

PROCESSO - A. I. Nº 298579.0062/10-8
RECORRENTE - INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA. (INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DE FEIRA DE SANTANA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0246-04/11
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 26.11.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0028-13/12

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração e declarou Prejudicada a defesa apresentada contra o Auto de Infração 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.

Assim entenderam os julgadores de primeira instância:

“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.”

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário aduzindo que o presente Auto de Infração decorre do cancelamento, de ofício, do Ato de Recolhimento do diferimento do imposto em comento (Parecer DITRI nº 22167/2009), no entanto, à época da autuação fiscal, o recorrente encontrava-se amparado por Decisão liminar obtida junto ao Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA (Mandado de Segurança nº 0003563-38.2010.805.0001), que anulou o ato administrativo de cancelamento do benefício fiscal e determinou a suspensão imediata de quaisquer atos e efeitos dele decorrentes, dentre eles, em especial, a constituição do crédito fiscal.

Em 20/10/2011, foi proferida sentença no referido Mandado de Segurança, onde foi determinada a anulação dos atos administrativos de cancelamento do benefício fiscal, em razão da inobservância do contraditório e da ampla defesa (fls. 145/148).

O recorrente alega a nulidade do Auto de Infração, pois, como ele está amparado pela Decisão judicial, proferida anteriormente à lavratura do Auto de Infração, a autoridade administrativa estaria proibida de efetuar o lançamento dos tributos supostamente devidos em decorrência das importações por ele realizadas. Aduz que a Decisão jurisdicional anulou o ato administrativo utilizado como supedâneo para a constituição do crédito fiscal, o que significa, por consequência, ser o mesmo considerado como inexistente no ordenamento jurídico enquanto esta viger.

Aduz que não se pode falar no dever funcional de efetuar o lançamento para evitar a decadência, pois, está ausente o pressuposto da autuação fiscal, que foi a revogação do benefício. Alega que a suspensão da exigibilidade pressupõe crédito tributário já existente, o que não é a hipótese dos autos, em que a suposta dívida encontra-se impedida até mesmo de existir.

Assevera, também, que é inaplicável ao caso o art. 117 do RPAF, pois, segundo o seu entendimento, tal dispositivo somente se aplica na hipótese do contribuinte provocar o Judiciário para discutir o crédito tributário objeto do processo administrativo, o que não é o caso dos autos, uma vez que o Mandado de Segurança não objetiva discutir o direito ao diferimento. Frisa que a Ação Mandamental buscou tão somente a anulação do ato administrativo de cancelamento do benefício fiscal por vícios pertinentes à inobservância do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao mérito, requer a improcedência da autuação fiscal aduzindo que tem direito ao diferimento do ICMS incidente sobre a importação, pois atende a todos os requisitos do art. 5º-C, do RICMS, haja vista que o bem importado não possui similar nacional e é destinado à implementação do projeto de ampliação da Unidade de Diagnósticos por Visualização de Ressonância Magnética, e, que exerce atividade de natureza hospitalar.

A ilustre a PGE/PROFIS emitiu opinativo de fls. 150/153, aduzindo que a matéria objeto do presente lançamento fiscal está relacionada com o Mandado de Segurança nº 0003563-38.2010.805.0001, em razão disso, o Recurso Voluntário está prejudicado quanto à análise do mérito da exigência do imposto, em consonância com os termos do art. 117 do RPAF/99, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão prolatada na esfera administrativa, a qual deve total obediência à Decisão definitiva do Poder Judiciário.

Frisa que a Decisão judicial exarada no Mandado de Segurança não tem caráter definitivo e somente impede a SEFAZ/BA de exigir e cobrar o imposto relativo à operação de importação, mas, não a impede de exercer a atividade de constituição do crédito tributário, portanto, inexistente nulidade na autuação fiscal realizada com o escopo de preservar o lícito direito do Fisco de constituir o crédito tributário e evitar os nefastos efeitos da decadência.

Aduz, ainda, que a materialização do lançamento de ofício ensejará também os acréscimos moratórios e a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação principal, pois o fato de se encontrar o contribuinte amparado com medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário não lhe retira a condição de devedor e nessa condição terá que assumir todos os ônus resultantes da sua escolha judicial, em caso de uma eventual sucumbência no âmbito do Judiciário, ressalvada a hipótese do contribuinte efetuar o depósito judicial em garantia do débito discutido, situação jurídica não contemplada nos presentes autos.

Opina no sentido de considerar prejudicado o Recurso Voluntário, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN.

VOTO

Entendo que o cerne da questão está nos efeitos da Decisão judicial proferida no Mandado de Segurança. Veja-se que o recorrente, antes da lavratura do presente Auto de Infração, impetrou o *mandamus* contra o ato administrativo que lhe retirou o benefício fiscal de diferimento do imposto incidente sobre a importação, previsto no art. 5º-C, do RICMS, obtendo Decisão liminar determinando a suspensão do ato e, posteriormente, confirmada em sentença de mérito que anulou o referido ato administrativo, por violação ao contraditório e à ampla defesa.

Por sua vez, o presente Auto de Infração exige imposto sobre a importação realizada pelo Recorrente e foi motivado pelo ato administrativo que cancelou o seu benefício fiscal, o mesmo que é objeto do Mandado de Segurança e que foi anulado pela sentença proferida, a qual ainda não transitou em julgado.

Diante de tal situação, entendo que não merece reforma a Decisão proferida pela primeira instância. Não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, pois, a Decisão judicial não impede que o Fisco efetue o lançamento do crédito tributário para evitar a decadência. Note-se que a atividade administrativa de lançamento tributário é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, CTN). Há de se ressaltar que a Decisão judicial pode ser reformada ao final do processo judicial, que costuma demorar mais de 5 (cinco) anos e o Fisco não pode ficar esperando o seu término para constituir o crédito tributário, uma vez que o prazo decadencial não está suspenso enquanto a *lide* judicial perdura.

Nesse sentido, o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE ÔBICE. DECADÊNCIA.

1. 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. Precedente: EREsp 572.603/PR, Rel. Min.

Castro Meira, Primeira Seção, DJ 05/09/2005.

2. O lançamento do ISS referente aos meses de Janeiro a Setembro de 1991 somente ocorreu em 27 de junho de 2001. A liminar conferida em Mandado de Segurança, anteriormente impetrado pelo contribuinte, com a finalidade de ver reconhecida isenção quanto ao tributo não impede a fluência do prazo decadencial, apenas obstando a realização de atos de cobrança posteriores à constituição. Nesse sentido: REsp 1.140.956/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010, julgado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1129450/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 28/02/2011)

A discussão sobre o ato de revogação do benefício fiscal que concedia ao Recorrente o diferimento do ICMS – Importação está sendo trava no âmbito judicial (Mandado de Segurança nº 0003563-38.2010.805.0001), destarte, a discussão no âmbito administrativo está prejudica em razão do quanto disposto no art. 117 do RPAF. Em razão disso, as alegações do Recorrente quanto ao mérito da questão não devem ser apreciadas na instância administrativa.

Assim, deve-se aguardar o desfecho do processo judicial, acaso a sentença proferida seja confirmada em definitivo, o presente Auto de Infração será extinto, por outro lado, se a conclusão do processo judicial for pela validade do ato administrativo que revogou o benefício ao contribuinte, o Auto de Infração poderá ser exigido, tanto no valor principal do imposto, como também no que se refere à penalidade e acréscimos moratórios. Nesse sentido, o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA Nº 405

DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA.

Face ao exposto, alio-me ao posicionamento da ilustre PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que considerou **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. (INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DE FEIRA DE SANTANA)**, no valor de **R\$ 38.281,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o recorrente ser cientificado da decisão, e após, 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, 23 de outubro de 2012.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS