

A. I. Nº - 020983.0001/12-0
AUTUADO - DISALLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ OTAVIO LOPES
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 20/05/2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-06/14

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Foi constatado que a inaptidão da inscrição por iniciativa da repartição fazenda, dado a omissão na entrega da DMA, por si só não é um elemento motivador de cancelamento da habilitação do contribuinte em operar no regime de diferimento, conforme depreende os termos do art. 287, §§ 2º e 3º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, em relação às operações enquadradas no art. 286 do mesmo diploma legal. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2012, foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS quanto a ter deixado de recolher o imposto devido pelas importações tributadas realizadas através das DI's nº 12/1921393-6 e 12/1926771-8, com datas de registro em 15 e 16/10/2012, relativas as mercadoria *bacalhau salgado* e *file de peixe congelado merluza*, respectivamente, exigindo o valor de R\$ 114.887,94, acrescido da multa de 60%.

Na descrição dos fatos, o autuante alega que o defendente importou pelo Porto de Salvador 1.000 caixas de *bacalhau salgado Polar Saithe Imperial*, acondicionada em cx de 25 kg., totalizando 25.000 kg de peso líquido através da DI nº 12/1921393-6, registrada em 15/10/2012, com Adição 001; idem, 4.014 kg de *filé de peixe congelado Merluza*, acondicionados em caixa de 18 kg., totalizando peso líquido de 27.996 kg, conforme DI nº 12/1926771-8, com data de registro em 16/10/2012, Adição 002; não recolhendo o ICMS no momento do desembarço aduaneiro, infringindo o art. 332, inciso IV, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, dado que, no momento do desembarço aduaneiro, encontrava-se com a habilitação para o diferimento INAPTA perante a SEFAZ, conforme documentos acostados às fls. 4 a 27 dos autos.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício, às fls. 31 a 45, com documentos acostados aos autos, salientando que a exigência fiscal é totalmente improcedente nos termos a seguir exposto.

Na consecução de suas atividades, iniciadas em 26/05/1995, diz que sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento das obrigações tributárias, inclusive as acessórias, às quais está sujeita.

Depois de apresentar algumas considerações de surpresa sobre a autuação, diz que se trata de um Auto de Infração de Fiscalização de Estabelecimentos e não de um Auto de Infração proveniente do Trânsito de Mercadorias, onde em nenhum momento recebeu nenhuma intimação ou documento similar que indicasse que a empresa se encontrava sob fiscalização. Apenas recebeu o auto de infração já lavrado.

Destaca que não foi intimada para apresentar nenhuma espécie de documento ou livro fiscal referente ao período dito como Fiscalizado no AI, que é 01/01/2012 a 31/10/2012, bem assim de que

nenhuma ciência foi dada a empresa, por nenhum meio de comunicação, de que estava sob fiscalização, num flagrante Cerceamento de Defesa.

Aduz que a presente ação fiscal foi efetuada sem cumprir os aspectos essenciais do ato vinculado, o que obstou o direito à ampla defesa e ao contraditório por parte da empresa. Cita o Código Tributário Nacional, em seu Art. 196, assim como o art. 28 do Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF), que diz existir uma série de formalidades, todas descumpridas no caso em apreço, que precisam ser respeitadas, de forma que o Contribuinte tome ciência da execução de uma fiscalização.

Diz que não foi formalizado no presente Processo Administrativo Fiscal o Termo de Início de Fiscalização, tornando viciado o presente procedimento. Além disso, destaca também que não foi lavrado nenhum outro termo, seja de encerramento, seja de registro do auto de infração no Livro de Ocorrências, tornando plenamente inapropriada e desprovida de segurança jurídica a presente ação fiscal. Conclui dizendo que há farta Jurisprudência neste sentido, conforme exemplos de julgamentos deste Conselho de Fazenda que os destacam.

Observa que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora, o que, frise-se, não ocorreu no caso em comento.

Diz que a legislação atribui muita importância ao Termo de Início de Fiscalização. O CTN é preciso e minucioso quanto ao Termo de Início. Aduz, que a razão disso é simples: o contribuinte não pode ser “surpreendido” com um Auto de Infração – para ser autuado, o contribuinte precisa estar “sob ação fiscal”. A exigência de Termo de Início visa resguardar abusos da fiscalização, constituindo uma das múltiplas faces do princípio da segurança jurídica.

Neste sentido requer a empresa a NULIDADE do presente Auto de Infração, por entender ser imperioso, frente ao solidamente apresentado, o cumprimento de Justiça e de Legalidade.

No mérito a alegação do Fiscal é que a empresa teria realizado importações com habilitação para o diferimento “Inapta”. Destaca que mais uma surpresa para a empresa. Pois em nenhum momento foi cientificada de que sua habilitação para diferimento, existente há anos, foi considerada “Inapta”. Procurando saber o que havia acontecido e o que levou a este fato, ficaram os representantes da Impugnante sabendo que, pelo fato de ter a Inscrição Estadual da empresa se tornado Inapta no período de 3 (três) dias, entre 10 e 12 de agosto de 2012, automaticamente a habilitação para o diferimento foi cancelada.

Diz então que o Regulamento do ICMS da Bahia (Decreto 13.780/12) não lista como previsão de cancelamento da habilitação do Diferimento a automatização e vinculação com a inaptidão da Inscrição Estadual. As previsões estabelecidas no RICMS/BA são as listadas abaixo, extraídas dos §§ 2º e 3º do seu Art. 287:

“§2º A habilitação será cancelada a qualquer tempo, se for constatada grave irregularidade praticada pelo contribuinte, em proveito próprio ou de terceiro, prevalecendo-se daquela habilitação.

§3º Não será concedida habilitação para operar no regime de diferimento a contribuinte que se encontrar em débito para com a fazenda pública estadual, inscrito em Dívida Ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa.”

Destaca que, com base nas previsões legais acima, o caso presente - *inaptidão da Inscrição Estadual* - não se enquadra na possibilidade de cancelamento da habilitação para operar no regime de Diferimento, pois em nenhum momento a empresa cometeu falta grave e não teve nenhum proveito próprio ou de terceiro, se prevalecendo da habilitação.

Também diz que não possui débito inscrito na Dívida Ativa perante a fazenda pública estadual. Há ainda o agravante de o cancelamento da habilitação não ter sido comunicado à empresa.

Diz que é Importante ressaltar que a inaptidão da Inscrição Estadual da empresa, ocorrida

durante os 3 (três) dias mencionados, ocorreu por conta de atraso na entrega de 1(uma) DMA – Declaração de Apuração Mensal do ICMS, por força de problemas técnicos no sistema informatizado da empresa, o que impossibilitou a entrega da DMA no dia exato. Tão logo foi restabelecido o regular funcionamento do sistema da empresa, a DMA foi transmitida, tanto que a Inscrição foi reativada três dias depois, como sempre fez a empresa durante todos os anos de sua existência.

Sobre o fato gerador do ICMS Importação – efetivo desembaraço aduaneiro – diz que, em que pese às razões esboçadas até aqui serem suficientes para rechaçar o presente Auto de Infração, por amor em debate cumpre chamar a atenção no caso em espeque, para o fato gerador do ICMS na importação.

Como é cediço, o fato gerador do ICMS na importação ocorre no momento do seu efetivo desembaraço aduaneiro, conforme disposto no art. 12, IX, da LC 87/1996. Ocorre que, no caso em apreço, o efetivo desembaraço aduaneiro só operou após a regularização do cadastro da empresa, que, conforme exposto, ficou inapta por 03 dias, por conta de atraso na entrega de 1(uma) DMA do ICMS, por força de problemas técnicos no sistema informatizado da empresa, o que impossibilitou a entrega da DMA no dia exato.

Neste sentido, salienta que o despacho aduaneiro, que se inicia na data do registro da Declaração de Importação, é o procedimento pelo qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação a mercadorias importadas, com vistas ao desembaraço aduaneiro, que é o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira, nos termos do art. 51 do Decreto-Lei n. 37, de 1966, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 2.472, de 1988.

Logo, como a conferência aduaneira só fora concluída após a regularização da situação cadastral da Impugnante, resta evidente que o efetivo despacho aduaneiro só operou neste momento, e não na data em que os produtos foram entregues no Porto de Salvador-BA, como constante no A.I.

Desta forma traz a baila as informações constante no sitio eletrônico da Receita Federal do Brasil - <http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/procaduexpimp/despadiuimport.htm> - no que tange, o desembaraço aduaneiro, *“o desembaraço aduaneiro é o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira. É com o desembaraço aduaneiro que é autorizada a efetiva entrega da mercadoria ao importador e é ele o último ato do procedimento de despacho aduaneiro”*

Assim diz que, com a situação inapta, jamais poderia concluir a conferência aduaneira, motivo pelo qual, o simples fato da mercadoria ter chegado ao Porto de Salvador, por si só, não configura o fato gerador do ICMS na importação, já que não opera, no caso em apreço, o desembaraço aduaneiro.

Outrossim, destaca que o autuante exige o valor do ICMS relativo a Importação de Filé de Merluza. Alega, então, que se equivocou o Auditor Fiscal, pois o pescado Merluza, diferente do Bacalhau (pescado salgado) é isento, conforme estabelece o Art. 265, II, ‘e’, do RICMS/12, transcrito abaixo, haja vista ser um pescado em estado natural, que descreve.

Ressalta que o Filé de Merluza constante da Declaração de Importação – DI que embasou o auto de infração em apreço, não é enlatado, nem cozido, nem salgado. Observa-se desse documento em sua “Descrição Detalhada da Mercadoria” que o produto (merluza) vem no estado “filé de peixe congelado”, o que comprova ser um pescado em estado natural. Portanto, trata-se de pescado ISENTO conforme dispositivo legal acima.

Ainda, traz a tona a Lei nº 7.014/96, que disciplina as normas gerais do ICMS no Estado da Bahia, em seu Art. 37, § 4º, que o destaca. Depreende-se então que tendo em vista que a Merluza foi adquirida da Argentina, país signatário de tratado internacional com o Brasil, aplica-se integralmente esta previsão de extensão do benefício interno à importação, não havendo porque se falar em alguma tributação na nacionalização da mercadoria.

Diz que não haveria nem a necessidade de diferimento para a Merluza neste caso, apesar de

previsto no Art. 286, XXIII, do RICMS-BA/12, que transcreve. Observa que a única possibilidade de se aplicar o diferimento para a merluza seria, então, quando o país remetente não for signatário de tratado internacional com o Brasil, o que não condiz com o caso presente.

Ante todo o exposto, vem perante este CONSEF, requerer a juntada desta defesa e dos documentos anexos, e que se digne tornar nulo o presente Auto de Infração, por todos os vícios insanáveis mostrados em sua formalização. Caso seja analisado o mérito do seu lançamento, que seja julgado improcedente por questões de legalidade e justiça, conforme todo o comprovado dentro desta Impugnação.

O fiscal autuante em sua informação fiscal, às fls. 60 a 65, preliminarmente resume os argumentos de defesa para em seguida contrapor às razões apresentadas, a saber:

Diz que a empresa alega que não foi intimada para apresentar nenhuma espécie de documento ou livro fiscal. Informa que não procede tais afirmativas, destacando que à fl. 7 do PAF está visivelmente exposta a intimação para apresentação de livros e documentos, datada de 12/12/2012, assinada pelo Sr. Ricardo Aulan de Lima, tesoureiro da autuada. Diz, também, que a empresa foi intimada para fornecer cópias das notas fiscais de saídas referentes aos meses de setembro e outubro de 2012.

Observa que a autuada transcreve os artigos 196 do CTN e o art. 28 do RPAF, para demonstrar que o processo não está “fundamentado” e nem “instruído”. Diz que o procedimento fiscal seguido está rigorosamente em conformidade com a legislação vigente. Em relação aos Acórdãos transcritos pela autuada para demonstrar descumprimento da legislação fiscal, observa que todos eles referem-se a atuações que não obedeceram as exigências legais, não se configurando com a lavratura do auto de infração em lide.

Sobre a alegação da falta de previsão legal para o cancelamento da habilitação para o diferimento aventada pelo defendente, destaca os termos dos artigos 255, 257 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA). Em relação ao fato gerador do ICMS na importação comentado pela autuada, descreve os trâmites legais para efetivação de uma importação no sentido de demonstrar que a autuada está equivocada nesse aspecto da defesa.

Destaca, também, que a autuada afirma que o pescado merluza é isento, transcrevendo o artigo 265, II, do RICMS/12, que destaca. Diz então que a isenção de que trata o artigo 265, refere-se a saídas internas de pescado, inclusive não especifica o tipo do pescado. Por outro lado, aduz que a autuada não está promovendo saída de filé de merluza. Ela, sim, efetivou a importação de filé de merluza, operações completamente, distintas. Observa que a importação do filé de merluza efetuada pelo contribuinte está perfeitamente enquadrada no artigo 286 do RICMS, em que trata do diferimento. Salienta que a lide da ação fiscal não se desenvolve sobre a isenção do pescado. O motivo da autuação foi a situação cadastral irregular da empresa, pois sua Habilitação para o Deferimento estava INAPTA, no momento da importação.

Diz também que, mesmo admitindo a hipótese do merluza ser isento, como a situação cadastral da empresa estava irregular no momento do desembaraço aduaneiro, lhe obrigaria recolher antecipadamente o imposto. Na forma do artigo 332 do RICMS/BA, que o descreve.

Concluindo, diz que a autuada alega que sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente as obrigações tributárias, inclusive as acessórias. Observa que não procedem as informações da defendente de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente as obrigações tributárias, pois levantamentos feitos nos Sistemas de Controle da SEFAZ mostram um contribuinte descumpridor de suas obrigações fiscais - a empresa foi autuada 03 vezes (AI 277829.0036/12-9, 209830.001/12-0 e 277829.0033/12-0), por estar omitindo entradas e saídas de mercadorias. Além desses autos existe o AI nº 2986290055/11-9 de 2011 sendo pago através de parcelamento. O contribuinte deixou, também, de recolher a diferença de ICMS por substituição tributária entre o informado pela DMA

e o recolhido nos meses de maio e julho de 2009. Observa, também, que, além dessas irregularidades, a empresa deixou de apresentar DMA no mês julho de 2012 e a DMP – Declaração da Movimentação de Produtos com ICMS Diferido, em agosto de 2012.

Ante o exposto, à luz de todos os elementos probatórios trazidos aos autos, assevera que os procedimentos fiscais foram realizados observando fielmente os limites da legislação de regência do ICMS. Por estas razões é que mantém o presente auto de infração na sua inteireza, no sentido de coibir as práticas irregulares promovidas pelo sujeito passivo, que obriga a todos os cidadãos, salvaguardar o interesse do estado e do erário público. Pede que seja julgado PROCEDENTE por se tratar de um ato de PURA JUSTIÇA aos direitos líquidos e certos do Estado.

O contribuinte autuado, às fls. 107 a 115, volta a manifestar nos autos, agora em relação aos termos da Informação Fiscal, que reitera todos os termos da defesa apresentada. Por sua vez o Fiscal Autuante volta a apresentar nova Informação Fiscal à fls. 125 a 128, também, reiterando todos os termos de sua informação inicial, destacando de que não há motivos para nulidade da ação fiscal aventada pelo defendente, nem tampouco improcedente.

Objetivando a busca da verdade material, em pauta suplementar do dia 24/11/2013, a 3ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência a Diretoria de Administração Tributária (DITRI), para que:

Como órgão da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que, dentre outras atribuições, tem por finalidade responder a consultas em questões tributárias, solicita que seja emitido um parecer técnico, informando:

PRIMEIRO: (1) se o contribuinte autuado foi cientificado do cancelamento da inscrição estadual? Em caso positivo, qual foi o meio de comunicação, inclusive, se for o caso acostar os autos os elementos probantes; (2) descrever os motivos que levaram o cancelamento da inscrição do autuado; e (3) quando e qual o período que ficou cancelada a inscrição do autuado;

SEGUNDO: (1) informar se os motivos que levaram ao cancelamento da inscrição estadual do autuante, são motivadores para se efetivar o cancelamento da habilitação do autuado para operar no Regime de Diferimento, como se observa no documento acostado aos autos à fl. 9, que é o objeto da presente autuação; (2) em caso positivo, informar o período inicial e final de que o autuado estava INAPTO para operar no regime de Diferimento.

Emitido o Parecer técnico, os autos deve retornar para a Secretaria deste CONSEF, com fins de julgamento da lide.

A Diretoria de Administração Tributária (DITRI) emite Parecer Técnico, onde, após descrever os artigos 27 e 287, §§ 2º e 3º do RICMS/BA, traz o seguinte posicionamento:

- *“Em princípio, conforme preceitua o RICMS/BA, no seu art. 287, §§ 2º e 3º, não existe em tese, a previsão de cancelamento da habilitação para operar no regime diferimento, pela condição de inaptidão do contribuinte. Mas, concedendo que essa habilitação representa um ato vinculado a inscrição, não poderia prevalecer na situação de inaptidão da inscrição. (Grifo acrescido)”*
- *De acordo com a informação constante nos autos, a inscrição do contribuinte permaneceu inapta no período de 10/08/2012 a 13/08/2012; (Grifo acrescido)*
- *Quanto ao período inicial e final, em que a habilitação para operar no regime de diferimento permaneceu cancelada, consta o período de 10/08 a 25/10/2012;*
- *A data da ocorrência do fato gerador da autuação, período de 15 e 16/10/2012, onde consta a situação de ativo no Cadastro da SEFAZ, e inapto a operar no regime de diferimento na importação de bacalhau, merluza, pirarucu e salmão e rã.*
- *Vale ressaltar, que após sanada a situação motivadora da inaptidão, ou seja, regularizada a entrega da DMA, o sistema não retoma a condição anterior do contribuinte, ou seja, habilitá-lo de ofício a operar no regime de diferimento.”*

VOTO

Versa a autuação sobre constituição de crédito nas operações de importação de mercadorias do exterior por falta de recolhimento do ICMS devido nas importações realizadas através das DI's nº 12/1921393-6 e 12/1926771-8, com datas de registro em 15 e 16/10/2012, relativas as mercadoria *bacalhau salgado e file de peixe congelado merluza*, respectivamente, exigindo o valor de R\$ 114.887,94, acrescido da multa de 60%, uma vez que o sujeito passivo encontrava-se com sua habilitação para operar no regime de diferimento cancelada por conta de estar com a sua situação cadastral na condição de INAPTA, perante a SEFAZ, decorrente de atraso na entrega da DMA.

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, em especial as disposições do art. 28 argüido pelo defendente, que faz referência ao início da fiscalização, onde, amparado no art. 26 do mesmo instrumento legal, o Fiscal Autuante considerou iniciado o procedimento fiscal com a intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização à fl. 7 dos autos, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos, também acostados aos autos às fls. 4 a 27, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos. Refuto, portanto o pedido de nulidade argüido de forma geral pelo defendente por falta de fundamentação e instrução legal aceitável, pois o enquadramento da autuação está em total conformidade com a descrição dos fatos relacionados às ocorrências fiscais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de defesa com plenitude.

O sujeito passivo, em suas razões de defesa, diz que o Regulamento do ICMS da Bahia (Decreto 13.780/12) não lista como previsão de cancelamento da habilitação ao regime de diferimento a vinculação com a inaptidão da Inscrição Estadual. De fato as motivações do cancelamento da fruição do benefício do regime do diferimento, concedida ao sujeito passivo em operações de importações de mercadorias do exterior, através da habilitação nº 53570006 (fl.162), fundada pelas disposições do art. 287, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, de 16/03/2012, vigente à época dos fatos geradores, são as listadas abaixo, extraídas dos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo legal:

*“§2º A **habilitação será cancelada** a qualquer tempo, se for constatada grave irregularidade praticada pelo contribuinte, em proveito próprio ou de terceiro, prevalecendo-se daquela habilitação.(Grifos acrescidos)*

§3º Não será concedida habilitação para operar no regime de diferimento a contribuinte que se encontrar em débito para com a fazenda pública estadual, inscrito em Dívida Ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa.”(Grifos acrescidos)

A inaptidão da inscrição do sujeito passivo no cadastro de Contribuinte da SEFAZ à época dos fatos foi decorrente da falta de entrega da DMA (art. 27, VI. do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12), conforme indicado no despacho da Gerencia de Informações Fiscais (GEIEF) à fl. 165, ratificada pelo parecer técnico emitido pela Diretoria de Tributação (DITRI) às fls. 168 a 169.

Como tal, não se observa que a inaptidão de ofício da inscrição estadual do sujeito passivo tenha sido por conta de débito inscrito em Dívida Ativa, nem tampouco por grave irregularidade que venha justificar sua perda de habilitação a fruição do benefício do regime de diferimento na forma esculpida pelo art. 287, do RICMS/BA, por ter permanecido na condição de INAPTA por três dias, no período de 10 a 13/08/2012, conforme descrito no corpo do parecer à fl. 169, com isso impossibilitando o sujeito passivo de usufruir do instituto do benefício fiscal da isenção em operações internas acobertadas pelo art. 265 do mesmo diploma legal.

Assim, não havendo como enquadrar a inaptidão da inscrição estadual, objeto da presente autuação, nas prerrogativas determinadas pelos §§ 2º e 3º, do art. 287, do RICMS/BA, acima destacados, que norteiam a fruição do benefício do diferimento, resta insubsistente a autuação.

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020983.0001/12-0** lavrado contra **DISALLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR