

A. I. Nº - 210425.0021/14-5
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTE - JESNER ANDRADE BARBOSA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 08.10.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-05/15

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO JUNTO À SEFAZ PARA OPERAR NO DIFERIMENTO. DEIXOU DE RECOLHER O ICMS NO DESEMBARÇO ADUANEIRO. 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. O autuado está dispensado de habilitação junto à SEFAZ no caso específico em lide, nos termos do inciso VII do § 1º do art. 287 do RICMS/12. Auto de infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 05/09/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 1.552.732,06, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas (56.01.01), no mês de agosto de 2014, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa na descrição dos fatos que o autuado apresentou a GLME nº 201414903 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 nº 029/2007, retificada pela Resolução nº 172/2013 de 16/01/2014.

Contudo, o autuado não apresentou o certificado de habilitação para operar no regime de diferimento, conforme exigido no § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002. A importação realizada pelo autuado corresponde a duas máquinas enchedoras de recipientes, elencadas no Anexo I do Convênio ICMS 52/91, e que gozam do benefício de redução da base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,8%.

A mercadoria estava acompanhada da nota fiscal de entrada nº 18.613, de 02/09/2014, no valor de R\$ 9.074.164,12 e transportada pela empresa TAC Transportes por meio dos veículos de placas AMH-5688 e KAX-5843. A empresa autuada assumiu a condição de fiel depositária das mercadorias. A infração foi enquadrada no parágrafo único do art. 1º, inciso V do art. 2º, inciso IX do art. 4º e art. 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o inciso IV do art. 332 do RICMS/12.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 35 a 52, demonstrando, inicialmente, que a sua impugnação foi apresentada tempestivamente. Em seguida o autuado afirma que o auto de infração não deve prosperar porque é beneficiário do 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. Considera, ainda, que a multa aplicada de 60% é inadequada e configura intuito confiscatório.

O autuado diz que é beneficiário do DESENVOLVE desde 2007, fazendo jus ao tratamento de diferimento do ICMS na importação de bens para o ativo imobilizado desde aquele ano, alega que a ação fiscal invadiu competência do Conselho Deliberativo ao promover lançamento previsto

exclusivamente para cancelamento da habilitação e que a apresentação do certificado não se constitui como condição para obtenção do incentivo.

O autuado apresenta como hipótese de diferimento que se aplica ao caso, a prevista no inciso XXV do art. 286 do RICMS/96 e encontra no art. 4º da Lei nº 7.980/01 fundamento que atribui ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE competência para autorizar e aprovar a utilização do incentivo.

Afirma que a habilitação do autuado ao programa foi concedida nos termos das Resoluções nº 155/2010 e 173/2013 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, onde consta o direito ao incentivo fiscal com o diferimento do ICMS nas importações de bens do ativo fixo. Não existindo em nenhuma delas a apresentação do certificado de habilitação como condição para fruição do benefício.

Destaca que considerar que a habilitação junto à SEFAZ, prevista no § 1º do art. 2º do Decreto nº 8.205/02, é condição para fruição do tratamento tributário de diferimento, caracterizaria obrigação além dos limites fixados na lei instituidora do programa e clara violação ao art. 99 do CTN.

Considera a previsão do § 1º do art. 2º do Decreto nº 8.205/02 mero ato declaratório, necessário à ciência da SEFAZ sobre a autorização outorgada e que o próprio Regulamento do DESENVOLVE, em seus arts. 14 e 15, imputa ao Conselho Deliberativo informar à SEFAZ quanto ao deferimento do benefício.

Entende que a presente ação fiscal promoveu o cancelamento do benefício sem ter competência para tanto, pois apenas é conferido ao Conselho Deliberativo, conforme § 2º do art. 19 do Regulamento do DESENVOLVE, ferindo os princípios tributários da razoabilidade, legalidade e segurança jurídica.

Acrescenta que a publicação da resolução no Diário Oficial torna pública e notória a habilitação do autuado ao regime de diferimento. Entretanto, entende que a não apresentação do certificado de habilitação levou o autuante a presumir que o autuado não estava habilitado ao programa, considerando tal julgamento como eivado de nulidade pois é direito do autuado o gozo ao diferimento do ICMS requerido por meio da GLME. Dúvida que seria sanada caso o autuante consultasse os sistemas da SEFAZ.

Assim, considera a presente autuação, fundada em mera presunção, confisco tributário vedado na Constituição Federal. Destaca que o ônus da prova compete única e exclusivamente ao fisco, conforme disposto no art. 142 do CTN e que a autuação deve ser anulada em decorrência da sua ilegalidade.

Afirma o autuado que a aplicação da multa de 60% deve ser afastada pois há ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude e por violar o princípio do não-confisco. Anexa julgado do STF que estipula em 25% um patamar razoável para aplicação de multa tributária.

Diante do exposto, requer o autuado a improcedência da exigência fiscal e, caso não seja acolhido, que a multa imposta seja anulada ou, subsidiariamente reduzida para 20%. Por fim, 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.

O autuante, em contrapartida, alega das fls. 146 a 156 que não foi apresentado pelo autuado o certificado de habilitação para operar no regime de diferimento, documento que entende ser necessário para fruição do benefício, com base no § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE, nem tampouco resolução do PROBAHIA que pudesse também habilitá-lo ao tratamento do diferimento, conforme exposto no inciso XXV do art. 286 e em seu § 14, ambos do RICMS/12.

Assim, verificou no sistema da SEFAZ que não ocorreu o pagamento do imposto devido no momento do desembaraço aduaneiro, infringindo o inciso IV do art. 332 do RICMS/12, resultando na lavratura do presente auto de infração.

O autuante afirma que, conforme já havia dito na inicial, o autuado importou um equipamento ótico no valor de R\$ 7.302.977,52, mas não efetuou o recolhimento do ICMS, apresentando em seu lugar uma GLME por entender que gozava do benefício de deferimento previsto no Programa do DESENVOLVE.

Informa que a ação fiscal teve início com a emissão do TAO nº 210425.0021/14-5 em 04/09/2014 em razão da não apresentação do certificado de habilitação para operar no regime de diferimento, expedido pela SEFAZ, conforme exigido no § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE.

Considera ser uma extrapolação fantasiosa e incoerente entender como mero ato declaratório o disposto no § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE para não se arguir que a SEFAZ está exigindo uma nova habilitação além da já concedida mediante a resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

O autuante entende que o Conselho Deliberativo apenas recomenda a expedição do certificado de habilitação do diferimento, cabendo à SEFAZ a concessão da habilitação para operar no regime. Apresenta trecho do Parecer nº 27374/12, emitido pela DITRI, onde é afirmado sobre a necessidade de habilitação junto à SEFAZ para aplicação do benefício.

Cita dispositivo presente no inciso XXV do art. 286 do RICMS/12 que condiciona expressamente a fruição do regime de diferimento à expedição de resolução do PROBAHIA, em lugar de habilitação da SEFAZ, o que não ocorre em relação aos beneficiários do DESENVOLVE. Acrescenta, ainda, decisões de juntas de julgamento fiscal pela procedência de autos de infração em decorrência da falta de habilitação junto à SEFAZ para operar no regime de diferimento por contribuintes habilitados ao DESENVOLVE. Finaliza confirmando a ocorrência da infração à legislação tributária e a legitimidade da cobrança do auto de infração.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, informo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e que a multa aplicada está prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

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;"

Convém destacar que 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:"

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:

"§ 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."

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:

"§ 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."

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

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 **210425.0021/14-5**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o autuado para que tome conhecimento do feito.

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, 17 de setembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR