

PROCESSO - A. I. Nº 117926.0002/13-1
RECORRENTE - LINHANYL PARAGUAÇÚ S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0226-05/13
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 25/02/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0015-11/15

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO ALTERADA UNILATERALMENTE SEM CIENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. RECONHECIMENTO DA VALIDADE DA HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte sempre possuiu habilitação para diferimento em importações de insumos e bens do ativo fixo, e que esta habilitação foi alterada internamente pela SEFAZ/BA para aquisições internas, de forma unilateral e sem a científicação do sujeito passivo. Destarte, não se pode considerar inválida a habilitação para diferimento nas importações, logo, houve sim o cumprimento da obrigação acessória, condição imprescindível para usufruto do regime tributário que posterga o pagamento do imposto devido nesta operação. Infração elidida. Afastadas as preliminares. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, reclama ICMS no valor de R\$26.180,62, imputando ao autuado a seguinte imputação: "*Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia, no qual recebeu do exterior s/DAE, GNR ou Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira*". Multa de 60% - Aplicação no art. 42, II, "f".

Em Primeira Instância, assim concluíram os Ilustres Julgadores da 5ª JJF:

Trata o presente processo de Auto de Infração, lavrado em 10/05/2013, em decorrência de importação, sem habilitação para o diferimento do pagamento do ICMS decorrente da entrada de mercadorias procedentes do exterior. O Auto de Infração foi lavrado com a devida observância formal, com termo de apreensão à fl. 06 e demonstrativo de cálculo à fl.04, não havendo vícios de formalidade que ensejam nulidade processual.

Cabe alinhar, preliminarmente, que a mesma matéria já foi apreciada nessa 5ª JJF, Acórdão JJF Nº 0204-05/13, constando no pólo passivo o mesmo contribuinte, relativo ao Auto de Infração nº 117926.0003/13-8, lavrado em 24/05/2013, portanto 10 dias após o presente Auto de Infração, o que iguala as duas exigências às mesmas condições existentes para a análise e Decisão, razões pelas quais cabe acompanhar o que foi consenso consubstanciado naquele Acórdão, reproduzindo o respectivo voto.

Consta nos autos um hardcopy, documento obtido em sistema interno da SEFAZ-BA, de consulta da habilitação para diferimento do contribuinte autuado, demonstrando que a só a partir de 12/07/2013 se encontrava ativo, estando o Certificado de Habilitação nº 6330001 que consta na GMLE à fl. 08 e que acobertava o alegado diferimento, baixado desde 01/02/2011.

O auto foi lavrado em 10/05/2013, num momento em que não havia habilitação para o diferimento. Há de se questionar aqui, se a resolução do PROBAHIA, sem o certificado de habilitação para o diferimento, é condição suficiente para o impugnante usufruir do benefício concedido nas importações. A este respeito, é esclarecedor o

Parecer da Diretoria de Tributação – DITRI, de 19/05/2009, abaixo transcrito parcialmente:

PARECER N° 08101/2009 DATA: 19/05/2009.

ICMS. PROBAHIA. Questões atinentes à fruição do benefício fiscal do diferimento do imposto incidente na importação e aquisições interestaduais de insumos, embalagens e componentes por empresa beneficiária, e à escrituração fiscal.

Assunto: Habilitação de Diferimento concedido através da Resolução PROBAHIA nº 04/2009, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia em 20/02/2009. Conforme previsto na Resolução acima apontada, no seu artigo 1º, Inciso II, letras a e b, é concedido ao contribuinte acima identificado, diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas hipóteses de recebimento do exterior ou de outra unidade da Federação, (esse último, relativamente ao diferencial de alíquotas), de equipamentos, máquinas, peças sobressalentes, ferramental, etc., bem como nas importações e nas operações internas com insumos, embalagens e componentes. A Consulente é sabedora que deverá solicitar a SEFAZ/BA, cadastro, para ter Cartão de Habilitação de Diferimento, para cada situação que houver sido concedido esse benefício na Resolução.

Questionamento 1:

A habilitação concedida pela SEFAZ, após solicitação do contribuinte, tem sua validade retroativa à data da publicação da Resolução no Diário Oficial do Estado da Bahia?

Questionamento 2: (...)

Questionamento 3:

É condição primordial que a Consulente, titular de Resolução do PROBAHIA, tenha o cadastro de Habilitação de Diferimento na SEFAZ/BA, para fazer jus ao diferimento do ICMS nas aquisições de insumos, máquinas, equipamentos, etc?

RESPOSTA:

O Decreto nº 6.734/97, que regulamenta o Programa PROBAHIA, estabeleceu, no artigo 5º, inciso II, c/c o art. 1º, inciso II, o benefício fiscal do diferimento do imposto incidente na importação e aquisições interestaduais de insumos, embalagens e componentes das empresas beneficiárias.

Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes hipóteses:

a) pelo recebimento do exterior ou, relativamente ao diferencial de alíquotas, pelas aquisições em outra unidade da Federação, de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, e seus sobressalentes, para o momento em que ocorrer sua desincorporação do ativo imobilizado e;

b) nas importações e nas operações internas com insumos, embalagens e componentes, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes.

O supramencionado Decreto 6.734/97 (legislação específica) é omisso quanto à necessidade da prévia obtenção do Certificado de Habilitação para operar no regime do diferimento; entretanto, o entendimento já consolidado dessa DITRI é no sentido de que, para serem alcançadas pelo diferimento, as empresas devem observar a disciplina geral estabelecida no RICMS-BA/97, art. 344, no sentido de que 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.

Temos, portanto, que a aplicabilidade do citado benefício pressupõe necessariamente a prévia habilitação do estabelecimento adquirente (salvo nas hipóteses em que a própria legislação dispensa o adquirente de tal obrigatoriedade, hipóteses essas, porém, que não contemplam a situação ora sob análise). Dessa forma, para que as operações de importação e aquisições interestaduais de insumos, embalagens e componentes, que serão empregados no processo produtivo do estabelecimento da Consulente, ocorram sob o regime do diferimento, a empresa deverá requerer e obter, previamente, sua habilitação para operar no aludido regime perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário.

Registre-se que a habilitação para operar no regime do diferimento produzirá efeitos a partir da data da expedição do Certificado de Habilitação para o regime pela Inspetoria Fazendária do domicílio tributário do interessado, à vista de requerimento formulado pelo interessado. As aquisições anteriores à habilitação serão alcançadas pelo diferimento, desde que convalidadas pelo fisco.

É o Parecer

Parecerista: OZITA DE ANDRADE MASCARENHAS COSTA
GECOT/Gerente: 20/05/2009 – SANDRA URANIA SILVA ANDRADE
DITRI/Diretor: 20/05/2009 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA

Pelo exposto, o gozo de tal benefício depende obviamente do cumprimento de uma obrigação acessória, o

certificado de habilitação, que é condição imprescindível para usufruto do regime tributário que posterga o pagamento do imposto devido nesta operação. A este respeito, vejamos o que diz o Código Tributário Nacional, CTN, quando se descumpre uma obrigação acessória:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

No parágrafo 3º o legislador deixa evidenciado que esse dever instrumental, quando não observado recebe o mesmo tratamento de quando não é feito o pagamento do tributo. Assim, encontra-se dentro da legalidade o lançamento tributário efetuado. Infração procedente.

O impugnante poderá pedir a redução ou dispensa da multa, à Câmara Superior o CONSEF, desde que as circunstâncias pelas quais não obteve o certificado de habilitação em tempo hábil, se ajuste às condições previstas nos termos do art. 159 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Argui a nulidade da autuação, pois a autuação foi realizada por Agente de Tributos Estaduais, sendo invadida a competência exclusiva dos Auditores Fiscais. Diz que, a despeito da Lei nº 11.470/2009, os Agentes de Tributos Estaduais, especialmente aqueles cuja investidura no cargo se deu antes do advento da Lei nº 8.210/2002, não possuem competência para efetuar lançamentos de ofício. Junta Pareceres emitidos pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República, para corroborar a sua tese.

Aduz que a autuação também é nula em razão de vício em sua concepção, decorrente da inexistência de “TAO” (Termo de Ocorrência Fiscal), citado no Auto de Infração, que não foi submetido à autuada. Diz que, em se tratando de “Auto de Trânsito”, “modelo 4”, e exigido tal termo em razão do quanto previsto no art. 28, IV e IV-A, do RPAF/99, e que não é aplicável a exceção prevista no art. 29, I, ‘b’, do RPAF, pois não houve pagamento do imposto exigido. Cita Decisão do CONSEF (Acórdão CJF nº 0157-11/09) para corroborar a sua tese.

Suscita ainda a nulidade em razão do cerceamento de defesa e da supressão de instância, em razão da alegada ofensa ao art. 127, §7º, do RPAF, uma vez que a questão do prazo de validade da habilitação para o diferimento somente foi trazida aos autos quando da Informação Fiscal, o que deveria ensejar a reabertura de prazo. Frisa que a Decisão de Primeira Instância se embasou na questão da validade da habilitação o que, no seu entender, configura julgamento *extra petita*, e requer, subsidiariamente, a decretação da nulidade da Decisão de primeira instância.

No mérito, suscitando o art. 155, Parágrafo Único do RPAF/99, requer a improcedência da autuação fiscal, pois entende que o fulcro da autuação fiscal foi a de que a “*habilitação para o diferimento que foi apresentada ampara tão somente os insumos nas aquisições internas, e não acoberta as operações de importação realizadas pela empresa, que devem, neste caso, ser tributadas normalmente.*”.

Assevera que, de acordo com o documento apresentado, emitido em 04/11/2009, o Certificado de Habilitação de Diferimento nº 006330.000-1, que foi citado no Auto de Infração, já constava a situação regular para o código 14764 – BENS DO ATIVO FIXO, INSUMO, IMPORTAÇÕES, e que tal documento é suficiente para elidir a acusação constante no Auto de Infração. Diz que está credenciado mediante a Resolução nº 20/2009, pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, para a adoção do diferimento nas importações, mediante o código 14764. Argumenta que a mudança na descrição das atividades enquadradas no código 14764 não poderia ser realizada sem que fosse dada a ciência ao contribuinte, sob pena de se ferir a segurança jurídica e o direito adquirido.

Friza que tal certificado se encontrava ativo na data da autuação fiscal e que o pedido de baixa da habilitação somente foi efetivado em 04/07/2013, conforme protocolo anexado ao Recurso

Voluntário. Observa que somente quando realizou este protocolo, tomou conhecimento da mudança da redação do código 14764.

Entende que a Resolução nº 20/2009, do Conselho Deliberativo do PROBAHIA concede o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS “nas importações e nas operações internas com insumos, embalagens e componentes, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes”, e que, portanto, a questão da descrição relativa ao código se torna inócuia.

Frisa que a nova habilitação seguiu os termos da autorização da Resolução, e que sempre esteve autorizada ao diferimento pela Resolução.

VOTO

Ab initio, com espeque no art. 155, Parágrafo Único do RPAF/99, ultrapasso as arguições de nulidade, para adentrar a análise do mérito. Observo que o cerne da presente questão é o mesmo do AI Nº 117926.0003/13-8, julgado recentemente por esta 1ª CJF, que concluiu pela sua improcedência em razão do seguinte:

A alegação do Recorrente foi de que o documento de fls. 14, emitido em 24/05/2013 (data da autuação), indica que o Certificado de Habilitação de Diferimento nº 06330.000-1, que foi citado no Auto de Infração, já constava a situação regular para o código 14764 – BENS DO ATIVO FIXO, INSUMO, IMPORTAÇÕES.

Por sua vez, na Informação Fiscal, à fl. 41 dos autos, o Auditor Fiscal fala expressamente que “a documentação trazida pela defesa apresenta vício de validade” e, ao se referir ao documento juntado pelo contribuinte à fl. 31 assevera que “aquele documento encontrava-se completamente desatualizado e o remédio adotado foi a emissão em 15/07/2013, intempestiva para esta operação, de outro certificado, o de nº 7977000-2, situação (ativo) em 12/07/2013 (fls. 32)”.

A diligência requereu à DARC/GEIEF que fossem adotadas as seguintes providências:

- Informar porque o Certificado de Habilitação nº 06330.000-1 se referia também às operações de importações em 04/11/2009, conforme documento de fls. 31 dos autos, e passou a se referir apenas às aquisições internas em 01/02/2011, conforme documento de fls. 14 dos autos, emitido em 24/05/2013 (data da atuação);

- Confrontar a informação constante no documento de fls. 14, que informa que o Certificado de Habilitação nº 06330.000-1 está “ativo” em 01/02/2011 e a informação constante às fls. 41, que informa que o mesmo se encontra como “baixado” na mesma data;

- Outrossim, informar qual foi o procedimento que resultou na alteração das operações que estavam enquadradas no Certificado de Habilitação nº 06330.000-1, bem como o que acarretou a sua eventual baixa. Informar, ainda, se o contribuinte foi cientificado sobre o conteúdo de tais alterações no Certificado de Habilitação

Em resposta à diligência fiscal foi explicitado que houve a necessidade de mudanças nos códigos dos certificados de habilitação para o diferimento, em razão de exigências do TCE. Além disso, informou a diligência que:

“I – A habilitação estava Inapta até 13:00 hs., do dia 01/02/2011. Neste horário a habilitação foi reativada pelo funcionário da Fazenda Wilson Barbosa Filho (folha 117).

II – Em assim sendo, a referida habilitação foi tornada inapta em 26/01/2011, de forma automática em função da inaptidão da inscrição, nesta mesma data, por omissão de entrega da DMD – (folha 118). Quanto à cientificacão do contribuinte, o mesmo é informado através de publicação de edital no diário oficial e na internet.” (grifamos).

Ou seja, conforme atestou a diligência realizada, habilitação do Recorrente para importação de bens do ativo e insumos (fls. 31), a qual era válida desde 01/04/2009, foi tornada inapta em 26/01/2011 (fls. 118), sendo reativada em 01/02/2011(fls. 117), e que o contribuinte foi intimado a respeito desse procedimento mediante publicação de edital.

Frise-se que, conforme determina o art. 108, §1º do RPAF/99, a intimação do sujeito passivo deve ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, e que a intimação por edital somente pode ser feita quando não obtiver êxito a tentativa postal:

Art. 108. *A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou*

por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Portanto, não encontra amparo na legislação tributária do Estado da Bahia a alegação constante na diligência fiscal no sentido de que o contribuinte foi “informado através de publicação de edital no diário oficial e na internet.”.

Ademais, há de se observar ainda que no documento de fl. 118, que registra a inaptidão da Certidão de Habilitação nº 633300001 em 26/01/2011 já indica que a habilitação se referia a aquisições internas.

Percebe-se, portanto, que a habilitação do Recorrente, que era válida para importações conforme comprova o documento de fl. 31, passou a ser válida apenas para aquisições internas sem que este tenha sido notificado corretamente a respeito de tal alteração. Frise-se, ainda, que ao ser questionada sobre tal fato, a DARC/GEIEF informou que a partir dos anos de 2008 e 2009 foram realizadas separações dos cadastros das habilitações para identificar operações de importações e aquisições internas em razão de determinação do TCE.

Diante disso, conclui-se que foi procedida uma alteração no Certificado de Habilitação do recorrente sem que esta fosse regularmente intimada sobre o seu conteúdo. O documento de fls. 31 comprova que o recorrente foi habilitada para o diferimento nas operações de importação de bens do ativo fixo e de insumos. Logo, qualquer alteração que fosse feita a respeito dessa habilitação deveria ter sido científica à Recorrente nos moldes do art. 108, §1º do RPAF/99, o que não foi feito.

Com base nos fatos narrados e nas provas constantes nos autos, entendo que deve ser declarada a improcedência da presente autuação fiscal, pois a inexistência de científicação do recorrente a respeito da alteração no seu Certificado de Habilitação acarreta na manutenção do certificado original, que abarcava as operações de importação e, portanto, elide a infração imputada à Recorrente.

No presente caso, o documento de fl. 35 é o mesmo documento apresentado nos autos do processo referente ao AI nº 117926.0003/13, qual seja o Certificado de Habilitação nº 006330.000-1, o qual comprova que o Recorrente estava habilitado ao diferimento nas importações de bens do ativo fixo e insumos desde 01/04/2009.

Destarte, como a mudança na habilitação para o diferimento do recorrente ocorreu de forma unilateral e sem a científicação do contribuinte, conforme comprovado na diligência realizada quando do julgamento do AI nº 117926.0003/13, há de se reconhecer que não é válida tal alteração, portanto, a habilitação para diferimento também nas importações continuava válida no momento da ocorrência dos fatos geradores indicados na presente autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar a IMPROCEDÊNCIA da autuação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **117926.0002/13-1**, lavrado contra **LINHANYL PARAGUAÇÚ S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS