

A. I. Nº - 117926.0006/13-7
AUTUADO - CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA S/A.
AUTUANTE - GUSTAVO SILVA DE BRITO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO- INTERNET 11.12.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0200-02/15

EMENTA. ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. Extingue-se o processo administrativo fiscal com a desistência da defesa, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, nos termos do art. 122, IV do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de infração foi lavrado em 11/10/2013, para exigência de ICMS, no valor de R\$488.954,74 (quatrocentos e oitenta e oito mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e setenta e quatro centavos), em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, código de infração 56.01.01, ocorrida no mês de outubro de 2013, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A exigência decorreu do fato da autuada ter efetuado a importação de 01 (um) APARELHO POR VISUALIZAÇÃO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA), valor aduaneiro de R\$ 2.015.852,75 (dois milhões, quinze mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e setenta e cinco centavos), mediante Declaração de Importação (DI) nº 13/1945150-2, sem o devido recolhimento do ICMS – Importação, exigido para esse tipo de operação. Apresentou em lugar do comprovante de recolhimento, Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira (GLME), fl. 12. Utilizou como tratamento tributário o código 6 (seis), tendo como fundamentação legal para o desembaraço aduaneiro, MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, processo nº 0382195-97.2013.8.05.0001, expedido em 08/10/2013 pela MM Juíza de Direito Mariana Varjão Alves Evangelista da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia – Comarca de Salvador, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e demais documentos constantes às fls. 10 a 39.

No histórico dos fatos, deve ser registrado que a autuada ajuizou, em 25/09/2013, preliminarmente à chegada do bem a ser desembaraçado, Mandado de Segurança (MS), processo nº 0382195-97.2013.8.05.0001, fls. 56 a 81, contra ato do Inspetor Fazendário da IFEP-DAT Metro, pleiteando uma medida liminar para que a autoridade impetrada se abstivesse de exigir o pagamento do ICMS, que conforme afirma, fl. 57, supostamente incidente na importação do equipamento em questão, até o julgamento definitivo da lide, sob o argumento de que tal cobrança ofenderia o direito líquido e certo da impetrante que não é contribuinte do ICMS e sim prestadora de serviços da área de saúde.

Em decisão publicada em 03/10/2013, fls. 82 a 84, a MM Juíza de Direito houve por bem postergar o julgamento da liminar pleiteada, ficando a impetrante sujeita ao recolhimento do imposto. Essa decisão levou a impetrante a exercer a faculdade de efetuar o depósito do montante integral objeto da lide, calculado conforme seu entendimento em R\$ 474.270,16 (quatrocentos e setenta e quatro mil, duzentos e setenta reais e dezesseis centavos), fls. 92 a 94, requerendo a suspensão da exigência do crédito tributário, nos termos do art. 151, II do Código Tributário Nacional (CTN).

Em 08/10/2013, foi concedida a liminar, fls. 95 a 96, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, proveniente do AI lavrado contra a Clínica Delfin Gonzalez Miranda S/A, sendo advertido à impetrada que se absteresse de lavar, cobrar, exigir, ajuizar qualquer razão em desfavor da impetrante que tenha como objeto o bem descrito na DI nº 13/1945150-2.

Em função do MS 0382195-97.2013.8.05.0001 impetrado pela autuada, o Estado da Bahia em 10/10/2013, por meio da Procuradoria Geral do Estado (PGE), interpôs embargos de declaração para esclarecimento quanto a proibição de lavar, se seria a proibição de lavratura do Auto de Infração, fls. 97 a 98.

Em 26/03/2014, sentença nº 047-03/2014 às fls. 103 a 109, o pedido de liminar impetrado contra o Inspetor Fazendário da IFEP/DAT- Metro, para que este se absteresse de exigir o pagamento do ICMS sobre a operação de importação em epígrafe, foi julgado IMPROCEDENTE com a NEGATIVA DA SEGURANÇA e o processo foi extinto com resolução do mérito mandamental, nos termos do art. 269, inciso I do Código do Processo Civil.

Em 07/04/2014, fls. 110 a 112, em função da sentença nº 047-03/2014 a autuada interpôs embargos de declaração para sanar a omissão de não ter sido consignado expressamente que a decisão proferida não tem o condão de afastar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, visto ser decorrente de depósito integral dos valores discutidos.

Em 09/04/2014, fl. 114, o processo foi encaminhado à PGE para oitiva sobre os embargos de declaração. Em 11/04/2014, a procuradora Selma Bacelar exarou despacho às fls. 117 a 119, encaminhando o processo à Secretaria Executiva Judicial para verificação do valor do depósito realizado, se foi do montante integral do Processo Administrativo Fiscal (PAF) nº 117926.0006/13-7 e que assim sendo, determina a realização da suspensão da exigibilidade do crédito temporariamente, devendo ser juntado ao PAF e retornado à PGE para verificação do referido Mandado de Segurança, extinto com resolução do mérito mandamental.

Em 22/04/2014, a procuradora Selma Bacelar determinou a junção do Mandado ao PAF nº 117926.0006/13-7 e encaminhamento ao procurador vinculado para providências no sentido de requerer a complementação do valor depositado, registrando que no dia 08/10/2013 o valor do débito era de R\$782.327,58 (setecentos e oitenta e dois mil, trezentos e vinte e sete reais e cinquenta e oito centavos) e que, em 04/10/2013, foi depositado em juízo o valor de R\$474.270,16 (quatrocentos e setenta e quatro mil, duzentos e setenta reais e dezesseis centavos).

Antes da decisão sobre os embargos de declaração interposto pela autuada, ocorrida em 07/05/2014, quando o MM Juiz Benedito dos Anjos exarou sentença concluindo que a embargante pretendia o reexame do mérito, o que é incompatível com a função integrativa do instrumento utilizado, a mesma, em 05/05/2014, com base na concessão da liminar que suspendeu a exigência do tributo, ingressou na PGE, processo nº 20136249710 de 05/05/2014, fls. 131 a 133, com o pedido de obtenção da Certidão Positiva com Efeito de Negativa, alegando a realização do depósito do montante integral do tributo objeto de discussão AI nº 117926.0006/13-7.

O processo foi analisado pela procuradora Cristina Silva que em parecer exarado em 12/05/2014, fls. 155 a 158, concluiu que o valor depositado não correspondia ao total do débito em questão, tendo em vista que os valores de PIS e COFINS considerados pela autuada foram inferiores aos encontrados pela fiscalização, fls. 13 e 20, resultando em uma diferença, à época do depósito inicial efetuado em 04/10/2013, de R\$ 14.684,58 (quatorze mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), fl. 161, não sendo, por conseguinte, possível a expedição de certidão positiva com efeitos negativos, sem a devida complementação.

Em 30/07/2014, a MM Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, decidiu, sentença nº 151-07/2014, corrigir a decisão liminar, reconhecendo seu extrapolamento, tornando sem efeito a decisão no sentido de não lavratura do auto infracional, além de indicar que a autuada deveria complementar em 48 horas o montante do depósito judicial, que fora efetivado com base em seu entendimento e não no valor alvo de cobrança pela autoridade coatora, sob pena de queda fatal e

imediata da combatida liminar.

Em 06/08/2014, a autuada junta ao processo nº 0382195-97.2013.8.05.0001, comprovante do depósito judicial de R\$16.479,87 (dezesesse mil, quatrocentos e setenta e nove reais e oitenta e sete centavos) correspondente ao valor atualizado do montante de R\$14.684,58 (quatorze mil seiscentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), na data do registro da DI, consistente na diferença do valor depositado pela autuada e o valor do ICMS considerado integral pelo autuante de R\$488.954,74 (quatrocentos e oitenta e oito mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e setenta e quatro centavos).

Em 30/08/2014, conforme ficha de acompanhamento, fl. 215, o processo retornou a procuradora Cristina Silva para que fosse esclarecido qual seria o valor efetivo do depósito complementar para que fosse expedida a certidão solicitada pela autuada, considerando o depósito efetuado pela mesma em 06/08/2014.

A procuradora Cristina Silva esclareceu, em despacho exarado em 16/12/2014, fls. 188 a 190, que o valor do depósito complementar corresponde “à diferença do valor do crédito tributário na data em que ocorrer o depósito complementar e o valor já depositado de R\$ 474.270,16 (quatrocentos e setenta e quatro mil, duzentos e setenta reais e dezesseis centavos)”. Exemplifica que em junho/2014 o valor do crédito tributário era de R\$ 814.598,59 (oitocentos e quatorze mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e nove centavos), considerando a multa e acréscimos devidos, em face do depósito inicial em 04/10/2013, não ter observado os valores de PIS e COFINS calculados pela Receita Federal registrados em documento devidamente assinado pelo representante legal da autuada, fl. 13.

Em 08/01/2015, a PGE encaminhou o processo para a Secretaria da Fazenda, mais especificamente para a SAT/DARC/GECOB/Dívida Ativa. Preposto fiscal lotado na Gerência de Cobrança (GECOB) observou não haver nos autos intimação no endereço da empresa via AR, assim encaminhou o processo à Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito (IFMT) para providenciar a intimação via AR e encaminhar a comprovação da mesma, evitando posterior alegação de cerceamento de defesa. Cópia da intimação está acostada ao processo, fl. 221, bem como a comprovação do envio via AR, fl. 222.

Em 01/07/2015, a autuada, representada por advogados legalmente constituídos, conforme instrumento de procuração à fl. 235, interpõe defesa administrativa e segundo registra, de forma tempestiva, fls. 224 a 233, uma vez que a ciência do AI ocorreu em 11/06/2015. Pugna pela nulidade do AI, afirmando que o mesmo possui vício insanável, tendo em vista que foi indicado de maneira indevida a tipificação legal da multa imposta ao contribuinte, art. 42, inciso I, “F”, que diz respeito a “não retenção de imposto por sujeito passivo por substituição”, o que vai de encontro a atividade exercida pelo contribuinte que é prestador de serviço na área de saúde. Afirma que a tipificação equivocada da multa acarreta nulidade absoluta do AI e sua consequente extinção e arquivamento, porque obriga a requerente a se defender contra fato que desconhece, em desrespeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Continuando em defesa do AI, registra que na hipótese de se entender como válida a sua lavratura, apesar do erro da tipificação legal, ele não tem como ser mantido, pois apesar de não ter apresentado a guia de recolhimento comprovando o pagamento do imposto, apresentou formulário GLME no qual constava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por força da Medida Liminar deferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0382195-97.2013.8.05.0001, concedida pela MM. Juíza de Direito Mariana Varjão Alves Evangelista, da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, após depósito integral do montante reclamado.

Assim, compreende que o crédito não se mostra exigível, primeiro porque além da suspensão da exigibilidade em função do depósito integral do *quantum* reclamado, a MM Juíza determinou à Autoridade Coatora que se abstinhasse de praticar qualquer ato atinente à cobrança do crédito tributário em questão, inclusive a lavratura de auto infracional.

Por outro lado, aduz que com o ajuizamento do Mandado de Segurança optou pelo uso da via judicial, fl. 228, não cabendo decisão administrativa no presente PAF, uma vez que os respectivos créditos estão sendo discutidos na via judicial.

Em adicional, registra que a aplicação da multa de 60% não pode prosperar por conta do efetivo depósito judicial integral, cujo cálculo foi feito considerando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em consonância com decisão proferida por Juiz Federal em Minas Gerais, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS e das próprias contribuições sociais na base de cálculo do PIS e CONFINS.

Ressalta que o crédito tributário objeto do AI impugnado é de direito da Fazenda Estadual e havendo o trânsito em julgado, os depósitos realizados em juízo serão convertidos em renda, extinguindo-se o referido crédito, sem qualquer prejuízo, portanto, ao Estado da Bahia.

Por fim, com base nas razões expostas, requer a autuada que a impugnação seja conhecida e acolhida para determinar, em preliminar, a nulidade do processo administrativo, face ao flagrante vício do AI lavrado ou, alternativamente, a insubsistência do lançamento e, eventualmente, no mérito, que seja julgado improcedente.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 299 a 307, rebate a alegação de nulidade por parte da impugnante, que entendeu, de forma errônea, estar o processo eivado de vício formal insanável, imaginando tratar-se de tipificação equivocada. A tipificação aplicada é a prevista no art. 42, II, 'f', da Lei nº 7.014/1996 que estabelece o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas expressamente, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, não se tratando, conforme afirmado pela defesa, de tipificação relativa a retenção de imposto por sujeito passivo por substituição. Logo se infere que a tipificação está corretamente aplicada e não sendo o alegado razão suficiente para nulidade do feito.

Aduz que apesar da discussão judicial sobre a exigibilidade dos créditos tributários, o depósito integral do montante discutido não torna o AI insubsistente. O crédito tributário em comento encontra-se amparado pela suspensão da exigibilidade, nos termos estabelecidos pelo artigo 151 do CTN, e que o AI foi lavrado de acordo com o artigo 142, do mesmo diploma legal, com o objetivo de prevenir a decadência do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário através do seu lançamento, garantido o direito da Fazenda Pública do Estado da Bahia de exigir o tributo, pois, em caso contrário a inobservância a esse dever implicaria em responsabilidade funcional.

Registra que a impugnante reconhece que o Supremo Tribunal Federal já firmou como constitucional a exigência do ICMS em importações realizadas por prestadores de serviços, e que o crédito tributário objeto do AI impugnado é de direito da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e que tão logo transite em julgado a ação, os depósitos realizados em juízo serão convertidos em renda, com a devida extinção do crédito tributário.

Conclui que restou caracterizada a infringência à legislação tributária sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante no AI em lide.

VOTO

Da análise dos autos, observo que o presente Auto de Infração foi lavrado em função da autuada ter importado do exterior bem para o seu ativo imobilizado sem o devido recolhimento do ICMS Importação, amparado por liminar concedida no Mandado de Segurança, processo nº 0382195-97.2013.8.0.05.0001, expedido pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, tendo a autuada exercido a faculdade de efetuar o depósito judicial do montante, que entendia integral, do tributo objeto da discussão.

O depósito judicial e a concessão de liminar em mandato de segurança são hipóteses de

suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Tais hipóteses estão previstas nos incisos II e IV do art. 151 do CTN, sendo estas situações estabelecidas dentre aquelas que impedem a Fazenda Pública de cobrar dos contribuintes os seus créditos.

Entretanto, apesar da suspensão da exigibilidade, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de decisão desfavorável ao contribuinte, impedindo a decadência do prazo para constituição do crédito tributário, evitando prejuízo ao erário em decorrência de uma possível inexigibilidade por conta da intempestividade do lançamento.

Por outro lado, sendo a matéria objeto de mandado de Segurança impetrado pelo autuado, referindo-se aos fatos objeto do procedimento fiscal, fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, pois tal propositura importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, conforme se depreende da leitura do art. 117 do RPAF/99, *in verbis*:

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, o ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide resulta, nos termos do art. 122 do RPAF/99, transcrito a seguir, em extinção do processo administrativo fiscal.

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

.....
IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

Ante ao exposto, considero EXTINTO o processo administrativo fiscal, restando PREJUDICADA a defesa referente ao presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa referente ao Auto de Infração nº **117926.0006/13-7**, lavrado contra **CLÍNICA DELFIN GONZALEZ MIRANDA S/A**, devendo os autos serem remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR