

A. I. Nº - 117926.0007/14-1
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTE - GUSTAVO SILVA DE BRITO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 30.07.15

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-05/15

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DIFERIMENTO DO IMPOSTO. NÃO ATENDIDAS AS CONDIÇÕES PARA A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS devido na Importação, cujo fato gerador ocorre no momento do desembaraço aduaneiro. O sujeito passivo não recolheu o tributo alegando diferimento, contudo não apresentou Certificado de Habilitação de Diferimento, conforme determina o art. 2º, §1º do Dec. 8205/2002, que exige a habilitação específica para operar com o regime do diferimento. Sem o atendimento da aludida condição, ou seja, a obtenção da habilitação junto à Sefaz, conforme, acima alinhado, não há fruição do benefício do diferimento, indevidamente utilizado pelo sujeito passivo, que deveria recolher o tributo até o momento do despacho aduaneiro, conforme art. 332 do RICMS/2012. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/09/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$78.265,42 em razão da seguinte irregularidade: *"Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia"*. Multa de 60% - Art. 42, II, "f".

O autuado, às fls. 45 a 62 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento de ofício, alinhando ressalvas quanto à tempestividade. Afirma que não deve prosperar o Auto de Infração em razão de que o autuado *"goza do benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações de bens destinados ao ativo fixo, nos termos da Resolução nº 172/2013, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, publicada no Diário Oficial de 16/01/2014, que habilitou o Contribuinte ao Programa"*.

Diz também, que entende ser exorbitante a multa aplicada, correspondente a 60% do valor da suposta operação não tributada, é inadequada ao caso em apreço, e finda por configurar intuito confiscatório no lançamento perpetrado pela autoridade autuante.

No mérito, afirma ser improcedente a autuação devido ao fato ser habilitado no DESENVOLVE, pois o lançamento da integralidade do imposto ocorreu sob o argumento de que a Impugnante supostamente teria deixado de cumprir a obrigação acessória prevista no parágrafo 1º, artigo 2º do Decreto nº 8.205/2002, referente à apresentação de Certificado de Habilitação ao Diferimento no programa DESENVOLVE para fins de gozo do benefício.

Ressalta que embora a autuação seja ausência de recolhimento de ICMS, o limite da controvérsia gira em torno da obrigação de exibição prévia do Certificado de Habilitação no Programa para fins de fruição do benefício fiscal outorgado no âmbito do Programa DESENVOLVE.

Explica que a premissa utilizada pela autoridade fiscal é equivocada, primeiro, em razão de que a autuada é beneficiária do Programa DESENVOLVE desde 2007, fazendo jus, portanto, ao diferimento do recolhimento do ICMS na importação de bens para o ativo imobilizado, segundo, a ação fiscal extrapolou suas funções, invadindo a competência do Conselho Deliberativo do

Programa, ao promover lançamento previsto exclusivamente para a hipótese de cancelamento da habilitação e, terceiro, porque a apresentação do apontado Certificado não consta como condição para obtenção do incentivo, razões pelas quais falece de legitimidade o lançamento fiscal por ausência do recolhimento de ICMS.

Chama atenção a transcrição do Decreto nº 13.780/12 (RICM/BA) - Art. 286, XXV. Esclarece que o artigo 4º da Lei nº 7.980 de 12.12.2001, que instituiu o Programa DESENVOLVE, dispõe que a competência para autorizar e aprovar a utilização do incentivo do Conselho Deliberativo. Reproduz o citado artigo.

Pontua que em linha com o procedimento previsto na Lei nº 7.980/2001, a habilitação da autuada no Programa foi concedida nos termos das Resoluções nº 155/2010 e nº 172/2013, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, em que consta incontroverso o direito ao incentivo fiscal com o diferimento do ICMS nas importações de bens destinados ao ativo fixo. Transcreve as resoluções.

Observa que, de acordo com a legislação colacionada, a apresentação de Certificado de Habilitação não consta como condição para fruição do benefício. Explica que, o que se exige do contribuinte é sua habilitação perante o Conselho Deliberativo do Programa para que possa gozar do benefício, e não a exibição dessa habilitação, providência essa, aliás que poderia ter sido facilmente efetuada pela autoridade autuante com simples consulta em seus cadastros e sistemas internos. Assim, considerando as Resoluções nº 155/2010 e nº 172/2013 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, o requisito de habilitação prévia do contribuinte para fins de fruição do incentivo está devidamente atendido, não cabendo à autoridade fiscal impor a antecipação do recolhimento do tributo com base em obrigações acessórias não previstas na legislação.

Por outro aspecto, esclarece que a exigência prevista no §1º do artigo 2º do Decreto nº 8.205/2002, fundamento fático para lavratura do auto, não representa a exigência de uma nova habilitação como faz entender o lançamento impugnado, pois, se assim o fosse, caracterizaria obrigação além dos limites fixados na lei instituidora do Programa, em clara violação ao artigo 99 do CTN. Neste sentido, destaca que a previsão constante no referido §1º, art. 2º, do Decreto nº 8.205/2002, caracteriza-se como mero ato declaratório, necessário à ciência da SEFAZ/BA sobre a autorização outorgada, e que independente de aceitação prévia pela SEFAZ/BA.

Defende que, não obstante essa função declaratória, o escopo da norma já foi devidamente atendido quando da concessão do benefício, eis que o próprio regulamento do Programa, em seus artigos 14 e 15, imputam ao Conselho Deliberativo informar à SEFAZ quanto ao deferimento do benefício. Cita os artigos.

Nestes termos, salienta que ante o cotejo de toda a estrutura normativa que envolve o Programa DESENVOLVE, não poderia o auditor fiscal impor à empresa beneficiária de incentivo fiscal obrigações tributárias já supridas pelo próprio trâmite da concessão do benefício, em clara interpretação extensiva do decreto em desfavor do contribuinte, e desamparada de legalidade.

Não bastasse todos os fundamentos jurídicos já expostos, assevera que a ação fiscal ao exigir o pagamento integral e antecipado do ICMS na importação do ativo fixo promoveu o cancelamento do benefício sem ter competência para tanto, uma vez que tal poder apenas é conferido ao Conselho Deliberativo nos termos do §2º do artigo 19 do Decreto nº 8.205/2002. Reproduz o dispositivo.

Constata, portanto, que por sobra de razões, o lançamento impugnado é impertinente, e ofende diversos princípios tributários dentre eles citam-se o da razoabilidade, legalidade e segurança jurídica. Afora as questões de direito suplantadas, que revelam a ilegalidade da autuação, lembra que o programa DESENVOLVE é instrumento de política de desenvolvimento para estimular a indústria local. Segundo a própria Lei instituidora, o objetivo do programa é *“fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda(...)”*.

Todos esses efeitos previstos na norma restam comprometidos em casos como a autuação presente, diz que a tributação antecipada sobre aquisição de bens a serem integrados ao ativo fixo desestimula o incremento do parque fabril e, consecutivamente, o desenvolvimento tecnológico, criação de empregos e aumento da produção. Assim, aduz que seja pelo objetivo da norma, seja pela literal disposição dos preceitos nela encampados, a não exibição do Certificado de Habilitação não é causa de suspensão do benefício, a fim de ensejar a antecipação total do recolhimento do ICMS. Ao contrário, a referida habilitação é pública e notória, pois publicada em Diário Oficial do Estado, e comunicada previamente à SEFAZ pelo próprio Comitê Gestor. Portanto, ilegal a autuação impugnada.

Por essas razões, conclui que, diante da temeridade do Auto de Infração, é a declaração de sua improcedência.

Alega inaplicabilidade de presunção. Declara que o fiscal, ao analisar a Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira Sem Comprovação do Recolhimento de ICMS (GLME), teria constatado que não foi apresentado o Certificado de Habilitação ao Diferimento.

Pontua que a partir dessa premissa, presumiu que o autuado não estaria habilitado no Programa DESENVOLVE, e que, portanto, teria promovido o desembaraço aduaneiro sem o devido recolhimento prévio do ICMS, tendo efetuado, por tal razão, o lançamento do imposto e a aplicação da penalidade de 60%. Explica que, como visto, tal julgamento está eivado de nulidade, haja vista que a impugnante goza do benefício ao diferimento de ICMS requerido por meio da GLME.

Chama atenção que a autoridade fiscal sequer teve o cuidado de tentar analisar nos sistemas próprios da entidade fazendária para apurar se o contribuinte detém ou não o direito ao diferimento do ICMS na importação de bens do ativo fixo, até porque, se o fizesse, verificaria a regularidade do requerimento constante da GLME, e não lavraria o auto de infração impugnado.

Reitera que a autoridade apenas poderia lançar o imposto caso tivesse comprovado que a Impugnante não fazia jus ao benefício, portanto, não se admitindo presunção – de qualquer tipo em função dos princípios da estrita legalidade e tipicidade tributárias – que permita o afastamento de tal premissa. Cita entendimento José Eduardo Soares de Melo (“A Obrigação ao ICMS e o Passivo Fictício”, In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.) *Teoria Geral da Obrigação Tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.528.).

Do exposto, diz que se revela de todo frágil a conclusão extraída pelo fiscal em seu auto de infração no sentido de que a mera não apresentação do Certificado de Habilitação demonstraria a exigibilidade da integralidade do crédito tributário. Assim, pontua que se infere que a exigência do ICMS em casos como o presente, é totalmente refratária ao ordenamento jurídico, representando verdadeiro confisco tributário constitucionalmente vedado (art. 150, IV, da CF), por desfaltar o patrimônio da Impugnante fundado em mera presunção.

Por fim, afirma que não se pode perder de mira que o ônus da prova quanto aos fatos geradores da exação tributária em casos como este compete única e exclusivamente ao Fisco, a teor do que dispõe o art. 142, do CTN. Cita ponderações de Paulo de Barros Carvalho (A Prova no Procedimento Administrativo Tributário”, In: RDDT, n. 34, pp. 107-108.). Na mesma trilha, Susy Gomes Hoffmann aduz que “*cabe à Administração sempre comprovar a ocorrência do fato jurídico tributário, por meio de provas hábeis, na conformidade com a lei*”, mormente quando suas ações resultarem em imputação de irregularidades.

Assim, por todas essas razões, afirma que não há dúvidas quanto à ilegalidade da imposição ora combatida, que deve ser anulada de pronto.

Defende-se quanto à exorbitância da multa aplicada. Discorre que mesmo diante da comprovação da improcedência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal. Pede afastamento da multa através de duas razões em tal patamar: “(i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco”.

No que atine ao primeiro ponto, diz que as penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, a qual não foi realizada no feito administrativo subjacente. Em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Cita aresto proferido pelo CARF (CSRF. Recurso nº 155.351. Acórdão nº 9101-00.5496. Sessão de 11 de janeiro de 2010).

Destaca que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Registra a segunda questão. Percebe que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal. Por meio de tal dispositivo, verifica que a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais, Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”, dispõe que *“os critérios para a fixação das multas tributárias devem obedecer aos padrões do princípio da razoabilidade, isto é, devem levar em conta também se a situação ocorrida foi agravada com dolo ou culpa”* (Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 205).

Sustenta que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proporcionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco.

Diz que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e *erga omnes*), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra à esfera do confisco. Cita o acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075. De forma didática e clara, o STF explicitou o fundamento da aplicação de tal princípio às penalidades pecuniárias (ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237).

Destaca, também, recente julgado em que o STF reitera o seu entendimento, para estipular o percentual de 25% como patamar razoável para a aplicação de multa tributária, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não-confisco (RE 754554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-11-2013).

Pontua que em fundamentação, o Exmo. Ministro Celso de Mello lembra que a Carta Constitucional de 1934, em seu art. 184, parágrafo único, estabelecia o valor máximo aplicável às multas fiscais, que não poderiam exceder 10% sobre a importância do débito, e que, apesar de o texto constitucional vigente não ter reproduzido expressamente a referida vedação, isso não significa que permita a utilização abusiva de multas fiscais cominadas em valores excessivos, pois, em suas palavras, *“em tal situação, incidirá, sempre, a cláusula proibitiva do efeito confiscatório (CF, art. 150, IV)”*. Reproduz entendimento que vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios (PROCESSO: 200984000040738, AC496126/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 21/11/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 28/11/2013 - Página 144; TJPE. Apelação / Reexame Necessário 218992-2. Rel Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello. Publicação: 02/02/2012; TJRN. Apelação Cível nº 2013.012645-2. Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho. 3ª Câmara Cível. Publicação: 12/11/2013).

Declara que não poderia ser diferente, vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não

como medida educadora. Consequentemente, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Disse que foram juntados os seguintes documentos: *"1. Procuração e atos constitutivos da Impugnante; 2. Auto de infração impugnado; 3. Resoluções do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE de nºs 029/2007, 155/2010, 105/2013 e 172/2013; 4. E-mail ao CONSEF"*.

Requer: *"1) a concessão de 15 dias de prazo para juntada da Nota Fiscal, da GLME e do Extrato da Declaração de Importação citados no auto de infração; 2) no mérito, o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência da exigência fiscal porque inexistentes as irregularidades apontadas na autuação; 3) caso não acolhido o pleito anterior, requer-se a anulação da multa imposta, haja vista a falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%, conforme precedentes do STF"*.

Requer, também, que sejam as intimações feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante, às fls. 151 a 161, apresenta a informação fiscal, inicialmente, explica os fatos da autuação. Disse que a empresa autuada, inscrita no CNPJ sob nº 07.526.557/0015-05, Inscrição Estadual nº 110.250.399 estabelecida à Rua João Úrsulo, nº 1.620, cidade de Camaçari-BA, efetuou a importação de um (01 - SISTEMA CIP DE LIMPEZA - PART NUMBER: 10217006) para o projeto de ampliação da empresa no valor aduaneiro de R\$588.810,97 (quinhentos e oitenta e oito mil, oitocentos e dez reais e noventa e sete centavos) conforme descrito na DI nº 14/1607501-3 registrada em 22/08/2014 (fls. 21 a 23), tendo o desembaraço ocorrido em 25/08/2014 no terminal marítimo TECON no Porto de Salvador.

Pontua que o Contribuinte apresentou a GLME nº 201414662 (fl. 20) para obtenção do visto sem comprovação do recolhimento do ICMS utilizando como tratamento tributário o benefício do diferimento, e como fundamento legal o Programa DESENVOLVE conforme Resolução nº 029/2007 (fl. 26), retificada pela Resolução nº 172/2013 de 16/01/2014 (fls. 24 e 25). Contudo, afirma que não foi apresentado o certificado de Habilitação de Diferimento, documento necessário para fruição do benefício, segundo exigência contida no próprio Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, que anuncia de forma impositiva no parágrafo primeiro do seu artigo segundo a obrigatoriedade dos contribuintes beneficiários do referido programa providenciarem junto a Secretaria da Fazenda habilitação prévia para operar com o regime de diferimento do ICMS, ou, especificamente, Resolução do PROBAHIA nos casos de implantação ou ampliação da planta de produção na dicção do Art. 286, inciso XXV, § 14, do RICMS/12, que condiciona a fruição do tratamento tributário a uma autorização prévia do Conselho Deliberativo do PROBAHIA requerida por tempo determinado.

Salienta que a operação foi formalizada pela NF-e de entrada representada pelo DANFE nº 018.028 de 26/08/2014 (fl. 18) no valor total de R\$ 731.812,16 (setecentos e trinta e um mil, oitocentos e doze reais e dezesseis centavos) com a mercadoria retirada do porto, sendo transportada pelos veículos de placas: KMT 4500 e AMH 5688 (fls. 29 a 31) com destino à empresa importadora. Desta forma, assinala que conforme a exigência do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, o recolhimento do ICMS-Importação que se dá por meio de DAE - Documento de Arrecadação Estadual (Art. 330, I) deveria ter sido efetuado no momento do desembaraço aduaneiro (Art. 332, IV), mas não foi constatado em nosso sistema.

Agindo deste modo, afirma que o Autuado infringiu o Regulamento do ICMS/BA (Art. 332, IV, Decreto nº 13.780/2012) que assim determina: *"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;”

Resume a peça defensiva e faz sua contestação fiscal.

Informa que conforme descrição na inicial, a autuada importou (01 - SISTEMA CIP DE LIMPEZA - PART NUMBER: 10217006) para o projeto de ampliação da empresa no valor aduaneiro de R\$ 588.810,97 (quinhentos e oitenta e oito mil, oitocentos e dez reais e noventa e sete centavos) conforme descrito na DI nº 14/1607501-3 registrada em 22/08/2014, tendo o desembaraço ocorrido no dia 25/08/2014 no terminal marítimo TECON no Porto de Salvador. No momento do desembaraço aduaneiro, a autuada não efetuou o recolhimento do ICMS, apresentando em seu lugar GLME, entendendo ter direito a abrigar-se no benefício fiscal do diferimento indicado no Programa DESENVOLVE.

Destaca que a ação fiscal em comento teve início com a emissão do TAO nº 117926.0053/14-3 de 27/08/2014 que fundamentou o presente Auto de Infração lavrado para exigência do crédito tributário devido pela inobservância à legislação do ICMS do Estado da Bahia (art. 4º, IX, Lei nº 7.014/96), que prevê a ocorrência do fato gerador do ICMS na importação, para o momento do desembaraço aduaneiro da mercadoria ou bem.

Nesta operação de importação, afirma que o Autuado não comprovou o recolhimento do ICMS, apresentando a GLME acima descrita para obter exoneração do mencionado tributo estadual, indicando como tratamento tributário o benefício fiscal do diferimento e como fundamento legal, a Resolução Desenvolve nº 029/2007 retificada pela Resolução nº 172/2013. Contudo, diz que o Certificado de Habilitação de Diferimento, exigido para fruição do benefício fiscal, não foi apresentado a esta fiscalização. Ressalta que o próprio regulamento do Programa DESENVOLVE em seu parágrafo primeiro do artigo segundo, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, orienta a observância às regras previstas no Regulamento do ICMS/BA, para a aplicação do diferimento tratado naquele diploma legal.

Frisa que considera como mero ato declaratório a disposição expressa no parágrafo 1º, art. 2º do Decreto nº 8.205/2002, no qual o autuado alega que a fiscalização quer exigir uma nova habilitação em inobservância aos limites fixados na lei instituidora do Programa DESENVOLVE e violação ao artigo 99 do CTN, sendo uma extrapolação fantasiosa e incoerente.

Salienta que a interpretação do citado dispositivo regulamentar como uma instrução destinada a tão somente dar ciência sobre a autorização outorgada, com base no disposto nos artigos 14 e 15 do citado Regulamento e que tratam, respectivamente, da publicação no Diário Oficial e da comunicação à Secretaria da Fazenda do deferimento do pedido de dilação do prazo de pagamento do ICMS, implica em suplantar a função institucional da SEFAZ, reduzindo a sua importância reguladora e desprezando os seus controles gerenciais.

Acrescenta que a alegação do representante da empresa autuada de que o Conselho Deliberativo do Desenvolve a considerou habilitada para operar no regime de diferimento, esbarra em algumas limitações. O entendimento é que o Conselho apenas recomenda a expedição do certificado de habilitação de diferimento. Desse modo, o contribuinte só poderá usufruir da dilação de prazo para o recolhimento do ICMS, após a concessão da habilitação de diferimento que é de competência inalienável da Secretaria da Fazenda.

Aborda que a interpretação apressada de um dispositivo legal só pelo fato dele abrigar o pleito pretendido pode induzir a erro imediato e causar embaraços de quem procura nele escudar-se. No caso em tela, a Resolução do Desenvolve nº 029/2007 indica em seu artigo primeiro que o projeto de ampliação da empresa ora autuada, está habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial sendo concedido benefícios nos incisos que se seguem, incluindo o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS. Contudo, alguns detalhes estão a rondar esta operação que escapa do abrigo puro e simples deste programa de fomento, devendo prioritariamente observar a legislação tributária da Bahia e, principalmente, o Regulamento do ICMS.

Cita Parecer exarado pela DITRI analisando os dispositivos do ICMS apontados em consulta

dirigida por outro contribuinte, em situação similar, assim se manifestou:

“PARECER Nº 27374/2012 - DATA: 20/11/2012

(...)

2 - *Tratando-se de operações de importação, a dispensa da habilitação alcança as importações referidas no inciso XXV do art. 286 do RICMS/BA; as importações de bens do ativo que não atendam aos requisitos descritos no referido dispositivo legal, e efetuadas em função da aplicabilidade do benefício do Desenvolve, devem observar a obrigatoriedade de habilitação junto à SEFAZ.*”

Explica que, de fato, a exigência da habilitação de diferimento prevista nas operações mencionadas no inciso XXV do artigo 286, do nosso RICMS é dispensada, conforme preceitua o art. 287, §1º, V, “d”, do RICMS-BA. Contudo, essa dispensa limita-se tão somente à exigência da habilitação, não exercendo assim o *longa manus*, pois no mesmo inciso XXV do artigo 286 do RICMS, independente da habilitação de diferimento, o dispositivo condiciona a fruição do benefício ao que está previsto nos parágrafos, treze, quatorze e quinze do mesmo artigo.

Reitera que por se tratar de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado para utilização no processo na ampliação da planta, a operação em comento está subordinada ao Art. 286, § 14, RICMS-BA. Reproduz o dispositivo. De forma clara, entende-se que não haverá a exigência da habilitação de diferimento para esta operação, porém, todo o procedimento deve passar pelo crivo autorizativo do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, mediante critérios elencados no próprio parágrafo.

Para reforçar o entendimento desta fiscalização, caso análogo, junta recente decisão da 4ª JJF que publicou o ACÓRDÃO JJF Nº 0048-04/14. Pontua que esta decisão citada, comprova em seu inteiro teor, a discordância do autuado sobre o dispositivo que condiciona o diferimento à aprovação do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Logicamente, o Auto de Infração foi julgado procedente em decisão unânime, e agora serve de embasamento para sustentar a argumentação da ação fiscal em apreciação. Cita outros casos análogos que servem de exemplos (ACÓRDÃO JJF Nº 0028-03/15; ACÓRDÃO JJF Nº 0226-05/13).

Diante do exposto, declara que espera ter trazido a lume, os esclarecimentos necessários para os questionamentos levantados pela autuada em seu instrumento de defesa. Deixa claro, que o cerne da autuação foi o não recolhimento do ICMS-Importação no momento do desembaraço aduaneiro, uma vez que a Autuada não apresentou Certificado de Habilitação ao Diferimento do ICMS porque não está devidamente autorizado pela SEFAZ.

Verifica-se que restou, indubitavelmente, caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante do Auto de Infração sob análise.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnando, foi lavrado no trânsito de mercadorias para exigir o imposto devido por: *"Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia"*.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, além do mais quanto ao fato de o autuado gozar ou não do benefício do diferimento trata de questão meritória, que será enfrentada adiante.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a

professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua exclusão ou redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim à Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

No que tange ao mérito, verifico que a questão se restringe à necessidade ou não do sujeito passivo ter o Certificado de Habilitação do Diferimento na importação dos bens do ativo imobilizado no âmbito do Programa DESENVOLVE.

O sujeito passivo não recolheu o tributo alegando diferimento, contudo não apresentou Certificado de Habilitação de Diferimento, conforme determina o art. 2º, §1º do Dec. 8205/2002, o mesmo decreto que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo.

Tal dispositivo, portanto, exige a habilitação específica para operar com o regime do diferimento, não cabendo a aplicação da regra genérica de dispensa de habilitação prevista no art. 287, §1º, VII do RICMS/BA.

Sem o atendimento da aludida condição, observando a obrigatoriedade de habilitação junto à Sefaz, conforme, acima alinhado, não há fruição do benefício do diferimento, indevidamente utilizado pelo sujeito passivo, que deveria recolher o tributo até o momento do despacho aduaneiro, conforme art. 332 do RICMS/2012.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **117926.0007/14-1**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.265,42**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA