

A. I. Nº - 232204.0001/12-2
AUTUADO - CLÍNICA DELFIN GONZALES MIRANDA LTDA
AUTUANTE - RUI GRAÇA DE AGUIAR
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 20.11.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0260-02/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A mercadoria é tributada 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. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. 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. Defesa PREJUDICADA, em relação à obrigação principal, e **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/02/2012, para exigência de ICMS, no valor de R\$1.156.432,03, devido pela importação das mercadorias descritas na DI nº 12/0179027-3 (APARELHO ACELERADOR LINEAR DIGITAL), realizada pelo contribuinte autuado sem o devido recolhimento no desembarço aduaneiro, por força do Mandado de Segurança nº 0300111-73.2012.8.05.001, expedido pelo MM Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e demais documentos constantes às fls. 04 a 37.

O autuado, representado por advogados legalmente constituídos, conforme instrumento de procuração à fl. 53, em sua impugnação às fls. 42 a 52, inicialmente esclarece que a empresa tem como objeto social a prestação de serviços médicos de ultra-sonografia, diagnósticos por imagem na área médica e atividades correlatas, e que no exercício de sua atividade fim necessita importar alguns equipamentos para uso próprio, que passam a integrar o seu ativo permanente.

Apresenta como razão de defesa para o não recolhimento da exigência fiscal, a alegação de que, à época da autuação, obteve através do Mandado de Segurança tombado sob nº 0300111-73.2012.8.05.001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, decisão liminar determinando a imediata liberação da mercadoria importada, abstendo o Estado da Bahia a exigir o recolhimento do ICMS.

Destaca que embora a mercadoria não tenha sido apreendida, foi aplicada a multa de 60% sobre o valor devido a título de ICMS relativo ao sobredito aparelho. Aduz que não é contribuinte do ICMS na importação de bens, conforme já decidiu o STF, em reiteradas decisões, consolidadas, na Súmula nº 660, aprovada em plenário em 24/09/2003 e publicada no DJU em 15/10/2003. Transcreveu a ementa da referida Súmula, entendendo que a situação é semelhante a de que cuida os autos.

Salienta que os fundamentos básicos que levaram a Corte Suprema a afastar a cobrança do ICMS nas importações realizadas por pessoa físicas ou jurídicas não contribuintes do imposto, foram assim resumidas.

- 1) *a expressão "operações" empregada no texto constitucional traz ínsita a significação de ato mercantil;*
- 2) *o vocábulo "circulação", próprio da estrutura do ICMS, pressupõe a mudança de titularidade e não a de simples movimentação física do bem;*
- 3) *o termo "mercadoria" exige a compreensão de objeto de comércio por quem exerce a mercancia com freqüência e habitualidade, o que, de fato, não é o caso da Impugnante cujo fim é a prestação de serviços de Ultra-sonografia e atividades correlatas, longe, portanto, do alcance da incidência do ICMS;*
- 4) *a palavra "estabelecimento" tem o sentido que lhe foi dado pelo direito comercial, a saber, local próprio ou edifício em que é exercida a profissão de comerciante, compreendendo todo o conjunto de instalações e aparelhamentos necessários ao desempenho do negócio, componentes do fundo de comércio;*
- 5) *não há como aplicar o princípio da não-cumulatividade do imposto nas importações feitas por pessoas físicas ou jurídicas que não circularão o bem importado – como se constata no exame abaixo.*

Em suma, a não incidência do ICMS na importação antes da EC nº 33/2001 é matéria pacífica na jurisprudência e na doutrina.

Quanto a alegação de não incidência de ICMS na importação de equipamentos por pessoa jurídica não contribuinte deste imposto, antes da EC nº 33/2001, aduz que com o advento da Emenda Constitucional prevaleceu o entendimento no sentido de afastar tal incidência, e que o STJ passou a rever a sua jurisprudência e praticamente afastou a aplicação de suas súmulas, submetendo-se, a partir daí, à interpretação suprema da Carta Magna feita pelo STF que ensejou uma modificação no conteúdo do artigo 155, § 2.º, IX, "a", dando surgimento, a partir daí, a Súmula nº 660 (aprovada em plenário no dia 24/9/2003 e publicada no DJU de 15/10/2003), a qual diz *in verbis*: "Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto."

Em seguida, alega que não houve descumprimento de obrigação acessória que autorizasse a multa de ofício, correspondente a 60% do tributo, com base no artigo 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, ou seja, que para aplicação de tal dispositivo deve pré-existir um descumprimento de obrigação, que no caso em tela seria o pagamento de um tributo, supostamente devido.

Aduz que não existe qualquer obrigação principal a ser cumprida, em razão da suspensão de exigibilidade do ICMS na importação do aparelho em questão se deu em 03 de janeiro de 2012, conforme se observa da liminar em tela (doc.fl.61 a 63), sendo a Fazenda Estadual informada da concessão da liminar nesta mesma data, conforme cópia do mandado de notificação cumprido em anexo (docs. fls. 63 a 64).

Invocou o artigo 63 da Lei nº 9.430/96, para argüir que não caberá a aplicação de multa no caso em que o crédito estiver suspenso nos termos do art. 151, inciso IV, do CTN, e passa comentar que com a concessão de liminar em Mandado de Segurança, não há fundamento para a presente autuação, cuja exigibilidade encontra-se com a sua exigibilidade suspensa. Transcreve o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, requer a anulação do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal às fls.69 a 74, rebateu a alegação do autuado de que por força da liminar concedida, encontra-se isento do recolhimento do ICMS nas operações de importação, dizendo que os aspectos relacionados com a distinção entre o crédito reclamado pelo Estado da Bahia com a lavratura do Auto de Infração e a aplicabilidade do referido mandado de segurança, que não ampara o requerente da pretensa “isenção do ICMS”, como quer o requerente, mas sim o direito de liberar a mercadoria enquanto discute o mérito da questão.

Observa que o autuado reconhece que não houve de forma alguma “desobediência judicial”, e que o Termo de Apreensão e Ocorrências é apenas uma formalidade administrativa e uma imposição legal, trata-se da peça inicial do procedimento fiscal.

Para mostrar que é devido o imposto na importação, transcreveu o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea da Constituição da República, qual seja:

IX - incidirá também:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Ressalta que apesar das diversas citações de opiniões sobre o assunto pelo autuado, destaca que não existe nenhuma definição final sobre o assunto, pois o tema ainda encontra-se em discussão, devido o Pedido de vista do ministro Dias Toffoli dia 25 de novembro de 2009, foi suspenso o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 439796 e 474267 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Os processos tratam da constitucionalidade da incidência do ICMS na importação de bens sem fins comerciais.

Diz que após o voto do relator, ministro Joaquim Barbosa que, reconhecendo a constitucionalidade da cobrança, deu provimento ao RE 474267 e negou para o RE 439796, e assim o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Toffoli.

Informa que o ministro Joaquim Barbosa explicou que antes da Emenda Constitucional 33/01, a Corte entendia que era inconstitucional a incidência do tributo na importação de bens por não comerciantes. Esse entendimento foi consolidado na Súmula 660. Mas a EC-33, disse o ministro, deu nova redação ao artigo 155, parágrafo 2º, inciso 9 da CF, dizendo que incide o ICMS sobre entrada de bem ou mercadoria importada, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto. Com isso, disse o ministro, foram superados os obstáculos à cobrança do tributo.

Esclarece que o RE 439796 foi ajuizado pela empresa FF Claudino & Cia Ltda. contra uma decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que entendeu ser válida a incidência do ICMS na importação de bens por pessoas jurídicas prestadoras de serviços. Este RE foi enviado para o Pleno a pedido da Segunda Turma, tendo em conta a diferença do caso específico com a orientação fixada pela Corte anteriormente à modificação constitucional e fundamentada na Súmula 660. O ministro relator propôs, em seu voto, a manutenção desta decisão do TJ-PR.

Já o RE 474267, diz que foi ajuizado pelo estado do Rio Grande do Sul contra decisão do Tribunal de Justiça do estado, que decidiu a favor de uma clínica radiológica pela não-incidência do ICMS sobre a importação de bem por sociedade civil dedicada à prestação de serviços médicos, mesmo após o advento da EC-33/2001, uma vez que o ICMS só alcançaria as importações se o destinatário for contribuinte, qualificado ou não pela habitualidade. O voto do relator propõe a reforma desta decisão.

Chama a atenção de que encontra em pleno vigor a previsão constitucional de incidência do ICMS, mesmo na hipótese de operação realizada por quem não seja contribuinte habitual do imposto, na importação do exterior por pessoa física ou jurídica.

Com base em tais premissas, o autuante conclui que o imposto é devido pela pessoa física que importou o bem, visto que exerce atos de comércio de forma constante e possui estabelecimento destinatário da mercadoria, hipótese em que, a teor do disposto no artigo 155, VIII, alínea 'a', da Constituição Federal, o tributo seria devido ao Estado da sua localização, no caso a Bahia. Sustenta que a sua ação fiscal está amparada na Constituição Federal e baseada em diversas decisões prolatadas pelo Colendo Conselho de Fazenda, que julgou vários autos de infração procedentes, a exemplo do AI nº 232410.0002/09-6, Acórdão JJF nº , de 08/07/2010, em nome de empresa do mesmo grupo ou proprietários.

Concluindo, requer a procedência do Auto de Infração em lide.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o autuado de ter efetuação importação de 01 APARELHO ACELERADOR LINEAR ELKTA SYNERGY, COM OUTRAS PARTES, através da DI nº 12/0179027, LI nº 11/4174603-9, sem o devido recolhimento do ICMS Importação, por força de liminar concedida no Mandado de Segurança de nº 0300111-73.2012.8.05.0001, expedido pelo MM. Juízo de Direito da Terceira Vara da Fazenda Pública desta Capital.

De acordo com as razões de defesa e descrição dos fatos, o autuado ingressou em Juízo com o Mandado de Segurança acima citado, sendo deferido o pedido de liminar para não ser exigido o ICMS referente à operação de importação dos equipamentos. Por isso, o defendant reconhece que é possível a constituição crédito tributário pelo lançamento de ofício, para evitar a decadência, mas alega que é totalmente ilegítima a formalização deste crédito acrescido de penalidades.

Observo que, efetivamente, se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário face à concessão de medida liminar, e o defendant alegou que se insurge contra a multa indicada no Auto de Infração, por considerá-la confiscatória.

A concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

O art. 39 do RPAF/99, estabelece que o Auto de Infração deve conter a identificação, endereço e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias; a alíquota e o percentual da multa cabível, etc. Dessa forma, o Fisco não pode efetuar o lançamento do crédito tributário com a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, sem a indicação da multa correspondente.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para dispensar ou reduzir multa por descumprimento de obrigação principal, e embora, não se trate, no presente processo, de "dispensa" de multa, compete à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a essa questão, se provocada pelo contribuinte, nos termos do art. 159 do RPAF-BA.

Relativamente à escolha da via judicial pelo sujeito passivo, o art. 117, do RPAF-BA estabelece:

"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".

Assim, verifico que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias importadas, sem julgado de decisão final. Em relação ao mérito da questão, sua análise fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto à argüição de constitucionalidade da multa por entender que a mesma é confiscatória e desrespeita o princípio da isonomia, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade, estando a multa aplicada prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que se a decisão for favorável ao Estado, ficará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e neste caso, é devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei, cabendo ao deficiente requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a decisão judicial lhe for favorável.

Portanto, em relação à multa e aos acréscimos moratórios decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Dessa forma, a multa exigida por descumprimento de obrigação principal é a prevista na legislação no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, e se aplica ao presente caso, uma vez que o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, consoante a regra do art. 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei 3.956/81 (COTEB).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140777.0158/06-2**, lavrado contra **CLÍNICA DELFIM GONZALES MIRANDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado na forma regulamentar, e, em seguida os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, restando suspensa a exigibilidade do crédito até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR