

PROCESSO - A. I. Nº 269274.1201/03-9
RECORRENTE - SUZANO BAHIA SUL PAPEL E CELULOSE S.A. [BAHIA SUL CELULOSE S.A.]
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0011-02/05
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 17/05/2005

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do **Acórdão nº 0130/12-05**, de 18 de abril de 2005, exarado pela 2ª Câmara deste Colegiado, conforme pedido do contribuinte protocolado sob nº 133219/2005-4, em 25/07/2005, doc. fls. 419 a 423 dos autos, para que **“o pagamento do débito atinente a infração 1 seja homologado sob o beneplácito da Lei nº 8.887/03 (Anistia de multa e juros)”**.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-12/05-A

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. Acolhido o pedido do contribuinte, para que os valores recolhidos quanto a presente infração sejam homologados, pois quitados ao amparo da Lei nº 8.887/03, sem a incidência de multa e acréscimos moratórios. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a inadimplência do Programa BEFIEX pelo não cumprimento dos compromissos de exportação pactuados no termo de Compromisso Aditivo SPI/BEFIEX/Nº 533/1/97, cabe a cobrança das parcelas relativas ao Imposto de Importação e de Produtos Industrializados, em conformidade com a planilha de fl. 78, que faz parte integrante do Auto de Infração. Preliminares de nulidade rejeitadas. Decisão por maioria em relação à 1ª e, não unânime quanto às 2ª, 3ª e 4ª. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário referente ao Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/03, que apurou os seguintes fatos:

1. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias que entraram no estabelecimento com utilização de crédito do imposto e que, posteriormente, saíram com não-incidência do tributo, haja vista que, nas operações de saídas de papéis para impressão de livros, jornais e periódicos, que gozam da não-incidência de ICMS, deve ser estornado o crédito proporcionalmente à participação das matérias-primas tributadas no processo produtivo, conforme resposta da DITRI à consulta formulada pelo contribuinte através do Processo nº 158135/2002-2, sendo glosado crédito no valor de R\$866.888,03, com multa de 60%;

2. falta de pagamento de ICMS na importação de mercadorias procedentes do exterior, sendo lançado imposto no valor de R\$31.434,79, com multa de 60%.

O sujeito passivo requerera o direito de pagar o débito objeto do item 1º do Auto de Infração com o benefício previsto na Lei nº 8.887/03 (fls. 115 a 117).

No tocante ao 2º item (fls. 122 a 132), explica que o fato que motivou o lançamento, embora não tenha sido explicitado no Auto de Infração, diz respeito ao não recolhimento do ICMS, integral ou parcialmente, em operações de importação, em decorrência, respectivamente:

- a) de isenção relacionada ao Programa Befiex e;
- b) da não inclusão, na base de cálculo do imposto estadual, das parcelas relativas aos impostos federais sobre importação e sobre produtos industrializados, neste último caso em virtude de isenção concedida dentro do Programa Befiex no âmbito dos aludidos tributos federais.

Foram aduzidas uma série de considerações acerca da nulidade dos atos administrativos e de princípios jurídicos que considera básicos na situação em exame. Fala do princípio da fundamentação, segundo o qual o ato administrativo deve conter a declaração expressa da norma legal em que se arrima e do acontecimento fático que autoriza a prática do ato. Acentua que, de posse dos dados do levantamento fiscal, cumpriria à autoridade fiscal dizer a razão pela qual não os levou em consideração, em atenção aos princípios da verdade material e da ampla defesa, promotores do devido processo legal, na medida em que a eficácia daqueles princípios depende da correta narração do acontecimento fático, de modo a permitir que o acusado contraponha todos os fatos extintivos, impeditivos e modificativos da pretensão fiscal. Frisa que no Auto de Infração em apreço não foi feita qualquer alusão ao fato determinante da autuação, pois não menciona as operações beneficiadas pelo Programa Befiex.

Quanto à alusão, no Auto de Infração, aos arts. 58, I, 572 e 50, I, “a”, do RICMS/97, que dizem respeito à desconsideração dos impostos sobre importação e sobre produtos industrializados na base de cálculo do ICMS, o autuado argumenta que, no caso em exame, a circunstância modificativa e extintiva da pretensão fiscal reside na não agressão àqueles dispositivos, haja vista que os aludidos tributos federais foram exonerados nas operações de importação, conforme documentos às fls. 200 a 202 e 210. Já no caso dos documentos às fls. 197 a 199, 203 a 209 e 211 a 213, diz que o próprio regime aduaneiro concedido e cumprido, conforme reconheceu a autoridade competente, de acordo com o ofício à fl. 160, autorizou a exoneração direta do ICMS, nos termos do Decreto nº 3.926/94 e do Convênio ICMS 130/94, e ainda do art. 28, III, “a”, do RICMS/97, dispositivos esses que deram continuidade às normas do Decreto nº 4.391/91 e do Convênio ICMS 5/91. Transcreve, a seguir, o “caput” do art. 28 do RICMS/97, o inciso III e sua alínea “a”.

Quanto ao motivo que levou a fiscalização a lançar a diferença de imposto objeto do tópico em discussão, o recorrente indagou:

- a) por qual razão os fiscais deixaram de reconhecer a isenção do ICMS prevista na legislação e retratada nos documentos às fls. 197 a 213?
- b) teriam os fiscais deixado de reconhecer que se tratava de importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos ou material, ou respectivos acessórios, sobressalentes ou ferramentas?

- c) teriam os fiscais rejeitado a subsunção das importações ao regime Befiex, aprovado até 31/12/1989?
- d) teriam eles imaginado que a empresa não fosse um estabelecimento industrial?
- e) teriam alvitado que as mercadorias não se destinavam ao ativo imobilizado para uso exclusivo na atividade produtiva da empresa?
- f) teriam imaginado, se é que pesquisaram, que as mercadorias não eram isentas do imposto sobre a importação? Protesta que a leitura do Auto nada revela quanto às questões acima assinaladas, não permitindo oposição específica.

Alegara que, em virtude da deficiência da descrição do fato, não se sabe se a imposição fiscal é decorrente do desconhecimento puro e simples das isenções federais, ou se, na inteligência dos autuantes, aquela exoneração não afeta o cálculo do ICMS lançado, ou se a imposição decorreu do desconhecimento da exoneração estadual nos casos amparados por convênio isencional ou de qualquer outro fato não revelado. Concluiu às preliminares pedindo a nulidade do lançamento objeto do 2º item do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, o ora recorrente chamara a atenção para o Ofício nº 117 do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, à fl. 160, dando conta de que, por despacho da autoridade competente, o programa especial de exportações da empresa se encontrava encerrado por adimplência contratual, sujeito a verificação fiscal, relativamente ao Certificado nº 533/89. Aduz que a autoridade competente deixou clara a submissão das importações ao regime Befiex. Argumenta que, de acordo com os atos normativos já citados, os impostos sobre importação e sobre produtos industrializados não poderiam integrar a base de cálculo do ICMS, e nos casos de importação de ativos imobilizados o ICMS foi exonerado por isenção legal. Argumenta que, como nenhuma verificação fiscal pôs em dúvida a isenção do ICMS nos casos dos documentos às fls. 197 a 199, 203 a 209 e 211 a 213 e as isenções dos tributos federais, redutoras da base de cálculo nos casos dos documentos às fls. 200 a 202 e 210, tem-se como regulares as operações. Anexou os demais documentos pertinentes ao programa cumprido, às fls. 161 a 170, que ensejaram a exoneração dos tributos federais. Aduz que, em decorrência dos atos normativos citados e em face das notas fiscais às fls. 197 a 213, ou terá havido a redução da base de cálculo do ICMS (fls. 200 a 202 e 210) ou a isenção do ICMS foi integral (fls. 197 a 199, 203 a 209 e 211 a 213).

Considerou que o presente lançamento fere o princípio da competência, já que cumpre ao Ministério da Indústria e Comércio verificar se foi cumprido o Programa Befiex, ou padece de nulidade, como foi sustentado preliminarmente. Frisa que não se pode imaginar que determinados bens sejam considerados ativos imobilizados na esfera federal mas não o sejam na esfera estadual. Pede que, sendo superadas as preliminares suscitadas, seja determinada a realização de diligência, para constatação, dentre outros aspectos, da integração física dos bens importados ao ativo imobilizado da empresa, independentemente da integração contábil. Cita jurisprudência do TIT, de São Paulo.

Protestou, por fim, quanto à utilização da Taxa Selic no cálculo de juros moratórios de débitos fiscais, que, a seu ver, viola a Constituição.

Pede que o item 2 do Auto de Infração seja julgado improcedente, caso sejam superadas as preliminares.

Um dos fiscais autuantes prestou informação dizendo ter conhecimento do programa especial de exportação concedido à empresa, e também sabe que as operações de importação indicadas neste Auto de Infração se referem a aquisições de bens para integrar o ativo imobilizado, para uso

exclusivo na atividade produtiva, assim como a aquisições de mercadorias com exoneração dos impostos sobre importação e sobre produtos industrializados, porém, como não houve o regular cumprimento dos requisitos e das condições fixados na legislação e no contrato assinado entre a empresa e a União, atendendo ao Termo de Compromisso Aditivo do programa especial de exportação, resta a cobrança do ICMS devido ao Estado da Bahia, em consequência da perda do benefício, com a cobrança dos tributos federais pela receita federal.

Destacou que, encerrado o Programa Befiex concedido à empresa, o Ministério da Indústria Comércio e Turismo encaminhou toda a documentação do programa à receita federal para verificação fiscal e cambial. Depois, a receita federal constatou o não cumprimento dos valores de metas de exportação e de geração de divisas pactuados no Termo de Compromisso Aditivo SPI/BEFIEIX nº 533/97, assinado entre a empresa e a União. Com isso, se enseja a perda do direito à fruição dos benefícios e, conseqüentemente, a exigência dos impostos concernentes ao benefício com lançamento de ofício efetuado pela receita federal através do Auto de Infração nº 0517600/00451/00, julgado procedente, conforme Ofício SRRF05/DITEC nº (020)043/2002, anexo. Destaca que o RICMS/BA desonera as operações amparadas pelo Programa Befiex, e cabe ao fisco baiano constituir o crédito tributário, lançando o imposto incidente nas operações de importação realizadas pela empresa.

Quanto à inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC na atualização monetária dos débitos tributários, o fiscal diz que não é de sua competência comentar tal matéria.

Opinou pela manutenção integral do lançamento.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao sujeito passivo, este ingressou com novo instrumento dizendo que o que parecia mero defeito do Auto, quanto a não revelar seu fundamento de fato específico, aparenta ser uma atitude adremente assumida pelos autuantes, ao dizerem, na informação prestada, que tinham conhecimento do programa especial de exportação concedido à empresa e sabiam que as operações de importação objeto deste Auto de Infração se referiam à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado. Indaga qual teria sido a razão de os fiscais, conhecendo o aspecto de fato, não o terem declarado no Auto de infração, só o fazendo depois e tardiamente, com desprezo aos princípios da moralidade e da boa-fé. Protesta que, se fosse dada notícia no Auto de que a diferença levantada tem a ver com o contencioso estabelecido pela receita federal, isso ensejaria o exercício da defesa em toda a sua amplitude. Diz que a omissão assinalada constitui violação ao princípio contido no art. 2º do RPAF/99, e teve o intuito de prejudicar a ampla defesa, haja vista que o Auto de Infração em momento algum se reporta ao processo instaurado na esfera federal, e só depois foi que os fiscais fizeram alusão a ele, juntando documentos que poderiam ter anexado antes. Aduz que o aludido processo administrativo federal se encontra com o relator Zenaldo Loibman, em fase de Recurso Voluntário, conforme extrato de andamento anexo (fl. 237). Requer que se faça prova diligencial acerca dessa circunstância. Argumenta que, se o feito perante a receita federal não foi julgado em definitivo, não pode o fisco estadual concluir que já seja oportuno imputar o débito do ICMS, já que os impostos federais ainda não são exigíveis. Repassa as considerações feitas na defesa acerca do princípio da fundamentação. Reitera o pedido de nulidade do lançamento, invocando a regra do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF.

A Junta de Julgamento Fiscal solicitou que a PGE/PROFIS emitisse Parecer Jurídico acerca dos seguintes pontos:

a) quanto ao fato de os fundamentos da autuação só serem revelados “a posteriori”;

- b) quanto ao fato de o Auto de Infração nº 0517600/00451/00, da receita federal, relativo aos tributos da União, à época da formalização do procedimento relativo ao ICMS, ainda se encontrar pendente de Decisão, em grau de Recurso, tendo em vista que o tratamento tributário dispensado pelos Estados para as operações amparadas pelo regime do Biefex, no âmbito do ICMS, é atrelado ao tratamento adotado pela União no tocante aos seus tributos, pois a fruição do benefício no âmbito do imposto estadual é condicionada à aplicação do benefício no que concerne aos tributos federais, nos termos dos arts. 28, III (isenção), 84 e 85 (redução da base de cálculo) do RICMS/97.

A PGE/PROFIS respondeu que a fundamentação da autuação está posta na peça inicial do Auto de Infração, onde é dito que o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, e logo após faz o enquadramento legal da infração, indicando os arts. 58, 50 e 572 do RICMS, os quais determinam que a importação de bens é fato gerador do ICMS e definem os elementos subjetivo, espacial, temporal e material. O Parecer da PROFIS acrescenta que a verificação de que o imposto é devido é feita na escrita do contribuinte, estando fundamentada no anexo II do Auto de Infração, que traz o demonstrativo do débito e os documentos de importação, sendo que nestes documentos é visto que a empresa goza do benefício do Biefex. Aduz que foi verificado se havia validade deste benefício perante a receita federal, já que é condição para a fruição do benefício estadual, tendo os autuantes obtido esta informação ou na escrita do contribuinte ou perante a receita federal, tanto assim que na informação fiscal foi anexado relatório de auditoria fiscal do Ministério da Fazenda. A PGE/PROFIS conclui que a infração está corretamente fundamentada nos autos, inicialmente na peça vestibular e complementarmente na informação fiscal, não havendo razão para se falar em nulidade. Conclui dizendo que a tramitação de Auto de Infração lavrado pela receita federal contra o contribuinte não interfere no julgamento deste Auto de Infração, pois é suficiente a informação do Ministério da Fazenda de fl. 220 para que se cobrem os impostos devidos na importação, tanto os federais quanto os estaduais.

O autuado pediu a juntada de extrato dando conta do andamento do Processo nº 12689.000733/2001-21, em trâmite no 3º Conselho de Contribuintes da União, e cópia do Recurso Voluntário. Sustenta a tese de que, se o Conselho de Contribuintes da União concluir pela lisura das operações da empresa no trato do Programa Biefex, não serão devidos os tributos federais exigidos no Auto de Infração em trâmite naquele órgão, como também o imposto estadual. Salienta que não é da competência do CONSEF a discussão sobre o cumprimento ou não do Programa Biefex, máxime das atribuições concedidas ao Conselho de Contribuintes da União, e, por conseguinte, não há como o CONSEF julgar a exação estadual dependente da federal, por haver uma nítida questão de prejudicialidade.

NA 1ª INSTÂNCIA O VOTO (VENCIDO QUANTO AO 2º ITEM):

“O autuado reconheceu o débito do item 1º do Auto de Infração. Está em discussão, portanto, apenas o item 2.

A defesa alega, como preliminar, que houve cerceamento de defesa, pois no Auto de Infração não foi declinada a razão fática específica da autuação, ou seja, não é revelado o motivo que levou a fiscalização a lançar a diferença de imposto objeto do tópico em discussão, pois não faz alusão ao processo administrativo federal, pendente de julgamento no 3º Conselho de Contribuintes da União. A defesa protesta que não foi dito no Auto de Infração por qual razão os fiscais deixaram de reconhecer a isenção do ICMS prevista na legislação e retratada nos documentos às fls. 197 a 213. Especula se teriam os fiscais deixado de reconhecer que se tratava de importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos ou material, ou respectivos acessórios, sobressalentes ou ferramentas. Indaga se teriam os fiscais rejeitado a

subsunção das importações ao regime Befiex, aprovado até 31/12/1989. Questiona se teriam eles imaginado que a empresa não fosse um estabelecimento industrial, ou se teriam alvitado que as mercadorias não se destinavam ao ativo imobilizado para uso exclusivo na atividade produtiva da empresa, ou, ainda, se teriam os fiscais imaginado que as mercadorias não eram isentas dos impostos federais. Reclama que a leitura do Auto nada revela quanto às questões acima assinaladas, não permitindo oposição específica, uma vez que, em virtude da deficiência da descrição do fato, não sabe se a imposição fiscal é decorrente do desconhecimento puro e simples das isenções federais, ou se, na inteligência dos autuantes, aquela exoneração não afeta o cálculo do ICMS lançado, ou se a imposição decorreu do desconhecimento da exoneração estadual nos casos amparados por convênio isencional ou de qualquer outro fato não revelado. Pede a nulidade do lançamento objeto do 2º item do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, do RPAF/99.

É forçoso admitir que a descrição do fato foi feita de forma parcimoniosa. O Auto de Infração, depois que passou a ser emitido de forma automatizada, descreve as infrações em função de um banco de situações abstratamente armazenadas no sistema de informática, pois é impossível prever, no plano hipotético, todas as situações que possam ocorrer no dia-a-dia, de modo que compete ao fiscal, diante do caso concreto, fazer os esclarecimentos necessários, para atender ao preceito do art. 39, III, do RPAF/99. O Auto de Infração precisa ser claro e preciso, para que o acusado possa exercer plenamente o seu direito de defesa, em face do princípio do contraditório. As fórmulas padronizadas armazenadas no sistema de informática visam a facilitar o trabalho do fiscal, mas a descrição do fato concreto, efetivamente apurado, é de responsabilidade do fiscal autuante, pois o titular da competência legal para lavrar Autos de Infração é do auditor, não do sistema. O Auto de Infração passou a ser denominado “Auto de Infração/Termo de Encerramento” justamente para que contenha os esclarecimentos que seriam feitos no “Termo de Encerramento”.

Na verdade, o item 2 deste Auto de Infração diz respeito a duas coisas distintas, a saber: a) importações de mercadorias com isenção do imposto sobre importações e do IPI, caso em que, sendo atendidas as condições legais, os tributos federais não integram a base de cálculo do ICMS; b) importações de ativos imobilizados, com isenção de ICMS, se atendidas as condições legais. O normal é que a fiscalização apure o fato e formule a acusação, para que a partir do fato apontado o contribuinte possa defender-se. É ilógico que só se saiba qual o teor da acusação após a leitura da defesa.

Ultrapasso, contudo, a preliminar, haja vista que, não obstante a forma imprópria como o fato foi descrito, o autuado compreendeu do que se tratava e apresentou defesa objetivamente dirigida ao fato específico.

Há, contudo, um óbice ao lançamento ora em análise. Mas, antes de falar nesse óbice, devo antes historiar os fatos, haja vista que aspectos substanciais deixaram de ser devidamente postos em discussão, em virtude da forma como o fato foi descrito pelos fiscais.

Através do Termo de Compromisso nº 533/89, firmado entre a Secretaria da Comissão Befiex do Ministério do Desenvolvimento da Indústria e do Comércio, representando a União, e a Bahia Sul Celulose S.A., foi estabelecido um acordo concernente a um programa especial de exportação. Depois, foi celebrado o Termo de Compromisso Aditivo SPI/BEFIEX nº 533/97, alterando o programa originário.

Os compromissos assumidos pela empresa no Programa Befiex estão especificados no relatório do fiscal federal (fls. 220 a 229). Tais compromissos envolvem valores de exportações, saldo global acumulado de divisas, limite de importação de bens de capital

novos, limites de importação de matérias-primas, peças e outros bens. Foi assegurada à empresa a isenção dos impostos de importação e sobre produtos industrializados incidentes na importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos e materiais, respectivos acessórios, sobressalentes e ferramentas novos, destinados a integrar seu ativo imobilizado, até determinado valor, bem como a isenção dos aludidos tributos federais incidentes na importação de matérias-primas, produtos intermediários, componentes e peças de reposição, até o valor estipulado no ato concessório. Em contrapartida, a empresa comprometeu-se a exportar papel e celulose de sua fabricação num valor mínimo especificado no aludido instrumento, a apresentar saldo de divisas positivo, ano a ano, a partir do terceiro ano do Programa Befiex, e saldo global acumulado positivo de divisas, ao final do programa, não inferior a determinado patamar.

Em função do aludido programa, a empresa se credenciou à fruição de determinados benefícios, tanto no plano federal como no plano estadual.

Com efeito, o art. 28 do RICMS/97, no inciso III, prevê a isenção do tributo estadual nas importações de máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumental ou material, ou respectivos acessórios, sobressalentes ou ferramentas, sendo que a isenção é condicionada a que: a) as operações sejam amparadas por programa especial de exportação, o chamado Programa Befiex, aprovado até 31/12/1989; b) o importador seja empresa industrial e os bens importados se destinem ao seu ativo imobilizado para uso exclusivo na atividade produtiva do estabelecimento importador; c) a entrada dos bens seja feita com isenção do imposto federal sobre importações.

Trata-se, portanto, de uma isenção condicionada. Para que seja reconhecida a isenção do ICMS, devem ser preenchidas, cumulativamente, as três condições acima destacadas. Mas, também, em decorrência disso, para que seja exigido o pagamento do tributo estadual, é preciso que haja prova de que uma das três condições assinaladas deixou de ser atendida.

O que está em discussão neste caso é se as operações foram efetuadas regularmente, segundo as normas do regime Befiex, e se houve isenção do imposto federal sobre importações. Consta nos autos o Ofício nº 117 do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, à fl. 160, dando conta de que, por despacho da autoridade competente, o programa especial de exportações da empresa se encontrava encerrado por ter sido cumprido fielmente o que foi pactuado, sujeito a verificação fiscal, relativamente ao Certificado nº 533/89. Ao serem analisados os aspectos fiscais e cambiais pela receita federal, o órgão competente concluiu que havia sido cumprida a primeira etapa do Programa Befiex (Termo de Compromisso nº 533/89), mas não foram cumpridos os valores pactuados no Termo de Compromisso Aditivo SPI/BEFIEIX nº 533/I/97. Em virtude disso, foi lavrado Auto de Infração pelo órgão competente, para exigência dos tributos federais incidentes sobre as importações. Ocorre que o referido Auto de Infração foi impugnado e ainda se encontra pendente de Decisão.

Em suma, não está decidido, ainda, se foram ou não atendidas as condições previstas no inciso III do art. 28 do RICMS/BA. Além disso, não há certeza e liquidez quanto ao valor dos tributos federais, ou seja, não se sabe se os tributos federais são realmente devidos e, se o são, não se sabe quanto é realmente devido, já que o Auto de Infração lavrado pela receita federal ainda se encontra pendente de julgamento. Por conseguinte, considerando-se que o fato motivador da autuação ainda não chegou ao seu desfecho, e tendo em vista que os valores dos tributos federais porventura devidos estão sendo discutidos e os mesmos integram a base de cálculo do ICMS, concluo que o lançamento objeto do 2º item do presente Auto de Infração carece de certeza e liquidez, sendo por conseguinte nulo o procedimento, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

VOTO VENCEDOR (QUANTO AO 2º ITEM):

Inicialmente cabe-me analisar a preliminar de nulidade suscitada pela defesa.

Verifica-se que não obstante a descrição fática contida no Auto de Infração seja: “Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento”, há a ressalva de que o demonstrativo de débito encontra-se juntado ao PAF (Anexo II).

De fato, no Anexo II de fls. 77 a 78, encontra-se: a) planilha Demonstrativa de Apuração do ICMS sobre Importação 1998; b) Cópias de alguns processos de importação relacionados a infração 2 em questão, contendo cópias de notas fiscais e de extrato de Declaração de Importação.

Assim, no demonstrativo de apuração do ICMS sobre importação, de fl. 78, o autuante destacou o nº da DI, fato gerador, classificação fiscal, base de cálculo, alíquota do Imposto de Importação, alíquota do IPI, para demonstrar as parcelas do ICMS a Recolher, abatendo-se o ICMS recolhido pela empresa. Portanto, da análise do demonstrativo, que faz parte integrante do Auto de Infração, o autuado pode perfeitamente identificar as parcelas que lhe estavam sendo exigidas.

Entendo ultrapassada a preliminar de nulidade, pois não houve cerceamento de direito de defesa, tendo a empresa inclusive se manifestado amplamente sobre o Programa BEFIEX, exoneratório dos Impostos de Importação e de Produtos Industrializados, estando fundamentado o Auto de Infração desde a sua origem.

Outrossim, o ilustre relator, encaminhou o processo em diligência à então Procuradoria Fiscal, e em resposta, a Procuradora da Fazenda, ratificou o entendimento de que (fl. 247) :

“A verificação que o imposto é devido é feita na escrita do contribuinte onde não há o recolhimento do mesmo, isto vem justificado e fundamentado pelo anexo II, o qual traz o demonstrativo do débito e os documentos de importação, sendo que nestes documentos é visto que a empresa goza do benefício do BEFIEX.

Bem, por ter sido Auto de Infração lavrado no estabelecimento, foi verificado se havia validade deste benefício perante a receita federal, já que é condição para a fruição do benefício fiscal. Obviamente que o autuante obteve esta informação, ou na escrita do contribuinte, ou perante a receita federal, tanto que em informação fiscal é anexada, fls. 220 a 229 o relatório de auditoria fiscal do Ministério da Fazenda.”

Também concordo com o Parecer de fl. 247, parcialmente transcrito acima, no qual o entendimento é de que “a tramitação de Auto de Infração lavrado pela receita federal contra o contribuinte não interfere no julgamento deste auto, pois é suficiente a informação do Ministério da Fazenda de fls. 220 para que se cobrem os impostos devidos na importação, tanto os federais, quanto os estaduais, o que foi efetivado mediante a lavratura dos referidos autos.”

No que diz respeito à taxa SELIC, a mesma também está prevista em lei (art. 102, I e II do COTEB), e repetida no art. 138-B, I e II, do RICMS/97, após a Alteração nº 29 (Decreto nº 8.087, de 27/12/2001).

No mérito verifico que o autuado, na peça defensiva, não contestou os valores de ICMS exigidos nesta infração (2), e entendo que o lançamento está perfeito, conforme as parcelas discriminadas na planilha do Anexo II, de fl. 78.

Ocorre que as parcelas exigidas do Imposto de Importação e de Produtos Industrializados, decorreram da inadimplência do Programa BEFIEIX pelo não cumprimento dos compromissos de exportação FOB mínima e de saldo mínimo global acumulado de divisas pactuados no Termo de Compromisso Aditivo SPI/BEFIEIX/Nº 533/I/97, conforme o Relatório de Auditoria Fiscal, fl. 229.

Ressalte-se que o relatório de Auditoria Fiscal elaborado pela Secretaria da Receita Federal, Sistema de Fiscalização, de fls. 220 a 229, conclui pelo não cumprimento dos valores pactuados no Termo de Compromisso Aditivo SPI/BEFIEIX/Nº 533/I/97, ficando a empresa BAHIA SUL CELULOSE, em relação às importações de insumos realizadas a partir de 01/12/1998, na vigência da segunda etapa do Programa BEFIEIX, sujeita aos ditames dos artigos 71 e 72 do Decreto nº 96.780/88.

Deste modo, a infração deve ser mantida no valor, originariamente exigido, de R\$ 31.434,79, devendo ser homologado o valor já pago em relação à infração nº 1.

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o autuado interpôs o Recurso Voluntário que ora se examina, onde requer:

1. A nulidade do item 2 do Auto de Infração por infringência ao princípio da fundamentação dos atos administrativos, em especial o tributário, e ao amplo direito de defesa, diante da não renovação do prazo para impugnação do fundamento fático, somente apontado na Informação Fiscal, consoante prescreve o art. 18, 39 e 123 do RPAF/99;
2. A Nulidade do Acórdão de primeira instância que concluiu, sem qualquer análise probatória e oferecimento do direito de defesa, pelo descumprimento do programa BEFIEIX por parte do recorrente, incorrendo em violação de competência;
3. Em se ultrapassando as nulidades anteriores, que se determine a SUSPENSÃO DO PROCESSO com base no art. 180 do RPAF/99, cumulado com a alínea “a”, inciso IV, do art. 265 do CPC, até o julgamento definitivo da questão de fundo pelo Conselho de Contribuintes da União;

“Art. 180 – Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.

Art 265 – Suspende-se o processo:

(...)

IV – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;”

4. E, se assim entender possível, que se proceda à análise das operações do BEFIEIX, com oferecimento do direito de defesa e realização de diligência específica, para que, ao final, se conclua pela Improcedência do item 2 do Auto de Infração;
5. A homologação do importe reconhecido e pago relativamente ao item do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS se pronunciou da seguinte maneira:

“O Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão de 1ª Instância também refere-se unicamente ao item 2 da autuação e em suas razões aduz as mesmas preliminares que foram tratadas em primeira instância inclusive já analisadas em Parecer nosso constante em fl. 247, o qual reiteramos nesse momento pois não foi ampliada a discussão nesse ponto pelo recorrente.

Analisando os argumentos recursais, em relação ao mérito da ação fiscal, observa-se que as alegações aduzidas também já foram tratadas pela Decisão de 1ª Instância.

O fisco estadual nesse processo lançou ICMS, imposto de sua competência, devido em operação de importação que estava sujeita ao programa BEFIEX, o qual desonera impostos incidente na importação de insumos, tanto os federais quanto o estadual, é fato que esse benefício é regulado pela União e cabe à receita federal o lançamento dos impostos de importação e sobre produtos industrializados quando verificado o não cumprimento dos valores pactuados no Termo de Compromisso Aditivo acima citado, é o que restou comprovado nos autos inclusive com a juntada da planilha de acompanhamento do Auto de Infração lavrado.

Por outro lado, havendo esse inadimplemento, sendo cobrado os impostos federais pela União, cabe à Fazenda Pública Estadual o lançamento do ICMS, em Auto de Infração lavrado por seus prepostos e de forma desvinculada da Receita Federal, por ser decorrente da competência tributária, constitucionalmente definida e que no caso dos impostos é privativa.

Assim entendemos que as razões recursais estão sobejamente analisadas e mesmo tendo sido devolvida toda a matéria tratada nos autos por força do Recurso Voluntário interposto, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são incapazes de proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entendemos que não deve ser provido o Recurso Voluntário.”

VOTO

Quanto às preliminares de nulidade temos a declarar que:

1. Afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, haja vista que, o autuado compreendeu do que se tratava e apresentou defesa objetivamente dirigida ao fato específico, mesmo porque, faz parte do Auto de Infração, o demonstrativo de débito onde constam notas fiscais e declarações de importações exclusivas do programa BEFIEX, além do que foram dados novos prazos à defendente, um deles, logo após o pronunciamento dos autuantes na fase de contestação, como consta às folhas 232 a 236 do PAF.

De fato, no Anexo II de fls. 77 a 78, encontram-se:

- a) planilha Demonstrativa de Apuração do ICMS sobre Importação 1998;
- b) Cópias de alguns processos de importação relacionados à infração 2 em questão, contendo cópias de notas fiscais e de extrato de Declaração de Importação.

Assim, no demonstrativo de apuração do ICMS sobre importação, de fl. 78, o autuante destacou o nº da DI, fato gerador, classificação fiscal, base de cálculo, alíquota do Imposto de Importação, alíquota do IPI, para demonstrar as parcelas do ICMS a recolher, abatendo-se o ICMS recolhido

pela empresa. Portanto, da análise do demonstrativo, que faz parte integrante do Auto de Infração, o autuado pode perfeitamente identificar as parcelas que lhe estavam sendo exigidas.

2. Preliminar de nulidade da Decisão da JJF - Afasto a preliminar de nulidade por entender que a 4ª Junta de Julgamento Fiscal concluiu pela procedência do Auto de Infração, em decorrência de análise profunda, inclusive na assentada do julgamento, mediante Decisão colegiada onde ocorreu voto vencido e vencedor. Quer dizer: o assunto foi exaustivamente discutido e decidido pela 1ª Instância.

O fisco estadual nesse processo lançou ICMS, imposto de sua competência, devido em operação de importação que estava sujeita ao programa BEFIEEX, o qual desonera impostos incidentes na importação de insumos, tanto os federais quanto o estadual, é fato que esse benefício é regulado pela União e cabe à receita federal o lançamento dos impostos de importação e sobre produtos industrializados quando verificado o não-cumprimento dos valores pactuados no Termo de Compromisso Aditivo acima citado, é o que restou comprovado nos autos inclusive com a juntada da planilha de acompanhamento do Auto de Infração lavrado.

Por outro lado, havendo esse inadimplemento, sendo cobrados os impostos federais pela União, cabe à Fazenda Pública Estadual o lançamento do ICMS, em Auto de Infração lavrado por seus prepostos e de forma desvinculada da Receita Federal, por ser decorrente da competência tributária, constitucionalmente definida e que no caso dos impostos é privativa.

Assim entendemos que as razões recursais estão sobejamente analisadas e mesmo tendo sido devolvida toda a matéria tratada nos autos por força do Recurso Voluntário interposto, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são incapazes de proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entendemos que não deve ser provido o Recurso Voluntário.

3. Preliminar de nulidade por incerteza da infração. Pendência de julgamento da questão na esfera do Conselho de Contribuintes Federal. Afasto a preliminar de nulidade por observar a autonomia dos órgãos de julgamento estadual e federal e a ausência de litispendência, ou seja, simultaneidade de discussão da lide em processos distintos. O fato gerador do ICMS na importação ocorre quando do desembaraço aduaneiro do bem ou mercadoria. Este fato ocorre logo após o lançamento dos impostos federais (Imposto de Importação e Imposto de Produtos Industrializados). Quando o preposto da Receita Federal fez o lançamento dos ditos impostos federais (através de Auto de Infração), ocorreu o momento do fato gerador do ICMS, sendo, portanto, correto o lançamento do imposto estadual, verificada a ocorrência do mesmo.
4. Questão Prejudicial. Pedido de suspensão do processo administrativo estadual até Decisão final do processo na órbita federal. Indefiro o pedido argumentando que vale salientar que o ICMS na importação é devido quando os impostos federais são lançados, quer dizer, quando a Declaração de Importação contém valores referentes ao Imposto de Importação e ao Imposto de Produtos Industrializados, sem nenhuma observação no corpo desta DI referentemente à suspensão ou isenção destes tributos. Quer dizer: a simples cobrança dos impostos federais, pela Receita, é base legal para a cobrança do ICMS.

Em outras palavras, não é necessário o aguardo de homologação por pagamento dos impostos federais ou solução de qualquer ação administrativa do contribuinte referente a questionamento sobre os tributos federais para que, só aí, seja exigido o ICMS na importação. Pelo acima exposto indefiro o pedido de diligência por entender que o processo contém todos os elementos necessários para um bom julgamento.

No mérito discordo do recorrente quanto à aplicação do art. 180 do RPAF/99, combinado com o art. 265 do CPC, por considerar a cobrança do ICMS o objeto principal e único da ação fiscal.

Observo que o ato administrativo federal de cassação do benefício é válido e eficaz, produzindo efeitos na seara jurídica, ainda que impugnado pelo contribuinte, via processo administrativo em trâmite na União. O Fisco estadual motivou o lançamento no ato da Receita Federal que declarou que o contribuinte deixou de atender os requisitos para a concessão do benefício. O imposto estadual, no caso da importação, (o ICMS) é devido no momento da ocorrência do fato gerador, que é o desembaraço aduaneiro (neste caso o desembaraço confunde-se com a lavratura do Auto de Infração da Receita Federal), não no momento da homologação dos referidos impostos federais, que podem ocorrer de várias maneiras (pagamento, julgamento na esfera administrativa ou judicial, parcelamento dos impostos, etc). O lançamento do ICMS foi também formalizado para evitar, os efeitos da decadência do crédito tributário.

Quanto à infração 1, voto pelo acolhimento do pedido do recorrente para que os valores recolhidos sejam homologados sem a incidência de multa e acréscimos moratórios, em virtude da quitação parcial do Auto de Infração ter se verificado ao amparo da Lei nº 8.887/03, que concedeu anistia àquelas parcelas. Cabe, portanto, que conste da parte Resolutiva da Decisão a homologação do *quantum* já recolhido, de acordo com a prova de quitação inserida às fls. 118 e 119 dos autos.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para acolher o pedido do contribuinte no sentido de que os valores recolhidos, em relação à infração 1, sejam homologados sob o beneplácito da Lei nº 8.887, de 24/11/2003 (anistia de multa e juros moratórios).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMETE** o Recurso Voluntário apresentado para adequar a Decisão recorrida, em relação a infração 1, aos benefícios da homologação dos pagamentos efetuados à Lei nº 8887/03, e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269274.1201/03-9, lavrado contra **SUZANO BAHIA SUL PAPEL E CELULOSE S.A. [BAHIA SUL CELULOSE S.A.]**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$898.322,82**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido, em relação à infração 1, com os benefícios da Lei nº 8.887/03, sem a incidência de multa e juros moratórios.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Hilton de Souza Cruz, Álvaro Barreto Vieira e Tolstói Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros José Antonio Marques Ribeiro, Nelson Antonio Daiha Filho e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS