

PROCESSO - A. I. Nº 298579.0063/10-4
RECORRENTE - INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA. (INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DE FEIRA DE SANTANA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0217-01/11
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0020-11/13

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. Decisão que julgou prejudicada a defesa apresentada pelo contribuinte, quanto ao mérito, tendo em vista concomitante discussão no âmbito do 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. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0217-01/11), que concluiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2010, que exige do autuado ICMS no valor de R\$ 12.599,55, acrescido da multa de 60%, por ter deixado de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, em 16/03/2007.

Consta, no campo “*Descrição dos Fatos*”, que a empresa importou dois equipamentos, no caso, um TUBO PARA MICROONDAS TIPO MAGNETRON (MG5125X) e um TUBO PARA MICROONDAS TIPO THYRTRON (CX1180), em conformidade com a Declaração de Importação nº 07/0340926-8/001 e Declaração de Importação nº 07/0340926-8/002, respectivamente, deixando de recolher o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro. Consta, ainda, que, conforme o Parecer DITRI nº 22162/2009, a Diretoria de Tributação da Superintendência de Administração Tributária cancelou o Ato de Reconhecimento do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS incidente sobre a importação dos referidos bens, que seriam destinados a ampliação do estabelecimento do

Instituto de Hematologia e Hemoterapia Ltda., CNPJ 13.305.537/0001-01, localizado na Avenida Getúlio Vargas, 854, Centro, Feira de Santana/BA, concedido através do Parecer nº 3055/2007, considerando que não foram atendidas as disposições do art. 5º - C do Decreto nº 6.734/97, ou seja, o exercício de atividade de atendimento hospitalar CNAE-Fiscal Tabela 2.0 – 8610 – 1/01, mediante providências para cumprimento de sua proposição de implantar uma unidade hospitalar.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência do imposto devido, no momento do desembaraço aduaneiro, na aquisição de mercadoria importada do exterior, no caso, aquisição de equipamentos médico para integrar o ativo imobilizado do autuado. A autuação está fundamentada na falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada do exterior, no caso, um TUBO PARA MICROONDAS TIPO MAGNETRON (MG5125X) e um TUBO PARA MICROONDAS TIPO THYRTRON (CX1180), em conformidade com as Declarações de Importação nºs 07/0340926-8/001 e Declaração de Importação nº 07/0340926-8/002, respectivamente.

Do exame das peças que compõem o presente processo, constato que o autuado importou em 16/03/2007 os equipamentos objeto da autuação, tendo ingressado junto à Diretoria de Tributação da Superintendência de Administração Tributária com pedido de reconhecimento do direito ao diferimento do ICMS incidente na referida importação, com fundamento no art. 5º - C do Decreto nº 6.734/1997, obtendo o deferimento através do Parecer nº 3055/2007.

Ocorreu que, por se tratar de uma concessão condicionada ao atendimento das exigências contidas no referido art. 5º - C do Decreto n. 6.734/1997, a Diretoria de Tributação – DITRI, através do Processo nº 069511/2009-2, solicitou diligência no intuito de que fosse verificado e informado pela Fiscalização se o contribuinte atendia a todas as condições para fruição do diferimento, tendo o diligente esclarecido que o estabelecimento importador não atendia tais condições. Diante do resultado da diligência o Diretor de Tributação da Superintendência de Administração Fazendária, cancelou o ato de reconhecimento do diferimento através do Parecer nº 22162/2009.

Porém, por se insurgir contra a Decisão da DITRI acima referida, o contribuinte ajuizou Mandado de Segurança, requerendo, em caráter liminar, a imediata suspensão do Parecer nº 22162/2009, de forma a impedir, a realização de qualquer lançamento fiscal referente às importações realizadas, tendo sido deferida a referida liminar.

Como houve o cancelamento do ato de reconhecimento, conforme acima aduzido, a Fiscalização efetuou o lançamento de ofício para exigir o imposto considerado devido na importação, exigência esta que o autuado impugnou mediante apresentação de defesa tempestiva.

Verifico que o impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que foi lavrado em flagrante desrespeito à Decisão judicial que expressamente proíbe a Fazenda Pública de efetuar lançamento fiscal referente às importações de maquinário que realizou, configurando sua lavratura manifesta ilegalidade tipificada pelo art. 330 do Código Penal, na qual poderão incorrer os membros deste CONSEF, caso eventualmente decidam pela manutenção da autuação.

Com relação a essa argumentação, vale observar que apesar de a concessão de medida liminar se tratar de uma hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, inexistente impedimento para que o lançamento de ofício seja efetuado pelo Fisco, no intuito de assegurar sua exigência posteriormente, caso a Decisão judicial seja desfavorável ao contribuinte.

Certamente que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário 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, através das DIs 07/0340926-8/001 e 07/0340926-8/002, haja vista que independentemente da existência de mandado de segurança, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão definitiva da ação, o seu lançamento pode ser realizado.

Noto que o Auto de Infração está revestido de todas as formalidades legais, sendo o débito devidamente demonstrado, com a indicação de todas as parcelas que compõem a base de cálculo, imposto devido, sendo indicada no Auto de Infração a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, cujo ciência o autuado tomou e pode exercer plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista que inexistiu qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, capaz de invalidar o ato de lançamento.

No que concerne ao mérito da autuação, é certo que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a 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 julgado de Decisão final, a análise do mérito da autuação fica prejudicada, pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

No respeitante à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, verifico que a multa 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. Já 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).

Cumpra observar 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. Contudo, o entendimento predominante neste CONSEF é de que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra 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.

Vale registrar que a segunda instância deste CONSEF ao julgar matéria semelhante à tratada no Auto de Infração em exame, já prolatou diversas decisões nesse mesmo sentido, a exemplo, do Acórdão nº. 0022-12/08, cujo voto da lavra do ilustre Conselheiro/Relator Helcônio de Souza Almeida, reproduzo parcialmente abaixo:

“VOTO

(...)

Outrossim, vale lembrar com base no artigo 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, que a análise do mérito da autuação ficou prejudicada na esfera administrativa, pelo fato do recorrente ter submetido a matéria à apreciação do poder judiciário, devendo o processo ser remetido à PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

No que concerne à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, verifico que tais questões não foram objeto do mandado de segurança, cabendo, portanto, a sua apreciação e manutenção neste processo.

A aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e artigo 102, incisos I e II, da Lei nº 3.956/81.

Quanto à arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Em conformidade com o entendimento da Professora Mizabel Derzi, com o qual me alinho, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519, o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Além do mais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Entendo, a exemplo de processos semelhantes submetidos a esta Câmara de Julgamento Fiscal que, embora não haja dúvidas quanto à exigibilidade do crédito tributário decorrente do fato gerador do imposto, este não pode e não poderá ser exigido enquanto perdurar a lide judicial. Acredito, porém que a multa deva ser lançada como decorrência de um possível descumprimento da obrigação principal que ocorrerá, se o contribuinte não quitar o seu débito trinta dias após a possível cassação, revogação ou mesmo improcedência do seu pedido junto ao Poder Judiciário. O Estado deve prevenir-se e lançar a penalidade decorrente de uma possível infração. A inclusão desta observação de forma expressa é apenas uma questão de posicionamento interpretativo e que não deve influenciar na conclusão do PAF. Ou seja, estar ou não expresso na Decisão não pode levar o Estado a retirar do contribuinte o direito de quitar sua dívida sem imposição de penalidade ou acréscimos moratórios. O comportamento legal do Estado deve ser observado.

Diante do exposto e observadas as razões acima, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que concerne ao mérito do imposto exigido, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, e voto no sentido de que o Recurso Voluntário seja NÃO PROVIDO em relação à multa e aos acréscimos moratórios devendo ficar suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário nos termos do art. 151, IV do CTN."

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 sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 117/137, aduzindo, inicialmente, que se trata o presente Auto de Infração de ICMS incidente sobre a importação de maquinário hospitalar, lavrado em decorrência do cancelamento, de ofício, do Ato de Reconhecimento do diferimento da exação em comento (Parecer DITRI nº. 22167/2009).

Diz que o requerente encontra-se amparado por Decisão liminar obtida junto ao Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que, nos autos do Mandado de Segurança tombado sob nº. 0003563-38.2010.805.0001 anulou o ato administrativo de cancelamento do benefício fiscal e determinou a suspensão imediata de quaisquer atos e efeitos dele decorrentes, dentre eles, a constituição do crédito fiscal.

Assevera que, além da desobediência manifesta à Decisão judicial, o lançamento ainda se encontra permeado de irregularidades no que toca ao seu mérito, razão pela qual não merece subsistir, consoante passa a argumentar.

Em arguição de nulidade por desobediência a Decisão judicial, afirma que o órgão jurisdicional se fez claro ao vedar, de forma expressa, que a Administração Pública efetuasse a constituição do crédito fiscal até ulterior julgamento de mérito da Ação Mandamental, o que efetivamente ainda não ocorreu. Seus efeitos, portanto, são relativos a um momento anterior à própria existência do crédito fiscal, que fica obstada durante toda a sua vigência.

Em verdade, a Decisão jurisdicional, ainda que em cognição sumária, 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. O benefício fiscal, destarte, permanece existente até o julgamento definitivo do Mandado de Segurança.

Nesta linha de intelecção, aduz que se poder falar no dever de efetuar o lançamento para evitar-se a decadência, pois ausente, na hipótese, o direito material. Como o próprio pressuposto da autuação não mais existe, o recorrente, por decorrência lógica, passa a gozar novamente do favor legal, sendo inteiramente descabido o lançamento.

Discorre sobre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e pugna, em seguida, pela anulação deste lançamento de ofício.

Quanto ao mérito recursal, defende a inaplicabilidade do art. 117, do RPAF/99, pois a Ação Mandamental ajuizada pelo contribuinte não objetiva discutir, na esfera judicial, o seu direito ao diferimento. A sua pretensão é de anulação do ato administrativo de cancelamento do benefício fiscal por vícios pertinentes à inobservância do contraditório e da ampla defesa, cingindo-se tão-somente a estes aspectos a sua postulação.

Afirma que a cognição jurisdicional não será exercida sobre os requisitos legais para a fruição do aludido benefício fiscal, limitando-se a analisar se o favor legal pode ser cancelado unilateralmente pela Administração Fiscal. Os aspectos pertinentes ao mérito da impugnação, que dizem respeito à observância dos requisitos legais para a fruição do favor legal, não estão sendo discutidos na via judicial, razão pela qual inexistente óbice à sua análise pelo órgão administrativo, restando, portanto, inaplicável o art. 117 do RPAF ao caso em tela.

Em seguida, passa a defender seu direito ao diferimento na hipótese vertente, pugnando, ao final, pelo provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 156/157, opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que a causa de pedir inserta no Mandado de Segurança n° 0003563-38.2010.805.0001 é a mesma objeto do presente lançamento, ou seja, a impossibilidade de adoção do regime do diferimento.

Faz breve consideração acerca do pedido, concluindo que, sem sombra de dúvidas, o contribuinte pretende com a instauração da demanda judicial utilizar o diferimento do pagamento do imposto, o que ensejaria, via de consequência, a improcedência deste Auto de Infração.

VOTO

O art. 117, do RPF/99, estabelece 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"*.

Como curial, não é qualquer demanda judicial que importa renúncia à defesa ou Recurso interposto na esfera administrativa, devendo haver identidade entre os objetos para que se opere a incidência da referida norma, como, aliás, bem explicitado pela d. PGE/PROFIS, em seu Parecer encartado aos autos.

No caso em comento, está sendo exigido do recorrente o ICMS incidente sobre operação de importação, tendo como premissa para o lançamento de ofício o cancelamento do ato de reconhecimento do diferimento, baixado pela DITRI, conforme o Parecer n° 22162/2009, sustentando o sujeito passivo, em seu apelo, que possui direito ao diferimento e que, por isso, a exigência seria manifestamente ilegal.

O Mandado de Segurança impetrado perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, cuja sentença encontra-se às fls. 152/155, discute justamente o cancelamento do diferimento levado a efeito pela DITRI, havendo, portanto, inegavelmente, identidade entre os objetos do remédio heróico e do lançamento de ofício ora em análise.

Vale registrar que o deferimento de medida liminar em Mandado de Segurança, ou mesmo sua sentença ainda não cristalizada pelos efeitos da coisa julgada, constituem hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, do CTN), não impedindo a constituição do crédito tributário, na esteira do entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. SUS- PENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOS- SIBILIDADE DE O FISCO REALIZAR ATOS TENDENTES À SUA COBRANÇA, MAS NÃO DE PROMOVER O SEU LANÇAMENTO. ERESP 572.603/PR. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Art. 151, IV, do CTN determina que o crédito tributário terá sua exigibilidade suspensa havendo a concessão de medida liminar em mandado de segurança. Assim, o Fisco fica impedido de realizar atos tendentes à sua cobrança, tais como inscrevê-lo em dívida ativa ou ajuizar execução fiscal, mas não lhe é vedado promover o lançamento desse crédito.

2. A primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, dirimindo a divergência existente entre as duas Turmas de Direito Público, manifestou-se no sentido da possibilidade de a Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no citado art. 151 do CTN. Na ocasião do julgamento dos ERESP 572.603/PR, entendeu-se que a "suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar" (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05).

3. Recurso especial desprovido". (RESP 736040/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Tur- ma, DJ 11/06/2007).

Assim, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal está correta, não comportando reparos, já que a Decisão judicial com que esgrime o recorrente não acarreta a nulidade da autuação ou mesmo sua improcedência. Dá-se por concluído o processo de constituição do crédito tributário,

devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para que acompanhe o deslinde da ação judicial, adotando as providências cabíveis, assim que transitada em julgado a respectiva Decisão final.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto, na esteira do opinativo da PGE/PROFIS.

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 **PREJUDICADA** a defesa ofertada, no que tange à obrigação tributária principal, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº 298579.0063/10-4, lavrado contra **INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA. (INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DE FEIRA DE SANTANA)**, no valor de **R\$12.599,55**. 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 exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS