

A. I. N° - 206886.0020/17-7
AUTUADO - JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-01/18

EMENTA: ICMS. BENEFICIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não é devido o pagamento do imposto referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento, haja vista que o autuado é beneficiário do Programa DESENVOLVE, e nesta condição, as aquisições dos referidos bens estão amparadas pelo diferimento do lançamento e pagamento do ICMS. Acolhida a prejudicialidade de decadência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$2.492.089,65, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, imputada ao autuado: *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.* Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2012, fevereiro a setembro e dezembro de 2013, janeiro, abril, junho, agosto a dezembro de 2014 e abril de 2015.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls.68 a 81-A). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Observa que o Auto de Infração foi lavrado para a exigência de ICMS Diferencial de Alíquotas incidente sobre a aquisição interestadual de bens destinados ao ativo fixo da empresa. Alega que o autuante não se atentou ao fato de que se trata de empresa beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei n° 7.980/2001 e regulamentado pelo Decreto n° 8.205/2002, no qual autoriza o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS devido sobre a aquisição interestadual de bens destinados ao ativo fixo da empresa, conforme exigido no presente Auto de Infração.

Sustenta que diante do benefício legal concedido à empresa, mostra-se completamente ilegítima a exigência fiscal.

Argui, em caráter preliminar, a extinção pela decadência do crédito tributário decorrente de operações realizadas no período anterior a 29/12/2012, sob o fundamento de que somente tomou ciência do Auto de Infração no dia 29/12/2017.

Consigna que nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, a Fazenda Pública possui o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário, de modo que, não o fazendo dentro desse prazo, o crédito é extinto pela decadência, a teor do que dispõe o art. 156, V, do CTN. Acrescenta que parte dos créditos tributários constantes foram extintos pela decadência, em razão do transcurso do prazo de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador.

Ressalta que declarou e realizou o pagamento dos débitos de ICMS-DIFAL que, em seu entendimento, eram efetivamente devidos (Doc. 04), de modo que, de fato, houve pagamento do tributo, ainda que se venha a arguir que de forma parcial, o que atrai o prazo decadencial previsto

no art. 150, § 4º, do CTN, tal como jurisprudência pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça. Reproduz decisão do STJ neste sentido.

No mérito, sustenta a total insubsistência da autuação. Afirma que o autuante olvidou-se do benefício fiscal concedido à empresa por meio do Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001 e regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, no qual prevê o deferimento do lançamento e recolhimento do ICMS-DIFAL. Reproduz os referidos dispositivos normativos.

Registra a habilitação e situação da empresa no Programa DESENVOLVE. Nota que em 07/03/2006 foram concedidas as Habilidades nºs 50720007 e 50730002, de modo que a empresa está, desde referida data, devidamente habilitada para usufruir dos benefícios trazidos pelo referido programa.

Diz que nesse contexto é que se encaixa o deferimento do lançamento do ICMS-DIFAL adotado pela empresa que, ao adquirir bens de outras unidades da Federação destinados ao seu ativo fixo, deixou de pagar o imposto com base nos dispositivos legais acima aduzidos.

Assevera que desse modo, não restam dúvidas de que agiu de acordo com o benefício fiscal concedido, portanto, a Fiscalização não poderia proceder a autuação sob o argumento de que teria cometido infração ao deixar de recolher o ICMS-DIFAL incidente sobre a aquisição interestadual de bens destinados ao seu ativo fixo. Neste sentido, invoca e reproduz entendimento firmado por este Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF.

Reporta-se sobre o primado da busca da verdade material, invocando e reproduzindo neste sentido, entendimento firmado pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e Conselho Administrativo Tributário do Estado de Goiás.

Conclusivamente, afirma que a acusação fiscal deve ser cancelada.

Prosseguindo, argui o caráter confiscatório da multa imposta de 60% sobre o valor do tributo. Alega que as penalidades devem atender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de desobediência ao princípio maior da vedação ao confisco.

Frisa que a vedação ao efeito confiscatório, inerente aos tributos por força de disposição constitucional, aplica-se, também, às multas e penalidades, conforme já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 551/RJ, de Relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

Destaca que se aperfeiçoando ainda mais a respeito do tema, o STF firmou que percentuais entre 20% e 30% são considerados adequados à luz do princípio do não confisco. Reproduz decisão neste sentido.

Conclusivamente, diz que ainda que possa subsistir a exigência fiscal, o que cogita apenas para fins de debate, a multa abusiva e absurda de 60% imposta deve ser reduzida a patamar razoável e proporcional à suposta infração.

Finaliza a peça defensiva requerendo que:

- seja reconhecida a extinção de parte do crédito tributário pela ocorrência da decadência, adicionalmente;
- seja reconhecida a total insubsistência do Auto de Infração, ou subsidiariamente;
- seja reduzida a multa imposta para um patamar inferior a 25% do montante exigido a título de imposto principal, descharacterizando-se, assim, o seu efeito confiscatório;
- todas as comunicações, intimações e notificações do presente feito sejam encaminhadas ao escritório dos seus procuradores, localizado na Rua Chedid Jafet, nº 222, Bloco D, Conjunto 21, Vila Olímpia, São Paulo, SP, CEP 04551-065, aos cuidados do Dr. Luiz Gustavo A.S. Bichara, inscrito na OAB/SP sob o nº 303.020, telefone nº (11) 3237-4588.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.112/113). Consigna que em conformidade com a Resolução 33/2004 alterada pela Resolução 10/2006 do Presidente do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, a empresa Jacobina Mineração e Comércio Ltda. é habilitada ao Programa

DESENVOLVE.

Diz que dessa forma, a teor do Decreto nº 8205/2002 as operações de aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo fixo são amparadas pelo diferimento para o momento de sua desincorporação, descabendo a exigência fiscal, haja vista que a empresa é beneficiária do Programa DESENVOLVE.

Finaliza a peça informativa opinando pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Inicialmente, no que tange à preliminar arguida pelo impugnante de extinção pela decadência do crédito tributário, decorrente de operações realizadas no período anterior a 29/12/2012, sob o fundamento de que somente tomou ciência do Auto de Infração no dia 29/12/2017, e desse modo, nos termos dos artigos 150, § 4º e 156, V do Código Tributário Nacional, os créditos tributários foram extintos pela decadência, em razão do transcurso do prazo de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, constato que assiste razão ao impugnante.

Cabe observar, que a questão da ocorrência da decadência por um longo tempo tornou-se uma matéria tormentosa no âmbito deste CONSEF, haja vista que, via de regra, as decisões sempre apontaram no sentido de inocorrência da decadência, por se considerar a contagem do prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, e não no prazo previsto no § 4º, do art. 150 do mesmo diploma legal.

Ocorre que após detalhado e minucioso estudo sobre a matéria, inclusive a repercussão das autuações nos julgamentos realizados na esfera judicial, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica sobre esse tema, tendo editado o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, no qual firmou o entendimento de que: *Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.* Foi observado no referido Incidente de Uniformização, que no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se aplicaria a regra do art. 150, § 4º, mas sim do art. 173, I, ambos do CTN.

Por outro lado, quanto à contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, o entendimento firmado apontou no sentido de que conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

A análise do entendimento manifestado pela PGE/PROFIS permite concluir que sendo autuação referente à diferença entre o valor apurado conforme demonstrado nos Anexos I, II e IV entre o montante efetivamente devido os valores lançados na EFD - conforme consta na descrição adicional da conduta infracional imputada ao autuado no Auto de Infração - aplica-se a regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN.

No presente caso, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2017, com ciência ao autuado em 29/12/2017, portanto, assistindo razão ao impugnante quanto à ocorrência da decadência no que tange aos fatos geradores ocorridos anteriormente à data de 29/12/2012.

O impugnante rechaça a acusação fiscal, sustentando que descabe a autuação, em face de ser beneficiário do Programa DESENVOLVE, e desse modo, as aquisições terem ocorrido com o diferimento do lançamento e pagamento do imposto.

Efetivamente, assiste razão ao impugnante. Verifica-se que o autuado é beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, nos termos da Resolução nº 33/2004, posteriormente alterada pela Resolução de nº 10/2006, e na sua habilitação consta o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a 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.*

Assim sendo, como as aquisições interestaduais de bens de que cuida a autuação estão amparadas pelo diferimento do ICMS, descabe a exigência do imposto relativo à diferença de alíquotas, sendo, desse modo, improcedente o Auto de Infração.

Relevante assinalar, que o próprio autuante na Informação Fiscal, reconheceu descaber a exigência fiscal e opinou pela insubsistência da autuação.

Por derradeiro, no tocante ao pedido formulado pelo impugnante para que todas as comunicações, intimações e notificações do presente feito sejam encaminhadas ao escritório dos seus procuradores, localizado na Rua Chedid Jafet, nº 222, Bloco D, Conjunto 21, Vila Olímpia, São Paulo, SP, CEP 04551-065, aos cuidados do Dr. Luiz Gustavo A.S. Bichara, inscrito na OAB/SP sob o nº 303.020, inexiste óbice para atendimento do pleito. Entretanto, cumpre observar que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte, se encontram previstas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206886.0020/17-7**, lavrado contra **JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR