

A. I. N°	- 232810.0002/17-0
AUTUADA	- TONET INDÚSTRIA TEXTIL LTDA.
AUTUANTE	- CARLOS RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM	- IFMT METRO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET – 21.08.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0131-04/18

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE USUÁRIO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DO PROBAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MOMENTO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CANCELAMENTO DA HABILITAÇÃO PARA OPERAR NO REGIME DE DIFERIMENTO. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. RECONHECIMENTO DA VALIDADE DA HABILITAÇÃO PARA DIFERIMENTO. O autuado possuía habilitação apta para diferimento em importações de insumos, de acordo com a Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Cancelamento realizado pela SEFAZ/BA em desacordo com a legislação prevista no artigo 108, §1º, do RPAF/99. Sujeito passivo não cientificado de tal ato. Assim, não se pode considerar válida a habilitação para diferimento nas importações, na forma de entendimento da PGE/PROFIS, sendo possível ao contribuinte fruir do diferimento do pagamento do imposto devido na operação. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 08 de dezembro de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$37.542,72, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **56.01.01.** Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Tempestivamente, a autuada, por sua procuradora, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 14 a 18, onde, após relato dos fatos, informa que em 09/08/2017 teve a sua inscrição estadual declarada inapta, pelo fato de não ter entregue a Escrituração Fiscal Digital (EFD), ato que reputa correto e legal, até pela observância do princípio da publicidade.

Na mesma data, requereu eletronicamente a reativação da inscrição estadual, por meio do DBEBA22675118-03918916000113, sendo o pleito deferido em 11/08/2017. Nessa oportunidade, nenhuma pendência outra foi apontada.

Em 08/12/2017 ao efetuar desembaraço aduaneiro de matéria prima importada, foi surpreendida com a informação de que o Certificado de Habilitação para Diferimento CHD 003463.000-7, se encontrava inapto e que o imposto seria lançado por Auto de Infração.

Repele tal cobrança, sob o argumento de que o tributo diferido de que é beneficiária está amparado pela Resolução PROBAHIA 014/96, com vigência até 31/12/2020, cuja revogação se dá por Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, o que não aconteceu até então.

Aduz que inexistente no RICMS/12 qualquer referência a inaptidão de CHD, exceto o artigo 257, § 3º, cujo teor transcreve.

Diz que caso houvesse previsão regulamentar para tal inaptidão da CHD, careceria o procedimento de ato formal originário da autoridade competente, na forma explicitada na legislação, não tendo localizado junto ao seu domicílio fazendário qualquer ato de ofício determinando a inaptidão referida. Por tal razão, presume que o sistema de gestão tributária está programado para inabilitar o benefício fiscal concedido por órgão legítimo, o que na sua opinião, contraria a legislação vigente.

Ressalta que em 11/12/2017, primeiro dia útil posteriormente à comunicação da inabilitação, requereu a regularização da CHD deferida em 13/12/2017 sem qualquer objeção, o que fala, denota a sua boa-fé, restando evidente, diz, o erro cometido pelo Estado, tanto na inaptidão da CHD, quando na falta de publicidade dos atos.

Transcreve o teor do artigo 127-D do COTEB acerca das intimações, inclusive a eletrônica, apresentando cópia de “prints” do domicílio tributário eletrônico (DTE) acerca da sua inaptidão de inscrição, bem como de outras comunicações diversas, demonstrando inconformismo com o que denomina “negligência” praticada pela Administração Tributária.

Finaliza, requerendo a anulação do lançamento e da multa a ele relacionada.

Informação fiscal prestada pela autuante à fl. 27 aponta que a situação da habilitação de diferimento é pública e atualizada no site da SEFAZ/BA e os despachantes aduaneiros conhecem bem o site, e a empresa autuada estava inapta desde 30/08/2017 até a data da autuação.

Chama a atenção para o artigo 4º, inciso IX da Lei 7.014/96 fala sobre o fato gerador do imposto na importação, o qual ocorre no momento do desembarço aduaneiro, ocorrido em 07/12/2017, e para usufruir tal benefício do diferimento, a empresa deveria estar com habilitação ativa, na forma do artigo 287 do RICMS/12.

Fala que em função de tal falta de habilitação, o imposto deveria ter sido recolhido através de DAE ou GNRE o que não aconteceu, o que o faz manter a autuação.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação, por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os requisitos exigidos na norma para a sua validade.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, tanto assim que abordou todos os aspectos da autuação na sua peça defensiva, diante da instalação do contencioso.

No mérito, a insurgência da autuada se dá pelo fato de ter sido cancelada a sua habilitação para diferimento do ICMS, sem que tivesse a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia feito qualquer comunicação de tal fato, o que no seu entender se trata de procedimento contrário à legislação.

Inicialmente, esclareço que a Resolução do Conselho Deliberativo do Probahia constante à fl. 19, no artigo 1º, inciso II, alínea “b”, concedeu à empresa autuada o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações e operações internas com insumos, embalagens e componentes, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes, tendo a Resolução Probahia 22/2009, de 26/08/2009 (fl. 20) alterado o percentual de crédito presumido para 99% e o prazo final para 22/12/2020.

Ou seja: resta claro o fato de o sujeito passivo gozar do benefício de diferimento do ICMS nas importações de insumos, caso noticiado nos autos.

Importante mencionar entendimento da Administração Tributária da SEFAZ consubstanciado no Parecer DITRI 27374/2012, em resposta a consulta formulada sobre o mesmo assunto, no qual a única diferença é o fato de o consulente ser beneficiário do Programa Desenvolve:

“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, consequentemente, 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”.

Aqui não cabe se discutir o fato de a empresa ter sido considerada inapta, como a mesma relata, tendo em vista que no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas e objeto da presente autuação, já havia sido reincluída no cadastro de contribuintes, estando em situação regular sob o aspecto cadastral.

A verdade é que a autuada se encontrava amparada por Resolução válida e vigente do Conselho Deliberativo do Probahia, como beneficiária de diferimento, nas importações de insumos, embalagens e componentes, para o momento em que ocorresse a saída dos produtos deles decorrentes.

O cerne da questão, pois, é considerar se no momento da importação, vigoraria ou não a habilitação para o diferimento do ICMS na operação, a fim da operação ser considerada ou não tributada.

Na sua impugnação, argumenta a defesa de que apesar de possuir Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), em momento algum a empresa autuada foi notificada por este ou qualquer outro meio, em relação ao cancelamento de sua habilitação para diferimento, trazendo inclusive

cópia de sua “caixa de correio eletrônico”, na qual, efetivamente não constam, bem como nos autos quaisquer documento ou prova de que a Administração Tributária tenha efetivado qualquer comunicação direta ao contribuinte, procedimento este, inclusive, em desacordo do entendimento da Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, exarado no Processo PGE/2015128151-0, além de desatender ao contido no artigo 108 do RPAF/99, especialmente ao seu § 1º, o qual determina que a intimação deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

De tal Parecer da lavra da ilustre Procuradora Assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos exarado em 25 de outubro de 2016, extraio os seguintes trechos: *“Em reforço aos judiciosos argumentos levantados pelo nobre Procurador, aduzimos que o sistema processual brasileiro tem, tradicionalmente, atribuído caráter de subsidiariedade aos atos de comunicação processual realizados por meio de publicação de edital em diário oficial, aceitando-os como válidos apenas em hipóteses excepcionais, quando exauridas as possibilidades de cientificação do interessado pelas demais formas admitidas na legislação de regência”*.

E prossegue em outro trecho: *“Conclui-se, por conseguinte, que normas como a do art. 327 do RICMS/12 – que determina a intimação diretamente por edital, com exclusão das demais formas que lhe deveriam necessariamente proceder – não resistem ao mais superficial confronto com os princípios da ampla defesa e do contraditório, de estatura constitucional (art. 5º, LV, da CF/88)”*.

Na sequência, após transcrever as ementas dos AgRg no AREsp 524.888/MG, relatado pelo ministro Sérgio Kukina, do STJ, na Primeira Turma julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014 e AgRg no AREsp 8.326/RS, tendo como relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016 e AgRe no RESp 1400641/MG a qual teve como Relator, na Segunda Turma, o Ministro Og Fernandes, tendo sido julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014, continua a expor seu entendimento: *“Note-se que enquanto os julgados acima se refiram especificamente à notificação do lançamento tributário, tal entendimento é igualmente aplicável aos atos de intimação referentes a quaisquer eventos ocorridos no processo administrativo fiscal, de que se queira dar ciência formal ao contribuinte interessado, notadamente aqueles dos quais resultem agravamento de sua situação tributária, tais como os atos de exclusão de regimes diferenciado de apuração do imposto”*.

Embora não haja nos fólios qualquer menção à forma pela qual se deu a cassação da habilitação para diferimento, de tal posicionamento se percebe, de forma clara, que não o foi na forma preceituada no artigo 108, § 1º, do RPAF/99: *“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. A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal”*.

Logo, diante do fato de que o cancelamento da habilitação do sujeito passivo para operar sob o regime de diferimento na importação de matéria-prima se deu de forma diversa daquela prevista na legislação, sem que se comprovasse nos autos ter havido tentativa de intimação por via pessoal, eletrônica ou postal, a autuação não pode se sustentar, pelo fato de que inexistiu a imprescindível ciência do contribuinte quanto a sua inhabilitação para operar sob o regime de diferimento, ainda que vigorasse Resolução do Conselho Deliberativo do Probahia em sentido contrário, o que significa que o autuado ao não ser regularmente intimado permaneceu com a habilitação na situação de apta para operar no regime de diferimento.

Da mesma forma, não pode se alegar, como posto na informação fiscal, de que “os despachantes aduaneiros” sabiam do cancelamento, o que não se sustenta, vez ser uma afirmativa sem qualquer base fática ou legal.

Esta não é discussão nova neste Órgão, tendo em situações semelhantes, adotado as mesmas posições ora esposados, a exemplo dos Acórdãos CJF 0015-11/15, CJF 0235-11/16, JJF 0110-01/16, JJF 0072-04/18 e JJF 0075-04/18.

Pelos argumentos expostos, e diante da constatação de que não houve a imprescindível ciência do contribuinte autuado do cancelamento da habilitação para operar sob o regime de diferimento, frente a irregularidade na sua intimação, permaneceu com a habilitação na situação de apta para operar no regime de diferimento, julgo o lançamento improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232810.0002/17-0** lavrado contra **TONET INDÚSTRIA TEXTIL LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA