em verdade, de concepção que ultrapassa as fronteiras jurídicas, exorbitando da esfera de competência do legislador a sua delimitação.

Todavia, para fins de aplicação da legislação, a autoridade administrativa, no exercício do seu poder regulamentar, estabelece critérios suficientes para se aferir, no caso concreto, se o contribuinte realiza ou não empresa de tal natureza, a exemplo da Instrução Normativa número 539/2005 da Secretaria da Receita Federal do Brasil (fls. 75/76).

Registra a existência de projeto de ampliação das unidades e menciona o art. 15, § 1º, III, “a” da Lei Federal 9.249/1995, pareceres, julgados do STJ, assim como decisões administrativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil e de órgãos da administração direta do Governo da Bahia. A natureza de suas prestações de serviços já lhe havia credenciado, inclusive, a realizar contrato administrativo com a própria Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, através de processo licitatório regular, sob fiscalização e aporte do Sistema Único de Saúde (SUS), destinado a prestar assistência médica e ambulatorial em oncologia e hematologia.

Protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, inclusive a ulterior juntada de documentos, e requer a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício.

Um dos autuantes ingressa com informação fiscal às fls. 95 a 99, onde pondera, transcrevendo jurisprudência, que a ação judicial não transitou em julgado, o que não impede o lançamento tributário através de Auto de Infração, no sentido de assegurar futura exigibilidade.

Repete o teor do campo “Descrição dos Fatos” de fl. 01 e colaciona a redação do art. 5º-C, RICMS/97 c/c art. 2º, XI, Lei 7.014/1996, junto com o que compreende a subclasse 8610-1/01 do Código Nacional de Atividades Econômicas (fl. 98), para requerer a procedência do ato administrativo.

VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu o ilícito tributário, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativo (fl. 04), bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos argumentos abordados nas peças de defesa e de informação fiscal.

De acordo com as razões a seguir enumeradas, a situação presente não reclama a aplicação do art. 27, IV do RPAF/99, que determina o encerramento do processo administrativo fiscal quando a matéria encontra-se em discussão na esfera da Justiça.

Não se trata de ação ajuizada após o início do contencioso administrativo, mas de mandado de segurança anterior ao mesmo. O processo judicial, que ainda não fez coisa julgada, formal ou material, não impede a formalização do lançamento tributário. Na verdade, o que a tutela jurisdicional obsta é a cobrança, a execução, a exigibilidade do valor lançado, situação diametralmente diferente.

Coube às autoridades competentes efetuar o presente lançamento, em especial para evitar a consumação da decadência.

Na hipótese de o Estado restar vencido na ação judicial, devem os seus prepostos abster-se de cobrar o tributo por qualquer meio. Nesse sentido, aliás, posicionou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

“A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar (STJ, 1ª S, REsp 572603/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. em 08/06/2005, DJ de 05/09/2005, p. 109)”.

Vale observar que, apesar de a concessão de medida liminar em sede de mandado de segurança se tratar de uma hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, inexistente, conforme acima exposto, impedimento para que o lançamento de ofício seja efetuado pelo fisco, principalmente no intuito de assegurar sua exigência posterior caso a decisão judicial seja desfavorável ao contribuinte.

Certamente, a suspensão da exigibilidade na forma prevista no artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional – CTN, apenas contempla a exigência fiscal, porém, o seu lançamento deve ser efetuado, a fim de preservar o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário e evitar os efeitos da decadência.

Desta forma, considero que a fiscalização cumpriu corretamente o que dispõe o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, ao exigir o imposto devido no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada do exterior, haja vista que, independentemente da existência de mandado de segurança, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário até a decisão definitiva da ação constitucionalmente prevista, o seu lançamento pode ser realizado.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo defendente.

A questão – levantada na defesa – de que o Auto de Infração é fato tipificado no art. 300 do Código Penal, não faz parte do espectro de atribuições legais deste Conselho. Caso deseje, deve a suposta vítima dirigir-se à Corregedoria da Secretaria da Fazenda ou ao Poder Judiciário.

No que concerne ao mérito da autuação, é certo que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa na renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, valendo dizer que, a defesa fica prejudicada em relação à obrigação principal, consoante estabelece o art. 117 do RPAF/99, abaixo transcrito:

“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”.

Diante do exposto, como o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias importadas, sem trânsito em julgado, a análise do mérito da autuação fica prejudicada, pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Diante do exposto, a defesa fica prejudicada quanto ao exame de seu mérito, e o Auto de Infração é PROCEDENTE, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário, cabendo à PGE/PROFIS tomar as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a peça de defesa, mantendo inalterado o lançamento de

ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 298579.0062/10-8, lavrado contra **INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para a 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 ou a mesma não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, nos termos previstos na legislação em vigor.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR