

A. I. Nº - 210943.0098/17-1
AUTUADO - KORDSA BRASIL S. A.
AUTUANTE - JACIARA CRUZ SANTOS
ORIGEM - POSTO FISCAL HONORATO VIANA – IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.06.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0072-04/18

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE USUÁRIO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DO PROBAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MOMENTO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. ALTERADA HABILITAÇÃO DO REGIME DE DIFERIMENTO PARA A SITUAÇÃO “BAIXADO”. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO AO SUJEITO PASSIVO. RECONHECIMENTO DA VALIDADE DA HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO. O autuado sempre possuiu habilitação apta para diferimento em importações de insumos, de acordo com a Resolução nº 12/2011 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. A alteração para a situação de INAPTA foi feita pela SEFAZ/BA sem a cientificação regular ao sujeito passivo, conforme manda o art. 108, §1º, do RPAF/99. Desse modo, não se pode considerar inválida a habilitação para diferimento nas importações, sendo possível ao contribuinte fruir do diferimento do pagamento do imposto devido nesta operação. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração epigrafado foi expedido em 12/06/2017 objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$197.248,08, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia. Prazo de recolhimento é a data do despacho aduaneiro”*.

Consta, ainda, no campo intitulado como *“Descrição dos Fatos”* a seguinte observação: *“Não recolheu o ICMS devido sobre a importação da mercadoria descrita na declaração nº 17/0945163-9 no momento do despacho aduaneiro, sob o fundamento de que a operação encontra-se amparada pelo regime de diferimento do imposto; contudo a habilitação nº 004492.000-8 está baixada desde 29/05/2017”*.

A título de instrução dos autos foi juntado apenas Termo de Apreensão nº 2109431039/17-9, contendo, somente, a assinatura do autuante.

O autuado veio aos autos através de seus patronos, apresentando Impugnação ao lançamento, fls. 44 a 63, onde de forma preambular requereu que todas e quaisquer notificações e intimações sejam expedidas ou veiculadas para a Impugnante no endereço do seu estabelecimento situado à Rua Eteno, 3832, Polo Petroquímico, município de Camaçari – BA, CEP 42.810-0000, e também em nome dos advogados Carlos Roberto Siqueira Castro, inscrito na OAB/BA nº 17.769 e Marluzi Andrea Costa Barros, inscrita na OAB/BA nº 896-B, ambos com endereço profissional indicado no cabeçalho deste petição, independentemente da atuação de outros advogados no feito, sob pena de nulidade.

Destacou que não foi formalmente cientificado da lavratura do Auto de Infração, tendo sido

“intimado” da autuação por meio de e-mail enviado pelo autuante, (Doc. 02), fl. 40, observando que basta verificar no RPAF/BA que a modalidade de intimação praticada trata-se de inovação sem previsão legal.

Promoveu em seguida uma síntese da autuação, e após, passou a arguir a nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao seu direito de defesa, ao argumento de que ao analisar a autuação observou que a autuante ao indicar o enquadramento legal e, portanto, a qualificação da infração não lhe permitiu a correta compreensão da descrição do fato gerador que ensejou a presente obrigação.

Sustenta que os dispositivos mencionados na autuação somente desenham a hipótese, genericamente, de incidência tributária do ICMS sobre as operações de importação, transcrevendo-os.

Destaca que goza dos benefícios estabelecidos pelo Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia – PROBAHIA, onde lhe é garantido o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações de insumos, embalagens e componentes, para o momento da saída destes produtos, até o ano de 2026, conforme está convencionado através das Resoluções do Conselho Deliberativo nº 012/2011, art. 1º, II, “b” e 29/2013 (Doc. 02), ao tempo em que, sendo beneficiária do PROBAHIA, vinha e ainda vem realizando normalmente as suas rotineiras operações de importação, recolhendo o imposto incidente no regime de diferimento.

Destacou que para sua surpresa, viu-se diante da presente autuação, descobrindo ainda que a habilitação de seu regime especial tinha o status de “baixada,” sendo que somente tomou conhecimento da “baixa” de sua habilitação do regime de diferimento do PROBAHIA na ocasião da lavratura do Auto de Infração, tendo inclusive naquela ocasião sofrido apreensão de suas mercadorias, causando-lhe transtornos sem proporções.

Cita que na descrição dos fatos, o autuante aduz apenas que a habilitação que lhe garante o regime de diferimento teria sido “baixada”, desde 29/05/2017 sem esclarecer os motivos ou mesmo o fato que teria dado causa ao seu afastamento do regime, agravando sua completa perplexidade diante dos fatos, pois até aquele momento jamais havia tomado conhecimento de que sua habilitação estivesse sendo questionada, e, por corolário, não saberia da retomada da incidência do imposto sobre aquela operação (Declaração de Importação de nº 17/0945163-9), ao tempo em que não consegue estabelecer com precisão as devidas razões para a autuação, pois a autoridade notificante limita-se tão somente a descrever o fato gerador, puro e simples, do imposto sobre as operações de importação.

Diz que apesar de sabedora que nas operações de importação incide ICMS, mas também sabe que sendo beneficiária do PROBAHIA o seu lançamento e pagamento estão diferidos, não podendo lhe ser imputada a obrigação pelo recolhimento do tributo na ocasião do despacho aduaneiro, como pretende o presente Auto de Infração sem indicar ao menos o dispositivo legal que determina (i) não só a previsão de “baixa” da habilitação ao regime de diferimento, como (ii) o dispositivo que obriga o recolhimento do imposto no momento do despacho aduaneiro, na hipótese de baixa da sua habilitação, asseverando ainda que desconhecendo por completo a sua condição de não mais tutelada pelo regime de diferimento, jamais poderia supor que aquela operação que estava sendo praticada deveria seguir os trâmites de uma operação normal, regular, com tributação cheia, questionando onde se encontra a prova da sua cientificação da perda do benefício?

Em seguida cita que a bem da verdade, o que se verifica no Auto de Infração combatido é que este é deficiente de informações capitais à ocorrência do fato gerador, que poderia dar origem ao enquadramento legal realizado, enquanto que o cerceamento do direito de defesa do contribuinte é causa de nulidade, conforme previsto pelo Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA, não se tratando, portanto, de mera investida protelatória ao pagamento, mas sim de estar impedida de apresentar defesa mais contundente acerca do débito que não conhece a origem, tal qual o próprio auditor que a lavrou.

Ao adentrar no mérito da autuação pontua que sabe que nas operações de importação incide

ICMS, mas também sabe, portanto, que sendo beneficiária do PROBAHIA o seu lançamento e pagamento estão diferidos, não podendo lhe ser imputada a obrigação pelo recolhimento do tributo na ocasião do despacho aduaneiro, como pretende o presente Auto de Infração, sem indicar ao menos o dispositivo legal que determina (i) não só a previsão de “baixa” da habilitação ao regime de diferimento, como (ii) a obrigação de recolhimento do imposto no momento do despacho aduaneiro, na hipótese de baixa da sua habilitação.

Voltou a citar que a “baixa” da sua habilitação ao regime especial de deferimento do PROBAHIA carece de legalidade, pois viola o devido processo legal e seus consectários, mencionando novamente que apenas foi informada acerca da suspensão da referida habilitação, apenas e tão somente quando da lavratura do Auto de Infração, onde tomou ciência de que sua situação estava irregular.

Enaltece que o direito ao devido processo administrativo é inerente à própria função administrativa ou, em outras palavras, não se concebe a função administrativa sem a garantia do devido processo legal administrativo, onde deve ser assegurado ao administrado todas as oportunidades para contraditar as afirmações formuladas pela autoridade fazendária, sendo por esta razão que o RPAF/BA, estabelece em seu art. 108 a intimação pessoal do sujeito passivo ou pessoa interessada, acerca da realização de todo e qualquer ato praticado pela administração no exercício de suas atribuições, acrescentando que o Art. 89 do mesmo regulamento, exige que na ocasião de concessão/reconhecimento de benefício fiscal, o interessado deverá ser intimado na forma do art. 108, sendo que se a legislação exige que no reconhecimento de benefício fiscal a intimação deva ocorrer de forma pessoal, razoável e lógico seria exigir a mesma forma de intimação no caso de exclusão/suspensão/cancelamento deste mesmo benefício.

Após tecer outras considerações a respeito desta questão, citando inclusive decisão oriunda de Tribunal Superior, reforçou que antes, portanto, da suspensão do diferimento previsto no Programa PROBAHIA, a Secretaria da Fazenda deveria lhe ter notificado formalmente sobre eventual inconsistência que resultasse na suspensão/“baixa” do incentivo, ou seja, para que tivesse efetivamente sua inabilitação/suspensão ao programa PROBAHIA, deveria ter sido intimada para se manifestar não só da decisão da inabilitação/baixa, mas principalmente dos motivos que levaram ao referido ato administrativo de afastamento do diferimento, respeitando, desta forma, os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, não restando dúvidas de que foi prejudicada, sofrendo excessivo ônus pela inobservância ao devido processo legal e seus corolários.

Destacou que este próprio CONSEF, em reiteradas decisões (Doc. 04), prevê a nulidade de Auto de Infração lavrado em desacordo com os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, o que diz, se aplica diretamente ao caso em tela no que se refere à suspensão do incentivo fiscal, transcrevendo as ementas abaixo:

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 cientificação 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.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0235-11/16

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO ALTERADA PARA INAPTA SEM A REGULAR CIENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. RECONHECIMENTO DA VALIDADE DA HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO. O autuado sempre

possuiu habilitação apta para diferimento em importações de insumos e bens do ativo fixo. A alteração para a situação de INAPTA foi feita pela SEFAZ/BA sem a cientificação regular do sujeito passivo, conforme manda o art. 108, §1º, do RPAF/99. Desse modo, não se pode considerar inválida a habilitação para diferimento nas importações, sendo possível ao contribuinte fruir do diferimento do pagamento do imposto devido nesta operação. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Observa que na mais remota hipótese de se admitir que a autuação permitiu seu preciso posicionamento a respeito do motivo ensejador da “suspensão da habilitação”, esta deveria ter ocorrido de acordo com o art. 70 do Decreto nº 7798/2000, o qual dispõe:

Art. 70. *A empresa habilitada ao financiamento do PROBAHIA terá o benefício cancelado nas seguintes circunstâncias:*

I - atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado por mais de 3 (três) meses consecutivos, ou mais de 6 (seis) meses alternados;

E observa, mesmo que fosse este o enquadramento, não cabe prosperar, pois nunca deixou de adimplir suas obrigações com o Tesouro Estadual nos termos ali descritos 03 (três) meses consecutivos e/ou 06 (seis) meses alternados.

Sustenta em seguida que mesmo que estivesse enquadrada no referido dispositivo legal, o cancelamento somente poderia ser viabilizado através de Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA (art. 70, § 1º do Decreto nº 7.798/2000), o qual, caso houvesse, deveria ter sido publicizado para seu conhecimento, para que diante dos fundamentos ali esposados no parecer da Secretaria Executiva, pudesse adotar as providências de defesa e regularização que no caso coubessem garantindo, por seu turno, o fundamental e inafastável devido processo legal:

§ 1º O cancelamento a que se refere este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.

Nesse rumo, sustenta que considerando que a “baixa” na habilitação de nº 004492.000-8 foi realizada de maneira arbitrária, pois se deu sem a sua devida participação e, portanto, nula de pleno direito, tal condição nunca poderia ter produzido tais efeitos, de modo que na ocasião do despacho aduaneiro dos produtos importados no dia 12/06/2017, através das Declarações de Importação de nºs 1708708997 e 1708793307, estava em plena vigência o regime de diferimento de ICMS estabelecido pelo PROBAHIA, do qual é beneficiária, tornando portanto a presente autuação insubsistente.

Em seguida passou a atacar o que denomina de caráter confiscatório da multa aplicada, onde cita o Art. 150 da Constituição Federal, decisões do Supremo Tribunal Federal e doutrina, pugnano por sua exclusão ou, ao menos, a redução a um percentual que atenda aos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Em conclusão apresentou os seguintes pedidos:

- a)** Que o lançamento fiscal seja julgado NULO, dentro da fundamentação acima apresentada.
- b)** Não sendo acatada a preliminar de nulidade, requer que no mérito julgue IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.
- c)** Pugna ainda, pela exclusão da multa de 60%, face à sua flagrante configuração confiscatória ou, ao menos, pela sua redução aos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.
- d)** Protesta pelo deferimento da instrução probatória, sempre sob a invocação do princípio da verdade material, pela juntada *a posteriori* de documentos e provas adicionais que auxiliem ao deslinde da presente controvérsia.

O autuante prestou Informação Fiscal, fl. 52, aduzindo que se trata de reclamação do ICMS sobre a importação de mercadorias, conforme declarações de importação citadas no Auto de Infração, cujo lançamento foi efetivado de acordo com os dispositivos da lei vigente que nada contém de genérico, visto que, como foi transcrito pela impugnante, os mesmos tratam especificamente da

hipótese de incidência do imposto na importação, logo, a capitulação legal indicada enquadrava perfeitamente o fato de que houve a importação de mercadorias sem o recolhimento do ICMS.

Observa que ao contrário do que foi arrazoadado no *terceiro* parágrafo da folha 107, o fundamento da exigência do ICMS é a Lei e não o afastamento do regime do diferimento do imposto, de modo que não houve ofensa ao princípio da legalidade que não contempla esta hipótese de incidência.

Sustenta que não cabe ao preposto fiscal divagar ou esclarecer o motivo ou o fato que deu causa à baixa da habilitação ao regime do diferimento, pois as situações que acarretam a inabilitação ao regime do diferimento estão previstas no diploma regulamentar do imposto (Art. 287, § 2º RICMS/BA), por ocasião da inscrição em dívida ativa estadual do Processo Administrativo Fiscal nº 2797570030046, portanto, o pretendido contraditório acerca do motivo que afastou o certificado de habilitação ao regime de diferimento do autuado encontra obstáculo lógico e intransponível, pois a motivação para baixa do certificado de habilitação ao diferimento decorreu, naturalmente, de processo administrativo fiscal regularmente instaurado, desenvolvido e encerrado com imprescindível participação do autuado.

Conclui pontuando que se o regime de diferimento não é aplicável às importações realizadas durante o período de invalidez do certificado de habilitação, a exigência do ICMS é, nos termos postos, legítima.

VOTO

A questão central do presente lançamento relaciona-se à exigência de imposto no valor de R\$197.248,08, mais multa de 60%, em decorrência de falta de pagamento do ICMS devido sobre importação de mercadorias, cujo certificado de habilitação do importador se encontrava, à época do desembaraço aduaneiro, na condição de baixado.

Os argumentos apresentados pelo autuado, tanto em sede de preliminar, quanto em relação ao mérito são os mesmos, ou sejam, em síntese: que a sua habilitação ao regime de diferimento foi baixada sem que lhe tenha sido esclarecido ou informado os motivos que teriam dado causa ao seu afastamento do regime; que sendo beneficiária do PROBAHIA o seu lançamento e pagamento em relação as operações envolvidas na autuação estão diferidos; que só foi informada acerca da suspensão da habilitação somente quando da lavratura do Auto de Infração, citando a este respeito o previsto pelos Arts. 89 e 108 do RPAF/BA, apresentando decisões deste CONSEF a respeito da matéria em lide.

O autuante pontuou que a inabilitação do autuado ao regime do diferimento foi decorrente da inscrição em dívida ativa do PAF nº 2797570030046. Verificando no Sistema SIGAT constatei que a inscrição em dívida ativa ocorreu no dia 24/11/2012 e o ajuizamento se verificou no dia 18/01/2013, situação esta que permanece até a presente data.

Através de exame levado a efeito no sistema INC – Informações do Contribuinte, constata-se que a concessão do benefício ao regime do diferimento ao autuado ocorreu em 28/10/2004 enquanto que a situação de “baixado” está registrada em data de 29/05/2017. Vê-se, portanto, com base nestes dados, que a baixa não foi automática, e sim, ocorrida muito tempo após a inscrição em dívida ativa.

Por outro lado, a reinclusão do autuado no regime do diferimento, de acordo com a pesquisa no mesmo sistema INC acima mencionado, ocorreu no dia 14/06/2017, portanto, dois dias após a lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 12/06/2017, enquanto que a ciência ao autuado da lavratura do Auto de Infração ocorreu via e-mail na mesma data da sua lavratura, fl. 40, onde não se verifica entre os destinatários, citação específica do autuado.

Após estas considerações preambulares, deixo de me debruçar de ofício a respeito dos fatos mencionados, no tocante à ausência de documentos que instruem o lançamento e da forma da intimação ao autuado acerca da expedição do Auto de Infração, e passo a enfrentar os argumentos defensivos, preliminar e mérito, de forma concomitante.

Registro que o autuado, de acordo com a Resolução nº 12/2011, de 26/04/2011, editada pelo

Conselho Deliberativo do PROBAHIA, obteve a concessão do benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do imposto, nas hipóteses de recebimento do exterior dos produtos constantes nas Declarações de Importação objeto da autuação. Observe-se que o prazo de validade deste benefício compreende o período de 01/05/2011 até 31/12/2020, o qual foi alterado pela Resolução nº 029/2013, de 03/09/2013, para o período de 15 (quinze) anos, contado a partir de 1º de maio de 2011.

Isto posto, vejo que o Decreto nº 7.798 de 05 de maio de 2000, que aprovou o Regulamento do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico – FUNDESE e dos programas a ele vinculados, estabelece em seu Art. 70:

Art. 70 - A empresa habilitada ao financiamento do PROBAHIA terá o benefício cancelado nas seguintes circunstâncias:

I - atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado por mais de 3 (três) meses consecutivos, ou mais de 6 (seis) meses alternados;

II - inobservar as normas legais da administração pública, inclusive infrações à legislação tributária, assim como agir com dolo ou má fé na prestação de informações sobre o projeto ou sobre a empresa.

§ 1º - O cancelamento a que se refere este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.

§ 2º - A empresa que tiver o financiamento cancelado obrigar-se-á, de acordo com disposição contratual, a ressarcir ao PROBAHIA todo o valor já financiado, acrescido dos encargos financeiros praticados pelo sistema bancário, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da data da publicação da Resolução.

§ 3º - A empresa ou grupo econômico que tiver o financiamento do PROBAHIA cancelado não fará jus a novas operações do programa.

Portanto, duas questões pontuais são relevantes, ao meu entender, para se dirimir a questão ora enfrentada: **a)** O fato do autuado possuir em vigor o benefício fiscal concedido pelo PROBAHIA para usufruir do regime de diferimento nas operações de importação praticadas; **b)** a não cientificação prévia ao autuado do cancelamento do seu certificado de habilitação ao referido regime, de forma unilateral pela SEFAZ e não pelo PROBAHIA, sem a devida ciência ao mesmo.

Questão semelhante à presente já foi enfrentada por este Conselho de Fazenda em diversas oportunidades, tanto em 1ª quanto em 2ª Instâncias, razão pela qual, e com a devida vênia, transcrevo o Voto originário da 1ª Junta de Julgamento Fiscal proferido pelo eminente Julgador Dr. Rubens Moutinho dos Santos, através do Acórdão nº 0110-01/16, decidindo por unanimidade pela Improcedência do Auto de Infração, decisão esta a qual me alinho:

“VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado importou do Japão matéria-prima para fabricação de pneus, conforme as Declarações de Importação nsº 16/0205504-3 e 16/0205355-5, registradas em 11/02/2016, e não recolheu o ICMS na ocasião do desembaraço aduaneiro. Entretanto, em contrapartida, solicitou a exoneração do pagamento do imposto com fundamento em diferimento, através de Guia de Liberação de Mercadorias - GLMEs avulsas. Ocorreu que sua habilitação se encontrava na condição de “INAPTA” no cadastro da SEFAZ-BA para fruição do diferimento solicitado, o que resultou na autuação.

Primeiramente, cabe analisar o argumento defensivo de que inexistente exigência ou condicionante para fruição do diferimento previsto pelo Programa DESENVOLVE, no caso habilitação para utilizar o diferimento.

Sustenta o impugnante que a Resolução que concedeu o diferimento em nenhum momento estabelece alguma espécie de condição para a sua utilização, motivo pelo qual padece de ilegalidade da exigência de requisito não previsto na referida Resolução.

Na realidade, o art. 2º, § 1º do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE - aprovado pelo Decreto nº. 8.205/2002 estabelece a exigência de habilitação específica para operar com o regime do diferimento, previsto no referido artigo, conforme se vê da transcrição abaixo:

Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo: I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

[...]

§ 1º Os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão providenciar junto à Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime, exceto em relação à hipótese prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo.

Verifica-se da simples leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito que, indubitavelmente, existe sim a exigência de habilitação específica para o beneficiário do Programa DESENVOLVE operar sob o regime de diferimento previsto no referido Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Vale observar que, no caso, descabe falar-se da regra geral de dispensa de habilitação prevista no art. 287, § 1º, VII, do RICMS/BA. Ou seja, sem o atendimento da obrigatoriedade de habilitação prévia e específica junto à SEFAZ/BA, conforme exigido pelo Regulamento do Programa DESENVOLVE, não há possibilidade de fruição do benefício do diferimento.

Relevante registrar que entendimento no mesmo sentido já foi manifestado pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA - DITRI - através do Parecer nº 27374/2012, conforme a resposta abaixo reproduzida:

RESPOSTA:

Da análise da presente consulta, ressaltamos inicialmente que o diferimento aplicável às operações descritas no inciso XXV do art. 286 do RICMS/BA, e aplicável às importações do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, aplica-se genericamente a todo e qualquer estabelecimento agropecuário ou industrial que atenda aos requisitos descritos nos §§ 13 a 15 do referido artigo, e não se confunde, portanto, com o diferimento previsto especificamente no Dec. nº 8.205/02, e aplicável especificamente para os contribuintes habilitados ao Desenvolve. O mesmo se verifica com o benefício previsto no inciso LII do art. 286, que independe de habilitação ao Desenvolve.

Diante do exposto, e para fins de aplicabilidade da dispensa de habilitação prevista no inciso V do § 1º do art. 287 do RICMS/BA, há que se observar que ela alcança exclusivamente as operações descritas no inciso XXV do art. 286, e não as operações amparadas pelo diferimento do imposto por força da habilitação ao Desenvolve.

Feitas as ressalvas acima, passamos a analisar os questionamentos específicos apresentados pela Consulente, observando a sua ordem de apresentação:

1 - A dispensa de habilitação prevista no § 1º do art. 2º do Dec. nº 8.205/02, e aplicável aos estabelecimentos beneficiários do Desenvolve, alcança exclusivamente as aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado dos citados estabelecimentos, no tocante ao diferencial de alíquota.

Tratando-se das outras operações descritas nas alíneas “a” e “b” do referido dispositivo legal - importação de bens do exterior e aquisições internas de bens produzidos neste Estado, será obrigatória a habilitação para o diferimento e, conseqüentemente, a entrega da DMD.

2 - Tratando-se de operações de importação, a dispensa da habilitação alcança as importações referidas no inciso XXV do art. 286 do RICMS/BA; as importações de bens do ativo que não atendam aos requisitos descritos no referido dispositivo legal, e efetuadas em função da aplicabilidade do benefício do Desenvolve, devem observar a obrigatoriedade de habilitação junto à Sefaz.

3 - Tratando-se de aquisição de ativo fixo descrito no Conv. ICMS 101/97 (inclusive com observância da NCM ali descrita), será aplicável o benefício da isenção, afastando-se, portanto, a aplicabilidade do diferimento (art. 286, § 10, do RICMS/BA). Nesta hipótese específica não há porque se falar em obrigatoriedade de habilitação.

Respondido o questionamento apresentado, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida.

É o parecer

Diante do exposto, não procede a alegação defensiva de inexistência de exigência ou condicionante para fruição do diferimento previsto pelo Programa DESENVOLVE, isto é, habilitação para utilização do diferimento referido.

No que tange à alegação do impugnante de que, quando da autuação, não havia sido sequer notificado do cancelamento ou suspensão de sua habilitação do diferimento, inexistindo, assim, qualquer motivação para a lavratura do Auto de Infração, sem que fosse realizada a intimação pessoal, na forma do artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Tributário, para fins de concessão de prazo para a regularização de eventual irregularidade no processo de habilitação, constato que é pertinente o alegado.

Isso porque, conforme se verifica no hard copy de fl. 06 dos autos, o sujeito passivo foi habilitado para fruição do diferimento nas operações de importação de bens do ativo fixo e de insumos em 13/02/2006, contudo, a partir de 29/01/2016 as habilitações passaram a situação de “INAPTAS”, o que implicou na exigência fiscal de que cuida o Auto de Infração em lide.

Ocorreu que, conforme alegado pelo autuado, não houve a necessária e indispensável intimação regular para que, se fosse o caso, pudesse corrigir eventual irregularidade no processo de habilitação.

Efetivamente, o art. 108, § 1º, do RPAF/99 determina que a intimação deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Entretanto, tratando-se de intimação por edital publicado no Diário Oficial do Estado a intimação somente poderá ser efetuada quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Assim dispõe o referido art. 108, § 1º, do RPAF/99:

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, como o cancelamento da habilitação do sujeito passivo para operar sob o regime de diferimento na importação de matéria-prima se deu através de edital, no caso o “EDITAL DE CANCELAMENTO DE HABILITAÇÃO DO CAD-ICMS Nº 02/2016”, sem que houvesse a tentativa de intimação por via postal, há que ser julgada improcedente a autuação, haja vista que não houve a necessária e indispensável ciência do contribuinte quanto a sua inabilitação para operar sob o regime de diferimento.

Vale dizer que o contribuinte ao não ser intimado regularmente permaneceu com a habilitação na situação de apta para operar no regime de diferimento.

Relevante registrar que a 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL deste CONSEF ao analisar matéria semelhante à tratada no Auto de Infração em exame, decidiu nessa mesma linha de entendimento. Ou seja, que o contribuinte ao não ser intimado regularmente permaneceu com a habilitação na situação de apta para operar no regime de diferimento, conforme o Acórdão CJF Nº 0015-11/15, cuja ementa apresenta o seguinte enunciado:

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 cientificação 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.

Diante do exposto, a infração é insubsistente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Por oportuno, registro que a decisão acima foi objeto de Recurso de Ofício apreciado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0235-11/16 de 13/10/2016, que por unanimidade manteve a Improcedência do Auto de Infração.

E este tem sido entendimento já consolidado neste CONSEF, conforme pode ser constatado, além dos acórdãos acima citados, através dos Acórdãos nº 0005-11/15, 0379-12/15, 0384-12/15, 0074-12/16 e 0083-11/16, que decidiram pela improcedência de autos de infração de natureza idêntica ao que ora se aprecia. Por oportuno, merece registro o recente julgamento levado a efeito pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0017-01/18 que por unanimidade decidiu pela improcedência do Auto de Infração idêntico ao presente e lavrado contra o mesmo autuado.

Convém ainda registrar que o autuado, à luz da Resolução nº 12/2011 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, sempre esteve habilitado a operar no regime do diferimento, não podendo uma decisão interna da SEFAZ não cientificada ao autuado, cassar esse benefício fiscal. E tanto isto é

verdadeiro que o Auto de Infração foi lavrado em 12/06/2017 e já dois dias após, ou seja, 14/06/2017, voltou a incluir o autuado unilateralmente no referido regime.

Em relação aos argumentos defensivos relacionados à multa, deixo de apreciá-los tendo em vista os fatos acima expostos que me levam a votar pela Improcedência do presente Auto de Infração.

Finalmente, quanto ao pedido do autuado para o encaminhamento das intimações relacionadas ao presente Auto de Infração também serem remetidas em nome dos seus patronos indicados na peça defensiva, nada obsta o seu atendimento, entretanto, ressalto que as comunicações inerentes ao processo administrativo fiscal, obedecem ao quanto previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0098/17-1** lavrado contra **KORDSA BRASIL S. A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 10 de maio de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA