

PROCESSO	- A. I. Nº 117926.0005/14-9
RECORRENTE	- CONSTRUPISO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0257-03/14
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 05/02/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0012-12/15

**EMENTA:** ICMS. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O contribuinte importador tem direito em fazer jus à dilação de prazo, sendo incontroverso a apresentação à fiscalização, no ato do desembarço, pois o recolhimento do ICMS antecipação tributária não se constitui em ilícito tributário, desde que comprovado pelo sujeito passivo que preenchia os requisitos previstos no art. 332, §§ 2º e 3º, incisos I, II e III do RICMS, no qual faculta recolher o tributo em até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria, sendo o ICMS pago dentro do prazo. Rejeitada as preliminares suscitadas, de ofício, pelo relator. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão epígrafeado que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 03/06/2014 para exigir ICMS no valor de R\$16.456,37 acrescido da multa de 60%, por imputar o recolhimento a menos por erro na determinação da base cálculo relativo à mercadoria oriunda do exterior, (infração - 51.01.05), conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 117926.0050/14-4, lavrado em 22/05/2014, fls. 05 e 06. Demonstrativo à fls. 20.

Consta na “Descrição dos Fatos” que: “A empresa Construpiso Materiais de Construção LTDA., acima qualificada importou 1.530 cx com pastilha de vidro, com valor aduaneiro de R\$91.101,24(noventa e um mil, cento e um reais e vinte e quatro centavos), através da DI nº 0935238-4, data de registro de 16/05/2014 e desembaraço ocorrido em 19/05/2014, tendo como recinto alfandegado EADI - CIA Empório, situado na Av. L. Tarquínio, nº 69 Bairro Boa Viagem, em Salvador, Bahia, que expediu o Controle de Saída de Carga nº 03190-14 de 21/05/2014. O importador apresentou NF-e de entrada representada pelo Danfe nº 020996 e DAE nº 1402739217, no qual efetuou o recolhimento do ICMS Próprio no valor de R\$26.889,45(vinte e seis mil, oitocentos e oitenta e quarenta e cinco centavos), contudo, não foi apresentado o comprovante de recolhimento do ICMS Antecipação Tributária (MVA 61,20%) uma vez que o produto importado de (NCM 7016.10.00) consta do elenco de mercadorias sujeita a essa tributação, conforme (Prot. ICMS 26/10) na posição 24.93 do Anexo I do RICMS. Assim, o ICMS substituído é devido por antecipação no ato do desembaraço da mercadoria, conforme previsto no art. 332, inciso III, alínea “a”, do RICMS-BA/2012. A mercadoria foi liberada sob responsabilidade do destinatário que ora se posiciona na condição de fiel depositário neste processo.”

A 3ª JJF dirimiu a lide proferindo julgado nestes termos:

“O Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias procedentes do exterior e encontra-se lastreada no Termo de Ocorrência Fiscal nº 117926.0050/14-4, fls. 05 e 06, no Danfe nº 20.996, emitido pelo autuado em 19/05/2014,

fls. 18 e 19, DI nº 14/0935238-4, de 16/05/2014, fl. 15, DAE nº 1402739217, fl. 12, e no “Demonstrativo de Débito” no valor de R\$16.456,73, fl. 20.

A autuação, cujo objeto é a operação de importação da China pelo impugnante de 1.530 cx de pastilhas de vidro - NCM 7016.10.00, fundamenta-se no fato do autuado não ter apresentado à fiscalização o comprovante de recolhimento do ICMS Antecipação Tributária (MVA 61,20%) uma vez que o produto importado consta do elenco de mercadorias sujeita a essa tributação, conforme (Protocolo ICMS 26/10) na posição 24.93 do Anexo I do RICMS-BA/12, sendo o ICMS substituído devido por antecipação no ato do desembaraço da mercadoria, de acordo com o previsto no art. 332, inciso III, alínea “a”, do RICMS-BA/2012. O impugnante somente apresentou à fiscalização a NF-e de entrada representada pelo Danfe nº 020996 e DAE nº 1402739217, no qual efetuou o recolhimento do ICMS Próprio no valor de R\$26.889,45.

O autuado ingressou com justificativa e, 05/08/2014, fl. 32, informando que recolheu o ICMS referente ao valor exigido no Auto de Infração no valor de R\$16.456,32, conforme cópia do DAE, fl. 37 e Verso. Sustentou o impugnante que ao contrário do entendimento da fiscalização de que o ICMS - Antecipação Tributária é devido no ato do desembaraço, por preencher os requisitos preconizados pelo §2º do art. 332 do RICMS-BA/12, lhe é concedido o direito de recolher o imposto no dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias importadas no seu estabelecimento. Por isto, requereu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante manteve a autuação asseverando que o ICMS - Antecipação Tributária é devido no momento do desembaraço, conforme expressamente consta na alínea “a” do inciso III do art. 332 do RICMS-BA/97.

Assim, fica patente nos autos que o deslinde do contraditório instalado nos presentes autos gravita, tão-somente, em torno do momento em que deve ser recolhido o ICMS - Antecipação Tributária nas operações de importação de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O teor do dispositivo normativo de regência - alínea “a”, do inciso III, do art. 332 do RICMS-BA/12- vigente à época do fato gerador, de forma cristalina e incisiva determina que nas importações de mercadorias importadas sujeitas ao regime de substituição tributária o momento do recolhimento do imposto é antes da entrada no território deste Estado, in verbis:

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;”

Logo, considerando que, a ação fiscal se iniciou em 22/05/2014, com a lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 05 e 06, o desembaraço aduaneiro, marco da entrada das mercadorias no território deste Estado, ocorreu em 19/05/2014, fl. 13, e o pagamento do exato valor da exigência fiscal efetuado pelo autuado em 25/05/2014, fl. 12 e verso, resta evidenciado que o adimplemento da obrigação tributária, além de ter sido realizado muito depois da entrada das mercadorias neste Estado, quando efetuado o impugnante já se encontrava sob ação fiscal.

Em que pese ser verdadeira a assertiva aduzida pelo autuado em suas razões de defesa de que o §2º do art. 332 do RICMS-BA/12 faculta o recolhimento até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, a utilização do benefício da dilação do prazo é condicionada aos requisitos estatuídos nos incisos I, II, III do §2º e do §3º, do aludido dispositivo regulamentar, in verbis:

“§2º ...

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

§ 3º O titular da Diretoria de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte poderá, com base em informações acerca do investimento e da capacidade contributiva do contribuinte que assegurem o cumprimento da obrigação relativa à antecipação tributária, dispensar o requisito previsto no inciso I do §2º deste artigo.”

Convém salientar que o autuado, apesar de afirmar, em sede defesa, ter anexado aos autos comprovação de que preenchia requisitos exigidos para recolhimento do imposto no dia 25 do mês subsequente à entrada das

*mercadorias em seu estabelecimento não carreou aos autos qualquer elemento de prova.*

*Assim, não há como prosperar as alegações defensivas, por isso, considero integralmente caracterizada a autuação.*

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser compensado o valor recolhido no momento da quitação do Auto de Infração.”*

Resistindo ao teor do julgado, o sujeito passivo interpôs Recurso reiterando os mesmos fundamentos esposados na sua impugnação, no sentido de que as mercadorias importadas constantes da NF-e nº 20996, sujeitam-se ao regime de substituição tributária e que por isto era devido o ICMS - Antecipação Tributária não no ato do desembaraço, mas sim no dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias.

Entende que não se encontra obrigada a recolher a Antecipação Tributária no ato do desembaraço, por lhe ser concedido o direito expressamente no §2º do art. 332 do RICMS-BA/12, a recolher o imposto até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no seu estabelecimento.

Por fim, junta documentos e pede o provimento do apelo.

Ante o valor do tributo exigido no Auto de Infração em tela, a PGE/PROFIS não foi instada a proferir Parecer.

## VOTO

O exame do Recurso Voluntário evidencia que não há controvérsia acerca da importação, pelo sujeito passivo, de 1.530 caixas com pastilhas de vidro oriundas da China, no valor aduaneiro de R\$ 91.101,24, através da DI nº 14/0935238-4, data de registro de 16/05/2014, nem tampouco que o desembaraço ocorreu em 19/05/2014, tendo o início da ação fiscal ocorrido quando do trânsito da mercadoria.

Antes de entrar no exame do mérito, de ofício, considero presente vício de nulidade do Auto de Infração a inquiná-lo, isto porque, conquanto conste que a exigência decorreu de erro na determinação da base de cálculo, em verdade, o ilícito tributário refere-se ao recolhimento a destempo do ICMS antecipação tributária (MVA 61,20%), sob o entendimento de que o autuado não apresentou ao Fisco, no ato do desembaraço, o comprovante de recolhimento respectivo.

Fundamento melhor. É que consta na descrição fática da autuação que: “(...) contudo, não foi apresentado o comprovante de recolhimento do ICMS antecipação tributária (...), enquanto que, na descrição do ilícito tributário, consta que se trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos por erro na determinação da base de cálculo”.

Há, portanto, um descompasso entre a descrição dos fatos e a infração, discrepância esta que tem o efeito de causar a insegurança jurídica na acusação fiscal a teor do que preconiza o art. 18, IV, “a” c/c art. 2º ambos do RPAF-BA.

Há, ainda, outro vício de nulidade que, de ofício, constato, qual seja, a ausência de assinatura do autuado no Termo de Ocorrência Fiscal no qual não foi apostila a assinatura do contribuinte, como deveria.

Mas, em que pese inferir tais vícios de nulidade no nascedouro do Auto de Infração, por força do que estatui o parágrafo único do art. 155 do RPAF-BA, vislumbrando se configurar hipótese de improcedência ante as provas que foram apresentadas pela defesa a esta CJF, passo a adentrar no mérito.

Centra-se a discussão quanto ao direito do contribuinte importador em fazer jus à dilação de prazo, sendo incontrovertido que não foi apresentada à fiscalização, no ato do desembaraço, o recolhimento do ICMS antecipação tributária, visto que, foi efetuado *a posteriori*, o que, todavia, não se constitui em ilícito tributário, desde que comprovado pelo sujeito passivo que preenchia,

na íntegra, quando do desembaraço aduaneiro, os requisitos previstos no art. 332, §§ 2º e 3º, I, II e III do RICMS que lhe facilita recolher o tributo em tela até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria. Logo, devo concluir que o ICMS antecipação tributária foi pago dentro do prazo, e não extemporaneamente.

Verifica-se, destarte, que a JJF não decidiu neste sentido, pela insubstância do Auto de Infração, porque até àquela fase processual deste PAF, como inclusive encontra-se mencionado no bojo do julgado, não havia sido ainda coligida pelo contribuinte a prova desses requisitos, o que somente se sucedeu no apelo a este Colegiado com o condão de comprovar as alegações recursais.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **117926.0005/14-9**, lavrado contra **CONSTRUPISO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS