

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

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. 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 desembaraço, 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 epigrafado 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, ocorrera 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 carregou 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 aposta do 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 incontroverso 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 faculta 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 insubsistência 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