

PROCESSO - A. I. Nº 233055.1201/04-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SUZANO BAHIA SUL PAPEL E CELULOSE S/A (SUZANO PAPEL CELULOSE)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0126-12/06
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 20/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0486-12/07

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a empresa cumpriu as metas de exportação e geração de divisas pactuadas no termo de compromisso do programa de benefício fiscal BEFIEX. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, às fls. 1456/1460, com espeque no art. 114, II, § 1º, do RPAF e no art. 119, II, e § 1º, do COTEB, “*a fim de que seja reconhecida a improcedência do Auto de Infração, determinando o cancelamento da respectiva certidão de dívida ativa para que, posteriormente, sejam tomadas as providências necessárias para o fim de extinguir-se a respectiva ação de execução porventura ajuizada, devendo, inclusive, ser determinado o levantamento dos montantes em depósito administrativo, nos termos da legislação de regência*”.

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/12/2004, imputa ao recorrente falta de recolhimento do ICMS nas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento autuado, sendo exigido o imposto no valor de R\$748.258,14 acrescido da multa de 60%.

O recorrente opôs defesa, às fls. 287 a 299, pugnando pela improcedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

1. Inicialmente, requereu a extinção do crédito tributário, com base no art. 156, V c/c art. 150, § 4º do CTN, considerando que dentre o período de apuração, o lapso compreendido entre 31 de janeiro de 1999 a 30 de novembro de 1999 ter-se-ia operado a decadência, uma vez que o Auto de Infração fora lavrado em dezembro de 2004;
2. Requereu, ainda, a nulidade da autuação por ter o lançamento de ofício ofendido o princípio da fundamentação que comanda todos os atos e decisões administrativas, ainda mais no âmbito tributário, por força da Lei nº 9.784/99. Demonstrou, destarte, que o suporte fático que deve fundamentar o Auto de Infração foi ocultado pelos doutos autuantes, que, em nenhum momento, fizeram alusão à circunstância determinante da suposta falta de recolhimento integral ou parcial do ICMS quando das importações;
3. Na espécie, socorreu-se, o contribuinte, do escólio de James Marins, para quem o princípio da fundamentação determina que “*todos os atos e Decisões que compõem o lançamento devem estar estribados em expressa fundamentação legal e fática, sob pena de invalidade*”. Isto “*significa declarar expressamente a norma legal e o acontecimento fático que autoriza a prática do ato ou a prolação da Decisão*”;
4. Ainda que acusação fiscal não permitisse uma oposição específica dado ao seu caráter vago, o recorrente constatou que estava vigente no período objeto da autuação, o regime BEFIEX acordado pela empresa e o governo federal, com anuência do Estado da Bahia;
5. A partir de então, o recorrente discorreu sobre o regime BEFIEX informando que, por força desse acordo, as importações de mercadorias de mercadorias com isenção do imposto de importação (II) e do imposto de produtos industrializados (IPI), os ditos tributos não poderiam

ser carreados para a base de cálculo do ICMS, conforme preconizou o Convênio ICMS 130/94, e nos casos de importação de ativos imobilizados, o ICMS foi exonerado por isenção legal prevista no art. 28 do Decreto nº 6.284/97 (RICMS);

6. Em reforço, o autuado anexou ofício nº 117 do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, de 01/03/2000 dando conta de que, por despacho proferido em 28/02/2000, encerrou o programa por adimplência contratual;
7. Afirmou que os bens adquiridos sob aquele regime ou eram bens de seu ativo imobilizado, e, portanto, isentos do ICMS ou o pagamento deste imposto teve a sua base de cálculo reduzida (pela exclusão da base de cálculo do II e do IPI) em razão das benesses do dito regime;
8. O recorrente por não entender os motivos da recusa parcial ou integral do regime do BEFIEX por parte dos prepostos fiscais aduziu, inicialmente, não ser da competência do Fisco Estadual tal análise e consideração, passando então a tecer diversos questionamentos referentes às eventuais razões pelas quais teriam os srs autuantes deixado de reconhecer a isenção do ICMS prevista na legislação e retratada nos documentos então anexados;
9. Anexou a jurisprudência do Tribunal de Impostos e Taxas que, versando sobre idêntico tema, conclui pelo perfeito enquadramento da Cia Suzano de Papel e Celulose no Programa BEFIEX na importação de máquinas, equipamentos e materiais, com as consequências inerentes no plano do ICMS;
10. Pediu diligência para a verificação da natureza do produto e dos importes lançados no Auto de Infração;
11. Informou também sobre a nulidade da aplicação da taxa SELIC na correção dos valores tributários tendo em vista que ela foi criada para remunerar o capital investido em títulos federais não se compatibilizando com a apuração de juros moratórios;
12. Por fim, requereu a Nulidade ou mesmo Improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls.1272 e 1273), os autuantes discordaram argumento defensivo e pugnaram pela manutenção do Auto de Infração.

Após realização de diligência em primeira instância, intimação das partes e manifestação do autuado, a 5. Junta de Julgamento decidiu pela procedência do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, o contribuinte reafirmou a nulidade do Auto de Infração, consubstanciada na falta de fundamentação fática do lançamento. Argumentou que só tomou conhecimento de que o imposto estadual fora cobrado em decorrência da cassação do benefício BEFIEX através da defesa e da informação fiscal, com a lavratura de Auto de Infração pela Receita Federal que lançou de ofício os impostos federais incidentes na importação. Disse que ignorava o fato por ocasião da impugnação, pois o mesmo não foi devidamente descrito na peça acusatória, razão pela qual a Junta de Julgamento Fiscal não poderia suprir a falha, concedendo ao autuado apenas 10 (dez) dias para se manifestar. Para sustentar a preliminar de nulidade, argumentou que a JJF deveria ter determinado a abertura de novo prazo de defesa para que o autuado pudesse fazer oposição específica à acusação que tomou conhecimento após a diligência fiscal.

No mérito, aduziu que os programas BEFIEX tiveram por finalidade o incremento das exportações e a obtenção de saldo global acumulado positivo de divisas, computados os dispêndios cambiais a qualquer título, mediante compromissos firmados com a União pelo art. 38 do Decreto nº 96.760/88. Declarou que esse regime foi adotado pelo recorrente na forma estabelecida em Termo de Compromisso com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Com o término do programa, houve análise do cumprimento das obrigações e metas de exportação pelo Ministério gestor, afirmando o recorrente que adimpliu todos os seus compromissos. A Receita Federal, entretanto, lavrou Auto de Infração contra o recorrente, para exigir os impostos incidentes na importação, por entender que o recorrente não cumpriu integralmente as exigências para o gozo do benefício. O recorrente se insurgiu contra o lançamento de ofício da Receita Federal, impugnando-o junto ao órgão competente, alegando que não caberia ao fisco da União

reavaliar os critérios jurídicos e fáticos homologados pelo Ministério do Desenvolvimento. Declara que o Auto de Infração da Receita Federal ainda se encontra “*sub judice*” perante o 3º Conselho de Contribuinte da União, com a interposição de Recurso (doc. Anexo 2). Salientou que se não era cabível à Receita Federal a análise dos critérios de adimplemento do BEFIEX, por ser ato da alçada do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, muito menos caberia ao fisco estadual procedê-la, por lhe fugir competência para tal.

Mais adiante, ressaltou que a 5ª JJF cometeu equívoco ao concluir que o fato gerador do ICMS ocorreu no momento que em que a Receita Federal fez o lançamento dos impostos da competência da União, através de Auto de Infração, mesmo antes do julgamento definitivo da lide na esfera administrativa da entidade autuante. Da mesma forma, frisou que o julgador “*a quo*” incidiu em entendimento equivocado ao sustentar a inexistência de litispendência entre os processos que se discutem nas esferas federal e estadual, ante o fato de que a acusação de não cumprimento do BEFIEX, que se discute perante a União, é questão prejudicial para a cobrança tantos dos impostos federais como estaduais. Em não havendo definição quanto a esta questão, não há como se determinar de forma líquida e certa o tributo exigido no presente processo, vez que sua Decisão depende de outra, em distinto âmbito administrativo. Postulou pela decretação de nulidade do Auto de Infração, sob novo argumento, relacionado à falta de certeza e liquidez do lançamento de ofício. Invocou a aplicação do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99.

Destacou, também, a título de informação, que o processo administrativo em curso perante a Receita Federal foi baixado em diligência (doc. anexo 3), para a verificação do cumprimento do programa BEFIEX, no todo ou em parte, a fim de se definir a legalidade da cobrança dos impostos federais. Reafirmou que tal posicionamento repercutirá no *quantum* devido ao Estado da Bahia. Requeru, com base no art. 265 do CPC, a suspensão do processo, sem julgamento de mérito, até Decisão definitiva do Conselho de Contribuintes da União, frisando que somente a partir deste ato decisório se terá capacidade de, com segurança, se estabelecer se é devido ou não imposto ao Estado da Bahia.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) manifestou Parecer nos autos, entendendo, inicialmente, não ter havido no Auto de Infração impugnado a denominada falta de fundamentação fática. Argumentou que caberia à recorrente, na fase de defesa, apresentar a documentação que demonstrasse a regularidade do seu proceder e a improcedência da autuação fiscal, fazendo prova de sua alegada condição de beneficiária do programa da União que concedia benefícios fiscais, inexistindo, neste particular nulidade a ser declarada. Frisou que as planinhas juntadas às fls. 8 a 35, integrantes do Auto de Infração, encerram, em si mesmas, todos os elementos necessários à correta identificação das infrações imputadas, não se podendo, neste particular, ser alegado qualquer prejuízo para a defesa. Ademais, ressaltou que em razão da diligência de fl. 1276, foi aberto prazo de 10 (dez) dias, para nova manifestação do sujeito passivo, tendo este protocolado petição de fls. 1287 a 1292 e documento de fls. 1293 e 1294. Em razão dessas circunstâncias, a Representação da PGE/PROFIS opinou pela rejeição da preliminar de nulidade do Auto de Infração por falta de fundamentação fática e pela desnecessidade de reabertura do prazo de defesa.

No que respeita à prejudicial de mérito, concernente à pendência de julgamento no Conselho de Contribuintes da União do processo em que se discute a exigência dos tributos federais, ressaltou que apesar da RPAF prevê a aplicação subsidiária do CPC, não há que se cogitar, no caso vertente, dessa incidência, pois a suspensão processual prevista no Código de Processo Civil pressupõe a existência de dois ou mais **feitos judiciais** que guardem entre si estrita relação de prejudicialidade, objetivando com essa medida, se evitar decisões conflitantes, tendo como instrumento norteador o instituto da coisa julgada, inaplicável à esfera administrativa. Citou doutrina do jurista Alberto Xavier, para embasar este entendimento, argumentando ainda que as decisões proferidas pelos Conselhos de Contribuintes não se revestem do caráter de coisa julgada, de forma que o processo que tramita na esfera administrativa da União não afeta o curso do processo submetido à apreciação do Estado da Bahia, pois em cada um deles se discutem exigências tributárias de distintas esferas de competência, não havendo entre elas vinculação,

face à aplicação do princípio constitucional da estrita repartição das competências tributárias. Ressaltou, também, que o caso concreto não se enquadra em nenhuma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN, razão pela qual, neste particular, não há qualquer razão jurídica que ampare a postulação recursal.

Opinou, ao final, pela rejeição das prefaciais argüidas e pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto. O Parecer em questão foi ratificado pelo despacho contido à fl. 1374.

Através do Acórdão CJF n.º A-0126-12/06, decidiu esta 2. Câmara de Julgamento Fiscal pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto, sob os seguintes fundamentos:

“Afasto a preliminar de nulidade quanto à alegação de falta de fundamentação fática do Auto de Infração. Embora seja fato incontrovertido que a descrição dos fatos na peça de lançamento esteja concisa, os autuantes complementaram a referida descrição com a juntada das planilhas demonstrativas do cálculo do ICMS na importação e uma amostra dos documentos fiscais de aquisição dos bens e mercadorias importados, sendo especificados nestes documentos, os números da DI, fato gerador, classificação fiscal, base de cálculo, alíquota do imposto de importação, alíquota do IPI e cálculo das parcelas do ICMS. Assim, considerando que os demonstrativos anexados (fls. 8 a 35) são partes integrantes do Auto de Infração, conforme preceitua o art. 41, inciso II, do RPAF/99, é de se concluir que o autuado teve plenas condições de entender perfeitamente a acusação que lhe foi imputada. Ademais, a Junta de Julgamento, ao sanear o processo, determinou que fosse concedido prazo de 10 (dez) para que o contribuinte se pronunciasse acerca das manifestações trazidas pela Gerência de Indústria e Comércio desta Secretaria da Fazenda e correspondentes documentos apensados. Naquela oportunidade, conforme consta do despacho exarado à fl. 1283, o contribuinte produziu sua manifestação, se restabelecendo o equilíbrio processual. Em consequência, a verdade material foi preservada, garantindo-se ao recorrente a oportunidade de exercer o contraditório, não se caracterizando o cerceamento do direito de defesa argüido na peça recursal.

No que respeita à alegação de impossibilidade do Estado formalizar lançamento de ofício em relação à matéria que se encontra em discussão no âmbito do contencioso federal, também afasto a questão prejudicial suscitada, pois em um processo se discute exigência de tributos federais e no outro, que tramita neste CONSEF, a discussão versa sobre o ICMS, imposto da competência estadual, não havendo entre as citadas esferas de competência qualquer relação de dependência ou subordinação. É fato que o benefício do BEFIEX é regulado pela União e cabe à Receita Federal o lançamento dos impostos de importação e sobre produtos industrializados quando verificado o não-cumprimento pelo contribuinte dos termos pactuados no Termo de Compromisso firmado entre o sujeito passivo e a União. Havendo inadimplemento em relação às condições para a fruição do benefício fiscal, com o correspondente lançamento de ofício dos impostos federais, cabe à Fazenda Pública Estadual proceder ao lançamento do ICMS, em Auto de Infração lavrado por seus prepostos, com fundamentação idêntica ao invocado para a exigência dos tributos federais, ou seja, o descumprimento das condições pactuadas para a fruição do benefício fiscal do BEFIEX. Impõem-se o lançamento de ofício do imposto estadual por ser decorrência do exercício da competência tributária constitucionalmente definida, que em relação aos impostos é privativa. Em outras palavras, não é necessário que o fisco estadual aguarde o pagamento dos impostos federais ou a solução de qualquer ação administrativa do contribuinte referente a questionamento sobre os tributos da União para que, só aí, seja exigido o ICMS devido pela importação. Ademais, ressalto que o ato administrativo federal de cassação do benefício é válido e eficaz, produzindo todos os efeitos, mesmo que impugnado pelo contribuinte junto ao Conselho de Contribuintes Federal, não tendo o condão de inibir que o Estado da Bahia assegure, com o lançamento de ofício, a constituição de seus créditos tributários, evitando, inclusive, que sobre os mesmos possa se operar a extinção, com a decurso do prazo, em face da incidência do instituto da decadência. Afasto, portanto, as questões preliminares

suscitadas pelo recorrente, visto que as nulidades argüidas não têm amparo na legislação processual vigente.

Quanto ao pedido de suspensão do processo administrativo estadual, comungo do entendimento manifestado pela Procuradoria Estadual, pois apesar do RPAF prever a aplicação subsidiária do CPC, não há que se cogitar, no caso vertente, dessa incidência, pois a suspensão processual prevista no Código de Processo Civil pressupõe a existência de dois ou mais feitos judiciais que guardem entre si estrita relação de prejudicialidade, objetivando com essa medida, se evitar decisões conflitantes, tendo como instrumento norteador o instituto da coisa julgada, inaplicável à esfera administrativa. A ação administrativa que tramita no Conselho de Contribuintes da União, conforme já assinalado linhas acima, não afeta o curso do processo submetido à apreciação do Estado da Bahia, pois em cada um deles se discutem exigências tributárias de competências distintas. Se acaso a Decisão de mérito do processo federal for favorável à pretensão do contribuinte poderá este invocar, no processo estadual, em qualquer fase que o mesmo se encontre, o reconhecimento do benefício fiscal e a inexigibilidade do ICMS. Todavia, os procedimentos administrativos são autônomos, volto a reafirmar, por envolverem discussão de exigências tributárias de esferas distintas de competência. Além disso, o caso concreto em exame não se enquadra em nenhuma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN, razão pela qual, neste particular, não há qualquer razão jurídica que ampare a postulação recursal.

Assim, entendemos que as razões articuladas na peça recursal foram sobejamente analisadas e mesmo tendo sido devolvida toda a matéria tratada nos autos por força do Recurso Voluntário, as razões oferecidas pelo recorrente são incapazes de proporcionar a modificação do julgamento recorrido. Por esse motivo, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário”.

Após pedido do contribuinte no controle da legalidade, interpõe a PGE/PROFIS, através dos Drs. João Sampaio Rêgo Neto e Deraldo Dias de Moraes Neto, a presente representação com os seguintes argumentos:

- a) trazendo novo curso ao deslinde da questão, o autuado, através de Pedido de Controle da Legalidade, trouxe aos autos o Acórdão n. 303-33524 – DPU, que reformou a Decisão de Primeira Instância, ao reconhecer os argumentos de defesa que demonstravam o cumprimento das metas pactuadas no Programa BEFIEX decidindo pela improcedência do lançamento de ofício em âmbito federal (fls. 1441 e ss);
- b) foi procedida a baixa dos respectivos arquivos do site da Fazenda Federal, tendo sido checadas diretamente todas essas novas informações apresentadas pelo autuado;
- c) por se tratar o lançamento de ofício estadual reflexo do lançamento federal, existe uma forçosa e lógica vinculação dos seus resultados, valendo dizer que os dois são procedentes ou são improcedentes;
- d) cabia ao Colendo Conselho de Contribuintes ratificar ou modificar o ato administrativo exoneratório do Programa expedido pela Comissão BEFIEX, tendo a Decisão final do PAF da União se consignado como uma autêntica prejudicial quanto à legalidade da cobrança do crédito lançado e inscrito em dívida ativa do Estado da Bahia;
- e) com o advento da Decisão administrativa final da SRF, estabelecendo a certeza jurídica quanto à situação dos fatos em favor da pretensão do Contribuinte, não há como prosperar a cobrança do crédito lançado pelo Estado.

Foram proferidos nos autos 02 (dois) Despachos, o primeiro pela Dr.^a Leila Von Sohsten Ramalho e o segundo pelo Procurador Assistente, Dr. José Augusto Martins Júnior, ambos ratificando os termos da Representação ora apresentada.

VOTO

Merece acolhida a representação ora analisada.

O insigne Relator do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, destacou no seu voto, com clareza solar, que:

“Se acaso a Decisão de mérito do processo federal for favorável à pretensão do contribuinte poderá este invocar, no processo estadual, em qualquer fase que o mesmo se encontre, o reconhecimento do benefício fiscal e a inexigibilidade do ICMS”.

Ora, após o julgamento definitivo do presente PAF, já no controle da legalidade, provocou o autuado a PGE/PROFIS com argumentos e fatos novos que trazem novo curso ao deslinde da questão. Isso porque foi colacionada aos fólios processuais cópia do Acórdão n. 303-33524 – DPU, que reformou a Decisão de primeira instância administrativa, proferida no âmbito federal, reconhecendo a tese defensiva que demonstrava o cumprimento das metas pactuadas no Programa BEFIEX, dando-se provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo autuado e decidindo pela improcedência do lançamento de ofício (fls. 1441 e ss).

Impende salientar que foi checada a autenticidade da documentação apresentada pelo contribuinte diretamente no site da Fazenda Nacional.

Assim, tendo em vista que o presente lançamento de ofício estadual é reflexo do lançamento federal, incontestável que existe uma forçosa e lógica vinculação dos seus resultados, valendo dizer que *“ou ambos são procedentes ou são improcedentes”*, como corretamente asseverou a Douta Procuradoria.

Restou demonstrado que o Colendo Conselho de Contribuintes modificou o ato administrativo exoneratório do Programa expedido pela Comissão BEFIEX, razão pela qual a Decisão final do PAF da União se constitui como uma autêntica prejudicial quanto à legalidade da cobrança do crédito lançado e inscrito em dívida ativa do Estado da Bahia.

Por tal razão, advindo posteriormente a Decisão administrativa final da SRF, consignando a certeza jurídica quanto à situação dos fatos em favor da pretensão do Contribuinte, não há como prosperar a cobrança do crédito lançado pelo Estado.

Destarte, voto no sentido de ACOLHER a representação interposta para reconhecer a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ao tempo em que determino o cancelamento da respectiva certidão de dívida ativa, tendo por escopo, posteriormente, extinguir a respectiva ação de execução porventura ajuizada, devendo, inclusive, sem prejuízo do levantamento, por parte do autuado, dos montantes em depósito administrativo, nos termos da legislação vigente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO - REPR. PGE/PROFIS