

PROCESSO - A. I. Nº 232204.0001/12-2
RECORRENTE - CLÍNICA DELFIN GONZALES MIRANDA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0260-02/12
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET -11/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0282-12/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO MÉDICO. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 14/02/2012, exige 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 sem o devido recolhimento, no desembaraço 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.

Após análise das peças processuais, a 5ª JF prolata a seguinte Decisão, após rejeitar a nulidade do lançamento fiscal arguida pela empresa:

[...]

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 defendente 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.

Observe que, efetivamente, se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário face à concessão de medida liminar, e o defendente 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 arguição de inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade, 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 defendente 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.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 92/108). Inicia seu Recurso externando a existência da possibilidade de simultaneidade entre as vias judiciais e administrativas. Ressalta que embora a JJF tenha baseado sua Decisão no parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6830/80 (Lei de Execuções Fiscais) tem notícia, através do Informativo de Jurisprudência nº 349 do STF, que o Ministro Marco Aurélio, em processo no qual é relator, entendeu inconstitucional o nominado parágrafo, “*tendo em conta o entendimento do STF no sentido de independência das esferas administrativas, civil e criminal, nas quais a atuação pode ser simultânea, ressalvada a previsão ao art. 1.525, do CC/16*”. Diante de posicionamentos contrários de outros Ministros ao processo, foi dada “vistas” ao Ministro Gilmar Mendes. Esta Decisão foi aplicada a diversos outros processos, conforme indicados. Em assim sendo, advoga que seus argumentos, por via administrativa, devem ser apreciados independentemente da presença simultânea do Mandado de Segurança que interpôs.

No mérito, diz que a exigência do ICMS sobre importação realizada por pessoa física e/ou jurídica não contribuinte do referido imposto é indevida, mesmo após o advento da EC nº 33/2001. Que o assunto parecia solucionado com o entendimento do STF. No entanto, esta Corte passou a rever a sua jurisprudência “*e praticamente afastou a aplicação de suas súmulas, que agora, estavam na contra-mão da história, submetendo-se, a partir daí, à interpretação suprema da Carta Magna feita pelo STF*”.

Ressalta de que com o advento da EC nº 33/2001 o conteúdo do art. 155, § 2º, IX, “a”, da Carta Magna – CF/88 foi alterado e que, a primeira vista, abria uma permissão para a cobrança do ICMS do importador, pessoa física e/ou jurídica não contribuinte do imposto. No entanto, a Súmula nº 660, do STF (editada dois anos após o EC nº 33/2001) lançou dúvida sobre tal assertiva, ou seja, caminhou no sentido de que a alteração do art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88 não influenciaria sobre a matéria. No entanto, em julgados recentes, o STF tem limitado o entendimento jurisprudencial (Súmula nº 660) somente o aplicando para os fatos ocorridos antes da edição da EC nº 33/2001. Transcreve Decisão e afirma não restar dúvida que o STF está aguardando que o tema seja suscitado em relação a um fato gerador após a edição da referida EC, o que deságua, no seu entendimento, contrário a posição externada pelos autuantes de que o entendimento jurisprudencial do STF encontra-se direcionado a favor da Fazenda Estadual. Informa, ainda, que na sessão de julgamento do plenário do STF, realizada em 26/11/2003, o Min. Sepúlveda Pertence sugeriu a reforma da Súmula nº 660, para açambarcar somente os fatos geradores ocorridos até a vigência da EC nº 33/2001. Porém esta súmula ainda não foi modificada, permanecendo em vigor. *“Portanto, a questão que se coloca é se a Súmula nº 660 do STF realmente precisa de uma ressalva temporal em relação à EC nº 33/2001 e se a nova redação do art. 155, § 2º, IX, “a”, da Carta Política tem o condão de modificar a interpretação jurisprudencial sobre a não incidência do ICMS na importação por não contribuintes.”*

E nesta linha de condução passa a discorrer sobre a não incidência do ICMS ao caso em tela após o advento da nominada EC. Afirma que mesmo com a alteração sofrida no art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88, cumprE observar os diversos elementos integrantes da regra matriz do ICMS, que devem ser analisados de forma coerente e harmônica para se conhecer a materialidade da hipótese de incidência do imposto ora em lide. Neste sentido, trazendo doutrinas a respeito do tema em discussão, diz não poder esquecer que o ICMS incide *“sobre as operações relativas à circulação de mercadorias”*, bem como ser imposto não cumulativo. Analisando o significado do que seja *“operações relativas à circulação de mercadorias”* e o da não-cumulatividade, afirma que a conclusão a que se chega é de que existe impossibilidade da exigência do imposto sobre importações realizadas por não contribuintes do ICMS. Para corroborar o seu entendimento, traz à luz Decisão do STJ, prolatada em 2003 - Resp 496223/RS) a respeito da não incidência do ICMS quando uma sociedade médica, de forma esporádica, realiza uma importação.

Reportando-se à multa aplicada, ressalta que como o crédito tributário, por força de liminar em Mandado de Segurança concedida antes da lavratura do Auto de Infração, encontra-se suspenso, visto que o art. 63, da Lei Federal nº 9430/96 dispõe que não caberá a aplicação de multa, nos termos do art. 151, do CTN.

Apensando aos autos cópia de sentença proferida pela Exma. Dra. Marineis Freitas Cerqueira, Juíza de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública (fls. 109/114), requer que este Colegiado aprecie todos os argumentos por ele exposto para decidir pela improcedência do lançamento fiscal.

No seu opinativo, da lavra da n. Procuradora Maria José Coelho Sento-Sé (fls. 119/121), a PGE/PROFIS após abordar o Recurso interposto, ressalva inicialmente que as arguições de inconstitucionalidades constantes na peça recursal devem ser, de pronto, rechaçadas, por força dos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

Abordando a correção do lançamento tributário levado a efeito, bem como o acerto da Decisão da JJF ao considerar prejudicada a defesa apresentada diante dos ditames legais, que o crédito tributário encontra-se suspenso por força da liminar em Mandado de Segurança existente e que a multa é a prevista na Lei nº 7014/96, afirma, textualmente, em relação ao argumento de que poderá haver simultaneidade de discussão na via administrativa e judicial: *“Efetivamente, o argumento do sujeito passivo relativo a*

possibilidade de simultaneidade entre as vias judicial e administrativa, não merece prosperar porquanto a Decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal fora exarada através de controle difuso da constitucionalidade das leis. É fundamental esclarecer que o controle difuso poderá ser exercido por qualquer autoridade judiciária brasileira e os efeitos jurídicos têm natureza inter partes, ou seja, atingem apenas as pessoas envolvidas na demanda judicial. Assim sendo, o entendimento do STF favorável a simultaneidade entre as vias judicial e administrativa, somente alcançará as partes envolvidas naqueles processos judiciais”.

Ante as considerações acima expendidas, opina por considerar prejudicado o Recurso Voluntário interposto.

O presente processo foi incluído em pauta suplementar do dia 22/08/2013. Após análise, decidiu esta 2ª CJF que o mesmo encontrava-se apto à julgamento.

VOTO

A empresa autuada impetra Mandado de Segurança Preventivo (nº 0300111-73.2012.8.05.0001) objetivando importar, sem o recolhimento do ICMS Importação, um APARELHO ACELERADOR LINEAR ELKTA SYNERGY, COM OUTRAS PARTES, através da DI nº 12/0179027, LI nº 11/4174603-9. Em 03/01/2012 o Exmo. Dr. Juiz Rolemberg Costa (juiz plantonista da 3ª Vara e Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA) concede liminar para que o Estado se abstenha de exigir o ICMS até ulterior Decisão judicial. Quando da interposição do Recurso Voluntário, apensa aos autos sentença, proferida pela Exma. Dra. Juíza Marineis Freitas de Cerqueira, Juíza da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, no Mandado de Segurança nº 0300111-73.2012.8.05.0001, com o seguinte teor decisório: “.... *Isto posto, JULGO PROCEDENTE o presente mandamus para convolar em definitivo a liminar deferida e CONCEDER a segurança na forma pleiteada, reconhecendo e declarando, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da cobrança de ICMS decorrente da importação do equipamento discriminado na exordial. Por forma do disposto do art. 12 parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, submeto esta Decisão ao Egrégio Tribunal de Justiça, com a remessa destes autos, após prazo recursal, com ou sem alegações das partes”.*

Em atenção à alegação sustentada pelo recorrente da possibilidade de simultaneidade entre as vias judicial e administrativa, com base no Informativo de Jurisprudência 349 do Supremo Tribunal Federal, alinhando-me ao entendimento já externado pela PGE/PROFIS no AI nº 117926.0606/10-0 lavrado contra o próprio recorrente, bem como por esta 2ª CJF (Acórdão nº CJF nº 0449-12/11) que o enunciado do mesmo se refere a controle difuso de inconstitucionalidade das leis, e que seus efeitos jurídicos atingem apenas as partes envolvidas na demanda judicial. Analisando a Decisão citada, refere-se ela a declaração judicial frente a dispositivo legal contido em Decreto originário do Estado do Rio de Janeiro e sua Decisão açambarca, apenas, tal dispositivo legal. Assim, não acolho tal pretensão.

Em assim sendo, por força das disposições contidas no art. 167, I, do RPAF/BA a esta corte administrativa é vedada discussão da inconstitucionalidade, ou não, das normas postas e vigentes na legislação tributária.

Em vista da situação acima descrita, ressalto que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, conforme expresso no art. 151, V, CTN, é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Porém nada impede a sua constituição, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de Decisão a ele favorável, visando que não se opere a decadência.

Por outro lado e obedecendo ao que dispõe o art. 117, do RPAF/BA, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso interposto. Em assim sendo, a análise

do mérito da autuação resta prejudicada na esfera administrativa, devendo o processo ser remetido à PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

O recorrente prendeu, também, a sua irresignação, quanto à multa pela infração apurada. Disse que se o Mandado de Segurança suspendeu a exigibilidade do crédito fiscal antes da lavratura do Auto de Infração, afirma que o art. 63, da Lei Federal nº 9430/96 dispõe não caber a aplicação de multa, nos termos do art. 151, do CTN.

Primeiramente ressalta-se que a Lei nº 9430/96 é lei federal que dispõe sobre seus tributos não tendo eficácia a nível estadual. No mais, determina o § 3º, do art. 117, do RPAF/BA, assim dispõe:

Art. 117 -

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

No mais, a multa pela lavratura do Auto de Infração, encontra-se determinada em lei (art. 41 e 42, da Lei nº 7.014/96), não tendo esta CJF competência para dispensá-la, inclusive, somente a Câmara Superior deste Colegiado possui tal competência ao apelo da equidade.

No mais, uma vez que o recorrente optou por discutir junto ao Poder Judiciário a questão da incidência do ICMS na importação, se a Decisão final a ser emitida lhe for favorável não haverá exigência do ICMS e, conseqüentemente, da multa. Por outro lado, vindo a Decisão a ser favorável ao Estado da Bahia, restará caracterizado que não houve pagamento do imposto no prazo regulamentar, sendo devido o imposto, nessa situação, com os acréscimos previstos em lei.

Voto no sentido de considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário quanto à obrigação tributária principal e NÃO PROVIDO no que pertine à multa aplicada e demais acréscimos moratórios incidentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado, no que tange à obrigação tributária principal e **NÃO PROVIDO** em relação às penalidades e cominações legais, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **232204.0001/12-2**, lavrado contra **CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA LTDA.**, no valor de **R\$1.156.432,03**. Após a ciência ao recorrente desta decisão, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS