

A. I. Nº - 2103200032/17-0
AUTUADO - SANTA LUZ DESENVOLVIMENTO MINERAL LTDA.
AUTUANTE - JAKSON ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.06.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-02/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPORTAÇÃO PARA O ATIVO FIXO. Não apresentação do certificado de habilitação de diferimento. Art. 287, §1, VII do RICMS/12, dispensa a exigência da habilitação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 16/11/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$924.448,57, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 56.01.01 – Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia. Relativamente ao mês de novembro de 2017.

Explica o Autuante que “A empresa Santa Luz Desenvolvimento, supra citada, importou da China um Moinho de Bolas desmontado, conforme D.I. (Declaração de Importação) nº17/1938569-8 de 09/11/2017, cujo desembaraço Aduaneiro ocorreu pelo Porto Vila Velha, no Estado do ES, não recolheu ICMS na ocasião do desembaraço Aduaneiro em contrapartida solicitou indevidamente exoneração do Imposto através da GLME nº 201719943, embasando seu pedido na Resolução 74/2010 - Desenvolve, porém não goza de tal benefício, pois para ter direito a empresa deveria providenciar junto a SEFAZ-Ba habilitação específica para operar com o referido Regime de deferimento conforme determinada no próprio Decreto 8.205/2002 no seu art. 2º, inciso 1º e 2º da SEÇÃO I. do seu REGULAMENTO DO PROGRAMA DESENVOLVE.”

Constata-se que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 53 a 66, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Informa que a Impugnante tem por objeto social o beneficiamento de minério e metais preciosos para posterior comercialização, portanto, na condição de contribuinte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Diz que no curso das suas atividades sociais, incorporou parcela do patrimônio cindido da pessoa jurídica MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A, até então dedicada aos mesmos afazeres acima versados e que esta empresa se encontrava habilitada ao PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DA BAHIA – DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, conforme RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 74, de 25 de maio de 2010, ratificada pela RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 96, de 15 de junho do mesmo ano, que informa foi anexada à defesa.

Salienta que em função do Programa desenvolve a comentada MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A fazia jus, dentre outras benesses ali contempladas, ao “diferimento do lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação (...) nas operações de importações de bens do

exterior” conforme diz constar do art. 1º, alínea ‘a’, da Resolução 74/2010, às fls. 149.

Informa que em cumprimento aos ditames do art. 2º, §1º do Decreto nº 8.205/2002, que regulamenta o DESENVOLVE, pleiteou e obteve, em 12 de maio de 2012, CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO Nº 7470000-6 junto à SEFAZ/BA, a fim de operar nos moldes do referido diferimento.

Explica que depois de concluída a incorporação acima mencionada, a Impugnante, na qualidade de sucessora da MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A em todos os bens, direitos e obrigações atinentes à parcela cindida – integrada, dentre outros ativos, pelos imóveis em que era empreendida a lavra, assim como pelos correlatos direitos de exploração, que de fato continuou a exercer –, cuidou de buscar a retificação da aludida RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE Nº 74/2010, com o único e exclusivo propósito de formalizar sua já consumada condição de detentora das benesses ali retratadas, nos exatos moldes em que outrora foram conferidas.

Assevera que a ratificação da alteração da RESOLUÇÃO 74, transferindo a titularidade do benefício para a Impugnante, tal como pretendida, foi devidamente chancelada e implementada pelo CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, conforme previsto na sua RESOLUÇÃO Nº 139, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015, ora colacionada sob a rubrica de doc. 07, às fls.171, que reproduz.

Todavia, afirma a defesa que a Impugnante não providenciou a expedição de CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO em seu próprio nome e por equívoco seguiu usufruindo dos favores fiscais originariamente conferidos à MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A.

Explana que nesse contexto a Impugnante veio a realizar, em 09 de novembro de 2017, a importação de bens destinados a integrar seu ativo fixo, consignando, tanto na DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO Nº 17/1938569-8 (doc. 08) FLS. 172, quanto na correlata GUIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS – GLME Nº 201719943 (DOC. 09) fls. 176, acreditando que fazia jus ao diferimento do imposto estadual, nos termos da RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE Nº 74/2010, integrada pela RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE Nº 139/2015.

Remata que o aludido procedimento culminou na lavratura do Auto de Infração ora impugnado, que exige o pagamento imediato do ICMS incidente sobre a referida importação, ao argumento de que a Impugnante não teria providenciado a alteração, para o seu nome, do CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO, outrora conferido à entidade incorporada. Conforme texto da acusação fiscal que reproduz.

Frisa que apesar do Autuante não contestar a possibilidade de a Impugnante se valer dos favores fiscais retratados na propalada RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 74/2010 – entendeu que o simples fato da Impugnante não haver providenciado, até então, a expedição de CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO em seu próprio nome, teria o condão de comprometer o diferimento do ICMS incidente sobre a importação em tela.

Salienta que a atitude do Autuante carece de respaldo jurídico, pois entende que uma vez constatado que o usufruto da pretendida benesse decorre de consequência lógica da sucessão empresarial levada a cabo, esse direito não pode ser mitigado pela inobservância de mera formalidade como aquela em que findou por incorrer a Impugnante.

Entende que deve ser considerado que a Impugnante obteve CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO, DATADO DE 16/11/2017, em nome próprio, poucos dias depois de concretizada a operação em voga, que findou, nestes moldes, alcançada pelo referido ato administrativo, por força do seu caráter meramente declaratório de um direito já posto, produzindo, nesta perspectiva, efeitos retroativos (doc. 10) fls. 177 e 178.

Feitas às considerações preliminares acima relatadas, em que a defesa sinaliza o contexto em que

foi pautada a defesa administrativa, passou a Impugnante a adentrar em pormenorizar os argumentos já sintetizados.

Trata inicialmente de explanar acerca dos efeitos da sucessão empresarial dizendo ser cediço que as operações de reorganização societária despontam como importante ferramenta de agregação de recursos financeiros, tecnológicos e mercadológicos voltados ao fortalecimento das entidades envolvidas, de modo a garantir sua sobrevivência no contexto de crise econômica e acirramento de concorrência mundialmente vivenciado, conforme definido pelo art. 227 da Lei das S/A como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Acrescenta que idêntica previsão é veiculada pelo art. 1.116 do Código Civil de 2002, a teor do qual na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Leciona acerca dos efeitos de operações como tais, esclarecendo que a renomada doutrina de LUCENA, dedicada à matéria, da qual reproduz excertos, defende que a absorção de uma entidade empresarial por outra acarreta: “a) a *unificação dos corpos sociais das duas sociedades: os sócios da incorporada passam a ser sócios da incorporadora*; b) ***unificação de patrimônios: o patrimônio da incorporada é consolidado no da incorporadora***; e c) a *extinção da incorporada, sem liquidação: apenas a pessoa jurídica incorporada continua a existir após a operação*” (grifos da defesa).

E que “*todas as relações reais, obrigacionais, ativas, passivas, substanciais ou processuais transmitam-se para a sociedade incorporadora*, de modo que *todos os bens, direitos e obrigações, na esfera do direito substantivo ou processual, saem do patrimônio da incorporada (...), passando a integrar o patrimônio da incorporadora*” (grifos da defesa).

Diz ainda MAMEDE afirma que “*a incorporação culmina na absorção, pela entidade incorporadora, de direitos e obrigações de titularidade originária da pessoa jurídica incorporada, podendo abranger todo o patrimônio desta última, em sucessão a título universitas iuris, ou apenas parte do acervo, destacado em sede de cisão parcial*” (grifos da defesa).

Ressalta que “*o legislador complementar cuidou de estabelecer, no bojo do art. 132 do Código Tributário Nacional – CTN, que ‘a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.’*” (grifos da defesa).

Conclui que diante do que expôs “*outra não pode ser a conclusão senão a de que a entidade sucessora, continuando a explorar as atividades produtivas outrora exercidas pela sucedida, nos mesmos moldes que ensejaram a concessão de determinado favor fiscal a esta última, poderá, da mesma forma, seguir utilizando a benesse, até que se encerre o período de usufruto normativamente previsto, caso existente*”. (destaque da defesa)

Dizendo no mesmo sentido, cita e reproduz o PARECER Nº 06483/2010 DATA: 22/04/2010, e o PARECER Nº 02921/2011 DATA: 14/02/2011, expedidos pelo órgão fazendário consultivo deste Estado, que diz textualmente ratificar a possibilidade de fruição, por pessoa jurídica incorporadora, de benefícios fiscais relativos ao DESENVOLVE, originariamente conferidos a entidade incorporada.

Reafirma que a pessoa jurídica incorporadora assume todos os ônus e bônus contidos no acervo patrimonial incorporado, dentre os quais eventuais benefícios fiscais que o integrem.

Aduz haver restado claro que a Impugnante, na qualidade de sucessora da MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A em todos os bens, direitos e obrigações atinentes ao patrimônio destacado desta última em sede de cisão parcial, que contempla, dentre outros ativos, os imóveis em que

empreendida a lavra, assim como os correlatos direitos de exploração, à qual deu continuidade, de forma que passou a fazer jus, de imediato, às benesses conferidas à sucedida na esteira do DESENVOLVE, inclusive ao diferimento do ICMS incidente na importação de bens destinados a compor seu ativo imobilizado, tal como previsto no art. 1º, alínea 'a', do anexo doc. 05, fls. 168.

Acrescenta ainda, que a Impugnante cuidou de formalizar sua já consumada condição de detentora do favor fiscal em tela, solicitando ao ente fazendário a retificação da festejada Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE nº 74/2010, a fim de que passasse a figurar como efetiva usufrutuária, conforme veio a ser perpetrado em sede da já citada RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 139/2015.

Reitera que a simples inobservância de formalidades adicionais, a exemplo da abstenção de providenciar a expedição de CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO em seu próprio nome não se presta a mitigar o direito à postergação do lançamento e pagamento do ICMS nos moldes estampados nos atos administrativos acima citados.

Assegura que admitir que o gozo do diferimento estaria vinculado ao pronunciamento administrativo dessa natureza, implicaria evidente afronta ao princípio da razoabilidade segundo a doutrina de CALCINE que reproduz, mormente considerando que o Autuante sequer questionou a possibilidade de a Impugnante se valer dos favores fiscais originariamente veiculados na RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 74/2010, por isso entende que desponta evidente a insubsistência do lançamento.

Afirma que demonstrará adiante que o usufruto do diferimento intentado haveria de prevalecer mesmo que em decorrência lógica do evento de incorporação não se tratasse, em vista dos efeitos retroativos do CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO em nome próprio obtido poucos dias após a concretização da operação em voga.

Passando então a defesa a discorrer acerca “DOS EFEITOS RETROATIVOS DO CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO OBTIDO PELA IMPUGNANTE” explica que a Impugnante se absteve de providenciar a expedição de CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO em seu próprio nome influenciada pela inequívoca constatação de que a sucessão empresarial já se havia implementado, com todos os efeitos que lhe são próprios.

Registra que a Impugnante, tendo sido verbalmente advertida pelas autoridades fiscais, requereu e obteve, antes mesmo de tomar conhecimento dos termos do guerreado lançamento e apenas 07 (sete) dias após a realização da comentada importação, CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO em nome próprio (vide doc. 10) fls. 177.

Remata restar clara a ampla possibilidade de a operação em tela ser alcançada pelo propalado expediente, por força do seu caráter meramente declaratório de um direito já posto em sede de RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, produzindo, nesta perspectiva, efeitos retroativos.

Assevera que não há como adotar conclusão diversa senão a de que o CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO a ser posteriormente obtido como requisito formal da fruição de postergação do lançamento e pagamento do ICMS incidente na importação de bens destinados ao ativo imobilizado apenas certifica uma situação fática já constituída, um direito já posto pela RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE sob a égide do qual vem a ser emitido.

Insiste que a Impugnante adquiriu o direito de se valer das benesses originalmente conferidas à referida entidade por meio da festejada RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 74/2010, desde a data de incorporação da MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A, cuja retificação, como visto, providenciou em seguida, teve o único e exclusivo propósito de formalizar sua já consumada condição de detentora dos direitos ali concedidos, em decorrência da sucessão empresarial ocorrida, conforme cancelado e implementado pelas autoridades competentes em

sede da RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 139/2015.

Concluiu que o ato administrativo representado pela designação de doc. 10 às fls. 177 e 178 (CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO), exarado em 16 de novembro de 2017, se presta tão somente a certificar um direito já posto.

Reforça dizer ser incontestável, portanto, que o CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO produz efeitos retroativos à data de publicação da RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE Nº 74/2010 – ou minimamente à data de veiculação da retificadora, RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 139/2015, por isso entende ver alcançar a importação que ora se analisa.

Registra eu seu argumento encontra apoio em jurisprudência administrativa deste CONSEF no precedente da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, relativo ao PROCESSO - A. I. Nº 269132.0002/14-7, ACORDÃO CJF Nº 0312/12/15, que reproduz, a qual segundo a defesa entendeu que “(...) Ademais, certificado, ao contrário das leis, pormenorizadas em decretos, resoluções etc., não é ato constitutivo de direito, mas meramente declaratório, porquanto não se destina a determinar se os contribuintes fazem ou não jus ao diferimento ou ao que quer que seja.”

Reafirma que “(...) o usufruto do diferimento intentado haveria de prevalecer mesmo que em decorrência lógica do evento de incorporação não se tratasse, uma vez constatado que o CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO obtido pela Impugnante em nome próprio, poucos dias após concretizada a importação autuada, produz efeitos declaratórios e não constitutivos, retroativos à outorga do favor fiscal em sede da competente RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, alcançando, portanto, referida operação.”

Concluiu ser inequívoca a necessidade de afastamento da exigência em tela e pede que seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

O Autuante se pronuncia às fls. 180 a 183 e informa que o prazo para pleitear benefício ou recolher ICMS na Importação se configura no momento do desembaraço aduaneiro, o qual ocorreu no dia 09/11/2017, conforme Comprovante de Importação -CI constante deste PAF.

Diz que o início da ação Fiscal se deu em 14/11/2017, com a lavratura do Termo de Apreensão e Ocorrência, e com a lavratura do presente Auto de Infração e a ciência da Impugnante ocorrida em 16/11/2017.

Afirma que Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos moldes legais, indicando a data da ocorrência, o fato gerador do imposto, o infrator, a infração cometida, tudo de forma clara, precisa e sucinta, bem como o embasamento legal, o valor do imposto às cominações legais, juntamente com Termo de Apreensão e demonstrativo de Apuração da Base de cálculo à fl. 05, não havendo, portanto, vícios de formalidade que ensejem nulidade processual.

Assevera que na autuação ficou caracterizado que na ocasião do desembaraço Aduaneiro em 09/11/2017, e até o início da Ação Fiscal quando foi lavrado o Termo de Apreensão em 14/11/2017, a autuada não possuía habilitação perante SEFAZ-Ba para operar no regime de diferimento conforme “hardy copy” obtido em sistema interno INC anexado, comprovando que somente no dia 16/11/2017 foi concedida pela SEFAZ-BA a Habilitação para operar no regime de Diferimento, portanto após o início da Ação Fiscal.

Salienta que a resolução do desenvolve não é condição suficiente para a Impugnante usufruir do benefício concedido nas importações, pois conforme o Decreto 8.205/2002, que instituiu o Programa de incentivo DESENVOLVE, que no Art. 2º, § 1º determina que 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, e no seu § 2º estabelece que se aplica ao Regime de diferimento de as mesmas regras previstas no Regulamento do ICMS que com ele não conflitem.

Ressalta que o RICMS–BA Dec. 13.780/2012 determina no Art. 287 que 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 específica para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, portanto o gozo de tal benefício depende obviamente do cumprimento de uma obrigação acessória, pois é o certificado de habilitação, que é condição imprescindível para usufruto do regime tributário que possibilita postergar o pagamento do imposto devido nesta operação e afirma que o certificado de habilitação não autoriza que o benefício seja retroativo.

Cita a esse respeito o art. 113 do Código Tributário Nacional, CTN, quando se descumpre uma obrigação acessória, que reproduz.

Evoca o Parecer DITRI 27374/2012, datado de 20 de novembro de 2012 que menciona a obrigatoriedade da habilitação no regime do diferimento pela SEFAZ, como também duas decisões dos Julgamentos deste conselho pela procedência da exigibilidade da habilitação ativa para fruição do benefício do regime de diferimento (ACÓRDÃO JJF Nº 0131-05/15 e ACÓRDÃO JJF Nº 0121-04/14).

Ao final, pede o Autuante pela procedência do auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Verifico que a questão demandada tem por base a acusação de falta de recolhimento do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro de bens importados pela Impugnante, tendo em vista que esta importou da China um Moinho de Bolas desmontado, para figurar em seu ativo fixo, e não recolheu ICMS na ocasião do desembaraço aduaneiro por haver solicitado exoneração do Imposto através da GLME nº 201719943, embasando seu pedido na Resolução 74/2010 – do Desenvolve, que lhe deferiu o benefício do diferimento do recolhimento do ICMS devido nas operações de importações de bens do exterior, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação.

Todavia, entendeu o Autuante que a Impugnante não gozaria de tal benefício, pois não obteve junto a SEFAZ-BA a habilitação específica para operar com o referido Regime de diferimento conforme asseverou que esta exigência é condição determinada pelo próprio Decreto 8.205/2002 (REGULAMENTO DO PROGAMA DESENVOLVE) no seu art. 2º, inciso I, alínea “a” combinados com os parágrafos 1º que reproduzo:

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.

§ 2º Aplica-se ao diferimento de que trata este Decreto as regras previstas no Regulamento do ICMS que com ele não conflitem.

Verifiquei dos autos que a Impugnante tem por objeto social o beneficiamento de minério e metais preciosos para posterior comercialização, e que obteve o benefício do diferimento previsto no Decreto 8.205/2009 através da RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 74, de 25 de maio de 2010, ratificada pela RESOLUÇÃO DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE nº 96, de 15/2010 e retificada pela RESOLUÇÃO 139/2015. Razão pela qual passou a fazer jus ao diferimento do lançamento e pagamento do ICMS devido nas operações de importações do exterior relativas às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação.

Extraí dos autos também que no momento da ocorrência do fato gerador impositivo para o recolhimento do ICMS sobre a referida operação de importação, a Impugnante ainda não detinha a habilitação exigida pelo Decreto 8.205/2002 no seu art. 2º, inciso I, alínea “a”, que deveria ser obtida junto a SEFAZ/BA. Pois, a Declaração de Importação – DI é datada de 09/11/2017 enquanto que o CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO Nº 7470000-6 só foi obtido em 16/11/2017. Desta forma, no momento da ocorrência do fato gerador do ICMS a empresa não detinha o referido documento.

A questão que se impõe, portanto, para o deslinde da demanda, é decidir se o referido documento exigido pelo Autuante é de fato exigência impreterível ou intransponível para que possa a Impugnante usufruir do benefício do programa Desenvolve, ou representa mera formalidade, desde que o contribuinte tenha sido agraciado com a aquiescência do CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE.

Nesse sentido, verifiquei que na ocasião da importação, a empresa já detinha o referido reconhecimento do aludido benefício pelo CONSELHO, através da RESOLUÇÃO nº 39/2015 que alterou a titularidade da RESOLUÇÃO nº 74/2010, transferindo os direitos à Impugnante, como explicou a defesa.

Razão pela qual optei por abstrair da contenda as alegações que decorrem dos motivos pelos quais a Impugnante obteve o direito a que se refere à RESOLUÇÃO nº 39/2015, que se deu em função da aquisição de outra empresa - MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A – a qual já era detentora do benefício e por isso, no bojo, também adquiriu suas obrigações e ainda o direito relativo ao diferimento do ICMS incidente nas importações de bens previsto no PROGRAMA DESENVOLVE, pois se trata de questões irrelevantes a partir do momento da edição da RESOLUÇÃO nº 139/2015, pois desde o ano de 2015, portanto, é sabido que a Impugnante teve o reconhecimento pelo CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE do direito de fazer jus ao referido diferimento, que transfere o a obrigação tributária em questão para o momento em que ocorrer a desincorporação do bem. Sobretudo, porque não foi pela falta da propalada resolução o motivo do presente lançamento do crédito fiscal.

Voltando ao cerne da questão e tratando do argumento defensivo de que a simples inobservância de formalidades adicionais, a exemplo da abstenção de providenciar a expedição de CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO em seu próprio nome, não se prestaria a mitigar o direito à postergação do lançamento e pagamento do ICMS nos moldes estampados nos atos administrativos acima citados, devo registrar que apesar de reconhecer neste argumento uma verosimelhança, pois a princípio se poderia, de fato, admitir que uma mera formalidade não poderia vencer um direito já reconhecido. Penso que, muito ao contrário, o argumento não passa de um paralogismo, pois não posso admitir que um regramento previsto por um Decreto do Poder Executivo Estadual, possa ser mitigado ou afastado do ordenamento jurídico, por um interprete sem levar em consideração a teleologia de sua edição.

Ademais, essa regra está posta, se a norma tem validade, ela deve ser exigida para que se

configure sua eficácia para que seja respeitada e adimplida por todos, de outra forma não haveria sentido em mantê-la no ordenamento.

E nesse sentido não há falar em efeito retroativo do CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO, pois uma regra que encerra uma condição para a fruição de um benefício não pode ser admitida de forma retroativa. O posicionamento contrário poria abaixo o poder impositivo da norma, e, por conseguinte sua eficácia.

Contudo, verifico que a exigência quanto à apresentação do CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO, objeto da demanda, foi dispensado para os casos de importações do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, pela legislação estadual, conforme inciso VII do §1º do art. 287 do RICMS/2012, reproduzido a seguir:

“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:

§ 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.”

Ressalto que a despeito da regra inserta no §2º do inciso I do art. 2º do Decreto 8.205/2002 que em princípio parece impedir a aplicação da regra de dispensa da habilitação ao diferimento prevista no dispositivo legal acima, em verdade por imposição do princípio da segurança jurídica a interpretação acertada é de que a limitação a imposição de regra contrária ao Decreto 8.205/2002, limita-se à hipótese de regra que seja contrária ao benefício proposto pelo decreto, mas nunca em relação a dispensa de obtenção do certificado de habilitação.

A exigência ou não do certificado é uma decisão da administração tributária e esta adstrita a avaliação do Poder Público em função da conveniência e da oportunidade, sobretudo nunca olvidando de respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, o que se depreende do inciso VII do §1º do art. 287 do RICMS/2012 é que a SEFAZ não considera conveniente e oportuno à exigência do CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO quando se tratar de diferimento do ICMS incidente na importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado quando realizadas por estabelecimentos industriais ou agropecuários.

Destarte, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2103200032/17-0**, lavrado contra a empresa **SANTA LUZ DESENVOLVIMENTO MINERAL LTDA**.

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 de Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2018

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR