

PROCESSO - A. I. Nº 210425.0020/14-9
RECORRENTE - AMBEV S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0227-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0083-11/16

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE BENEFICIÁRIO DO PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE DIFERIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os atos administrativos, quanto aos efeitos, podem ser constitutivos, declaratórios ou enunciativos. Os primeiros, constitutivos, são aqueles com os quais a Administração cria, modifica ou extingue direitos, como, no caso concreto, a Resolução para os beneficiários do Programa Desenvolve. Os da segunda espécie, declaratórios, apenas reconhecem direitos previamente existentes, enquanto os últimos, enunciativos, entre os quais se encontra o certificado, destinam-se apenas a atestar situações fáticas ou jurídicas prévias. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração **Improcedente**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão 3ª JJF nº 0227-03/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 04/09/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 405.688,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, com importador estabelecido neste Estado.

Consta da descrição dos fatos que o sujeito passivo efetuou importação, entre outros, de conjunto de instrumentos, aparelhos óticos e caixas de papelão com garrafas cheias e vazias para projeto de ampliação, conforme a DI nº 14/1629-140-9.

O contribuinte apresentou a GLME nº 201414680, sem comprovação do recolhimento do imposto, tendo utilizado o benefício do diferimento com “*fundamento no Programa Desenvolve nº 029/2007, retificada pela Resolução nº 172/2013, de 16/01/2014*”. Contudo, não foi apresentado o certificado de habilitação para diferimento, instrumento tido pelo autuante como necessário para a fruição do benefício.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 10/11/2015 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 160 a 167).

“VOTO

Inicialmente, observo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista dos elementos contidos no PAF, que são suficientes para as conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas

cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi identificada a existência dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, em razão da falta de recolhimento do referido imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia, constando na descrição dos fatos, que o autuado efetuou a importação de um Conjunto de Instrumentos e Aparelhos (NCM 9031.49.90) para o projeto de ampliação da empresa, no valor de R\$1.518.433,66, conforme descrito na DI nº 14/1629140-9, registrada em 26/08/2014, tendo ocorrido o desembaraço no mesmo dia, no Terminal Tecon, Porto de Salvador.

Também consta a informação de que o contribuinte utilizou tratamento tributário relativo ao benefício do diferimento, tendo como fundamento legal o Programa Desenvolve, Resolução nº 029/2007, retificada pela Resolução nº 172/2013, de 16/01/2014. Contudo, não foi apresentado o Certificado de Habilitação de Diferimento, documento necessário para fruição do mencionado benefício.

O defendente alegou que 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. Disse que 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. Entende que se deve exigir do contribuinte é sua habilitação perante o Conselho Deliberativo do Programa para que possa gozar do benefício, e não a exibição dessa habilitação.

Para melhor entendimento da questão a ser decidida, vale reproduzir os dispositivos da legislação pertinentes à matéria.

Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205, de 03/04/2002:

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;*
- 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;*

§ 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.

O RICMS-BA/2012 estabelece no seu art. 286:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

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.

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: (...).

Observe que em relação ao fato gerador do tributo deve prevalecer a 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.

Analisando as peças que compõem o presente processo, constato que foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 210425.0020/14-9, em 28/08/2014 (fls. 05/06), tendo sido lavrado o respectivo Auto de Infração em 04/09/2014, referindo-se à DI 14/1629140-9, registrada em 26/08/2014. O desembaraço da mercadoria ocorreu no Porto de Salvador, com a chegada em 24/08/2014. A GUIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA

ESTRANGEIRA SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS – GLME encontra-se à fl. 18, com a informação de que o ICMS é diferido, conforme Resolução 029/2007, de 10/01/2007, retificado pela Resolução 172/2013, de 16/01/2014 – DESENVOLVE.

Tal fato confirma a tese apresentada pelo defendente de que, no mérito, o cerne da questão é a possibilidade de o estabelecimento autuado efetuar a importação de equipamento destinado a integrar o seu ativo permanente, amparado em diferimento do ICMS.

No caso em exame, vigorava por ocasião da ocorrência do fato gerador o Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, prevendo no § 1º do art. 2º, que “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”. Além disso, já estava em vigor a nova redação do art. 286, inciso XXV, §14, do RICMS-BA/2012, prevendo a necessidade de o contribuinte encaminhar pedido ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA para obter autorização prévia, com prazo determinado.

Constato que não ficou comprovado nos autos o encaminhamento de pedido e deferimento desse pedido junto ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA, nem habilitação junto à Secretaria da Fazenda e o correlato deferimento por parte da Autoridade Fazendária. Por isso, entendo que não há que se falar na espécie de substituição tributária pretendida pelo autuado.

Ou seja, 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. Portanto, 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.

Inexistindo comprovação de que foi obedecido pelo sujeito passivo o mencionado requisito, resta violada a regra contida no art. 332, IV RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido. Neste caso, caracterizada a ocorrência do fato gerador do imposto e não tendo sido realizado o recolhimento devido, não podem prosperar as alegações defensivas.

“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 relação à multa exigida, o defendente alegou que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa 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. Requer a anulação da multa imposta, alegando falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%,

Observe que a aplicação da mencionada multa no percentual de 60%, é prevista na Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso II, alínea “f”, para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Por fim, o autuado solicitou que as intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome dos seus advogados. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observe que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), a sociedade empresaria interpõe Recurso Voluntário às fls. 177 a 189 (verso), no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos.

Na sua concepção, o lançamento de ofício, baseado em presunção humana - de que o contribuinte não tem direito ao diferimento -, afronta a razoabilidade, legalidade e segurança jurídica, pois o que se exige dos particulares é a habilitação perante o Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, e não a exibição dessa habilitação.

Não bastasse isso, no caso específico de importação de bem destinado ao ativo imobilizado de

indústria, há regra de aplicação geral no art. 287, § 1º, VII do RICMS-BA/2012 que dispensa a habilitação para operar no regime de diferimento. O inciso V, “d” do referido artigo regulamentar afasta a necessidade de autorização prévia do Conselho, cuja competência diz ter sido invadida.

Qualifica a obrigação em tela de meramente acessória, destituída de força para afastar o benefício, e reproduz o Acórdão JF nº 0177-05/15. Nos versos das fls. 179/180, transcreve os arts. 287 do RICMS-BA/2012 e 2º do Regulamento do DESENVOLVE para fundamentar o seu entendimento de que a apresentação do certificado – ato meramente declaratório –, não é condição de legalidade do diferimento. Em verdade, o que se exige é a habilitação.

Posteriormente, sustenta que a multa é exorbitante, razão por que pede redução ou cancelamento.

Fornece endereço para intimações, protesta pela produção de provas, inclusive por intermédio de perícia ou diligência, e conclui pleiteando o Provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 200 a 202, emitido pela Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, afirma que não existem argumentos jurídicos capazes de alterar a Decisão recorrida, tendo sido observados os pressupostos de validade do procedimento fiscal.

Quanto à multa, assevera ser aquela prevista em Lei, cuja constitucionalidade não pode ser apreciada por este Conselho. Igualmente, a Câmara não tem atribuição legal para decidir sobre redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal.

No mérito, conclui que a Resolução nº 029/2007, retificada pela nº 172/2013, por si só, não é capaz de dispensar o contribuinte do pagamento do ICMS na importação de bens do ativo fixo, sendo necessária autorização prévia do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, concomitantemente com, a ser concedida por esta Secretaria.

Opina, portanto, pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Tenho como presentes os pressupostos de validade do procedimento administrativo, assim como da Decisão de primeiro grau, porquanto não foi identificada violação a quaisquer princípios jurídicos, em especial ao contraditório, à ampla defesa e aos demais designados no art. 2º do RPAF-BA/1999.

Por conseguinte, passo ao julgamento de mérito.

O sujeito passivo é beneficiário do Programa Desenvolve, nos termos da Resolução nº 029/2007, retificada pela nº 172/2013, como atestou o próprio autuante no campo destinado à descrição dos fatos à fl. 01.

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 por meio de Resolução do Conselho Deliberativo do Programa.

"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; (...)."

Portanto, o ato constitutivo do direito à fruição do benefício do diferimento é aquele que insere o beneficiário no âmbito do Programa Desenvolve, qual seja, a Resolução, e não o certificado, que, como o próprio nome está a dizer, apenas certifica ou declara algo que já existe.

Observe-se que o RICMS-BA/2012, no art. 287, § 1º, VII, relativamente às demais operações sujeitas ao diferimento, exige que a repartição fiscal competente conceda prévia habilitação para operar no regime. Todavia, tal habilitação é dispensada nas entradas decorrentes de importação de bens destinados ao ativo fixo de indústrias. De maneira geral, portanto, excetuando-se as importações de bens destinados ao ativo fixo de indústrias, no qual não é necessário, o ato constitutivo do direito, é a habilitação.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014:270), os atos administrativos, quanto aos efeitos, podem ser constitutivos, declaratórios ou enunciativos. Os primeiros, constitutivos, são aqueles com os quais a Administração cria, modifica ou extingue direitos, como, no caso concreto, a Resolução (para os beneficiários do Desenvolve) ou a habilitação (para os demais contribuintes, com exceção das indústrias importadoras de bens para o ativo fixo). Os da segunda espécie, declaratórios, apenas reconhecem direitos previamente existentes, enquanto os últimos, enunciativos, entre os quais se encontra o certificado, destinam-se a atestar situações fáticas ou jurídicas.

Nos dizeres da eminente professora, “*são atos enunciativos as certidões, atestados, informações, Pareceres, vistos. Encerram juízo, conhecimento ou opinião e não manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos*”.

Importante ressaltar que há jurisprudência deste Conselho de Fazenda acerca da matéria, indicativa, em relação aos beneficiários do Programa Desenvolve, de que a habilitação na repartição fiscal é obrigação meramente acessória (Acórdãos CJF 0179-12/15 e 0384-12/15).

“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 está dispensado da habilitação junto à SEFAZ, nos termos do inciso VII do § 1º do art. 287 do RICMS/12. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.

“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”.

Indefiro o pedido de realização de perícia ou diligência, com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, uma vez que todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Câmara de Julgamento Fiscal estão presentes nos autos; e decido pela modificação da Decisão recorrida.

Entretanto, cabe a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que dispenso com fulcro no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, uma vez que não foi provada a existência de dolo, fraude, simulação ou falta de recolhimento do tributo (como decorrência do descumprimento de obrigação acessória).

Em face do exposto, voto PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **210425.0020/14-9**, lavrado contra **AMBEV S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS