

PROCESSO - A. I. Nº 210425.0018/14-4
RECORRENTE - ÁREA TECHNICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0028-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0379-12/15

EMENTA: ICMS IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO JUNTO À SEFAZ PARA OPERAR NO DIFERIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A habilitação junto à SEFAZ para operar no regime de diferimento configura descumprimento de obrigação acessória para contribuintes habilitados para realizar operações com diferimento mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, pois, o está dispensado da habilitação junto à SEFAZ, nos termos do inciso VII do § 1º do art. 287 do RICMS/12. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 04/02/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/07/2014, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$27.270,85 (vinte e sete mil duzentos e setenta reais e oitenta e cinco centavos), em decorrência do cometimento da seguinte infração.

***Infração 01.** – Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.*

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 26/29), alegando preliminares de nulidade, bem como atacando o mérito da infração.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 37/44), mantendo o Auto de Infração em todo o seu teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

De plano, constato que a formalização do lançamento preenche todos os requisitos legais, tendo sido observados e obedecidos os pressupostos para a sua regular constituição, não havendo qualquer infringência específica aos artigos 18 e 39 do RPAF-BA/99.

Ao compulsar as peças do processo constato que o autuante lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal 210425.0018/14-4 em 14/07/2014, tendo, na mesma data, sido dado conhecimento do ocorrido à empresa autuada, conforme documento de fls. 05 e 06. O demonstrativo de apuração da base de cálculo encontra-se anexado às fls. 09 e 10, e o DANFE relativo à operação encontra-se à fl. 18.

No mérito, o cerne da questão é a possibilidade do estabelecimento autuado efetuar a importação de equipamento destinado a integrar o seu ativo permanente, amparado em diferimento do ICMS.

É cediço que o fato gerador do tributo é regido pela legislação em vigor na data de sua ocorrência, nos termos do art. 144, caput, CTN.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Na situação em apreço, conforme exposto no Relatório supra, a Declaração de Importação foi emitida no dia 08/07/2014 e o pedido de diferimento foi protocolado na Inspetoria de Eunápolis em 17/03/2014, fl. 30, já na vigência da alteração regulamentar, abaixo transcrita, ocorrida no dia 29/03/2013.

“Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

[...]

XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, desde que o desembaraço aduaneiro ocorra em território baiano, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo;

[...]

§ 14. Para fruição do tratamento previsto no inciso XXV, o contribuinte deverá encaminhar pedido ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA para obter autorização prévia, com prazo determinado, que somente será concedida se o contribuinte:

I - apresentar projeto de implantação ou ampliação da planta de produção com cronograma de execução;

II - declarar que se trata de bens a serem utilizados no processo de implantação ou ampliação da planta de produção ou automação;

III - não possuir débito inscrito em dívida ativa, exceto se estiver com a exigibilidade suspensa.

Nota: A redação atual do §14 do art. 286 foi dada pela Alteração nº 12 (Decreto nº 14.372, de 28/03/13, DOE de 29/03/13), mantida a redação de seus incisos, efeitos a partir de 29/03/13.

Redação originária, efeitos até 28/03/13:

§14º Para fruição do tratamento previsto no inciso XXV, o contribuinte deverá obter autorização prévia do inspetor fazendário, com prazo determinado, que somente será concedida se o contribuinte: (...).”

Do mesmo modo vigorava por ocasião da ocorrência do fato gerador o Regulamento do Programa DESENVOLVE aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002:

“Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

a) nas operações de importação de bens do exterior;

[...]

*§ 1º Os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão **providenciar junto a Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime**, exceto em relação à hipótese prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo”.*

Convém salientar que por ocasião do fato imponible (importação), já estava em vigor há cerca de um ano a nova redação do art. 286, inciso XXV, §14, do RICMS-BA/2012.

Em sede de defesa o contribuinte apenas alegou, sem carrear aos autos qualquer comprovação, ter encaminhado seu pedido de credenciamento ao PROBAHIA/DESENVOLVE. Frisou também o defendente que transcorreram 120 dias entre a data em que protocolou o pedido de habilitação e o seu indeferimento.

Ao compulsar os autos verifico que foi indeferido o pedido de habilitação para de diferimento, fl. 46, em que pese não ter sido atentado quanto ao previsto no art. 108 do RPAF-BA/99, por ocasião da intimação do autuado para prestar informação no Processo 117088/2041-0, eis que fora contatado por telefone, e não “quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem”, conforme se verifica no Parecer Opinativo à fl. 45.

Portanto, não comprovado o credenciamento nos termos definidos no dispositivo legal, muito menos o correlato deferimento por parte da Autoridade Fazendária, não há que se falar na espécie de substituição tributária pretendida pelo autuado.

Logo, inexistente situação incontroversa, o que demonstra a improcedência das razões de defesa, não basta o protocolo do requerimento à Autoridade Fazendária, mesmo antes da ocorrência do fato gerador, mas o

efetivo deferimento até a data de ocorrência da importação.

Isto significa dizer que a Resolução do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, por si só não é capaz de dispensar o contribuinte do recolhimento do ICMS pela importação de bens para seu ativo fixo, sendo necessária, a concessão de autorização prévia do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, concomitantemente, com habilitação a ser concedida pela Secretaria da Fazenda.

Logo, não há dúvida de que o contribuinte ao se tornar beneficiário de tal regime, se submete ao regramento específico imposto, ao realizar as suas operações.

No caso em comento, consoante já expendido acima, o próprio sujeito passivo reconhece que apenas requereu o regime do diferimento, sem, no entanto, ter sido deferido pela autoridade fazendária.

Dessa forma, existindo tal requisito (autorização para operar no regime de diferimento concedido pela Secretaria da Fazenda), não obedecido pelo sujeito passivo, resta, portanto, violada a regra contida no RICMS-BA/2012:

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

[...]

IV - até o momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem, nas importações do exterior e nas arrematações em leilões e nas aquisições em licitação promovidos pelo poder público, de mercadorias ou bens importados e apreendidos ou abandonados;”

Em tal situação, ocorrido o fato gerador do imposto e não tendo feito o recolhimento devido, sujeitou-se o sujeito passivo a ser apenado, não podendo prosperar suas alegações.

Por tais razões, concluo pela subsistência da autuação. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrente:

- a) Observou, de plano, que a produção do lançamento teria preenchido todas as formalidades legais, não havendo qualquer infringência aos artigos 18 e 39 do RPAF/99, bem como que, ao compulsar as peças do processo, observou que o autuante teria lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal em 14/07/2014, e que o contribuinte teria tomado conhecimento do ocorrido nessa mesma data. Constatou ainda que o demonstrativo de apuração da base de cálculo, bem como o DANFE relativo à operação, encontrar-se-iam anexados aos autos;
- b) Quanto à alegação de que o impugnante estaria amparado pelo diferimento do ICMS, observou que à época dos fatos, já se encontrava em vigor a nova redação do art. 286, XXV, §14, do RICMS/BA. Continuou, afirmando que não quedara comprovado o credenciamento do impugnante, nos termos definidos no dispositivo legal, e muito menos seu correlato deferimento;
- c) Arguiu que não bastaria o protocolo do requerimento à Autoridade Fazendária, ainda que em período anterior à ocorrência do Fato Gerador, para se falar nessa espécie de substituição tributária; mas sim o seu efetivo deferimento até a data da ocorrência da importação. Argumentou que isso equivaleria a dizer que a Resolução do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, por si só não seria capaz de dispensar o contribuinte do recolhimento do ICMS pela importação de bens para o seu ativo fixo, sendo necessária a concessão de autorização prévia do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, concomitantemente à habilitação a ser concedida pela Secretaria da Fazenda;
- d) Considerou que o requisito não obedecido pelo contribuinte, teria ferido a regra contida no art. 332 do RICMS/BA, e que o lançamento seria totalmente procedente.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 68/69)**.

- i. Afirmou que obedeceu aos procedimentos legais, uma vez que teria protocolado o requerimento na INFAZ/Eunápolis em 17/03/2014, conforme o Procedimento Administrativo Fiscal/Deferimento de nº 049008/2014-9, e que seria razoável considerar que tal procedimento teria disponibilizado tempo suficiente para a devida regularização, vez que a DI fora emitida em 08/07/2014;

- ii. Observou que, entre a data de protocolo (17/03/2014) e a data do arquivamento (16/07/2014) teriam se passado 120 dias, bem como, salientou que na referida data a empresa já se encontraria habilitada junto ao PROBAHIA/DESENVOLVE e SEFAZ/BA - conforme habilitação de nº 8669000-0;
- iii. Argumentou ainda que a recorrente estaria passando por dificuldades financeiras, e que estaria se projetando para a geração de pelo menos 100 empregos diretos;
- iv. Afirmou que os equipamentos foram adquiridos para integrar o ativo imobilizado, e que estes, estariam presentes no pátio da empresa. Portanto, arguiu que o Estado poderia determinar vistoria para devida comprovação da ampliação, investimento e geração de emprego;
- v. Concluiu, por fim, que existiriam elementos suficientes a análise do presente recurso, uma vez que diria respeito a caso idôneo e sem má-fé.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do recurso.

Em assentada de julgamento esta CJF na busca da verdade material decidiu por converter o presente processo em diligência à INFAZ de origem para que a mesma procedesse à juntada de cópia integral do Processo nº 117088/2014 a fim de verificar se o pedido de diferimento formulado preenchia os requisitos legais e se fora formulado com embasamento no art. 286 do RICMS.

Tendo sido juntada a cópia do referido processo (fls. 89 a 95) foi possível constatar que a contribuinte formulou o seu pedido de diferimento em 26/06/2014, com fundamento no referido art. 286 do RICMS.

VOTO

Preambularmente destaco que a autuação versa sobre um único lançamento, qual seja, a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Observe que o Recorrente sustentou suas alegações no fato de que teria protocolado o requerimento do benefício do diferimento do ICMS em 17 de março de 2014, e que o parecer (o qual opinou pelo indeferimento do pedido) teria sido proferido apenas em 16 de julho de 2014 (120 dias após o requerimento). Ou seja, basicamente sustenta que tal período seria por demasiado longo e que por isso teria efetuado a importação sem a necessária autorização fazendária.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que o agente autuante relata que o contribuinte é beneficiário do DESENVOLVE, fato também afirmado pelo próprio contribuinte.

A questão principal da presente lide consiste na definição acerca da natureza do disposto no § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02. Se é obrigação acessória ou condição para fruição do benefício.

O autuado foi habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), referente a projeto de ampliação, por meio da Resolução nº 155/2010 que, dentre outras coisas, concedeu diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações de bens destinados ao ativo fixo.

O art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE estabelece a hipótese de diferimento nas operações de importação de bens do exterior destinados ao ativo fixo quando efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

"Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

- a) nas operações de importação de bens do exterior;
- b) nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado;
- c) nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;"

O RICMS/12 estabelece diversas hipóteses de diferimento e inclui no art. 287 regramento que expressamente condiciona a fruição do benefício a que o adquirente ou destinatário possua habilitação junto à repartição fiscal de seu domicílio tributário:

"Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:"

Desta feita, a habilitação exigida pela SEFAZ tem como objetivo principal controlar as operações em que será admitida a substituição da responsabilidade tributária, atribuindo-a apenas a contribuintes que não possuam débitos inscritos em dívida ou que, possuindo, esteja com a exigibilidade suspensa, conforme disposto no § 3º do art. 287.

O § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE exige que o contribuinte destinatário das mercadorias, cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento, busque junto à SEFAZ habilitação específica para operar no regime de diferimento, excluindo a necessidade dessa habilitação quando tratar-se de aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Tal exigência não se apresenta como na forma prevista no art. 287.

Entendo que não foi estabelecida como condição para fruição do benefício, mas como um dever do contribuinte. A condição para fruição do benefício está expressa no caput do art. 2º, sendo ela a habilitação mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. O descumprimento dessa obrigação acessória não pode anular a habilitação concedida mediante resolução do DESENVOLVE.

Importante, também, lembrar que dentre as hipóteses de diferimento existentes no RICMS/BA, chama a atenção aquela prevista no inciso XXV do art. 286, em que o diferimento se aplica nas entradas decorrentes de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial para uso em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, desde que, dentre outras coisas, haja autorização prévia do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, ficando, nesses casos, dispensado da exigência da habilitação existente no RICMS como condição para fruição do benefício, conforme disposto na alínea "d" do inciso V do § 1º do art. 287:

"Art. 286

XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior, nas operações internas, desde que produzidos neste Estado, e nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo;

§ 14. Para fruição do tratamento previsto no inciso XXV, o contribuinte deverá encaminhar pedido ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA para obter autorização prévia, com prazo determinado, que somente será concedida se o contribuinte:"

"Art. 287.

§ 1º São dispensados da habilitação prevista neste artigo:

V - os adquirentes ou destinatários:

d) dos bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, de que cuida o inciso XXV do caput do art. 286;"

Além de servir como controle para evitar que contribuintes em débito com a Fazenda Pública assumam a condição de substituto tributário, a habilitação junto à SEFAZ para operar no regime de diferimento, como condição para fruição do benefício, existe para dar segurança jurídica aos

remetentes das mercadorias quanto à desoneração do imposto nas operações que realiza.

A dispensa da habilitação na SEFAZ nos casos de aquisição interestadual de bens para o ativo fixo por beneficiário do DESENVOLVE, prevista no § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE, se justifica porque neste caso o remetente não terá dúvida se deve destacar ou não o imposto, pois nas operações interestaduais destinadas à Bahia sempre haverá o destaque, sendo irrelevante para o remetente se o destinatário é beneficiário ou não do DESENVOLVE.

Na hipótese do inciso XXV do caput do art. 286 do RICMS/12, a dispensa da habilitação prevista no art. 287 justifica-se pelo fato de que a autorização prévia do Conselho Deliberativo do PROBAHIA presume que já ocorreu o controle dos requisitos exigidos do beneficiário para assumir a condição de substituto tributário, constituindo-se na única condição para fruição do benefício.

O texto do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE estabelece como condição para fruição do diferimento a habilitação do contribuinte mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. É bastante razoável entendermos que a habilitação exigida no § 1º do mesmo artigo passa a ter a conotação de obrigação tributária acessória, visando facilitar os controles imediatos da SEFAZ, principalmente no trânsito de mercadorias e dar segurança jurídica aos remetentes nas saídas com desoneração do imposto.

Inadmissível compreender que existem duas habilitações como condição para fruição do benefício e que a emanada por um setor da fiscalização tenha o poder para anular um benefício concedido por um Conselho composto pelos secretários de Estado, após análise dos projetos apresentados pelos interessados, onde foi verificada a conveniência e a oportunidade do projeto para o desenvolvimento econômico, social ou tecnológico do Estado.

No caso do inciso XXV do art. 286 do RICMS/12, como o beneficiário do tratamento não possui habilitação junto à SEFAZ, a fiscalização precisa recorrer às informações existentes em seus sistemas internos para comprovar que o contribuinte está habilitado a operar no regime de diferimento, neste caso concedido mediante autorização prévia do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Da mesma forma, o contribuinte habilitado ao diferimento mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE já preencheu o requisito necessário à fruição do benefício, cuja informação está acessível à fiscalização nos sistemas internos da SEFAZ.

A falta da habilitação do contribuinte, nos termos do § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE, configura descumprimento de obrigação acessória e como tal deve ser tratada. Importante se torna toda essa explanação para caracterizar que os contribuintes que possuem resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para operar no regime de diferimento não podem ter esse tratamento tributário cancelado pela falta de cumprimento da obrigação acessória de buscar habilitação na SEFAZ para operar nesse regime. O que afasta a possibilidade de exigência de falta de recolhimento do imposto.

Entretanto, também não será possível exigir do autuado multa por descumprimento de obrigação acessória pois, no caso específico de importação do exterior de bem destinado ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial, existe uma regra de aplicação geral no inciso VII do § 1º do art. 287 do RICMS/12 que dispensa a habilitação para operar no regime de diferimento:

Art. 287

§ 1º São dispensados da habilitação prevista neste artigo:

VII - estabelecimentos industriais ou agropecuários, nas entradas decorrentes de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado.

Assim, embora não haja uma dispensa expressa no regulamento do DESENVOLVE para o cumprimento da obrigação acessória de habilitação junto à SEFAZ, a regra acima referida deve ser aplicada por ser mais favorável ao contribuinte.

Situação idêntica também foi tratada no recente Acórdão 5ª JF nº 0177-05/15, para a qual usei como base também para o presente voto.

Em razão disso, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o 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 **210425.0018/14-4**, lavrado contra **ÁREA TECHNICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS