

PROCESSO	- A. I. N° 210425.0019/14-0
RECORRENTE	- AMBEV S.A. (FILIAL CAMAÇARI)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0154-01/15
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0074-12/16

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 está dispensado da habilitação junto à SEFAZ, nos termos do inciso VII do § 1º do art. 287 do RICMS/12. Infração insubstancial. Recurso PROVIDO. Auto de Infração *Improcedente*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/09/2014, para exigir do Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$335.758,24, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide, por unanimidade, da seguinte forma, “*in verbis*”:

VOTO

Trata de lançamento de ofício da constituição de crédito tributário em relação a ação fiscal desenvolvida na fiscalização de trânsito de mercadorias, conforme descrição na inicial dos autos.

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Não houve qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, sendo que o contribuinte autuado apresentou razões de defesa demonstrando entendimento dos fatos e com os argumentos que entendeu pertinentes.

A alegação de que a multa aplicada evidencia caráter de confisco (art. 150, IV, CF 88), não pode ser acatada, uma vez que a penalidade indicada no presente Auto de Infração é legal, prevista na Lei 7.014/96 (art. 42). A multa punitiva deve obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, contudo, não se inclui na competência deste órgão julgador declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual (art. 167, I, RPAF/BA) ou apreciação de pedido de cancelamento ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara superior deste CONSEF, a teor do art. 159, RPAF/BA. No entanto, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 10), se, atendida as condições estabelecidas no art. 45-A da Lei 7.014/96, a multa aplicada poderá sofrer redução.

Com relação a entrega das intimações e notificações pertinentes ao presente processo, no endereço do advogado do autuado, não existe óbice no atendimento do pleito, contudo, em contrário, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 (art. 108), em perfeita sintonia com o Código Tributário Nacional (art. 127), orientando a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

No mérito, verifico que a questão de fundo é a falta do recolhimento do ICMS devido na importação de bens

para o ativo imobilizado do contribuinte importador. A discussão secundária, então, é sobre a necessidade de o sujeito passivo ter ou não o Certificado de Habilitação do Diferimento na importação dos bens do ativo imobilizado no âmbito do Programa DESENVOLVE.

Examinando as peças acostadas no processo administrativo fiscal – PAF, constato a importação dos bens descritos no Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 05/06 (conjunto de instrumentos e aparelhos óticos) para o projeto de ampliação da empresa, através da DI 14/1600110-9, desembarço ocorrido no Porto de Salvador, em 22.08.2014.

Segundo consta no PAF, o contribuinte 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.

Em rigor, não se trata de uma importação do exterior, cujo procedimento esteja submetido ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA ou operação subordinada do art. 286, §14, RICMS-BA, como constante dos autos.

Nem se trata, como defende o autuado, uma nova habilitação para operar com o incentivo do instituído no Programa DESENVOLVE, mitigação de um direito, considerando que o requisito de habilitação prévia do contribuinte para fins de fruição do incentivo está devidamente atendido ou que a autoridade fiscal impôs a antecipação do recolhimento do tributo com base em obrigações acessórias, não previstas na legislação.

Constato, na realidade, que o sujeito passivo não recolheu o tributo alegando diferimento e também não apresentou Certificado de Habilitação de Diferimento, conforme determina o art. 2º, §1º do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, nos termos a seguir:

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:

(...)

§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 específica para operar com o referido regime, exceto em relação à hipótese prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo.

O benefício acima referido do DESENVOLVE, portanto, exige a habilitação específica para operar com o regime de diferimento. A ressalva na alínea “c” mencionado no dispositivo se refere às aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, do que não trata o caso em concreto. Por outro lado, também não poderá ser aplicada a regra de exceção de dispensa de habilitação prevista no art. 287, §1º, VII do Decreto 13.780/12, que regulamenta o ICMS no Estado da Bahia, explicada na construção a seguir:

§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.

E isto porque, o caput do art. 287 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto 13.780/12), que trata do requisito do requerimento e obtenção prévia da habilitação como condição para operar no regime do diferimento, perante a repartição fiscal do domicílio tributário do contribuinte, se dirige às operações com mercadorias enquadradas no citado regime, conforme transcrevo:

“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:”

Por óbvio, a regra de dispensa da habilitação prevista no §1º do art. 287, RICMS BA igualmente se dirige às operações com mercadorias enquadradas no citado regime e não aquelas mercadorias sujeitas ao regime de diferimento do imposto, prevista no art. 2º, §1º do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, que deverão providenciar juntos a Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime.

Posto isso, 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.

Inconformado com a Decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando, após breve histórico dos fatos, que a Decisão de Primeira Instância reconhece que o contribuinte goza do benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações de bens destinados ao ativo fixo, mas conclui pela impossibilidade de utilização de tal benefício em decorrência da não apresentação do correspondente Certificado de Habilitação.

Aduz que a Decisão de primeiro grau afronta princípios basilares do Direito Tributário, visto que a autuação ofende a razoabilidade, legalidade e segurança jurídica. Isto porque, conforme afirma o Recorrente, a apresentação de Certificado de Habilitação não consta como condição para o gozo do benefício.

Destaca o Recorrente que é beneficiário do Programa DESENVOLVE desde o ano de 2007, e que por conta disso faz jus ao diferimento do recolhimento do ICMS na importação de bens para o ativo imobilizado. Ainda alega que a presente ação fiscal extrapolou suas funções, tendo em vista que invadiu a competência do Conselho Deliberativo do Programa, quando efetuou o lançamento previsto exclusivamente para a hipótese de cancelamento da habilitação.

Defende que a Decisão de primeira instância incorre em contrariedade, tendo em vista que confirma o direito do contribuinte autuado de gozar do benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações de bens destinados ao ativo fixo, mas, de outro lado, impõe exigência para a sua utilização desprovida de embasamento legal.

Salienta que o descumprimento da obrigação acessória não pode anular a habilitação concedida mediante resolução do Programa DESENVOLVE, o que afastaria a possibilidade de exigência de falta de recolhimento do ICMS.

Ademais, conforme apresenta o Recorrente, o fiscal da Fazenda, quando da análise da Guia para Liberação de Mercadoria Sem Comprovação do Recolhimento de ICMS, constatou que não foi apresentado o Certificado de Habilitação ao Diferimento, momento em que presumiu que o Recorrente não estaria habilitado no Programa, motivo pelo qual efetuou o lançamento do imposto e a aplicação da multa de 60%.

Ressalta ainda que a autoridade fiscal não teve o cuidado de analisar nos sistemas da Fazenda para apurar se o contribuinte possuía ou não o direito ao diferimento do ICMS na importação de bens do ativo fixo. Ainda afirma que, se tivesse feito, haveria constatado a regularidade da GLME, e não teria lavrado o presente Auto de Infração.

No que se refere a dispensa da “*Habilitação nas Operações com Mercadorias Enquadradas no Regime de Diferimento*”, o Recorrente defende a tese que a habilitação é dispensada em alguns casos específicos, como no caso da importação de bem destinado ao ativo fixo imobilizado de estabelecimento industrial, sendo esta, segundo afirma, a hipótese do caso em apreço.

Outrossim, diante da estrutura normativa do Programa, o Recorrente afirma que não poderia o auditor fiscal impor à empresa, beneficiária do incentivo fiscal, obrigações tributárias que são dispensadas pelo próprio RICMS. Desse modo, teria o fiscal realizado uma interpretação restritiva do decreto em desfavor ao contribuinte, e sem embasamento legal.

Neste contexto, apesar de não haver dispensa expressa no regulamento do Programa DESENVOLVE para o cumprimento da obrigação acessória de habilitação junto à SEFAZ, a regra a ser aplicada deve ser a mais favorável ao contribuinte.

No que tange à aplicação da multa, entende o Recorrente que há duas razões que impossibilitam a aplicação da multa em 60%: (i) a ausência de comprovação da evidente intenção de fraude, a qual não houve a demonstração por parte do Fisco; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, violando o princípio do não-confisco.

Conclui o Recorrente que o valor cobrado pelos fiscais deste Estado é abusivo e vai de encontro ao que estabelece a legislação e o entendimento jurisprudencial vigentes. Esclarece que em julgados recentes, inclusive do Supremo Tribunal Federal, consolidou-se o entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação ao confisco sobre as multas tributárias,

quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável à título de penalidade aplicável.

Por fim, requer a admissibilidade e o provimento do Recurso para que seja julgado totalmente procedente decretando assim: a improcedência da exigência fiscal visto que inexistentes as irregularidades apontadas na autuação; a nulidade da multa aplicada ou a sua redução para o patamar entre 20% e 30%.

Instada a se manifestar, a Procuradoria do Estado da Bahia, apresentou Parecer Jurídico, no qual afirma que, diferentemente do que aponta o Recorrente, não se pode confundir o ato de habilitação para o benefício, com o ato de sua concreção.

Segundo o ilustre Procurador, no caso em comento, a obtenção do Certificado de Habilitação é condição de fruição dos benefícios definidos no ato da habilitação. Desta forma, constitui-se ato formal e indispensável para a fruição da habilitação ao diferimento.

Por conta disso, destaca a Procuradoria que, a tese da incompetência do autuante para cancelar a habilitação ao Programa cai por terra, tendo em vista que o que se está a verificar no presente caso é a existência da condição necessária para a fruição do benefício, condição esta prevista na norma regulamentar.

Por fim, no que diz respeito à alegação da multa ser confiscatória, salienta que as multas incidentes sobre os lançamentos tributários têm previsão expressa na Lei nº 7.014/96. Dessa forma, não se pode discutir, no âmbito administrativo, sobre o possível caráter exacerbado da multa, sob pena de incorrer em violação ao princípio da harmonia entre os poderes.

Sendo assim, a Procuradoria do Estado, opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário ora apresentado.

VOTO

Da análise do PAF verifica-se que o cerne da questão cinge-se em se determinar se o diferimento do ICMS nas importações de máquinas e equipamentos por empresa habilitada no Programa DESENVOLVE prescinde de habilitação específica ou se esta configura-se apenas como obrigação acessória a que está sujeita o contribuinte.

A matéria objeto do presente Recurso Voluntário não é nova e já foi discutida por esta câmara ao julgar o Recurso de Ofício apresentado pela 5ª JJF, que declarou improcedente o Auto de Infração nº 210425.0021/14-5, também lavrado contra a AMBEV, relativa a DI desembaraçada no mesmo dia daquela objeto do presente lançamento.

Esta câmara entendeu que a habilitação para operar no regime de diferimento, para os contribuintes que possuem resolução emitida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE configura em descumprimento de obrigação acessória, não podendo, portanto, resultar na exigência do tributo incidente na importação de mercadorias.

Neste sentido, peço vênia para reproduzir o voto do Conselheiro relator Fernando Antonio Brito de Araujo, *in verbis*:

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, no tocante ao objeto do Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0177-05/15.

Há de ressaltar que a exonerado da exação, considerando-a improcedente, decorreu da interpretação da legislação, restando comprovada a desobrigatoriedade do Certificado de Habilitação de Diferimento para a fruição do benefício, pois, conforme bem consignado na Decisão Recorrida, a regra esculpida no § 1º do art. 2º do Regulamento do DESENVOLVE não estabelece como condição para fruição do benefício, mas como um dever do contribuinte, uma vez que a condição para fruição do benefício está expressa no caput do art. 2º, sendo ela a habilitação mediante Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, sendo inadmissível compreender que existam duas habilitações como condição para fruição do benefício e que a exarada pela 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.

Ademais, como bem salientado na Decisão a quo, no inciso XXV do art. 286 do RICMS/BA prevê 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 linha "d" do inciso V do § 1º do art. 287 do RICMS, sendo pertinente a conclusão a que chegou órgão julgador que "Na hipótese do inciso XXV do caput do art. 286 do RICMS/12, a dispensa a 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.

Diante de tais considerações, concordo com o entendimento da JJF de que o descumprimento dessa obrigação acessória não pode anular a habilitação concedida mediante resolução do DESENVOLVE e que também não será possível exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, pois, no caso específico de importação do exterior e 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.

Verifica-se dos autos que o recorrente encontra-se habilitado pelo Programa DESENVOLVE através de Resolução emitida pelo Conselho Deliberativo daquele programa que, dentre os benefícios legalmente previstos, concedeu o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS devido nas importações de ativo imobilizado, na forma prevista no Decreto nº 8.205/02.

Como bem esclareceu o relator do voto acima transcrito, o Regulamento do Desenvolve, em seu art. 2º, concedeu o diferimento estabelecendo como um dever do contribuinte requerer tal habilitação, que tem por objetivo apenas o controle das operações por parte do Estado. O benefício não está, portanto, condicionado a habilitação, mas a Resolução do Comitê Gestor do DESENVOLVE.

Ademais, o próprio RICMS/97, em seu art. 287 dispensa a habilitação nas hipóteses de importação de bens destinados ao ativo imobilizado, realizadas por estabelecimentos industriais localizados no Estado da Bahia. Em sendo assim, ainda que haja uma norma exigindo tal habilitação, esta foi posteriormente dispensada.

Desta forma, entendo que a habilitação, quando exigível, é obrigação que deve ser cumprida pelo contribuinte, mas no caso ora analisado, sua inexistência não pode resultar na exigência do ICMS diferido.

Com base em tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 210425.0019/14-0.

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 **210425.0019/14-0**, lavrado contra **AMBEV S.A. (FILIAL CAMAÇARI)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

EVANY CÂNDIDA VIEIRA DOS SANTOS – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS