

A. I. N° -279697.0017/22-7
AUTUADO -PACIFIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES -LAUDELINO BISPO C. FILHO, LIANE R. SAMPAIO E PATRICIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM -DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/05/2024

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0056-01/24-VD**

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou demonstrado nos autos que o estabelecimento autuado não exercia a atividade industrial na fabricação de eletrodomésticos portáteis, celulares, aparelhos de som, vídeo, áudio, ferramentas, tablets, utensílios domésticos, ferramentas elétricas e manual, conforme exigido legalmente para usufruir do direito ao diferimento do imposto. O sujeito passivo não traz aos autos elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/11/2022, refere-se à exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 38.535.172,85, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade, nos meses de janeiro a dezembro de 2018; fevereiro a abril, junho a dezembro de 2019; janeiro a março, maio a dezembro de 2020; janeiro a abril, junho a dezembro de 2021:

Infração 01 – 012.002.001: *Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento.*

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado: *De acordo com os dados cadastrais desta Secretaria de Fazenda, trata-se de uma indústria que atua no ramo de informática e eletro eletrônica, cujos insumos para industrialização são, em sua maioria, importados do exterior. Por atuar nesse setor, o contribuinte obteve o direito à utilização dos benefícios fiscais estabelecidos no Decreto 4316 de 19/06/1995, que prevê o diferimento do pagamento do imposto nas aquisições do exterior de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, para o momento da saída dos produtos decorrentes do processo de industrialização. Os produtos importados contemplados com o benefício estão relacionados na Portaria 101 de 02/03/2005, com seus respectivos NCMS. O Decreto prevê, ainda, a utilização de crédito fiscal de tal forma que a carga tributária incidente fique zerada ou corresponda a um percentual efetivo de 1% a 3,5%.*

Entretanto, ao iniciar a auditoria dos documentos contábeis, foram identificadas incompatibilidades entre a atividade declarada e as operações fiscais auditadas. Ante à suspeita de gave irregularidade, foram solicitadas informações adicionais à GEINC que nos enviou relatórios produzidos por aquela Gerência, em conjunto com a Receita Federal do Brasil – RFB. As informações contidas no relatório, cuja cópia segue em anexo ao presente Auto, foram confirmadas pelos autuantes através de visita in loco ao estabelecimento. Em síntese, é possível afirmar que a Pacific sempre foi uma empresa meramente comercial. No local onde deveria abrigar uma unidade fabril, funciona e sempre funcionou, tão-somente em espaço de armazenamento de mercadoria, ou seja, um grande depósito. Trata-se de um centro de logística onde são estocados produtos para serem comercializados posteriormente.

Acrescente-se que para esse presumido processo de industrialização foram gastos, no ano, menos de 1.000 reais de energia elétrica e foram utilizados como ativo fixo apenas leitores de código de barras, parafusadeiras, aparelho de ar condicionado e ventiladores. O total de funcionários fica em torno de 20 pessoas.

Ante a situação em que um contribuinte meramente atacadista, desde a sua constituição em 2017, vem usufruindo de forma indevida de um benefício fiscal, foi realizada uma reunião com a Administração desta Secretaria. Na oportunidade, onde participaram a Diretoria da DAT Metro e Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais – DIREF, com suas respectivas equipes, foi constatado, consensualmente, que a Pacific nunca se enquadrou nos requisitos necessários à fruição do benefício fiscal previsto Decreto 4.316/95. Dessa forma ficou deliberado o cancelamento imediato do Diferimento previsto na legislação (o que foi feito) e a lavratura de Auto de Infração cobrando integralmente o imposto que fora renunciado pelo Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: art. 4º, IX; art. 17, VI e art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, IV, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 14/12/22 (DT-e à fl. 24) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 13/02/23, peça processual que se encontra anexada às fls. 28 a 63. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por sua advogada, a qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procura constante nos Autos à fl. 65.

O sujeito passivo inicia sua peça defensiva abordando sua tempestividade.

Em seguida discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Consigna que a empresa foi constituída no ano 2009 e se trata de pessoa jurídica dedicada ao objeto social de fabricação, importação e comércio atacadista de aparelhos de eletroeletrônicos, eletroportáteis, de som, áudio, vídeo, informática, telefonia, entre outros.

Esclarece, inicialmente, que a empresa foi constituída no Estado do Espírito Santo em razão dos benefícios fiscais concedidos, atuando na fabricação de produtos de telefonia celular da marca LENOXX, bem como na revenda de produtos eletroeletrônicos de som, áudio, vídeo, informática, telefonia, entre outros produtos.

Registra que no ano de 2016 em razão dos benefícios fiscais concedidos pelo Estado da Bahia, constatou a existência de incentivos fiscais que possibilitariam a expansão das suas atividades e, por consequência, acarretaria o aumento do seu “*market chair*” atual. Diz que assim, no ano de 2016 deu início ao seu plano de reestruturação, bem como os trâmites necessários para viabilizar a mudança da sua sede industrial para o Estado da Bahia, finalizado efetivamente no ano de 2017.

Explica que em razão dos benefícios fiscais concedidos pelo Estado da Bahia, alterou a sua sede fabril para a cidade de Lauro de Freitas/BA, conforme contrato social e cartão CNPJ anexados, passando a fabricar os produtos de telefonia da marca LENOXX, bem como na revenda de produtos.

Acrescenta que dando prosseguimento a reestruturação para o crescimento da empresa, uma vez realizada a sua alteração da sede industrial, no ano de 2017 em razão da celebração de contrato de licença de uso de marca também celebrado com a empresa IGB ELETRONICA S/A, teve início a fabricação, importação e comercialização de produtos com a marca GRADIENTE conforme Processo nº. R702017000582 – Certificado de Averbação nº. 702017000582/01 registrado perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

Ou seja, que a partir do ano de 2017 começou a fabricar, importar e comercializar produtos de telefônica celular, eletroportáteis, eletrônicos, áudio e vídeo da marca GRADIENTE, mantendo ainda, a fabricação de telefonia celular com produtos da marca LENOXX, bem como a revenda de outros e, por essa razão é contribuinte de diversos tributos, entre os quais se destaca o ICMS,

sendo que, por atender a todos os requisitos legais necessários, no ano de 2017 foi beneficiada pelos incentivos fiscais criado pelo Estado da Bahia no Decreto nº 4.316/95.

Observa que os benefícios fiscais consistem no deferimento do pagamento do ICMS nas aquisições do exterior de produtos, componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, para o momento da saída dos produtos decorrentes do processo de industrialização, sendo que os produtos importados contemplados com o benefício estão relacionados na Portaria nº. 101 de 02/03/2005 com seus respectivos códigos NCMs.

Pontua que o referido Decreto, prevê, ainda, a utilização de crédito fiscal de tal forma que a carga tributária incidente fique zerada ou corresponda a um percentual efetivo de 1 % a 3,5%.

Assinala que os benefícios em questão foram concedidos a empresa no ano de 2017 pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico e Secretaria do Estado da Bahia (sic), nos termos do PROTOCOLO DE INTENÇÕES, Processo nº 1100170004742, anexado, (Doc. 15), cujo trecho reproduz.

Salienta que entre as cláusulas constantes do “PROTOCOLO DE INTENÇÕES”, destacam-se as cláusulas terceira, § 1º e cláusula sexta, alínea “A”. Reproduz referidas cláusulas.

Afirma que da leitura das aduzidas cláusulas resta nítido que o benefício somente seria concedido após regular análise dos seus requisitos legais.

Pontua que uma vez cumpridos todos os requisitos legais os benefícios fiscais do ICMS foram concedidos, sendo, posteriormente, realizado perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o registro da Habilitação nº. 9834000-0, conforme *print* que apresenta.

Destaca que para a manutenção da habilitação aos benefícios é obrigatório que as empresas devidamente habilitadas renovem até 30 de abril de cada ano, a concessão da habilitação perante a SEFAZ /BA, sendo certo que a última renovação da habilitação foi realizada no mês de abril de 2022 com validade até 30 abril de 2023, conforme prova o documento anexado (Doc. 18). Ou seja, tanto para assinatura do protocolo de intenções, quanto para deferimento da habilitação dos benefícios, diz que houve expresso reconhecimento que os requisitos legais necessários para a sua concessão foram regularmente cumpridos pela empresa. Afirma que não poderia ser diferente. Acrescenta que o protocolo de intenções, como seu próprio nome diz, contém as intenções de lado a lado, e presta *per si* a gerar obrigações contratuais exigíveis em consonância com as disposições legais aplicáveis. Diz que ele dá início a negociação para fruição dos benefícios, gerando efeitos com a Habilitação cadastrada perante a SEFAZ/BA que somente podem ser revogadas ou canceladas pelos instrumentos legais.

Sustenta que dessa forma, desde o ano de 2017 até 06/2023, a empresa faz jus aos benefícios fiscais, haja vista que realizou a sua última renovação em 04/2022.

Consigna que o procedimento fiscalizatório se encerrou em 11/2022, culminando em 29/11/2022 com a glosa retroativa de créditos fiscais da empresa, surpreendendo-a com a lavratura do presente Auto de Infração, sob o argumento, totalmente equivocado, de que “*supostamente seria mero atacadista, motivo pelo qual consensualmente foi deliberado o cancelamento do deferimento*”, e, com tal premissa, os autuantes procederam a autuação objetivando a cobrança integral do ICMS deferido do período em lide.

Destaca que apesar de constar do referido Auto de Infração que todos os documentos que embasam a autuação foram juntados, tal assertiva não se coaduna com a verdade dos fatos, haja vista que não foram enviados ou disponibilizados à empresa, principalmente, aqueles documentos objeto de requisição e de compartilhamento entre os órgãos da GEINC e RFB. Afirma que não foram juntados ao Auto de Infração, motivo pelo qual a empresa não teve acesso, fato este que pode ser verificado mediante simples leitura do Auto de Infração, caracterizando em irrefutável afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa, uma vez que impede a impugnação dos supostos documentos.

Alega, ainda, que não houve qualquer publicidade (intimação) da determinação de revogação da concessão dos benefícios ocorrida em 2017 e anualmente renovada.

Conclusivamente, diz que se não bastasse as patentes ilegalidade e constitucionalidade na conclusão da fiscalização a referida exigência tributária deve ser totalmente afastada, na medida em há nulidades insanáveis no Auto de Infração, de modo que não é possível aferir a existência de qualquer materialidade da autuação.

Assevera que a autuação não pode prosperar, uma vez que se encontra totalmente carecedora de comprovação da matéria fática e jurídica lançada no relatório fiscal.

Destaca que nesse ponto, torna-se primordial considerar que é dever do Estado de produzir sua prova primária nos lançamentos tributários de ofícios, não sendo aceito/permitido que meros “relatos” feitos no corpo da autuação pelo Auditor Fiscal sejam considerados como prova de descumprimento da legislação tributária, uma vez que não é suficiente meras alegações e suposições que “supõem” o descumprimento das obrigações e legislação vigente, ao contrário.

Salienta que a ausência de prova fática ou analítica enseja a nulidade do Auto de Infração devendo ser reconhecida a sua nulidade, sendo este exatamente o presente caso.

Reporta-se sobre o cancelamento ilegal e constitucional do benefício fiscal. – Afronta aos artigos 178 e 179, § 1º, do CTN.

Observa que de acordo com a exposição dos fatos e do referido Auto de Infração, o cancelamento dos benefícios fiscais deu-se por meio de reunião realizada onde participaram a Diretoria da DAT Metro e a Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais – DIREF ocasião na qual “houve um consenso para o “imediato” cancelamento.

Alega que não há nos autos qualquer documento que ateste a realização da referida reunião, muito menos o seu teor, bem como, não há qualquer ato administrativo determinando o cancelamento dos benefícios e da habilitação, sendo certo que somente houve simplesmente o cancelamento da habilitação concedida pela SEFAZ/BA.

Acrescenta que o pior é que não houve qualquer intimação do cancelamento dos benefícios e nem mesmo da revogação da habilitação perante a SEFAZ/BA até a presente data. Diz que na verdade, somente tomou conhecimento da situação mediante o recebimento da autuação.

Assevera que somente esses fatos são suficientes para determinar o cancelamento da autuação, porém, as ilegalidades não param por ai, pois os autuantes ao “deliberarem pelo cancelamento e revogação da habilitação”, arbitrariamente, segundo diz, também desrespeitaram a legislação vigente que determina no Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 178 e 179, que as isenções somente poderão ser revogadas, modificadas ou restrinvidas através de lei em sentido estrito, o que, evidentemente, não é o caso em discussão. Reproduz os referidos dispositivos legais.

Ressalta que o supracitado dispositivo legal se refere à revogação ou modificação de isenção concedida por prazo e sob condições específicas, e que, portanto, aplicável a situação fática e jurídica exposta, pois, de forma indireta, acaba efetivamente resultando em aumento de tributo.

Observa que conforme narrativa dos fatos e documentos juntados, a última renovação dos benefícios foi realizada em abril de 2022, cujos efeitos possuem validade até 04/2023, nos exatos termos do artigo 179, § 1º do CTN, tornando ilegal a revogação da concessão do benefício antes do término expressamente determinado em lei ordinária por uma “simples” decisão realizada em reunião.

Quanto à impossibilidade de normas jurídicas secundárias tais como meras deliberações praticadas por Auditores Fiscais, principalmente, sem nenhum ato administrativo de revogação, diz que é caudalosa a jurisprudência pátria, no sentido da ilegalidade. Neste sentido, invoca e reproduz trecho do AgRg no REsp 1560441/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 12/09/2016.

Lembra que o princípio constitucional da legalidade impõe que os direitos dos administrados somente poderão ser restringidos ou suprimidos por meio de lei ordinária, não bastando mero ato administrativo individual de um Auditor Fiscal, de natureza subordinada e infra legal. Diz que tal conclusão fica ainda mais evidente quando se trata de benefícios fiscais, espécie do gênero isenção tributária.

Assevera que por consequência do ato ilegal praticado pelo Auditor Fiscal, há patente desrespeito ao princípio da legalidade que é corolário da própria noção de Estado Democrático de Direito, pois se é um Estado regido por leis, que assegura a participação democrática, obviamente deveria mesmo ser assegurado aos indivíduos o direito de expressar sua vontade com liberdade, longe de empecilhos.

Observa que o referido princípio decorre da disposição do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, no sentido de que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Ou seja, pode ser dito que o princípio da legalidade é uma verdadeira garantia constitucional, pelo qual, procura-se proteger os indivíduos contra os arbítrios cometidos pelo Estado e até mesmo contra os arbítrios cometidos por outros particulares, sendo assim, os indivíduos têm ampla liberdade para fazerem o que quiserem, desde que não seja um ato, um comportamento ou uma atividade proibida por lei.

Destaca que o cancelamento unilateral dos benefícios fiscais feito no lançamento que deu origem ao crédito tributário em questão viola tais objetivos, na medida em que acaba por dificultar ainda mais as indústrias aderentes do Programa, impondo-lhes obrigações adicionais, gravosas e retroativas, o que uma interpretação sistemática das normas em comento não permite.

Pontua que, efetivamente, tendo sido estabelecidos os benefícios como forma de fortalecimento das indústrias de transformação do Estado, a sua glosa justamente no período em que a empresa atravessa severas dificuldades parece violar os princípios e objetivos da lei.

Diz que desse modo, a glosa dos benefícios fiscais feita pela Fiscalização afronta diretamente o direito garantido a empresa, merecendo, desse modo, ser de plano afastada, diante de sua patente ilegalidade.

Conclusivamente, diz que a violação feita por mero ato administrativo unilateral do Auditor Fiscal que, para tanto, carece de validade, negando vigência aos artigos 178 e 179 do CTN, é nítida a afronta a CF/88, reconhecida de plano a nulidade da revogação dos benefícios fiscais, com o consequente cancelamento da autuação, nos termos do artigo 47 do RPAF/BA/99, o que requer.

Argui a nulidade do Auto de Infração. Afronta aos princípios constitucionais do direito ao contraditório e ampla defesa.

Salienta que a autuação teve por objeto o entendimento unilateral dos Auditores Fiscais, com total detimento ao direito de defesa e contraditório, os quais “concluíram” que a empresa não teria cumprido os requisitos para fazer jus aos benefícios fiscais no ano de 2017, justificando o fato de que em 11/2022 somente possuía 20 empregados diretos, determinando assim, o cancelamento da habilitação e a consequente exigência integral do ICMS sem nenhuma prova de existência de ato administrativo.

Observa que os artigos 39 e 41 do Decreto nº. 7.629/99 (RPAF/BA/99), que dispõem sobre o processo administrativo fiscal, estabelecem claramente os requisitos exigidos no lançamento de ofício, e reproduz os referidos dispositivos normativos. Acrescenta que, não obstante, o artigo 46 do mesmo RPAF/BA/99 dispõe sobre a intimação da lavratura da autuação, conforme transcrição que apresenta.

Afirma que mediante simples leitura do Auto de Infração e dos documentos que o instruíram e embasaram o cancelamento dos benefícios fiscais, cancelamento que considera ilegal, foram apresentados à empresa os documentos que acompanharam a autuação constantes da intimação encaminhada via DT-e, conforme print da tela do DT-e que apresenta.

Sustenta que uma vez constatada a inobservância dos dispositivos legais que revestem de legalidade e exigibilidade o ato administrativo de autuação, necessário se torna o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração nos termos do artigo 18 do CTN (RPAF/BA/99), cujo teor reproduz.

Afirma que nessa linha, a decretação de nulidade por este CONSEF encontra também previsão no RPAF/BA/99, consoante os artigos 20 e 47, cuja redação reproduz.

Alega que a ausência dos documentos que embasaram a autuação, não atende ao princípio da motivação dos atos administrativos e, justamente por esse motivo é considerado nulo, não sendo passível de convalidação. Neste sentido, invoca e reproduz trechos das decisões judiciais: TJ-BA - REEX: 00015333020108050001, Relator: GESIVALDO NASCIMENTO BRITTO, SEGUNDA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2017, e Apelação / Remessa Necessária 10755/2017, DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 25/02/2019, publicado no DJE 21/03/2019.

Pontua que o lançamento tributário é ato isolado, decorrente de procedimento prévio a fim de apurar a ocorrência do fato gerador, identificar o sujeito passivo e quantificar a exação.

Diz que o desrespeito das normas e princípios constitucionais acima mencionados, ferem veemente a estrita observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade. Acrescenta que ao instaurar um processo administrativo fiscalizatório com repercussão direta a empresa todo trâmite deve ser conduzido de forma a garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa conforme clara redação constitucional do art. 5º, LV, da CF, que reproduz.

Alega que em manifesta quebra ao direito constitucional, toda a autuação, fundamentos, condução, documentos, etc. ocorreram em total detimento ao preceito fundamental basilar do direito pátrio. Neste sentido, invoca e reproduz trecho de julgado proferido pela Corte Superior no MS 27422 AgR, Relator Ministro Celso de Mello. Acrescenta que no mesmo sentido a doutrina segue este entendimento, conforme Harrison Leite, Manual de Direito Financeiro, Editora *jus podivum*, 3ª edição, 2014, p. 349.

Conclusivamente, diz que resta evidenciado o desrespeito às normas constitucionais e legais regulatórias dos processos em geral e, especificamente, do processo administrativo fiscal, culminando na “não-perfectibilização” do lançamento e, consequentemente, nulidade da autuação.

Reporta-se sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade da revogação do benefício durante a sua vigência e de forma retroativa a data da sua concessão. *Concessão dos benefícios e sua renovação da habilitação com validade até 2023. Afronta princípio da anterioridade geral e nonagesimal. Ato jurídico perfeito. Art. 5º, XXXVI da constituição federal. Exceção ao princípio da revogabilidade. Afronta ao princípio da segurança jurídica.*

Frisa que no presente caso, o elemento condicionador que primeiro aflora à mente de quem o analisa é o da proibição de que a obrigação tributária possa ser positivada sem respeito às garantias dos contribuintes.

Observa que havendo, como há nesta hipótese, termo extintivo para a aplicação de determinada isenção de tributo, não se poderá tolerar que, antes do advento desse termo, o poder tributante surpreenda os contribuintes e revogue o benefício, antecipando-se ao vencimento do seu prazo, levado somente pelo ânimo de tributar.

Afirma que a alteração de condição fiscal anterior mais favorável ao contribuinte não poderá ser validamente feita de súbito, devendo, pelo contrário, ater-se ao salutar propósito de evitar surpresas onerosas e onerações inesperadas.

Pontua que a proibição da surpresa tributária é o princípio de ordem moral que veda ao poder tributante desrespeitar o planejamento tributário dos contribuintes, como se a sua atividade produtiva fosse uma coisa improvisada e sem plano prévio, se os seus compromissos fossem

passíveis de descumprimentos unilaterais e inconsequentes ou os projetos de manutenção e de expansão dos seus negócios empresariais fossem independentes dos seus recursos financeiros.

Salienta que o presente caso é um exemplo perfeito de como não deve agir o poder tributante, pois é palpável a violência que se embute na iniciativa revocatória do termo final da isenção tributária, causando enorme surpresa e graves prejuízos aos contribuintes que se fiaram na promessa do Governo e se adaptaram à produção incentivada de bens econômicos.

Destaca que o benefício de ICMS foi concedido com termo certo para findar, sendo que, em contrapartida, se exigiu das empresas que cumprissem condições e requisitos específicos.

Assevera que a revogação retroativa da habilitação desde a sua concessão arranca, indubidousamente, o princípio da confiança, que deve ser preservado no sistema tributário, ou seja, o contribuinte tem expectativas que devem ser conservadas. Neste sentido, invoca e reproduz trechos dos AgReg na SLS 2161. Rel. Min. LAURITA VAZ. DJe 06.12.2016; RE 1.214.919, Relator (a): ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA Turma, julgado em 25/10/2019, PUBLIC 27/11/2019, (STJ, REsp 1310341/AM, Primeira Turma, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Julgado em: 13/12/2018, REPDRJ 26/02/2019, DJe 25/02/2019.

Observa que em casos análogos ao presente caso, o E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA se posicionou no sentido de que os benefícios fiscais deferidos sob condição onerosa e prazo certo, fazem incidir a exceção ao princípio da revogabilidade, devendo o ente público observar que se trata de ato jurídico perfeito, não comportando que a superveniência de lei estadual altere o quanto previsto no pactuado entre as partes, conquanto não haja descumprimento das condições impostas pelo beneficiário. Neste sentido, invoca e reproduz as decisões TJBA, Apelação nº 0504477-87.2016.8.05.0113, Quinta Câmara Cível, Relator: Des. JOSE SOARES FERREIRA ARAS NETO, Publicado em: 16/09/2020 e (TJBA, Apelação nº 0581518-78.2016.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator: Des. MARIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JUNIOR, Publicado em: 02/09/2019.

Assinala que os julgamentos acima observam tanto a disposição contida no artigo art. 5º, XXXVI da CF/88, quanto as disposições previstas na legislação infraconstitucional, mais precisamente, no CTN, no caso os artigos 101, 102, 103 e 178, do CTN, cuja redação reproduz.

Alega que a revogação de benefício fiscal anteriormente concedido configura aumento indireto de tributo, portanto, deve se sujeitar ao princípio constitucional da anterioridade nonagesimal, consoante previsão expressa no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, conforme reiterados julgados proferidos pelas Cortes Superiores, no caso STF - RE: 1278521 SC 5026728-45.2018.4.04.7200, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/11/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 03/12/2020); (TRF-1 - AC: 00084039420074019199, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, Data de Julgamento: 24/09/2018, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 23/11/2018); (TRF-4 - AC: 50029698620174047200 SC 5002969-86.2017.4.04.7200, Relator: ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, Data de Julgamento: 13/09/2021, SEGUNDA TURMA).

Reporta-se sobre a inexistência de infração. *Benefícios fiscais do Decreto nº. 4.316 de 19 de junho de 1995, destinados a peças, partes e componentes, embalagens, etc., importadas. Resolução nº 13/2012 do Senado Federal. Nacionalização pela utilização no processo produtivo.*

Consigna para fins hipotéticos, supondo que a empresa realizasse a importação de peças, mesmo nesse cenário faria jus aos benefícios fiscais, haja vista que as peças, partes e componentes, embalagens etc. Reproduz o Decreto nº. 4.316/95.

Pontua que da leitura do texto do referido Decreto, nota-se que tanto o fabricante quanto o importador, fazem jus aos benefícios, porém, no relatório fiscal a Fiscalização “revogou” os benefícios por supor que a empresa não possuía atividade de industrialização.

Acrescenta que além da demonstração da ilegalidade e inconstitucionalidade da suposição, a

Fiscalização desconsiderou que as partes, peças e componentes importados gozam do benefício, incidindo em grave erro de interpretação da legislação tributária.

Afirma que enquanto indústria, utiliza, normalmente, em seu processo fabril, algumas partes e peças importadas, contudo, não significa que o produto final atende aos requisitos legais para ser enquadrado como importado, pois não se enquadram na Resolução nº 13/2012, do Senado Federal.

Destaca que as mercadorias, para fins de ICMS, são consideradas como nacional, seja pelo processo de industrialização que sofreu, seja pelo percentual de componentes importados ser inferior a 40%, hipóteses que excluem do disposto no *caput* e parágrafo 1º, incisos I e II da Resolução do Senado nº 13/2012 e Convênio ICMS 38/2013.

Salienta que corrobora, ainda, para este entendimento outros importantes elementos constantes no documento fiscal, tais como o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP, bem como o Código de Situação Tributária – CST da operação realizada.

Destaca que pelo próprio documento fiscal objeto do presente Auto de Infração, é possível denotar que se está diante de mercadorias fabricadas pela empresa, pois, o CFOP da operação é o 6.101, que, de acordo com o Convênio ICMS s/nº, de 1970, trata-se de venda de mercadoria industrializadas pelo próprio estabelecimento contribuinte.

Diz que isso significa que a empresa industrializou referidos produtos e, posteriormente, realizou sua venda, muito embora o CFOP não possa determinar se a mercadoria adquirida é importada ou nacional, auxilia a indicar que, neste caso, a mercadoria foi industrializada e posteriormente, vendida.

Aduz que o Código de Situação Tributária – CST é um importante indicador para se identificar/determinar se a mercadoria é nacional ou estrangeira. Acrescenta que conforme dispõe o artigo 5º-A do Convênio ICMS s/nº de 1970, referido dispositivo identifica o regime de tributação a que está sujeito o contribuinte do ICMS e IPI, devendo ser preenchido de acordo com a legislação. Reproduz aduzido dispositivo normativo.

Afirma que a análise das tabelas apresentadas juntamente com o CST da nota fiscal objeto de questionamento, verifica-se se tratar de CST 500, o que significa que se trata de mercadoria de origem nacional, com conteúdo de importação igual ou inferior a 40%, conforme item 5 da Tabela I, e tributada integralmente, no caso Código 0 da Tabela II, que, anteriormente era 00, para o produto FURADEIRA COM IMPACTO 550W – HAMMER – 220V, item 1 da Nota Fiscal.

Diz que além desse entendimento estar totalmente explicitado na nota fiscal, corrobora, ainda, a Ficha de Conteúdo de Importação entregue pela empresa às autoridades fiscais, haja vista que a cláusula quarta e quinta, do Convênio ICMS nº 38/2013, dispõem que os produtos/componentes importados e que forem submetidos a processo de industrialização, devem preencher e entregar às autoridades fazendárias a Ficha de Conteúdo de Importação.

Alega que dessa forma, presta regularmente informações à unidade de origem, por meio de arquivo digital, onde constam os percentuais de conteúdo de importação que é agregado ao produto fabricado.

Salienta que essa informação, inclusive, deve constar na nota fiscal, conforme disposto na cláusula sétima do acima referido Convênio ICMS.

Ressalta que essa informação, inclusive, é evidente quando da análise da nota fiscal objeto da presente autuação, conforme *print* que apresenta.

Assevera que desse modo, resta evidente que a mercadoria/produto é nacional, possuindo componentes importados em sua fabricação, contudo, é considerado como produto nacional, inexistindo evidências a descharacterizar referida industrialização dos produtos/mercadorias da empresa.

Conclusivamente, sustenta que resta evidente que o presente Auto de Infração não merece

prosperar, pelos fundamentos acima exposto, inexistindo a inidoneidade alegada que não encontra amparo legal, haja vista que sequer há um fundamento para justificar a desclassificação de mercadoria nacional para mercadoria importada.

Reporta-se sobre a ilegalidade da cobrança da multa. Informação prestados por quase 5 anos de concessão e uso.

Diz que por mera argumentação, ao menos há de se concordar que aplicação das multas feita pela autuação se revela absolutamente despropositada e desproporcional, principalmente, pelo fato de que não havia crédito tributário a ser constituído, na medida em que a empresa faz jus aos benefícios fiscais concedidos.

Frisa que além da constituição do tributo, que se pretende anular exige multa descrita pelo art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Destaca que a aplicação dessa penalidade confirma a alegação de que não há previsão legal para a multa imposta, haja vista que a incidência da penalidade em dispositivo tão genérico demonstra a impossibilidade de capitulação da suposta infração em qualquer dispositivo específico.

Aduz que para a aplicação de multas é necessário que sejam observados determinados critérios, para que não se venha a inviabilizar a regularização do contribuinte perante o Fisco. Acrescenta que neste sentido é a disposição contida no art. 112 do Código Tributário Nacional - CTN, cuja redação reproduz.

Alega que no caso concreto resta evidente que não houve intenção dolosa, isto é, vontade de obter um determinado resultado com a ação ou omissão realizada, chamado também de dolo de resultado.

Sustenta que agiu na plena certeza de que fazia jus aos benefícios fiscais, principalmente, dado ao fato da renovação da habilitação ter sido realizada em 04/2022 com término no ano de 2023. Diz que se falha houve, o que admite apenas por argumento, então houve uma falta totalmente escusável, já que a empresa foi induzida em erro pelo Estado da Bahia, pela própria Autoridade Fiscal que lhe garantiu a concessão e renovação do direito à fruição dos benefícios.

Afirma que é totalmente injusto que o expresso reconhecimento estatal que a empresa fazia jus aos benefícios, venha após o lapso temporal de quase 5 (cinco) anos, contados da sua concessão e reiteradas renovações, a Fiscalização glosar referidos benefícios e, ainda, aplicar uma multa elevadíssima.

Observa que a escusabilidade do suposto erro, a inevitabilidade da conduta infratora e a ausência de culpa são fatores que podem levar à exclusão da penalidade ou, ao menos, devem indicar que a solução ao caso deve ser a mais favorável ao acusado do cometimento ilícito, por força do princípio contido no artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Ressalta que não é só no artigo 112 do CTN fundamenta o seu pleito.

Diz que a verdade é que, no âmbito específico do Estado da Bahia, também há a previsão legal de relevação da multa, mediante a análise das especificidades de cada caso concreto, consoante os artigos 158 e 159 do RPAF/BA/99, que chegam inclusive a determinar a relevação da multa, quando verificar que o contribuinte foi induzido a erro, exatamente o que ocorre na espécie. Reproduz referidos dispositivos normativos.

Ressalta que além disso, a penalidade consubstanciada em multa excessiva se caracteriza como pena confiscatória, vedada pela Constituição Federal. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Sacha Calmon Navarro Coelho.

Pontua que é verdade que a multa fiscal tem o condão de reparar o descumprimento de determinada obrigação e coibir a prática reiterada de tal ato, esta deve estar vinculada aos limites da pretendida reparação, sem qualquer excesso, sob pena de transmudar-se em ilícito pela vantagem indevida que propicia àquele a quem a lei pretendeu ver indenizado.

Assinala que a jurisprudência do C. STF tem se atentado a casos como o presente, determinando o afastamento de penalidades que atentem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Neste sentido, reproduz a ementa do RE 595553, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 03-09-2012 PUBLIC 04-09-2012.

Destaca que conforme demonstrado acima, houve o ato jurídico perfeito de enquadramento da empresa, sendo que na remotíssima hipótese de se entender de forma diversa, no mínimo, há que se reconhecer a desrazoabilidade e desproporcionalidade da multa imposta em 60% do tributo exigido atualizado.

Conclusivamente, diz que diante do exposto, impõe-se seja a presente ação anulatória julgada procedente para que, ao menos subsidiariamente, seja concedida a elevação das multas impostas, nos termos do artigo 159 do RPAF/BA/99, ou ainda, caso este não seja o entendimento, o que admite por argumentar, que então, ao menos seja desclassificada a multa de e substituída pela aplicação da multa moratória de 20%, haja vista que a rigor se trata de débito de imposto regularmente declarado pela empresa.

Reporta-se sobre a ilegalidade do compartilhamento de informações no caso concreto.

Assinala que a partir de precedente do STF, a Terceira Seção considera ilegal obtenção direta de dados fiscais por iniciativa, sem autorização judicial. Esse entendimento, o colegiado deu provimento a dois recursos em *habeas corpus* nos quais os acusados alegaram constrangimento ilegal em razão da obtenção direta de seus dados fiscais, a partir de solicitação do MP à Receita Federal.

Alega que essa conduta foi exatamente a adotada pelos autuantes.

Acrescenta que além disso, até a presente data não há qualquer prova da existência do referido documento fornecido aos Auditores Fiscais pela RFB.

Pontua que de acordo com o relator dos recursos mencionado neste tópico, Ministro Sebastião Reis Júnior, a orientação do Supremo Tribunal Federal (STF), firmada no TEMA 990/STF, permite que a Receita Federal encaminhe ao MP dados fiscais quando houver suspeita de crime, mas não possibilita ao órgão de acusação requisitar esses mesmos dados sem autorização judicial.

Conclusivamente, diz que a requisição de dados sem autorização judicial permanece ilegal, ensejando o reconhecimento da sua ilegalidade.

Finaliza a peça defensiva requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151 do CTN enquanto estiver em discussão administrativa o referido Auto de Infração e, no mérito, o seu cancelamento. Requer, ainda, que todas as intimações e notificações referentes ao presente processo sejam efetuadas em nome da patrona Michele Pita dos Santos, OAB/SP nº 296.314, sob pena de nulidade.

Registra que na permissibilidade da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2012 e Lei nº 13.874/19 a peça defensiva e documentos também são assinados digitalmente via certificado digital ICP-Brasil, portanto, gozam de fé pública, declarando a advogada a sua autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal, de todos os documentos ora juntados a presente petição.

Os autuantes prestaram a Informação Fiscal às fls. 381 a 394. Discorrem sobre os fatos. Assinalam que a empresa Pacific celebrou um Protocolo de Intenções com Estado da Bahia, no ano de 2017, tendo como objeto a viabilização da implantação de um projeto industrial destinado à fabricação de eletrodomésticos portáteis, celulares, aparelhos de som, vídeo, áudio, ferramentas, tabletas, utensílios domésticos, ferramentas elétricas e manual, no Estado que, em contrapartida, garantiria ao pretendente industrial os benefícios previstos no Decreto 4.316/95. Dizem que como em todo acordo, o Protocolo prevê que a eficácia do benefício fiscal se dará na medida em que os pré-requisitos legais forem atendidos pela empresa. Reproduzem as cláusulas primeira e terceira do referido Protocolo de Intenções.

Afirmam que apesar de o Protocolo de Intenções ser muito claro em seus propósitos, na realidade o que foi verificado de fato é que a empresa, apesar de ter assinado um acordo com o Estado se responsabilizando por implantar uma unidade fabril e executar atividade industrial, o que lhe garantiria autorização para realizar suas importações sob o regime de diferimento, nunca honrou com os compromissos expressamente assumidos. Ou seja, a empresa beneficiada pelo Decreto 4316/95, não é indústria e, portanto, não faz jus aos benefícios fiscais nele dispostos. Apresentam pormenores que, segundo dizem, amparam tal afirmativa.

Pontuam que logo no início da auditoria verificaram nítidas divergências entre a natureza dos produtos importados e a atividade declarada pela empresa. Acrescentam que entre as discrepâncias identificadas, encontraram vendas, em 2018, de produtos com natureza bem diversas e sem qualquer relação com a produção de eletroeletrônico, ou de qualquer outro produto descrito no Decreto, tais como panelas de arroz, pipoqueiras, trenas, brocas e, até pneus para carrinhos de mão.

Salientam que também chamou a atenção o consumo de energia elétrica daquela que se intitula indústria, como, por exemplo, no ano de 2018 foram gastos menos de R\$ 1.000,00 em consumo de energia elétrica. Afirmam se tratar de um valor totalmente incompatível com uma estrutura fabril, sendo que a empresa não utiliza outras fontes de energia como solar, geradores, etc.

Explicam que em face às divergências encontradas, buscaram junto à GEINC – Gerência de Análise de Incentivos Fiscais e Comércio Exterior - obter mais informações acerca da atividade desenvolvida pela empresa, sendo que referida Gerência, não apenas corroborou com a suspeita levantada, assim como, também, disponibilizou elementos inequívocos que comprovam a inexistência de tal unidade fabril. Registraram que esses elementos constam no relatório intitulado “Relatório Diligência Fiscal Receita Federal e Sefaz-BA”, que está disponível no CD anexado ao presente PAF na pag. 06. Acrescenta que nesse contato foram informados que, ante a presunção de sonegação de ICMS, a própria GEINC sugeriu a inclusão da fiscalização da Pacific na programação da Sefaz/BA.

Assinalam que nesse relatório a GEINC apresentou os detalhes da investigação realizada por aquela Gerência, em conjunto com a Receita Federal do Brasil, em fevereiro de 2022, sobre o qual destacam os trechos abaixo:

*“A empresa é composta por dois galpões sendo um deles **totalmente destinado ao armazenamento de mercadorias** e divide o espaço com a Aulik Indústria e Comércio LTDA.”;*

(...)

“Tendo em vista que as mercadorias são remetidas para industrialização em um local fora da Bahia, afirma-se que o Benefício Fiscal do Decreto 4.316 NÃO DEVERIA SER APPLICADO.”

(...)

“Ademais, durante a visita pode-se observar funcionários tirando caixas de som da embalagem, testando volume, conexão USB com pendrives, bem como abrindo celulares e testando chips e baterias.”;

(...)

“Por fim, observando a disposição da linha de produção localizada no Galpão 1 e considerando a situação vista in loco, bem como o baixo consumo energético, conclui-se que não há industrialização no local, apenas uma mesa para testar se os produtos importados estão aptos à venda.”

Frisam que se não bastasse as impropriedades verificadas pela análise da documentação fiscal da empresa, acrescida das informações e comprovações produzidas pela GEINC e Receita Federal, onde restou evidente que a Pacific não era, de fato, uma indústria, foram *in loco* testemunhar,

sendo possível flagrar, de forma incontestável, a operação meramente comercial que a empresa exercia.

Apresentam o que denominam de “cenário” que testemunharam, conforme literalmente reproduzido abaixo:

- **Estrutura física** - *A estrutura física é composta por dois grandes galpões, com centenas de prateleiras, onde são armazenadas mercadorias, tais como caixas de som da marca Gradiente (maioria absoluta), aparelhos celulares e aparelhos domésticos;*
- **Estoque** - *Diferentemente de unidades industriais, nos galpões não havia estoque de nenhuma peça ou parte, ou até material de embalagem, que pudesse vir a integrar um aparelho celular, uma caixa de som ou qualquer outro equipamento eletrônico previsto no Decreto. Todos, absolutamente todos os equipamentos encontrados estavam perfeitamente acabados e embalados exatamente como haviam sido adquiridos, seja por meio de importação ou advindo do mercado interno;*
- **Atividade em desenvolvimento** - *Por volta das 14h, quando ingressamos no estabelecimento, não havia nenhum funcionário trabalhando na suposta linha de produção. Apenas encontramos uma funcionária administrativa, instalada em um pequeno escritório. Durante a tarde em que passamos na empresa, funcionários, menos de dez, ocuparam uma mesa retangular e passaram a desembalar e testar câmara de ar de pneu de carrinho de mão!!! Ou seja, a atividade da Pacific, pretensa fábrica de aparelhos eletroeletrônicos, é, na verdade, um grande galpão para estocar mercadorias prontas!! E seus funcionários que deveriam participar de um complexo processo de fabricação de eletroeletrônicos, se dedicam a fazer testes, sejam em caixas de som, celulares ou câmaras de ar de carrinho de mão!! As fotos que comprovam essa afirmativa, com todos os detalhes, compõem o relatório que está contido no CD em anexo.*
- **Planta Industrial** - *Onde deveria abrigar uma planta industrial, com espaço para “linha de produção/montagem” se resume a dois depósitos com uma mesa onde os funcionários fazem apenas testes para confirmar o funcionamento dos equipamentos.*
- **Ativo Fixo** - *Sobre o ativo fixo da empresa, onde deveríamos ser apresentados aos bens de capital, com uma estrutura de maquinário compatível a um processo de fabricação de equipamentos eletrônicos, tais como máquinas de montagem de placas, de solda, de corte a laser, dentre outros, fomos surpreendidos com uma simples mesa de madeira onde empregados faziam serviços de borracheiros de pneus de carrinho de mão! Como se não bastasse, ainda na expectativa de identificarmos algum maquinário apropriado a uma indústria, ao questionar ao gerente sobre os equipamentos utilizados no processo, ele nos mostrou apenas uma parafusadeira portátil, cuja foto também consta do mencionado CD.*
- **Relatório Industrial** - *Para finalizar a perícia, solicitamos um relatório, onde constasse a última atividade de fabricação/montagem de celulares e/o caixas de som. Os relatórios apresentados, cuja cópia não foi nos permitida obter, não constava o nome da Pacific, e sim de uma outra empresa chamada Aulik, sendo que a última montagem de celular registrada ocorreu em dezembro de 2021 (foto 14 do CD) e a última montagem de caixa de som ocorreu em fevereiro de 2020 (foto 15). A Aulik, empresa que atua no ramo de eletrônico, pertence ao mesmo grupo financeiro da Pacific e divide o espaço físico do seu depósito.*

Registram que todos os detalhes da referida visita *in loco*, incluindo fotos e documentos, também constam no CD acostado à fl. 21 dos autos.

Salientam que após a referida visita, e de posse dos elementos que comprovavam que a empresa não se constituía em uma empresa industrial e, portanto, não fazia jus aos benefícios fiscais a ela concedido, levaram o fato ao conhecimento da Administração Fazendária representada pela

Diretoria da DAT METRO e DIREF que, após exame de todos os elementos comprobatórios expostos, deliberaram pelo cancelamento da sua habilitação de diferimento, sendo, também, deliberado que o processo de fiscalização fosse continuado, o culminou com a lavratura do presente Auto de Infração.

Reportam-se sobre a Impugnação apresentada pelo autuado.

Consignam que o autuado tenta confundir o Órgão Julgador sobre o fato de ter tido seu Diferimento cancelado, misturando os conceitos de Diferimento e Isenção Tributária, reproduzindo os artigos 178 e 179 do Código Tributário Nacional que tratam da Isenção, quando, claramente, se está diante de um cancelamento de Diferimento. Neste sentido, reproduzem um recorte da impugnação.

Dizem que parece que o impugnante teima em não entender que, no âmbito do ICMS, diferimento consiste na postergação do recolhimento do tributo, ou seja, a obrigação tributária de lançar e pagar o imposto continuam, apenas o momento desse lançamento e pagamento são transferidos para uma etapa posterior.

Quanto à isenção, dizem que é a exclusão da hipótese de incidência do imposto, exclusão essa, outorgada exclusivamente por meio de lei. Afirmam que resta claro, desse modo, que o impugnante tenta confundir a análise de quem irá analisar esta peça.

Frisam que conforme já demonstrado, a estratégia do impugnante se concentra em tentar desviar o foco da evidente situação de um contribuinte que, por não executar qualquer atividade industrial, não tem direito aos benefícios do Decreto 4.316/95. Acrescentam que ante a impossibilidade de argumentar, muito menos provar em contrário as evidências trazidas à luz ao longo do processo de auditoria e perícia realizadas, a empresa apresenta alegações frágeis e impróprias conforme reproduzem abaixo:

- (a) *Que não foram juntados ao Auto de Infração os documentos que embasaram a atuação, tal como o relatório produzido pela GEINC e RFB;*
- (b) *Que o cancelamento dos benefícios fiscais deu-se por meio de reunião onde participaram a Diretoria da DAT-Metro e a Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais – DIREF ocasião na qual “houve um consenso para o imediato cancelamento” e “não há nos autos qualquer documento que ateste a realização da referida reunião, muito menos o seu teor...”;*
- (c) *Que “os Auditores Fiscais ao “deliberarem pelo cancelamento e revogação da habilitação” – arbitrariamente, diga-se de passagem – também desrespeitaram legislação vigente que determina no CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN, em seu Art.178 e 179, que as isenções semente poderão ser revogadas, modificadas ou restrinvidas através de lei em sentido estrito, o que, evidentemente, não é o caso ora em análise.”*
- (d) *Que “não houve qualquer publicidade (intimação) da determinação da revogação da concessão dos benefícios ocorrida em 2017 e anualmente renovada” e que o impugnante só tomou conhecimento da situação mediante autuação;*

Contestam às referidas alegações, consignado literalmente o seguinte:

- (a) *Diferentemente do proferido pelo autuado, os documentos que fundamentaram o presente Auto de Infração, incluindo o relatório da GEINC/RFB, constam do CD que foi anexo aos autos desde a lavratura dessa peça. Como é possível observar, na pag. 05 encontra-se uma listagem dos arquivos contidos no CD, dentre eles o “Relatório Auditoria.docx” e “Relatório GEINC.DOCX”. É de conhecimento de todos que as partes envolvidas no processo têm total acesso ao PAF físico e aos documentos nele contido. Justamente por isso, ambos os documentos foram mencionados pelos auditores no próprio corpo do Auto de Infração, deixando claro que os relatórios estavam contidos no processo físico que circula dentro da SEFAZ e cujo direito ao acesso por parte do*

contribuinte é notoriamente conhecido por todos os envolvidos no trâmite processual tributário. O próprio impugnante ressalta que sabia que os relatórios estavam circulando junto ao processo físico, ao destacar essa informação à pg 22 da sua defesa. Não há que se falar, portanto, do suposto desconhecimento de qualquer informação ou, tampouco, de cerceamento de defesa, uma vez que o contribuinte seguramente pôde ter acesso à integralidade das peças que embasaram a lavratura do Auto de Infração. Além disso, é importante destacar que todas as evidências que amparam a lavratura do auto de infração estão descritas em seu próprio corpo. O Auto de Infração contém, de forma sucinta, todas as informações necessárias, inclusive com um histórico do processo de fiscalização e as justificativas que geraram a presente autuação.

(b) É um equívoco imaginar que a ata de uma reunião técnica realizada por membros de uma organização pública deva ser disponibilizada a um ente privado. Mais ainda, não há qualquer obrigação legal da administração pública registrar em ata o que fora discutido tecnicamente pelos seus partícipes.

(c) Salientamos, por conseguinte, que diferentemente do que fora alegado pela defesa, não coube aos autuantes a decisão de cancelar o benefício do diferimento, posto que não tem competência regimental para exercer tal atribuição, e nem tampouco foi o ocorrido. Coube sim, à Direção desta Secretaria da Fazenda a deliberação e a execução do cancelamento de tal benefício.

Nesse aspecto, é importante esclarecer que a decisão da lavratura do Auto de Infração precede à decisão do cancelamento do benefício. Ressalte-se que a repercussão no tempo desses atos também é bem distinta: enquanto o Auto refere-se a fatos geradores ocorridos entre 2017 e 2022, portanto, refere-se ao passado, o cancelamento do benefício produzirá efeitos a partir de novembro/2023, ou seja refere-se ao futuro. O fato é que o cancelamento do Diferimento tem o propósito de impedir que as infrações cometidas no pretérito, e que foram objeto do presente Auto, sejam igualmente cometidas no futuro. E ambas as decisões, tanto de lavrar o Auto quanto a de proceder ao cancelamento do benefício, decorrem do mesmo fato – a Pacific não opera como uma indústria e, portanto, não faz jus aos benefícios do Decreto;⁹

(d) A respeito da proclamada “falta de publicidade” ou de “intimação” ressaltamos que o cancelamento, bem como a concessão do diferimento, é passível de ser verificada através do endereço eletrônico desta Secretaria da Fazenda, na área restrita do contribuinte acessada por meio de senha. Portanto, é obrigação da empresa, contribuinte do ICMS, o acompanhamento e o zelo da sua situação fiscal perante à Fazenda Pública Estadual, sem precisar que seja intimado para exercer tal responsabilidade. Além disso, é importante distinguir que a lavratura deste Auto não dependeu do cancelamento do diferimento.

No mérito, dizem que para esclarecer a motivação da lavratura do Auto de Infração faz-se necessária a análise detalhada do que determina o Decreto 4.316/95, principalmente no que tange a ementa e seu artigo primeiro.

Observam que em sua ementa, o mencionado Decreto 4.316/95 define os critérios e premissas básicas para a concessão dos benefícios, conforme reproduzem:

“Dispõe sobre o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos industriais desses setores, e dá outras providências:” (grifo nosso)

Salientam que por se tratar de norma complexa, apresentam um resumo sobre as condições a que a legislação submete os beneficiários para a concessão do diferimento na importação. Em seu artigo 1º, o benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações, está condicionado ao cumprimento dos seguintes requisitos:

Pontuam que para facilitar ainda mais o entendimento do disposto no Art. 1º, apresentam os seguintes comentários:

Art. 1º Ficam diferidos, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:

⇒ *Inciso I:*

1. *O QUE PODE SER IMPORTADO: Componentes, partes e peças*
2. *QUEM PODE IMPORTAR: estabelecimentos industriais fabricantes de produtos de informática, telecomunicações, eletrônicos, elétricos e eletroeletrônicos;*
3. *QUAL O USO QUE OS ITENS IMPORTADOS PODEM TER: Componentes, partes e peças devem ser utilizados para **integrar** o produto a que o contribuinte se responsabilizou por industrializar quando da assinatura do Protocolo de Intenções e da consequente concessão do diferimento (alínea a). Ou, podem também ser destinados ao serviço de assistência técnica e manutenção advinda da venda anterior dos produtos industrializados, **fabricados**, dentro da sua unidade fabril, pelo industrial importador beneficiado;*
4. *QUANDO O DIFERIMENTO SE ENCERRA: Quando da comercialização do produto resultante do processo de industrialização ou da saída dos componentes, partes e peças do estabelecimento industrial importador;*

⇒ *Inciso II:*

1. *O QUE PODE SER IMPORTADO: Produtos de informática, telecomunicações, eletrônicos, elétricos e eletroeletrônicos;*
2. *QUEM PODE IMPORTAR: comercial filial da indústria beneficiada que fabrica produtos de informática, telecomunicações, eletrônicos, elétricos e eletroeletrônicos;*
3. *CRITÉRIOS NECESSÁRIOS PARA FRUIÇÃO: Devem ter habilitação renovada anualmente e comprovar que o faturamento total das vendas de produtos **fabricados** na unidade industrial equivale, no mínimo, a determinados percentuais atribuídos no decreto do valor total do faturamento anual.*
4. *QUANDO O DIFERIMENTO SE ENCERRA: Quando da comercialização do produto;*

Inciso III:

1. *O QUE PODE SER IMPORTADO: Produtos de informática, telecomunicações, eletrônicos, elétricos e eletroeletrônicos;*
2. *QUEM PODE IMPORTAR: estabelecimentos industriais fabricantes de produtos de informática, telecomunicações, eletrônicos, elétricos e eletroeletrônicos;*
3. *CRITÉRIOS NECESSÁRIOS PARA FRUIÇÃO: O estabelecimento deve ter habilitação renovada anualmente e comprovar que o faturamento total das vendas de produtos **fabricados** na unidade industrial equivale, no mínimo, a determinados percentuais atribuídos no decreto, do valor total do faturamento anual. Este último critério por si só já traz a necessidade de que para haver a concessão do diferimento na importação de produtos prontos (concedido pelo Inciso III), o contribuinte tem que ter um percentual comprovado de **industrialização** dentro de sua unidade fabril;*
4. *QUANDO O DIFERIMENTO SE ENCERRA: Quando da comercialização do produto;*

Consignam que uma vez detalhada a legislação de que trata a autuação, apresentam análise das alegações do impugnante reproduzidas abaixo:

Alega o impugnante:

- (a) *Que “exerceu seu objeto social na fabricação, importação e comércio atacadista*

de aparelhos de eletroeletrônicos, eletroportáteis, de som, áudio, vídeo, informática, telefonia, dentre outros e cumpriu todos os requisitos para fazer jus aos benefícios fiscais que lhes foram concedidos em 2017, com prazo de vigência até 2023 em razão da renovação da habilitação feita em 04/2022, conforme documento anexo. “;

(b) Que “para fins hipotéticos, **supondo** que a IMPUGNANTE realizasse a importação de peças, importante destacar que mesmo nesse cenário faria jus aos benefícios fiscais, posto que as **peças, partes e componentes, embalagens**, etc. “;

(c) Que, “nota-se que tanto o fabricante quanto o importador, fazem jus aos benefícios, porém, no relatório fiscal o Auditor “revogou” os benefícios por supor que a empresa não possuía atividade de industrialização.”..

(d) Que “a Auditoria Fiscal, desconsiderou que as partes, peças e componentes importadas gozam do benefício, incidente em grave erro de interpretação.”

(e) Que uma série de elementos, tais como o CFOP constante da NF de Saída em cópia, bem o CST nela contida, atestariam que houve processo de industrialização;

(f) Que a multa aplicada no caso em epígrafe é “despropositada e desproporcional”;

(g) Que “A IMPUGNANTE agiu na plena certeza de que fazia jus aos benefícios fiscais, principalmente, dado ao fato da renovação da habilitação ter sido realizada em 04/2022 com término no ano de 2023. E, se falha houve (o que se admite apenas por argumento), então houve uma falta totalmente escusável, já que a Autora foi induzida em erro pelo estado da Bahia, própria Autoridade Fiscal que lhe garantiu a concessão e renovação do direito à fruição dos benefícios.”

Contestam as alegações do impugnante consignando o seguinte:

(a) O contribuinte, ao contrário do alegado, nunca exerceu o objeto do acordo celebrado com o Estado que seria a implantação de uma unidade fabril no território baiano e, portanto, nunca fez jus à contrapartida do Estado prevista no Decreto 4.316/95. Ao conceder e renovar o diferimento, o Estado agiu de “boa fé”, na expectativa de que o contribuinte honrasse com a sua parte no acordo, instalando uma unidade fabril na Bahia, o que nunca aconteceu. Além do mais, a concessão e renovação do diferimento podem ser revistas e canceladas a qualquer momento;

(b) Mais uma vez o Impugnante tenta confundir o julgador afirmando que a mera importação de componentes, partes e peças garantiria ao importador o direito ao benefício. Entretanto, “esquece” o contribuinte de “lembra” que para fazer jus ao benefício, o importador tem que ser industrial ou comercial filial de um uma indústria beneficiada pelo Decreto, hipóteses essas que não se enquadram ao contribuinte.

(c) O Decreto não visa beneficiar o mero importador, mas sim o **industrial** importador. O contribuinte tenta “misturar” as figuras do mero importador com a do industrial importador. O Decreto é taxativo: o benefício é destinado, exclusivamente, ao **industrial** do ramo de eletrônico que importa os itens nele descritos;

(d) Pela enésima vez, ressaltamos que a importação de parte, peças e componentes, prevista pela Inciso I do Art.1º do Decreto, só fará jus ao diferimento se, somente se, for importado por **industrial** beneficiado;

(e) Ressaltamos que a emissão e o conteúdo da nota fiscal de saída e da nota fiscal de entrada em caso de importação, são de inteira responsabilidade do contribuinte, podendo ele registrar o que bem quiser. Entretanto, compete ao fisco, dentro do prazo decadencial, examinar tais documentos e verificar a veracidade das informações ali expressas;

(f) Não cabe à autoridade fiscal deliberar sobre a aplicação da multa ou sobre o percentual que seria “justo” ao caso em discussão. O percentual da multa correspondente

à infração tipificada é estabelecido por lei;

(g) *Ao conceder o benefício o Estado estabeleceu com o contribuinte um compromisso “entre as partes” em que a empresa se responsabiliza pela implantação e operação de uma indústria neste território e, em contrapartida, o Estado lhe concede os benefícios previstos pelo Decreto. Durante a vigência desse acordo, cabe ao Estado verificar se as condições estabelecidas estão, de fato, sendo cumpridas. Para tanto, foi emitida Ordem de Serviço determinando a auditoria fiscal contábil na empresa. E foi em decorrência dessa auditoria, e da constatação do não cumprimento da condição básica prevista pelo Decreto (uma vez que o contribuinte não é uma indústria) que foi lavrado o presente Auto de Infração. Importante destacar que o Estado tem o direito, respeitado o prazo decadencial, de cobrar o imposto que lhe é devido. No próprio corpo do Auto de Infração consta a seguinte expressão “Ressalvamos o direito da Fazenda Estadual de apurar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias”. É inadmissível, portanto, a alegação de que “a Autora foi induzida em erro pelo estado da Bahia”, considerando que é evidente que ela nunca honrou com sua parte no acordo, gerando um prejuízo significativo ao tesouro estadual.*

Sustentam que diante dessas inequívocas constatações, claras aos olhos de todos, inclusive do impugnante, não há como tentar sustentar o direito a um benefício quando a ele não se atende nem ao critério mais básico.

Conclusivamente, dizem que diante do exposto, torna-se clara a motivação da lavratura do presente Auto de Infração, ou seja, o autuado não exerce atividade industrial e, portanto, não cumpre a premissa básica para usufruir nenhum dos benefícios constantes do Decreto nº. 4.316/95.

Finalizam a peça informativa mantendo na totalidade o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

O Auto de Infração em lide faz exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 38.535.172,85, mais multa de 60%, imputando ao autuado a falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento.

Esta JJF em recente decisão, em processo da mesma empresa, que apenas difere no período dos fatos geradores, apresentou decisão na qual acompanhei o voto produzido pelo Ilustríssimo Relator, referente ao A.I nº 279697.0016/22-0, o qual transcrevo abaixo e faço parte integrante da minha decisão:

“Conforme registro adicional constante na descrição da conduta infracional imputada ao autuado feito pelos autuantes, de acordo com os dados cadastrais desta Secretaria de Fazenda, trata-se de uma indústria que atua no ramo de informática e eletro eletrônica, cujos insumos para industrialização são, em sua maioria, importados do exterior. Por atuar nesse setor, o contribuinte obteve o direito à utilização dos benefícios fiscais estabelecidos no Decreto 4316 de 19/06/1995, que prevê o deferimento do pagamento do imposto nas aquisições do exterior de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, para o momento da saída dos produtos decorrentes do processo de industrialização. Os produtos importados contemplados com o benefício estão relacionados na Portaria 101 de 02/03/2005, com seus respectivos NCMS. O Decreto prevê, ainda, a utilização de crédito fiscal de tal forma que a carga tributária incidente fique zerada ou corresponda a um percentual efetivo de 1% a 3,5%.

O que ocorreu foi que ao iniciarem o trabalho de Auditoria dos documentos do Contribuinte os autuantes identificaram incompatibilidades entre a atividade declarada pelo autuado constante no CAD/ICMS, ou seja, atividade industrial, e as operações fiscais efetivamente realizadas auditadas, o que, segundo dizem, gerou dúvida e suspeita de

ocorrência de grave irregularidade incorrida pelo Contribuinte.

Em razão disso, os autuantes solicitaram informações adicionais à Gerência de Indústria e Comércio – GEINC da SEFAZ/BA, a qual elaborou conjuntamente com a Receita Federal do Brasil relatórios referentes ao funcionamento da empresa, relativos estes que receberam.

Nos referidos relatórios conjuntos as informações neles constantes comprovaram que o autuado sempre funcionou como uma empresa comercial e não industrial, fato este, também, comprovado pelos autuantes em visitação in loco.

Conforme consignado pelos autuantes, no local onde deveria funcionar uma unidade fabril, funciona e sempre funcionou, tão somente um espaço de armazenamento de mercadoria, ou seja, um grande depósito, tratando-se de um centro de logística onde são estocados produtos para serem comercializados posteriormente.

No dizer da Fiscalização, a constatação dessa situação em que um Contribuinte meramente atacadista, desde a sua constituição em 2017, vem usufruindo de forma indevida de um benefício fiscal, resultou numa reunião com a Administração da SEFAZ/BA, restando constatado, consensualmente, que a empresa PACIFIC INDUSTRIA E COMERCIO LTDA. nunca se enquadrou nos requisitos necessários à fruição do benefício fiscal previsto pelo Decreto 4.316/95, tendo sido deliberado o “cancelamento imediato do Diferimento previsto na legislação”, o que foi feito, e a lavratura de Auto de Infração exigindo integralmente o imposto que fora renunciado pelo Estado da Bahia.

Feito o devido registro sobre o motivo e a motivação da autuação de cuida o Auto de Infração em lide, passo ao seu exame.

Inicialmente, no tocante à preliminar de nulidade, não vislumbro como possa prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o exame das peças que compõem o presente processo permite constatar que não assiste razão ao autuado quanto às suas alegações.

Verifica-se que foram entregues ao autuado cópias dos arquivos do relatório de Auditoria que demonstra detalhadamente a comprovação de que o sujeito passivo não funcionava como indústria, requisito primacial para que pudesse fruir dos benefícios previstos pelo Decreto nº. 4.316/95, assim como foram entregues cópias dos elementos elaborados pela Fiscalização - demonstrativos/planilhas - os quais de forma detalhada identificam em que consiste a autuação.

Observa-se que mesmo tendo recebido referidos elementos, o autuado não apresentou qualquer impugnação acerca do teor neles contidos.

Quanto à alegação defensiva de cerceamento ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório por previamente não ter acesso ao relatório de auditoria, por certo que esta alegação não se sustenta, haja vista que inexiste obrigatoriedade legal para que a Fiscalização notifique ou dê ciência ao Contribuinte de procedimentos preparatórios ao lançamento, considerando que ainda não se encontra formalizada qualquer acusação de cometimento de infração apurada.

Assim sendo, pode ser afirmado que inexistiu qualquer cerceamento para que o autuado pudesse exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como que o motivo e a motivação estão claramente presentes no lançamento de ofício em questão.

Verifica-se, ainda, que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com a legislação de regência, especialmente, no tocante ao aspecto formal, às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, no seu artigo 39, bem como do artigo 142 do CTN, sendo que as irregularidades apuradas estão devidamente detalhadas e demonstradas nos levantamentos fiscais e respectivos relatórios e demonstrativos.

Dianete do exposto, não acolho a preliminar de nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em lide.

No mérito, conforme discorrido acima, a acusação fiscal é de que o autuado não recolheu o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento.

A exigência do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo autuado decorreu do fato de a Fiscalização ter constatado que, apesar de o autuado ter declarado que se tratava de uma empresa industrial, conforme consta no seu cadastro na SEFAZ/BA, na realidade, nunca exerceu essa atividade, sendo, verdadeiramente, um Contribuinte meramente atacadista, desde a sua constituição em 2017, portanto, fruindo indevidamente do benefício fiscal previsto pelo Decreto 4.316/95.

O Decreto nº. 4.316/95 apresenta a seguinte ementa: Dispõe sobre o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos industriais desses setores, e dá outras providências.

O referido Decreto nº. 4.316/95, no que tange ao assunto de que cuida o presente Auto de Infração, ou seja, falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, importações estas que foram realizadas com diferimento do lançamento e o pagamento do imposto, estabelece o seguinte:

Art. 1º Ficam diferidos, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:

I - componentes, partes e peças, desde que o estabelecimento importador esteja instalado no Município de Ilhéus, destinados à fabricação de produtos de informática, elétricos, de eletrônica, de eletro-eletrônica e de telecomunicações por parte de estabelecimentos industriais desses setores, nas seguintes hipóteses:

[...]

III - produtos de informática, de telecomunicações, elétricos, eletrônicos e eletroeletrônicos, por parte de estabelecimento industrial, a partir de 1º de março de 1998, mesmo que tenham similaridade com produtos por ele fabricados, observado o disposto no § 1º, e na alínea “b” do inciso I do § 3º deste artigo.

§ 1º Para usufruir do benefício de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo o contribuinte, devidamente habilitado para operar no referido regime, deverá:

I - renovar anualmente a habilitação ao diferimento concedida pela Secretaria da Fazenda, até 30 de abril de cada ano;

[...]

§ 2º Aplica-se o diferimento previsto no inciso I do caput deste artigo a estabelecimentos industriais dos setores elétrico, de eletrônica, de eletro-eletrônica e de telecomunicações, independente de sua localização neste Estado, observado o disposto no § 3º.

§ 3º Para fruição do benefício decorrente deste Decreto, deverão ser observadas as seguintes exigências:

[...]

II - os projetos industriais deverão ter aprovação do Conselho do Programa de Promoção ao Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA.

[...]

§ 6º O estabelecimento que não comprovar ter atingido a proporção prevista no inciso II do

§ 1º ficará obrigado ao recolhimento do imposto incidente em cada operação de importação, sendo devido tal imposto na forma da legislação vigente à época do efetivo desembarço aduaneiro.

[...]

Art. 8º Nas operações de saídas de produtos recebidos com o diferimento de que cuidam os incisos II e III do “caput” do art. 1º deste Decreto, não poderá constar do mesmo documento fiscal produto que tenha origem no mercado nacional, ainda que de produção própria do estabelecimento.

Parágrafo único. Nas saídas dos produtos recebidos do exterior o remetente deverá consignar no corpo do documento fiscal a expressão “PRODUTO IMPORTADO SOB REGIME DE DIFERIMENTO, DEC. N° 4316/95”.

Art. 9º O estabelecimento habilitado para operar com o tratamento tributário previsto neste Decreto que inobservar qualquer das disposições nele contidas terá cassada a sua habilitação pela Secretaria da Fazenda.

Verifica-se da leitura dos dispositivos normativos acima reproduzidos que as operações realizadas pelo Contribuinte que atenda as condições neles estabelecidas podem ocorrer com diferimento do lançamento e pagamento do imposto incidente nas referidas operações.

Apenas a título de registro, haja vista que não diz respeito à matéria tratada no presente Auto de Infração, consigno que além do referido diferimento, o Decreto n°. 4.316/95 em seu artigo 2º, incisos I e II, dispõe, também, sobre a concessão de um crédito fiscal, conforme se vê abaixo:

Art. 2º Nas operações de saída dos produtos resultantes da industrialização, o estabelecimento industrial lançará a crédito os seguintes percentuais do valor do imposto destacado, quando naqueles produtos forem aplicados os componentes, partes e peças recebidos com o tratamento previsto no caput do artigo 1º:

I - 100% (cem por cento), nas operações realizadas até 31/12/2022;

II - 90% (noventa por cento), nas operações realizadas a partir de 01/01/2023.

Com o intuito de fruir dos benefícios acima aduzidos a empresa, mediante o Processo n° 1100170047452, apresentou Carta Consulta à Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração requerendo o seu enquadramento no programa de incentivos fiscais instituídos pelo Estado da Bahia, tendo sido comunicado que a **atividade informada** se enquadra nos objetivos do Decreto n° 4.316/95, para os produtos contemplados nesta legislação (g.n).

Consignou-se, ainda, que em fase posterior a empresa deverá celebrar Protocolo de Intenções com o Governo do Estado da Bahia e, após a assinatura dos agentes públicos envolvidos a empresa apresentará à Secretaria Executiva do Conselho do Desenvolve os seguintes documentos: (i) Certidão de arquivamento, na Junta Comercial do Estado da Bahia, dos seus atos constitutivos; (ii) Projeto de viabilidade econômica do empreendimento, a fim de se iniciar o processo de análise deste.

Esclareceu-se, ainda, que apreciado o projeto, e em caso de aprovação, será emitido parecer técnico, após o qual ocorrerá o encaminhamento do processo para habilitação junto à Secretaria da Fazenda.

Seguindo a orientação dada na Carta Consulta acima, o autuado celebrou o Protocolo de Intenções com o Estado da Bahia, cuja cláusula primeira, que fala do objeto do referido Protocolo de Intenções, dispõe: Constitui objeto do presente Protocolo de Intenções a formalização da intenção dos seus Particípios, **no sentido de viabilizar a implantação do projeto industrial destinado à fabricação** de eletrodomésticos portáteis; celulares;

aparelhos de som, vídeo, áudio; ferramentas; tablets; utensílios domésticos; ferramentas elétrica e manual no estado da Bahia, mediante ações reciprocamente condicionadas, visando o incremento socioeconômico e produtivo no Estado, proporcionado pela redução das desigualdades sociais, bem como pelo desenvolvimento industrial e comercial.

Posteriormente, o autuado em face aos elementos declarados obteve habilitação de diferimento que passou a utilizar desde 2017, diferimento este previsto pelo Decreto n. 4.316/95, que dispõe o diferimento do pagamento do imposto na aquisição do exterior de componentes, partes e peças destinados a fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, para o momento da saída dos produtos decorrentes do processo de industrialização.

O autuado alega ilegalidade e inconstitucionalidade do cancelamento do benefício fiscal.

Diz que uma vez cumpridos todos os requisitos legais os benefícios fiscais do ICMS foram concedidos, sendo, posteriormente, realizado perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o registro da Habilidade nº. 9834000-0.

Alega que para a manutenção da habilitação aos benefícios é obrigatório que as empresas devidamente habilitadas renovem até 30 de abril de cada ano, a concessão da habilitação perante a SEFAZ /BA, sendo certo que a sua última renovação da habilitação foi realizada no mês de abril de 2022 com validade até 30 abril de 2023, conforme comprova o documento anexado.

Sustenta que tanto para assinatura do Protocolo de Intenções, quanto para deferimento da habilitação dos benefícios, houve expresso reconhecimento que os requisitos legais necessários para a sua concessão foram regularmente cumpridos pela empresa. Afirma que não poderia ser diferente. Diz que ele dá início a negociação para fruição dos benefícios, gerando efeitos com a Habilidade cadastrada perante a SEFAZ/BA que somente podem ser revogadas ou canceladas pelos instrumentos legais.

Sustenta que dessa forma, desde o ano de 2017 até 06/2023, a empresa faz jus aos benefícios fiscais, haja vista que realizou a sua última renovação em 04/2022.

A meu ver, não assiste razão ao autuado, haja vista que, independentemente de ter ocorrido ou não o cancelamento dos benefícios que fruiu, resta claro que nunca, jamais, cumpriu a sua parte acordada no Protocolo de Intenções.

O Estado da Bahia, de sua parte, cumpriu o que fora acordado com a empresa desde o momento de celebração do Protocolo de Intenções em 2017, permitindo que a empresa pudesse realizar operações de importações com diferimento do imposto, portanto, sem pagamento do ICMS.

Aliás, cabível registrar que o presente Auto de Infração abrange os meses de novembro e dezembro de 2017, sendo que na cláusula segunda, alínea “d”, do Protocolo de Intenções consta que para consecução dos objetivos do referido Protocolo a empresa compromete-se a iniciar a implantação da unidade objeto deste protocolo no prazo máximo de 01(um) ano, contado após a obtenção da Licença de Instalação, junto ao órgão competente.

É certo que a implantação da unidade industrial nunca ocorreu, portanto, não se pode alegar que mesmo em 2017 a empresa fazia jus ao diferimento, já que restou comprovado o não atendimento da condição para que pudesse fruir o benefício do diferimento.

Vale registrar que a admissibilidade pelo Estado da Bahia para que a empresa fruisse dos benefícios decorreu de análise pelos órgãos estaduais competentes das informações e declarações feitas pela empresa. Ou seja, rigorosamente, pode ser dito que o Estado da Bahia agiu corretamente ao permitir que, dentro da legalidade, a empresa fruisse dos benefícios, o que não pode ser dito com relação ao compromisso assumido pela empresa de instalar uma indústria conforme o Protocolo de Intenções.

Certamente que a Habilitação de Diferimento concedida a empresa, em face às suas declarações incorretas de se tratar de industrial, não pode prevalecer para afastar a exigência do crédito tributário que fora renunciado visando o incremento socioeconômico e produtivo no Estado, proporcionado pela redução das desigualdades sociais, bem como pelo desenvolvimento industrial e comercial, conforme consignado no Protocolo de Intenções.

A cláusula terceira do Protocolo de Intenções dispõe que:

CLÁUSULA TERCEIRA - DAS INTENÇÕES FISCAIS E FINANCEIRAS DO ESTADO

Em contrapartida aos compromissos assumidos pela EMPRESA, e como condição indispensável à realização do objeto deste Protocolo, incumbe ao ESTADO, de acordo com a Constituição e leis estaduais, a conceder os benefícios previstos no decreto 4.316/95 e suas alterações.

O que se verifica da simples leitura da cláusula terceira acima reproduzida é que o Estado da Bahia em contrapartida aos compromissos assumidos pela empresa ficou incumbido de conceder os benefícios do Decreto n. 4.316/95, o que efetivamente concedeu. Contudo, o mesmo não pode ser dito com relação aos compromissos assumidos voluntariamente pela empresa, haja vista que não foram cumpridos.

Pode ser dito que não houve por parte da empresa a realização do objeto do Protocolo de Intenções e não havendo esta realização, descabe, falar-se em ilegalidade do cancelamento dos benefícios, haja vista que a empresa jamais fez jus a sua fruição, sendo totalmente desnecessária a formalização do cancelamento dos benefícios para que se exija o crédito tributário ilegalmente e indevidamente apropriado pela empresa.

O autuado alega que apesar de constar do Auto de Infração que todos os documentos que embasam a autuação foram juntados, tal assertiva não se coaduna com a verdade dos fatos, haja vista que não foram enviados ou disponibilizados à empresa, principalmente, aqueles documentos objeto de requisição e de compartilhamento entre os órgãos da GEINC e RFB. Afirma que não foram juntados ao Auto de Infração, motivo pelo qual a empresa não teve acesso, fato este que pode ser verificado mediante simples leitura do Auto de Infração, caracterizando em irrefutável afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa, uma vez que impede a impugnação dos supostos documentos.

Alega, ainda, que não houve qualquer publicidade (intimação) da determinação de revogação da concessão dos benefícios ocorrida em 2017 e anualmente renovada.

Conforme já consignado acima a discussão sobre o cancelamento da habilitação do diferimento não se aplica ao presente caso, haja vista que estando ou não o benefício fiscal vigendo, a infração foi cometida pelo autuado, em face de não ter sido atendida a condição indispensável para que pudesse fruir do diferimento na importação dos produtos, no caso de que exercesse a atividade de industrial, o que restou comprovado pela Fiscalização que não exerce.

A alegação defensiva atinente a ilegalidade do compartilhamento de informações no caso concreto entre a SEFAZ/BA e a Receita Federal, não encontra guarida por não existir qualquer ilegalidade na cooperação técnica entre órgãos de fiscalização que são realizados legalmente mediante celebração de convênios neste sentido.

Além disso, no presente caso, houve apenas averiguação para se identificar a verdadeira atividade do estabelecimento se comercial, ou industrial.

Diante do exposto, a infração é subsistente.

No tocante à alegação defensiva atinente ao caráter confiscatório da multa, cumpre observar que inexiste qualquer ilegalidade na multa aplicada, haja vista que prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, sendo certo que falece competência a esta JJF para apreciar

pedido de sua dispensa ou redução em vista de inconstitucionalidades, consoante o art. 167, do RPAF/BA/99.

Por derradeiro, no tocante ao pedido formulado pelo autuado no sentido de que todas as intimações e notificações referentes ao presente processo sejam efetuadas em nome da patrona Michele Pita dos Santos, OAB/SP nº 296.314, sob pena de nulidade, inexiste óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido. Contudo, saliento que as formas de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontram-se previstas no artigo 108 do RPAF/BA/99”.

Destarte, ratificando a minha completa concordância com o voto acima transscrito, e depois de examinar todas as peças e elementos que emergiram do contraditório, verifico que, ao contrário do que argumenta o autuado em suas razões de Defesa, no período fiscalizado, seu estabelecimento descumpriu de forma clara e inequívoca o requisito fundamental para fruição do benefício fiscal, qual seja, atuar de forma induvidosa como estabelecimento industrial fabricante de eletrodomésticos portáteis, celulares, aparelhos de som, vídeo, áudio, ferramentas, tablets, utensílios domésticos; ferramentas elétrica e manual, cabendo, portanto, a exigência do imposto que deixou de ser recolhido aos cofres públicos e que está sendo objeto da presente lide.

Conforme tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Divirjo do voto do relator por entender ser necessária a manifestação da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) acerca da manutenção do benefício fiscal pelo autuado diante das constatações feitas pela fiscalização.

Inicialmente convém destacar que o benefício de que trata o Decreto nº 4.316/95 se aplica tanto às operações comerciais com mercadorias recebidas de terceiros como às operações com mercadorias industrializadas pelo contribuinte.

Apesar de que houvesse como condição para aplicação desse benefício o fato de que o contribuinte fosse industrial, a permissão para a sua fruição foi concedida mesmo antes do início das atividades industriais, cuja expectativa de início, constante no protocolo de intenção, era de um ano contado após a obtenção da Licença de Instalação, junto ao órgão competente.

Alerto que não havia qualquer dispositivo no Decreto nº 4.316/95 ou no protocolo de intenções que estabelecesse o fim imediato da fruição do benefício em razão de descumprimento temporário de qualquer cláusula contratual. Assim, a oitiva do órgão do Governo do Estado da Bahia que concedeu o benefício é condição essencial para prosseguimento da lide administrativa, pois não compete à fiscalização ou ao CONSEF considerar cancelado o benefício concedido.

Destaco, ainda, que o autuado possuía à época da ocorrência dos fatos geradores habilitação da SEFAZ para importar as mercadorias com o deferimento do imposto e essa habilitação não foi concedida com base em informações incorretas fornecidas pelo autuado de que era industrial, mas com base em permissão concedida pelo Estado da Bahia para operar como beneficiário do tratamento tributário dispensado pelo Decreto nº 4.316/95.

Por todo o exposto, entendo necessária a remessa do processo em diligência à SDE para que este órgão se manifeste acerca do interesse do Estado da Bahia na continuidade da manutenção do referido benefício pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279697.0017/22-7, lavrado contra **PACIFIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento do imposto no valor de R\$ 38.535.172,85, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2024.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE