

A.I. Nº - 2328100003/17-6
AUTUADO - BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO - POSTO FISCAL AEROPORTO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.08.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0110-02/18

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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração – Trânsito de Mercadorias foi lavrado em 20/12/2017 reclamando crédito tributário em decorrência da seguinte acusação:

INFRAÇÃO 01 – 56.01.01. – Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias, cujo importador seja estabelecido na Bahia no valor histórico de R\$94.989,91, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Art. 1º, inc. I, parágrafo único; art. 2º, inciso V; art. 4º, inciso IX e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 332, inc. IV do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012

Consta anexo aos autos o Termo de Apreensão com a seguinte descrição dos fatos: “A empresa *BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA* importou mercadoria constante da DI 17/220152-6 em 18/12/2017 e desembarçou conforme CI anexa de 19/12/2017 sem o pagamento de ICMS de importação devido. E nesta data tentou se liberar do pagamento do ICMS, conforme GLME 201722397, mesmo estando com a Habilitação de Diferimento INAPTA, conforme consulta anexa.”

A Autuada foi cientificada do lançamento e intimada a efetuar o pagamento do débito em 19/01/2018 (fls. 01-v), apresentando defesa apensada aos autos às fls. 26 a 76, aduzindo os argumentos a seguir.

Inicialmente declara se tratar de empresa privada que atua na fabricação, produção, desenvolvimento, transformação, beneficiamento, venda, negociação, importação ou exportação de borracha, nylon, rayon, poliéster, tecidos, produtos plásticos, sintéticos, químicos, industriais, metais, todos os tipos de pneumáticos, bandas de rodagem, câmaras de ar, peças, partes componentes, acessórios e equipamentos para automóveis, artigos de borracha e congêneres bem como produtos destinados à impermeabilização de obras de construção civil.

Afirma que o Fisco desconsiderou que faz jus à dilação de prazo para pagamento do ICMS em até 72 (setenta e dois) meses por força do incentivo fiscal denominado Programa DESENVOLVE, em função da vigência de Protocolo de Intenções, firmado com o Estado da Bahia em 20/04/2004 cujo

objeto foi viabilizar a instalação de um complexo industrial para a produção e comercialização de pneumáticos e afins no Polo Industrial de Camaçari-Bahia.

Esclarece que no Protocolo de Intenções se comprometeu também, a construir uma unidade de produção de pneus e outros produtos da marca Bridgestone, bem como investir R\$450.000.000,00, podendo atingir o investimento total de R\$784.000.000,00, enquanto o Estado firmou compromisso a conceder a Autuada os benefícios do Programa DESENVOLVE, previsto na Lei nº 7.980/2001, o que ocorreu mediante a publicação da Resolução nº 50, de 2005, que expressamente reconhece o direito ao uso do diferimento do ICMS nas importações e não prevê nenhuma condicionante à utilização do benefício, até porque este fora concedido em contrapartida aos investimentos realizados.

Se diz surpreendida com a lavratura do Auto de Infração, sob a alegação de que a habilitação do diferimento estava INAPTA, além da aplicação da multa sem que tenha sido notificada do cancelamento ou suspensão de sua habilitação do diferimento, não existindo, assim, motivação para a autuação, sem que fosse realizada a intimação pessoal, na forma do art. 108 do RPAF/99, para fins de concessão de prazo para a regularização de eventual irregularidade da habilitação.

Afirma que trata-se de imposição insubsistente, na medida em que está baseada em ato que padece de legalidade e constitucionalidade, restringindo o exercício da ampla defesa, além de estar em dissonância com as regras concedidas quando da adesão ao Programa DESENVOLVE.

Alega violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal previstos nas garantias individuais na Constituição Federal, (art. 5º, inciso LV).

Aduz que encontrava-se devidamente habilitada para fins do diferimento do ICMS, tendo sido informada acerca da inaptidão da habilitação, quando da lavratura do Auto de Infração sem que tenha havido intimação pessoal para ciência e eventual regularização da situação, havendo dessa forma clara violação ao disposto no art. 108 do RPAF/99 que transcreve.

Diz que sem a concessão do direito de defesa através de intimação pessoal, há violação direta aos princípios da segurança jurídica e à ampla defesa, pois não teve sequer chances de questionar o ato e se defender, o que torna frágil e injusta a relação jurídica firmada pelas partes, especialmente em se tratando de incentivo fiscal.

Transcreve voto do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24268/MG para reforçar que compreende o exercício do direito de defesa o acesso às informações sobre as quais estão baseadas a decisão das autoridades administrativas. O que significa dizer que se tivesse efetivamente seu cancelamento do Programa DESENVOLVE deveria ter sido intimada pessoalmente para que se manifestasse. Sendo assim prejudicada.

Cita o Ministro Celso de Mello para demonstrar as garantias ao devido processo legal e ao exercício pleno de defesa, na qualidade de pressupostos fundamentais para a garantia do direito no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268, reforçado pelo Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, em reiteradas decisões e, até mesmo, em julgamento de caso da própria Impugnante em autuação de igual conteúdo (doc. anexo), que reconhece a nulidade de Auto de Infração nº 210320.1002/16-9, lavrado em desacordo com os princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Repisa que era primordial que ocorresse intimação pessoal da decisão que determinou a suspensão do diferimento previsto no Programa DESENVOLVE para garantir o direito de defesa ou mesmo solucionar eventuais pendências administrativas.

Conclui que o auto de infração é nulo por não observar as formalidades legalmente estabelecidas.

Reforça a importância da intimação pessoal uma vez que a suposta irregularidade nem sequer constava da relação das exigências quando da concessão do incentivo fiscal, violando, assim, o direito adquirido e a própria segurança jurídica.

Reafirma que no âmbito do pacto firmado com o Estado da Bahia não há existência de qualquer espécie de condição para utilização do incentivo fiscal do diferimento, conforme Protocolo de Intenções e a Resolução do Programa DESENVOLVE (Doc. 02).

Quanto ao aspecto legal, diz que os dispositivos legais são claros ao assegurar o diferimento do ICMS, sem qualquer restrição, conforme se pode depreender do artigo 2º da Lei nº 7.980/01, cuja redação transcreve.

Afirma que a legislação é categórica ao consignar que o Poder Executivo está autorizado a conceder, em função do potencial de contribuição do projeto para o desenvolvimento econômico e social do Estado, incentivo fiscal relativo ao diferimento, sem especificar ou impor condições senão aquelas relativas ao interesse do Estado no empreendimento.

Aduz que cumpriu todas as condicionantes do citado programa, tanto que foi devidamente habilitada e assinala que na legislação do Programa DESENVOLVE, o artigo 9º dispõe sobre as hipóteses de cancelamento do incentivo, as quais, todavia, não restaram caracterizadas no caso específico. Transcreve o referido dispositivo.

Ressalta que qualquer exigência sem previsão legal é totalmente ilegal, não sendo permitido ao Poder Executivo, sob o pretexto de regulamentar o incentivo fiscal, impor restrição ao que a lei não o fez. Se assim proceder, viola o princípio constitucional da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito citando o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido quando do julgamento do RE 318.873-AgR/SC, ressaltando que *“Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal.”*

Registra que a única previsão legal regulamentar de exclusão do Programa DESENVOLVE, se refere somente *“se for constatada grave irregularidade praticada pelo contribuinte, em proveito próprio ou de terceiros, prevalecendo-se daquela habilitação”*, na forma do então vigente §2º do artigo 345 do Regulamento do ICMS de 1997 e que o Decreto nº 8.205/2002, que regulamentava o Programa DESENVOLVE, vigente quando da concessão do benefício, na parte relativa ao diferimento era expresso quanto à aplicação subsidiária do RICMS, conforme artigo 2º, §2º, cujo texto transcreve.

Salienta que o RICMS vigente à época da concessão do incentivo prevê o cancelamento do diferimento, na forma do artigo 345, apenas com a constatação de falta grave e em proveito próprio ou de terceiros.

Destaca que o citado regulamento era expresso no sentido de estabelecer condições de (i) habilitação do regime de diferimento e (ii) manutenção do mesmo. Diz que para a concessão da habilitação era necessária a inexistência de débitos inscritos em dívida ativa, na forma do §3º, cujo texto foi transcrito, sendo que, uma vez obtida a habilitação, apenas a existência de falta grave implicaria no cancelamento do incentivo.

Afirma que com base neste modelo jurídico vigente à época da concessão do benefício fiscal, firmou compromisso de realizar investimentos no Estado da Bahia e em contrapartida aos investimentos realizados, o Estado da Bahia concedeu diversos incentivos fiscais, dentre eles, o diferimento, por prazo determinado, no caso, por 12 anos e, portanto, realizou investimentos segura de que as condições e requisitos de habilitação e manutenção do incentivo seriam mantidas durante todo o transcurso do prazo de vigência do Programa DESENVOLVE.

Cita o Professor Heleno Torres para argui a identificação com os parâmetros do direito adquirido, na medida em que o incentivo fiscal foi incorporado ao seu patrimônio de acordo com as cláusulas e condições então previstas na legislação baiana, uma vez que foram com base nesta estrutura legislativa que assumiu o compromisso de realizar os investimentos vultosos previstos no Protocolo de Intenções e sua por prazo determinado, nos mesmos termos do que fora estabelecimento quando da sua concessão. Este tema já foi objeto de intensos debates no Poder Judiciário, tendo o Supremo Tribunal Federal sedimentado o posicionamento que as condições por prazo certo devem ser mantidas, tal como concedidas.

Reproduz a ementa da decisão proferida no RE 582926 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-100 DIVULG 26-05-2011 PUBLIC 27-05-2011.

Destaca a decisão do Supremo Tribunal Federal citando, inclusive, a Súmula nº 544 da Corte no sentido de ressaltar que “Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.”

Conclui afirmando que não ocorrendo a hipótese então prevista no RICMS/BA, que justificasse a suspensão do diferimento, seu cancelamento é ilegal e, conseqüentemente, também carece de legalidade a suspensão de sua habilitação e como consequência a lavratura do presente auto de infração é comprovadamente ilegal, devendo ser reconhecida a total insubsistência da autuação.

Por fim, pugna pela improcedência do lançamento.

O Autuante prestou a informação fiscal apensada aos autos às fls. 80.

Frisa que a situação da habilitação de diferimento é pública e está sempre disponível e atualizada no sítio da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e que todos os despachantes aduaneiros que trabalham na área de importação conhecem.

Ressalta que a Autuada se encontrava com a habilitação para o diferimento na condição de INAPTA desde 19/02/2016 conforme extrato de consulta ao Sistema da SEFAZ (fls. 15), fato que não era desconhecido da mesma em face já haver uma autuação anterior (PAF nº 2103201002/16-9).

Enfatiza que o fato gerador da importação ocorre no momento do desembaraço (art. 4º, inc. IX da Lei nº 7.014/96). No caso, o fato gerador ocorreu em 20/12/2018, data que para usufruir do benefício a Autuada teria que estar com a habilitação ATIVA.

Conclui que a Autuada na data, não poderia usufruir do benefício e conseqüentemente deveria efetuar o pagamento do ICMS através de DAE ou GNRE, que não ocorreu.

Finaliza mantendo todas as proposições iniciais do lançamento.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em exame acusa a Autuada e importar mercadorias conforme a Declaração de Importação nº 17/2201562-6, registrada em 18/12/2017, e não recolheu o ICMS na ocasião do desembaraço aduaneiro. Entretanto, em contrapartida, tentou a liberação do pagamento do ICMS sob o argumento de se encontrar habilitado para o diferimento, através de Guia de Liberação de Mercadorias - GLME 201722397.

Verificada que a sua habilitação se encontrava na condição de “INAPTA” no cadastro da SEFAZ-BA para fruição do diferimento, o que resultou na autuação.

Inicialmente, analiso o argumento da defesa quanto a inexistência da exigência ou condicionantes para fruição do diferimento para os contribuintes inclusos no Programa DESENVOLVE, no caso específico habilitação para utilizar o diferimento.

Na esteira defensiva, a Autuada sustenta que a Resolução que concedeu a habilitação para o diferimento em nenhum momento estabelece norma condicionante para a sua utilização, entendendo dessa forma, que a exigência de requisito não previsto, é ilegal.

Vejamos então o que estabelece 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:

Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

(...)

§1º Os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão providenciar junto a 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. (Grifei).

O texto regulamentar deixa claro que procede a exigência de habilitação específica para operar com o regime do diferimento.

Dessa forma, não há de se falar da regra geral de dispensa de habilitação prevista no inciso VII, §1º do artigo 287, do RICMS/BA. Portanto, o atendimento da obrigatoriedade de habilitação prévia e específica junto à SEFAZ/BA, conforme exigido pelo Regulamento do Programa DESENVOLVE, é imperioso para a fruição do benefício do diferimento.

Neste sentido, Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA - DITRI - através do Parecer nº 27374/2012 se manifestou em resposta a uma consulta formulada pelo contribuinte CENTRAIS EOLICAS AMETISTA S.A., cuja resposta transcrevo:

“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.”

Dessa forma, não prospera a alegação da inexistência de exigência ou condicionante para fruição do diferimento previsto pelo Programa DESENVOLVE.

Em referência a arguição da defesa de que no momento da autuação, “...não havia sido sequer notificada do cancelamento ou suspensão de sua habilitação do diferimento...”, portanto sem motivo para a autuação, haja vista a necessidade de que fosse realizada a intimação pessoal, na forma do art. 108 do RPAF/99, para fins de concessão de prazo para a regularização de eventual irregularidade no processo de habilitação, constato que é pertinente.

Consta nos autos extrato de consulta, data de 20/12/2017, impressa e obtida no sítio da SEFAZ (fls. 15) que a autuada encontrava-se com a habilitado para fruição do diferimento nas operações de importação de bens do ativo fixo “INAPTA” a partir de 29/02/2016, o que implicou na exigência fiscal de que cuida o Auto de Infração em lide.

O cancelamento da habilitação do sujeito passivo para operar sob o regime de diferimento na importação de matéria-prima se deu através do “EDITAL DE CANCELAMENTO DE HABILITAÇÃO DO CAD-ICMS Nº 02/2016”, sem que houvesse a prévia tentativa de intimação por via postal.

É fato que 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 RPAF/99.

O contribuinte ao não ser intimado regularmente permaneceu com a habilitação na situação de APTA para operar no regime de diferimento, visto que não houve a necessária e indispensável intimação regular para que, se fosse o caso, pudesse corrigir eventual irregularidade no processo de habilitação. Dessa forma a autuação há que ser julgada improcedente.

Ressalto que 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF ao analisar matéria semelhante em exame, decidiu 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 (A. I. Nº 117926.0002/13-1).

Também registro o fato do sujeito passivo em 12/02/2016 ter sido autuado pela mesma infração cujo auto de infração nº 210320.1002/16-9, foi julgado improcedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (ACÓRDÃO JJF Nº 0110-01/16).

Pelo exposto, julgo o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2328100003/17-6**, lavrado contra **BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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, 17 de julho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR