

PROCESSO - A. I. Nº 210425.0002/14-0
RECORRENTE - LEITÍSSIMO S.A
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0121-04/14
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0354-11/17

EMENTA. ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO JUNTO À SEFAZ PARA OPERAR NO DIFERIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 287 do RICMS prevê dispensa da habilitação para estabelecimentos agropecuários e industriais nas entradas de bens procedentes do exterior. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração *Improcedente*. Decisão unânime.

RELATORIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão de fls. 74/80) que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 17/02/2014, quando foi lançado o valor de R\$122.996,31 acrescido de multa de 60%, decorrente da falta de recolhimento do ICMS de mercadorias importadas, no momento do desembaraço aduaneiro, cujo importador seja estabelecido no estado da Bahia.

Após apresentação da defesa e da informação fiscal, o auto foi julgado Procedente pela 4ª JJF, conforme voto abaixo, em resumo (fls. 74/80):

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia. Inicialmente, constato que o mesmo preenche todos os requisitos legais, tendo sido observados e obedecidos os pressupostos para a sua regular constituição, não havendo qualquer infringência específica aos artigos 18 e 39 do RPAF/99.

Verifico que o autuante lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal 210425.0001/14-4 em 05 de fevereiro de 2014, tendo na mesma data sido dado conhecimento do ocorrido à empresa autuada, conforme documento de fls. 05 e 06. Por outro lado, o demonstrativo de apuração da base de cálculo encontra-se encartado às fls. 07 a 09, e os DANFES correspondentes à operação encontram-se às fls. 29 a 32.

No mérito, o cerne da questão é a possibilidade da empresa autuada efetuar a importação de equipamento destinado a integrar o seu ativo permanente, amparada em diferimento do ICMS. Cabe razão ao autuado, ao afirmar existir Resolução 001/2014 oriunda do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, o qual concedia à mesma diferimento na importação de bens destinados ao ativo fixo.

A discussão cinge-se ao fato do autuante entender que tal Resolução, por si só, não seria suficiente para gozo de tal benefício, sendo necessária, também a respectiva habilitação para diferimento concedida pela Secretaria da Fazenda, o que somente veio a ocorrer após a ação fiscal, trazendo em seu amparo, posicionamento da DITRI, através do Parecer 27374/2012, datado de 20 de novembro de 2012 mencionado na informação fiscal: "A Consulente, atuando neste Estado na construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à aplicabilidade do diferimento do ICMS nas importações de bens destinados ao seu ativo imobilizado, na forma a seguir exposta: Informa a Consulente que é habilitada ao Desenvolve, nos termos da Resolução nº 94/2009, sendo beneficiária do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao seu ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação.

Da mesma forma, e de acordo com o regramento contido no art. 2º, § 1º, do Dec. nº 8.205/02, os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão

providenciar, junto à Secretaria da Fazenda, habilitação específica para operar com o referido regime, exceto nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Por outro lado, o RICMS/BA, em seu art. 257, § 8º, estabelece que a entrega da DMD não se aplica às pessoas dispensadas de habilitação para operar no regime de diferimento. Nesse contexto, e ainda conforme o RICMS/BA, art. 286, inciso XXV, é diferido o lançamento do ICMS nas entradas decorrentes de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, desde que o desembaraço aduaneiro ocorra em território baiano, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 do mesmo artigo. Da mesma forma, o inciso LII do art. 286 também prevê o diferimento do imposto nas entradas decorrentes de importação do exterior, bem como nas saídas internas, de peças e equipamentos destinados à montagem de aerogeradores de energia eólica.

Ressalta ainda a Consulente que o art. 289 do RICMS/BA informa sobre a necessidade de habilitação do contribuinte para fins de fruição do diferimento, e em seu parágrafo 1º dispensa da habilitação os adquirentes ou destinatários dos bens de ativo imobilizado localizados neste Estado, e referidos no inciso XXV do caput do art. 286. Finalmente, o § 10 do art. 286 estabelece que não é admitida a adoção do diferimento quando a operação já for contemplada com hipótese de desoneração integral do imposto.

Nesse sentido, o Conv. ICMS nº 101/97 concede isenção às operações com aerogeradores e produtos destinados à fabricação de torres para suporte de gerador de energia eólica, benefício este prorrogado até 2015 (Convênio nº 75/11). Diante de todo o exposto, a Consulente apresenta os seguintes questionamentos:

1 - A empresa com habilitação do DESENVOLVE, referente ao diferimento do ICMS diferencial de alíquota, fica dispensada da habilitação no cadastro junto a SEFAZ para operar neste regime e, conseqüentemente, encontra-se dispensada da entrega da DMD?

2 - No caso das importações, o contribuinte fica também dispensado da habilitação junto à SEFAZ para operar no regime de diferimento e, em conseqüência, fica também dispensado da entrega da DMD?

3 - Por força do Convênio 101/97, nas operações internas de aquisição de ativo fixo para implantação do projeto fica o contribuinte dispensado da habilitação junto à SEFAZ para operar no regime de diferimento?

RESPOSTA: Da análise da presente consulta, ressaltamos inicialmente que o diferimento aplicável às operações descritas no inciso XXV do art. 286 do RICMS/BA, e aplicável às importações do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, aplica-se genericamente a todo e qualquer estabelecimento agropecuário ou industrial que atenda aos requisitos descritos nos §§ 13 a 15 do referido artigo, e não se confunde, portanto, com o diferimento previsto especificamente no Dec. nº 8.205/02, e aplicável especificamente para os contribuintes habilitados ao Desenvolve. O mesmo se verifica com o benefício previsto no inciso LII do art. 286, que independe de habilitação ao Desenvolve. Diante do exposto, e para fins de aplicabilidade da dispensa de habilitação prevista no inciso V do § 1º do art. 287 do RICMS/BA, há que se observar que ela alcança exclusivamente as operações descritas no inciso XXV do art. 286, e não as operações amparadas pelo diferimento do imposto por força da habilitação ao Desenvolve. Feitas as ressalvas acima, passamos a analisar os questionamentos específicos apresentados pela Consulente, observando a sua ordem de apresentação:

1 - A dispensa de habilitação prevista no § 1º do art. 2º do Dec. nº 8.205/02, e aplicável ao estabelecimentos beneficiários do Desenvolve, alcança exclusivamente as aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado dos citados estabelecimentos, no tocante ao diferencial de alíquota. Tratando-se das outras operações descritas nas alíneas "a" e "b" do referido dispositivo legal - importação de bens do exterior e aquisições internas de bens produzidos neste Estado, será obrigatória a habilitação para o diferimento e, conseqüentemente, a entrega da DMD.

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.

3 - Tratando-se de aquisição de ativo fixo descrito no Conv. ICMS 101/97 (inclusive com observância da NCM ali descrita), será aplicável o benefício da isenção, afastando-se, portanto, a aplicabilidade do diferimento (art. 286, § 10, do RICMS/BA). Nesta hipótese específica não há porque se falar em obrigatoriedade de habilitação. Respondido o questionamento apresentado, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida. É o parecer. Parecerista: CRISTIANE DE SENA COVA GECOT/Gerente: 20/11/2012 – ELIETE TELES DE JESUS SOUZA DITRI/Diretor: 04/12/2012 – JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA"

Ou seja: a resposta concedida a contribuinte beneficiário do programa DESENVOLVE é bastante elucidativa, diante da situação ora analisada, na qual os bens destinados ao ativo imobilizado procedem do exterior. Logo, diante de tal posicionamento, a empresa autuada deveria requerer previamente a sua habilitação para diferimento antes da ocorrência do fato gerador, e não depois, como ela própria admite.

O fato gerador do imposto rege-se pela legislação em vigor na data de sua ocorrência, diante do comando emanado do artigo 144 do CTN: "Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada".

Na situação em apreço, conforme exposto no Relatório supra, não só a Declaração de Importação foi emitida anteriormente a concessão de diferimento solicitada à Inspetoria de Bom Jesus da Lapa, como de igual forma, o desembaraço da mercadoria importada.

Para reforçar este entendimento, uma leitura do Regulamento do Programa DESENVOLVE aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, em seu artigo 2º parágrafo primeiro, nos orienta quanto à observância às regras contidas no RICMS-BA, para a aplicação do diferimento ao caso ora apreciado: "Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses: a) nas operações de importação de bens do exterior; (...) § 1º Os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão providenciar junto a Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime, exceto em relação à hipótese prevista na alínea "c" do inciso I do caput deste artigo". (grifos do relator) Isto significa dizer que a Resolução do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, por si só não é capaz de dispensar o contribuinte do recolhimento do ICMS pela importação de bens para seu ativo fixo, sendo necessário, de igual forma, a habilitação a ser concedida pela Secretaria da Fazenda.

Evidentemente, o contribuinte ao se tornar beneficiário de tal regime, sujeita-se, evidentemente, ao regramento específico imposto para o mesmo, ao realizar as suas operações. No caso em comento, consoante já visto acima, o próprio sujeito passivo reconhece que apenas teve concedida a habilitação para operar sob o regime do diferimento após o início da ação fiscal. Dessa forma, existindo tal requisito (autorização para operar no regime de diferimento concedido pela Secretaria da Fazenda), não obedecido pelo sujeito passivo, violou o mesmo a regra contida no RICMS/2012:

"Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...) IV - até o momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem, nas importações do exterior e nas arrematações em leilões e nas aquisições em licitação promovidos pelo poder público, de mercadorias ou bens importados e apreendidos ou abandonados;" Em tal situação, ocorrido o fato gerador do imposto e não tendo feito a destempo o recolhimento da parcela devida, sujeitou-se o sujeito passivo a ser apenado, não podendo prosperar suas alegações postas.

Por tais razões, julgo o lançamento PROCEDENTE.

Inconformado, o Recorrente apresentou Recurso tempestivo a este Conselho, contestando a decisão de primo grau às fls. 91/103. Inicialmente pede nulidade por ter o auto sido lavrado por Agente de Tributos Estaduais e que taxativamente a competência é dos Auditores Fiscais conforme Lei nº 3.956/81 e na Lei nº 11.470/09. Traz diversos julgamentos deste Conselho com nulidades semelhantes.

A seguir alega cerceamento de defesa, por deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. Aduz que art. 287, parágrafo 1º, VII do RICMS/BA dispensa a habilitação para diferimento de estabelecimentos industriais e agropecuários nas entradas decorrente de importação, e traz Acórdão CJP Nº 0084-12/11, que acolheu a nulidade por falta de apreciação contida na impugnação inicial.

Alega inconsistência e contradição da decisão com o Parecer DITRI 27374/2012 para contribuinte na mesma situação. Que é beneficiário do Programa DESENVOLVE, que o considerou habilitado a operar no regime de diferimento e pondera que protocolou em 29/01/2014, pedido de habilitação para operar sob regime de diferimento na Infaz Bom Jesus da Lapa, antes de qualquer procedimento fiscal. Que pela morosidade da Administração, somente em 20/02/2014 a inspetoria deferiu o pedido, 3 dias após o lançamento. Que tomou todas as providências cabíveis e que não há que se falar em penalidade por conta desta situação.

Ao final pede pela nulidade, ou se assim não entender, pela improcedência.

Às fls. 108/111 a PGE/PROFIS se pronunciou descartando a nulidade, conforme prescrito no RPAF, art. 42 que concede competência legal para o autuante efetuar o lançamento, e que a decisão de primeira instância abordou todos os pontos elencados na impugnação.

Também opinou favoravelmente pela procedência do lançamento, tendo em vista que consoante PARECER DITRI 27374/2012, transcrito na Decisão recorrida, e o parágrafo 1º do 8205/2002, que expressamente dispõe da necessidade de habilitação para operar com regime de diferimento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em que o Recorrente pede em preliminar a nulidade do lançamento por falta de competência do autuante e pela falta de apreciação de alegações de defesa no julgamento de piso, e em razões de mérito, pela improcedência, por considerar que a habilitação concedida para operar em regime de diferimento foi mitigada pela autorização concedida em benefício fiscal por meio do programa de estímulo conhecido como DESENVOLVE (Resolução 001/2014).

O lançamento foi efetuado no trânsito de mercadorias, conforme se depreende do modelo 4 do Auto de Infração, da inspetoria de fiscalização IFMT METRO, no momento do desembaraço aduaneiro. O pedido de nulidade não encontra respaldo, já que o atual Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) em seu art. 42, inciso II autoriza expressamente os Agentes de Tributos a efetuarem o lançamento no trânsito de mercadorias e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte.

Quanto à falta de apreciação de alguma das razões de defesa na impugnação inicial, o Julgador não está obrigado a tecer julgamento sobre a totalidade das argumentações, desde que em seu voto demonstre que está claramente convencido pelos demais itens defensivos juntamente com o cotejo das provas apresentadas no processo, e apresente a decisão devidamente motivada. Nulidade denegada.

No mérito, sustenta que estava autorizado a operar no regime de diferimento por meio de Resolução do programa DESENVOLVE e que o art. 287 do RICMS prevê dispensa da habilitação para estabelecimentos agropecuários e industriais nas entradas de bens procedentes do exterior. É indubitável que a regra geral exige habilitação específica para o diferimento, nos termos do art. 287 do RICMS/12, abaixo transcrito.

“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 (grifo acrescido), perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que(...)”

Contudo, a regra geral não é aplicada aos estabelecimentos industriais prevista no inciso VII do § 1º desse mesmo artigo, conforme transcrito abaixo:

...

§ 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.

Além disso, a Resolução do DESENVOLVE ao conferir ao beneficiário do programa de benefícios, direito ao diferimento, cuja habilitação se resume a uma questão formal para efeito de operações de aquisições internas, sua eventual ausência se subsume a um descumprimento de obrigação acessória apenas passível de multa formal.

Isto porque, em operações de compras de ativo internamente, a habilitação é de fundamental importância para o próprio fornecedor tomar conhecimento, para efeito de emissão de documento fiscal e tratamento tributário adequado, razão pela qual é importante possuir a habilitação devidamente regularizada. Contudo tal necessidade não ocorre na importação, visto ser o adquirente o próprio importador, conforme prova o documento à fl. 16, quando claramente

se demonstra pelo CNPJ, que o adquirente das mercadorias e importador são as mesmas pessoas jurídicas.

Assim, com a devida vênia, discordo do parecer da DITRI retromencionado, assim como do parecer da d. PGE/PROFIS, fazendo constar que o próprio procurador que emitiu o precitado Parecer se retratou, dando guarida às razões invocadas pela recorrente.

Esta mesma 1ª CJF, no Acórdão CJF Nº 0083-11/16, relatado pelo Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes deu Provimento a Recurso Voluntário de mesmo teor, conforme se depreende do trecho do voto abaixo transcrito.

“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 (grifo acrescido), o ato constitutivo do direito, é a habilitação.”

O mesmo tem ocorrido em julgamento na 2ª Câmara, conforme transcrição de ementas abaixo:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 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 insubsistente. Recurso PROVIDO. Auto de Infração Improcedente. Decisão unânime.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 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 insubsistente. Recurso PROVIDO. Auto de Infração Improcedente. Decisão unânime.

Face ao exposto voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário em lide e, por conseguinte, pela Improcedência do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210425.0002/14-0, lavrado contra **LEITÍSSIMO S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2017

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS