

A. I. Nº - 142554.0005/10-6
AUTUADO - ARCELORMITTAL TUBARÃO COMERCIAL S.A.
AUTUANTES - ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS e WALDEMAR SANTOS FILHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 07. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0148-01/11

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

a) CRÉDITO PRESUMIDO PREVISTO NO ART. 1º DO DECRETO Nº. 7.378/98. O autuado é estabelecimento equiparado a industrial, contudo, na condição de beneficiário do diferimento previsto no art. 12 da Lei nº 7.537/99, que institui o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia – PROAUTO, realiza as saídas das mercadorias com destino à Ford Company amparadas pelo diferimento, mantendo o crédito fiscal destacado no documento fiscal de aquisição. Desta forma, não há que se falar em fruição do benefício previsto no Decreto nº 7.378/98, haja vista que este tem sua finalidade alcançada já com o diferimento previsto pelo art. 12 da Lei nº 7.537/99. Infração subsistente. **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Autuado elide a autuação, comprovando que efetuou o estorno do crédito utilizado em duplicidade antes do início da ação fiscal. Autuantes acatam o argumento defensivo. Infração insubsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência. Não apreciado o pedido de cancelamento ou redução da multa, haja vista que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a competência é da Câmara Superior deste CONSEF. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/12/2010, exige ICMS no valor de R\$ 24.200.341,19, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, nos meses de março, abril, junho e dezembro de 2008, junho, julho, setembro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 24.191.808,22, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de junho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.532,97, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 16 a 32), sustentando, inicialmente, que a lide se apresenta de fácil solução, haja vista que em relação à infração 01, no mérito propriamente, dito a empresa fez e faz jus ao crédito fiscal presumido em comento, nos termos da legislação estadual e federal aplicáveis, pois apesar de não ser estabelecimento industrial, equipara-se a tanto nos termos da legislação do IPI. Sustenta, ainda, que esta infração deve ser cancelada por ofensa ao art. 142 do CTN, já que não foi devidamente realizada a recomposição da conta gráfica para apuração do imposto efetivamente devido ou,

alternativamente, no mínimo os autos devem ser baixados em diligência para que o crédito tributário seja reformulado.

No que concerne à infração 02, afirma que o valor lançado em duplicidade foi espontaneamente estornado pela empresa, tão logo constatou o equívoco, e antes mesmo de qualquer procedimento de fiscalização.

Consigna que estes e outros pontos serão melhores detalhados a seguir.

No respeitante à infração 01, alega como fundamento para sua improcedência a concessão do crédito presumido a estabelecimentos industriais consumidores de aços planos e sua extensão aos estabelecimentos equiparados a industriais.

Diz que na mencionada infração foram apontados como dispositivos infringidos o art. 1º do Decreto n. 7.378/98 e o art. 117 do RICMS/BA, cujo teor transcreve.

Registra que esse tipo de benefício fiscal tem suas origens históricas no Convênio ICMS 94/93, que passou a autorizar o Estado do Rio Grande do Sul a conceder crédito presumido às indústrias consumidoras de aços planos, limitados ao valor correspondente ao serviço de transporte: (i) *“da usina produtora até o estabelecimento industrial”*; (ii) *“da usina produtora até o estabelecimento comercial e deste até o estabelecimento industrial, devendo, neste caso, constar no corpo da nota fiscal que documentar a saída com destino à indústria, o valor do serviço de transporte da usina até o estabelecimento comercial”*.

Diz que a finalidade do benefício é clara, ou seja, desonerar as empresas situadas no Estado da Bahia de todo o custo do transporte das matérias-primas, de modo a incentivar a industrialização local, sendo esta a finalidade do crédito fiscal presumido.

Salienta que da leitura do art. 1º do Decreto nº 7.378/98 e do art. 117 do RICMS/BA, é possível presumir que o Fisco entende que o estabelecimento autuado não está legitimado a escriturar os créditos presumidos de que trata o Decreto Estadual nº 7.378/98, pois não está qualificado como *“estabelecimento industrial”*. Aduz que esse entendimento decorreria da circunstância de que o estabelecimento autuado não fabrica, industrializa ou pratica qualquer forma de industrialização cujos produtos sejam tributados pelo IPI, conforme determina o art. 8º do Decreto federal nº 7.212/2010.

Manifesta o entendimento de que o mencionado Decreto nº 7.378/98, além de conceder o benefício do crédito fiscal presumido aos estabelecimentos industriais, estende o mesmo benefício aos estabelecimentos que porventura sejam equiparados aos industriais segundo a legislação do IPI, reproduzindo o art. 2º deste Decreto.

Argumenta que considerando que a legislação do IPI é citada expressamente, integra ela a norma em comento para fins de interpretação.

Invoca a legislação do IPI, no caso, o Decreto federal nº 7.212/2010, reproduzindo o seu art. 11, que estabelece que: *“Equiparam-se a estabelecimento industrial, por opção, os estabelecimentos comerciais que derem saída a bens de produção, para estabelecimentos industriais ou revendedores, observado o disposto na alínea “a” do inciso I do art. 14”*. Acrescenta que este dispositivo tem a mesma redação dada pelo art.11 do Regulamento do IPI anterior, Decreto n. 4.544/2002, cujo teor também transcreve.

Observa que é o Decreto n. 4.544/2002, que regulamenta os fatos glosados – período de março de 2008 a dezembro de 2009.

Sustenta que o estabelecimento autuado se enquadra precisamente nas disposições do citado art. 11, haja vista que se equipara a estabelecimento industrial, por precisamente comercializar Laminados Planos de Aço, conforme o doc. 04 – SINTEGRA e CNPJ.

Frisa que não é por outra razão que o estabelecimento figura como contribuinte do IPI em face do Fisco Federal, conforme resta amplamente demonstrado pela documentação acostada aos autos, no caso, comprovantes de arrecadação de tributos federais e livros registro de apuração do IPI (doc. 05).

Salienta que se o próprio Fisco Federal trata o estabelecimento como equiparado a industrial, não pode o Fisco estadual baiano desconsiderar tal fato à revelia do Fisco Federal e, mais ainda, à revelia de sua própria legislação estadual, que estende o crédito fiscal presumido àqueles estabelecimentos equiparados a industrial na seara federal.

Consigna que o comando do art. 111 do CTN determina que os benefícios fiscais devem ser interpretados literalmente, significando dizer que devem ser interpretados nos exatos limites que foram concedidos, sendo claro o dispositivo ao estabelecer que os estabelecimentos equiparados a industriais pela legislação do IPI também têm direito ao crédito presumido, sendo suficiente a comprovação de que é um estabelecimento equiparado a industrial, o que consta como incontroverso pelos documentos ora juntados. Acrescenta que é também frustrar a finalidade do crédito fiscal presumido, onerando o custo do transporte de aço para o Estado da Bahia, e afetando diretamente o desenvolvimento industrial de todos os que se seguem na cadeia de circulação do aço, a exemplo, das indústrias do setor automobilístico que lhe adquirem o aço. Esclarece que a empresa se instalou neste Estado como forma de viabilizar o desenvolvimento da indústria local, isto é, confiou naquilo que constava da legislação.

Assevera que em face da literalidade do art. 2º do Decreto nº 7.378/98 e do art. 111 do RIPI, aos documentos juntados (docs.04 e 05), ao pacto federativo e ao princípio da confiança na lei fiscal, deve a infração 01 ser integralmente cancelada.

Prosseguindo, apresenta como argumento a impossibilidade de cobrança de ICMS em face de suposto aproveitamento indevido de créditos sem a necessária recomposição da conta gráfica.

Diz que caso se entenda, por absurdo, que o crédito presumido de fato não é devido, a quantificação do valor a pagar está absolutamente equivocada, citando e transcrevendo o art. 142 do CTN e interpretação deste dispositivo dada por Leandro Paulsen.

Salienta que, no presente caso, o Fisco parte do pressuposto de que a empresa teria incorrido em aproveitamento indevido de créditos fiscais presumidos de ICMS para cobrar um alto montante do imposto, além de aplicar pesada penalidade, contudo, o valor a pagar do ICMS depende sempre do cotejo dos créditos e débitos, apurando saldo devedor ou credor.

Afirma que o lançamento, para cumprir o que dispõe o art. 142, formalizando, assim, o montante efetivamente devido, teria que ter sido resultado de uma esmiuçada recomposição da conta gráfica do autuado por parte do Fisco, haja vista que o ICMS só poderia ser devido se o estorno do crédito supostamente indevido resultasse tributo a pagar.

Aduz que se o Estado cobra um tributo ele parte do pressuposto que algo deixou de ser recolhido aos cofres públicos, mas no caso do ICMS isso somente é possível ser aferido com a recomposição da conta gráfica. Acrescenta que através do lançamento o autuante formaliza a existência e liquidez do crédito tributário, notificando-se o contribuinte para pagá-lo ou apresentar defesa. Questiona: *“Como formalizar a existência sem recompor a conta gráfica?”*

Argumenta que ao não recompor a conta gráfica, exceto se o Fisco restituir o saldo credor a empresa, estará ele cobrando em duplicidade pela mesma infração, o que não parece possível no ordenamento jurídico pátrio.

Invoca e reproduz o art. 26 da Lei n. 7.014/96, para afirmar que a legislação estadual é clara sobre a sistemática de apuração do ICMS devido. Também transcreve o art. 2º do RPAF/99, para dizer que nestas circunstâncias, sequer seria extremado alegar que resta igualmente prejudicado o citado dispositivo, que comanda o respeito à ampla defesa na instauração de um processo tributário administrativo.

Ressalta que descabe a Fiscalização alegar que o Auto de Infração, como ato administrativo que é, goza por si só de presunção de legitimidade, porque, conforme já assentado inclusive na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, isso não afasta o dever do Fisco de demonstrar a metodologia seguida para o arbitramento do imposto, valendo destacar, por todos. Reproduz a ementa referente ao Resp. 48515/SP, DJ 13/10/1997, p. 51553, STJ, 2ª T.Min. Rel. Ari Pargendler.

Assevera que à luz da jurisprudência citada, reforça-se a certeza de que, no contexto fático apresentado, trata-se de hipótese de cancelamento da infração, em respeito inclusive ao que dispõem os incisos II e IV, alínea “a” do art. 18 do RPAF/99, cujo teor transcreve.

Continuando questiona: *“Como pode estar sendo cobrada multa e juros de mora sobre o valor do crédito se ele não resultou, na exata proporção, valor a pagar ao Estado da Bahia? Se a multa é devida pelo tributo não recolhido, como se pode saber se houve tributo não recolhido sem a recomposição da conta gráfica? Se os juros de mora visam indenizar o Estado que ficou privado de seu capital, como pode se ter a dimensão do que ficou a dever ao Estado sem a recomposição da conta gráfica?”*

Afirma que se entendido – por absurdo e amor ao debate – que o crédito presumido não é devido, no mínimo os autos devem ser baixados em diligência para que a Fiscalização proceda à recomposição da conta gráfica e reformule o crédito tributário em comento.

Com relação à infração 02, consigna que lançou em duplicidade o valor exigido de R\$ 8.532,97, porém, antes mesmo do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, a reparou o equívoco meramente formal, estornando o mesmo valor no registro de apuração do ICMS de março de 2009 (doc. 06), devendo ser homologada a denúncia espontânea para exclusão do crédito tributário a ela concernente.

Frisa que diante de tal situação, o Código Tributário Nacional é claro ao apregoar a exclusão da responsabilidade tributária, citando e transcrevendo o art. 138, nesse sentido.

Afirma que não pode ser ignorado o fato de que o valor cobrado em razão de duplicidade indubitavelmente já foi estornado, não havendo qualquer montante restante passível de exigência, o que leva necessariamente ao cancelamento integral da infração 02.

Prosseguindo, reporta-se sobre as multas apontadas no Auto de Infração relativas às infrações 01 e 02, aduzindo o cancelamento integral ou de forma alternativa a redução para patamares razoáveis e não-confiscatórios.

Alega que tanto na infração 01 quanto na infração 02 foram indicadas multas de fulcro idêntico, isto é, art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96, cujo teor reproduz, sendo clara sua redação no sentido de que há penalidade se tiver ocorrido a “utilização indevida de crédito fiscal”.

Sustenta que exatamente nos termos da lei ambas as multas devem ser canceladas, haja vista que, conforme comprovado na presente defesa, não houve qualquer “utilização indevida de crédito fiscal”, razão pela qual devem necessariamente ser canceladas.

Diz que caso sejam ultrapassados os pontos descritos nos tópicos anteriores, o que admite apenas por dever de cautela, não pode deixar de aduzir, ainda, que as multas aplicadas não podem subsistir devido ao seu caráter claramente confiscatório, invocando, nesse sentido, o art. 150 da Constituição Federal, lições de Sacha Calmon Navarro Coelho, Humberto Ávila, bem como posição do Supremo Tribunal Federal – STF, nos julgados RE nº 81.550/MG, julgado pela 2ª Turma do STF; DJ 13.06.75, STF, Pleno, ADI-MC nº 1.075/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 24.11.2006, p. 59).

Observa que as lições doutrinárias e as decisões acima referidas dizem respeito a multas moratórias, ora a multas por descumprimento de obrigações acessórias, ora a ambas, a demonstrar que umas e outras se sujeitam à vedação ao confisco. Acrescenta que o próprio Plenário do STF deixou claro que o caráter confiscatório de uma multa se revela no descompasso entre esta e a conduta que a enseja, no acórdão referente à ADIn 551-1, cujo teor transcreve.

Questiona qual seria o limite do confisco, ao tempo que manifesta o entendimento de que as penalidades indicadas montam de 60% e 70%, denotando o seu caráter confiscatório. Aduz que não apenas contrárias à vedação do confisco, tais penalidades violam igualmente a propriedade privada e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Frisa que o desrespeito à propriedade privada não só representa violação constitucional, mas ofensa grave aos direitos humanos, especialmente ao art. 17 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, assinada pelo Brasil; e ao art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, ou “Convenção Americana de Direitos Humanos”, ratificado pelo Brasil em 25/09/1992 e que vige no nosso ordenamento jurídico desde novembro de 1992, conforme o Decreto nº 678/1992.

Assevera que não apenas o princípio do não-confisco ou a propriedade privada estão sendo feridos de morte com a aplicação de multa excessivamente onerosa no caso concreto, mas também os demais princípios constitucionais, notadamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Invoca e reproduz sobre o princípio da razoabilidade, lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Quanto ao princípio da proporcionalidade, evoca ensinamento de Leandro Paulsen, transcrevendo-o.

Sustenta que pelas razões expostas, as multas devem ser canceladas, sob pena de ofensa a Constituição Federal.

Prosseguindo, afirma que a multa relativa à infração 02 deve ser cancelada, em razão do que dispõe o art. 138 do CTN, haja vista que já teria realizado denúncia espontânea do montante reclamado pelo Fisco, conforme explicitado acima, o que exclui sua responsabilidade tributária, destacando e reproduzindo posição do ilustre tributarista Sacha Calmon Navarro Coêlho, que também subscreve a peça impugnatória.

Aduz que, alternativamente, as multas concernentes às infrações 01 e 02 devem ser reduzidas para patamares razoáveis e não-confiscatórios, pois, se para Paulsen uma multa de 60% sobre o valor do imposto devido é “excessivamente onerosa, desproporcional e abusiva”; se para o STF apenas multas abaixo de 30% sobre o valor do imposto não ofendem a vedação constitucional do confisco; resta clara a necessidade de redução das penalidades em comento para o limite de 30%. Observa que em razão de a redução da multa ter lastro no ordenamento jurídico pátrio, bem como a jurisprudência mencionada acima entender como não-confiscatória a multa de 30% sobre o valor do tributo, requer sejam reduzidas as penalidades do caso em tela para este patamar. Acrescenta que a redução também se impõe em virtude do que estabelece o art. 108, IV, do CTN, haja vista que é indiscutível sua boa-fé, impondo-se a exclusão das multas tributárias, de mora ou isoladas ou, quando nada, a sua redução a valor módico, subsistindo parcela ínfima apenas como medida de caráter pedagógico. Invoca e reproduz sobre a matéria pronunciamento um dos subscritores da peça defesa, em palestra proferida no III Congresso Nacional da Associação Brasileira de Direito Tributário. Também, nesse mesmo sentido, cita e reproduz lição de Luciano Amaro. Argumenta que tal graduação, quando não seja expressamente prevista na lei, pode e deve ser feita pelo julgador administrativo ou judicial. Frisa que o fundamento é a equidade, contemplada no art. 108, IV, do CTN e que serve de contraponto à pretensa objetividade dos ilícitos fiscais. Reproduz o teor do referido dispositivo legal.

Conclui requerendo o cancelamento da infração 01, afirmando que cumpre todos os requisitos legais para fazer jus ao crédito fiscal presumido em comento, inclusive, conforme prova documental acostada aos autos. A título de argumentação, diz que se mantida a infração, o *quantum* somente é possível ser estabelecido pela recomposição da conta gráfica. Requer, também, o cancelamento da infração 02, haja vista que houve mero erro material, prontamente reparado pela empresa antes de qualquer procedimento de autuação ou fiscalização, e sem qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Relativamente às penalidades apontadas nas infrações 01 e 02, requer que sejam canceladas em virtude ou da extinção do crédito tributário, ou da inexistência de conduta ilícita a ensejar as multas; em virtude do seu caráter confiscatório; e a título de argumentação, sejam ao menos reduzidas para

30% sobre o valor do imposto eventualmente devido, outrossim, por aplicação do art. 108, IV, do CTN. Ainda em relação à multa apontada na infração 02, se nenhum dos argumentos acima for acatado, o que se admite apenas por hipótese, deve ser necessariamente afastada, na sua integralidade, em respeito ao que dispõe o art. 138 do CTN. Protesta comprovar os pontos defendidos por todos os meios de prova que se revelarem idôneos e adequados, em respeito ao princípio da verdade material que baliza o processo tributário administrativo.

Requer, finalmente, o cadastramento do nome do advogado Eduardo Fraga, OAB/BA 10.658, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade, conforme o art. 236, §1º do CPC.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 469 a 475), na qual contestam os argumentos defensivos referentes à infração 01, manifestando o entendimento de que a empresa não se enquadra nos preceitos contidos no Decreto nº 7.378/98, uma vez que o crédito presumido somente poderá ser utilizado quando vinculado a aquisições por estabelecimento industrial ou equiparado a industrial que seja consumidor de aços planos, conforme art. 1º e art. 2º do mencionado Decreto, cujo teor reproduzem.

Consignam que o referido Decreto estabelece um critério, não sendo qualquer estabelecimento industrial ou equiparado, que fará jus ao crédito presumido, mas exclusivamente o estabelecimento adquirente que exerça uma atividade industrial ou equiparada tendo como insumo aquelas mercadorias discriminadas no seu anexo único.

Asseveram que o autuado não exerce qualquer atividade industrial, nem diretamente, nem através de terceiros, no caso, industrialização por conta e ordem, que tenha as chapas de aço que adquire como matéria-prima no seu processo industrial. Salientam que o autuado simplesmente realiza operações de venda de mercadorias recebidas de terceiros ou por transferência da sua matriz, diretamente à Ford Motor Company do Brasil Ltda., com CFOP 5102, sem efetuar qualquer beneficiamento, no caso específico, produtos laminados planos de aço, NCM 7210 e bobinas de aço, NCM 7209.

Ressaltam que os créditos fiscais acumulados resultantes da aplicação da alíquota de 7% em função das aquisições realizadas na Região Sul são utilizados e transferidos regularmente.

Afirmam que o impugnante incorre em equívoco ao sustentar o direito ao crédito presumido, com base no fato de ser estabelecimento equiparado a industrial. Frisam que em momento algum desconhecera a condição de estabelecimento equiparado, seja em razão de ser filial de indústria produtora de laminados e aços planos, seja até mesmo como sistemista do complexo FORD, condição que lhe garante tal equiparação por uma ficção jurídica nos termos da Lei nº 7.537/99.

Salientam que não é disso que trata a exigência fiscal, pois esta tem como fundamento o fato de que o autuado não preenche os requisitos para fruição do benefício previsto pelo Decreto nº 7.378/98, isto é, ser consumidor das chapas de aços laminados, condição indispensável para que possa gozar do benefício fiscal do crédito presumido do ICMS, conforme estabelecido no mencionado Decreto.

Ressaltam que do total exigido na infração 01, o montante de R\$ 17.986.937,05, com data de ocorrência de 31/03/2008, refere-se ao crédito fiscal de ICMS acumulado pela empresa Vega do Sul S.A., Inscrição Estadual 057.576.532, CNPJ 03.795.031/0004-17, empresa do mesmo grupo do autuado, que atuava como fornecedora dos produtos citados acima até março de 2008, e que fora sucedida pelo impugnante. Observam que tais créditos possuem a mesma natureza, ou seja, decorrem de benefício fiscal do crédito presumido do ICMS estabelecido pelo Decreto nº 7.378/98. Acrescentam que da mesma forma adotada pelo autuado, a empresa Vega do Sul S.A. acumulava tais créditos, possuindo a mesma característica de não consumidor de chapas de aço, o que também não garante o direito ao referido crédito.

Afirmam que a empresa Vega do Sul S.A. não poderia manter os créditos em questão pelas razões citadas acima e, também porque formulou consulta a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia,

através do Processo de Consulta nº 01922920083, que deu origem ao Parecer Final da Diretoria de Tributação nº 6100/2008, datado de 08/04/2008, onde destacam alguns trechos que entendem importantes e transcrevem.

Dizem que diante dos fatos descritos em relação ao Processo de Consulta nº 01922920083, onde está contido o Parecer Final da Diretoria de Tributação nº 6100/2008, datado de 08/04/2008 verificaram que o impugnante na qualidade de sucessor da empresa consulente, Vega do Sul S.A., Inscrição Estadual 057.576.532, CNPJ 03.795.031/0004-17, além de não acatar o entendimento estabelecido na resposta prolatada no Parecer, ajustando-se à orientação recebida, inclusive efetuando o estorno do crédito fiscal indevidamente apropriado, nos termos do art. 63 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, continuou adotando os mesmos procedimentos da sucedida, mantendo os referidos créditos na sua integralidade acumulados até aquele momento, bem como efetuando apropriações mensais, fato que resultou no acúmulo indevido de R\$ 24.191.808,22 até dezembro de 2009.

Observam que os créditos acumulados, resultantes de créditos presumidos com base no Decreto nº 7.378/98, foram absorvidos no mês de março de 2008 pelo autuado, na qualidade de sucessor da Vega do Sul S.A. no montante de R\$ 17.986.937,06.

Continuando, rechaçam os argumentos do autuado concernentes à necessidade de “*recomposição da conta gráfica*” da empresa, dizendo que é evidente que a decisão de se apropriar de crédito fiscal é ato soberano e unilateral do contribuinte, não tendo a Fiscalização o poder de forçá-lo a estornar o crédito que conscientemente apropria em sua escrita fiscal. Dizem que tanto é assim, que mesmo após receber orientação do Fisco para proceder ao estorno do crédito indevidamente apropriado, olvidou-se da orientação e o manteve na sua integralidade na sua escrita fiscal. Frisam que diante de tal procedimento, só restou à Fiscalização promover o estorno através do lançamento de ofício, até para prevenir a decadência do direito de fazê-lo decorrido o prazo de cinco anos da sua apropriação, nos termos do art. 971 do RICMS/97.

Quanto aos argumentos defensivos referentes à infração 02, dizem que assiste razão ao impugnante, haja vista que, efetivamente, o crédito apropriado em duplicidade foi estornado em março de 2009, através do lançamento em outros débitos, no valor de R\$ 8.532,97, conforme consta à fl. 465 dos autos (doc. 06), razão pela qual se torna insubsistente esta infração.

No tocante ao pedido de cancelamento das multas formulado pelo impugnante, sob a alegação de se tratar de penalidades de caráter confiscatório, dizem que não deve prosperar, tendo em vista que são multas incidentes na espécie e previstas pelo art. 42, VII, “a” da Lei nº.7.014/96.

Finalizam mantendo a autuação no que diz respeito à infração 01.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo ambas referentes à utilização indevida de crédito fiscal.

No que concerne à infração 01 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS* -, verifico que diz respeito ao crédito fiscal previsto no Decreto nº 7.378/98, sendo decorrente do conflito de entendimento entre o contribuinte e o Fisco, haja vista que entende o autuado que faz jus ao crédito fiscal por estar equiparado a industrial, conforme estabelece o referido Decreto, enquanto os autuantes entendem que o crédito presumido somente poderá ser utilizado quando vinculado a aquisições por estabelecimento industrial ou equiparado a industrial que seja consumidor de aços planos, conforme os arts. 1º e 2º do mencionado Decreto.

Inicialmente, cumpre-me observar que o levantamento fiscal levado a efeito pelos autuantes referente à infração 01, foi realizado com base nos registros existentes nos livros fiscais do próprio contribuinte. Ou seja, os valores apontados nas colunas “*Imposto a Pagar*” e “*Valor Histórico*” do Auto de Infração são os mesmos escriturados nos livros Registro de Entradas do autuado no período

objeto da autuação. Vale dizer que não houve qualquer inovação ou cálculos quanto aos registros realizados pelo contribuinte, sendo os valores considerados como crédito fiscal utilizado indevidamente aqueles lançados na escrita fiscal do sujeito passivo, cuja transcrição foi feita para o Auto de Infração.

Faço o registro acima por verificar que no Auto de Infração consta na coluna “*Alíquota*” a alíquota de “8%”, bem como na coluna “*Base de Cálculo*”, o valor referente à data de ocorrência de 31/03/2008 se encontra em branco, o que poderia ser objeto de arguição de cerceamento do direito de defesa e do contraditório por parte do contribuinte. Contudo, conforme consignado acima, os valores apontados nas colunas “*Imposto a Pagar*” e “*Valor Histórico*” do Auto de Infração são os mesmos escriturados nos livros Registro de Entradas do contribuinte, significando dizer que os autuantes simplesmente trouxeram para o Auto de Infração os valores considerados como crédito fiscal utilizado indevidamente, lançados na escrita fiscal do sujeito passivo. Em verdade, os registros acima referidos são decorrentes do Sistema de Emissão do Auto de Infração – SEAI, que a partir dos valores escriturados nos livros fiscais do contribuinte e lançados nas colunas “*Imposto a Pagar*” e “*Valor Histórico*”, efetuou os cálculos automaticamente na forma já mencionada.

Vale reiterar que tais registros em nada prejudicaram o contribuinte no exercício do direito de ampla defesa e do contraditório, haja vista que este litigando de boa-fé nada arguiu nesse sentido em sua peça impugnatória, assim como quando do exercício do seu direito de sustentação oral na sessão de julgamento.

Feito o registro acima passo ao exame da acusação fiscal concernente à infração 01.

Estabelece o Decreto nº 7.378/98, “*in verbis*”:

“Art. 1º O estabelecimento industrial consumidor de aços planos poderá utilizar crédito fiscal presumido sobre o valor das entradas das matérias primas classificadas nas seguintes posições da Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado (NCM-SH) e conforme os percentuais constantes do Anexo Único deste Decreto.

Parágrafo único. O crédito presumido de que trata este artigo fica limitado ao valor correspondente ao serviço de transporte:

I - da usina produtora até o estabelecimento industrial;

II - da usina produtora até o estabelecimento comercial;

III - do estabelecimento comercial até o estabelecimento industrial, devendo, neste caso, constar do corpo da nota fiscal que documentar a saída com destino à indústria o valor do serviço de transporte ocorrido nas operações anteriores, ou seja, da usina até o estabelecimento.

Art. 2º As disposições do artigo antecedente também se aplicam ao estabelecimento equiparado a industrial, nos termos da legislação do IPI, que tenha recebido os produtos diretamente da usina produtora ou de outro estabelecimento da mesma empresa ou de empresa interdependente, situados em outra unidade federativa.”

A leitura das disposições do Decreto acima reproduzido permite concluir que este cuida da concessão de crédito presumido do valor correspondente ao serviço de transporte, ao estabelecimento industrial consumidor de aços planos, alcançando, também, o estabelecimento equiparado a industrial, nos termos da legislação do IPI, que tenha recebido os produtos diretamente da usina produtora ou de outro estabelecimento da mesma empresa ou de empresa interdependente, situados em outra unidade federativa.

Conforme consignado pelo próprio impugnante o crédito presumido de que cuida o Decreto nº 7.378/08 tem suas origens históricas no Convênio ICMS 94/93, que passou a autorizar o Estado do Rio Grande do Sul a conceder crédito presumido às indústrias consumidoras de aços planos, limitados

ao valor correspondente ao serviço de transporte, sendo sua finalidade de desonerar as empresas situadas no Estado da Bahia de todo o custo do transporte das matérias-primas, de modo a incentivar a industrialização local.

Vale acrescentar ao registro feito pelo defendente que o tratamento especial dado pelo referido Decreto tem o intuito basicamente de assegurar o desenvolvimento e competitividade comercial das empresas beneficiárias, mediante a manutenção do custo final do produto comercializado no Estado da Bahia. Ou seja, caso não fosse concedido o crédito fiscal presumido na forma do Decreto nº 7.378/98, haveria um grande prejuízo para o segmento industrial e atacadista da Bahia, considerando que não apenas o Estado do Rio Grande do Sul mas, também, outros Estados como Paraná, Santa Catarina e Pernambuco, concederam o mesmo benefício fiscal para os estabelecimentos consumidores de aço plano localizados em seus territórios.

Apesar de o impugnante argumentar que se trata de um estabelecimento equiparado a industrial, razão pela qual faz jus ao benefício fiscal, constato que os autuantes esclarecem que em momento algum desconhecera a condição de estabelecimento equiparado, seja em razão de ser filial de indústria produtora de laminados e aços planos, seja até mesmo como *“sistemista do complexo FORD, condição que lhe garante tal equiparação por uma ficção jurídica nos termos da Lei nº 7.537/99.”* Em verdade, dizem que a exigência fiscal decorre do fato de o autuado não preencher os requisitos fundamentais para gozo do benefício, que é ser consumidor das chapas de aços laminados, condição indispensável para que possa gozar do benefício fiscal do crédito presumido do ICMS, conforme estabelecido pelo Decreto nº 7.378/98.

No respeitante a esse ponto da lide, entendo que o autuado na condição de sistemista do complexo FORD, dada a especificidade do referido sistema, assume a condição de consumidor das chapas de aços laminados, haja vista que estas são consideradas insumos destinados à fabricação, a exemplo, do que ocorre com as matérias-primas, os produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, pneumáticos e acessórios, cujas operações de saídas realizadas pelos fornecedores com destino a empresas beneficiárias principais do PROAUTO, ocorrem com diferimento do lançamento do imposto.

O que constato é que o autuado na condição de sistemista Ford, ou seja, fornecedor de insumos para a montadora, ao receber mercadorias oriundas da Região Sul com a alíquota de 7%, se credita do valor do imposto destacado no documento fiscal e, posteriormente, realiza a operação de saída com diferimento do lançamento do ICMS, conforme previsto no art. 12 da Lei nº 7.537/99, que institui o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia – PROAUTO, abaixo reproduzido:

“Art. 12. O lançamento do ICMS incidente nas sucessivas operações internas e nas decorrentes de importação, com as mercadorias arroladas no § 1º, com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, fica diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.”

Ocorre que o autuado ao realizar as operações de saídas com diferimento do lançamento do ICMS, acumula o crédito fiscal decorrente das entradas em razão de não ter saídas tributadas normalmente, ou seja, apenas realiza operações de saídas com destino ao complexo Ford.

Nessa situação, não vejo como o contribuinte possa acumular outro benefício, no caso, o crédito fiscal presumido previsto no Decreto nº 7.378/98, haja vista que, conforme dito pelo próprio impugnante, a finalidade do benefício é desonerar as empresas situadas no Estado da Bahia de todo o custo do transporte das matérias-primas, de modo a incentivar a industrialização local, sendo esta a finalidade do crédito fiscal presumido.

Ora, sendo como é fornecedor exclusivo da Ford, portanto, realizando operações de saídas amparadas com o diferimento do ICMS, é certo que não há que se falar em fruição do benefício previsto no Decreto nº 7.378/98, haja vista que este tem sua finalidade já alcançada com o diferimento previsto pelo art. 12 da Lei nº 7.537/99.

Dessa forma, corroboro inteiramente com o entendimento manifestado pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, através do Parecer nº 6100/2008, especialmente quando diz que:

“Nesse contexto, indispensável salientar que a aplicabilidade do benefício previsto no Dec. nº 7.378/98 apenas se justifica quando a saída promovida pelo estabelecimento beneficiário - seja ele industrial ou equiparado a industrial - é alcançada pela tributação do imposto estadual, não se aplicando, por conseguinte, às saídas amparadas pelo diferimento e, sob esse aspecto, com a tributação postergada para uma fase posterior. Com efeito, inexistindo tributação na operação de saída efetuada pelo estabelecimento, não se justificaria a preocupação do legislador em reduzir o preço do produto através da concessão de um crédito presumido que anule o custo correspondente ao frete, e possibilite ao beneficiário a formação de um preço final mais competitivo.

Temos, portanto, que a aplicação do benefício previsto no Dec. nº 7.378/98 está necessariamente associada ao lançamento do imposto gerado na relação comercial firmada entre o beneficiário e o destinatário do produto, o que afasta sua aplicabilidade na situação ora sob análise, em que as saídas efetuadas pela Consulente, com destino à Ford Company, estão amparadas pelo benefício do diferimento do ICMS previsto no PROAUTO. Com efeito, ao atuar na qualidade de sistemista de empresa fabricante de veículo automotor, fornecendo peças exclusivamente para uso no referido processo industrial, a Consulente deve necessariamente observar o tratamento tributário específico previsto no Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia - PROAUTO, o qual estabelece a aplicabilidade do benefício do diferimento do ICMS nas operações supracitadas, bem como o regime específico de transferência de créditos acumulados a ser efetuada entre a empresa sistemista e a empresa fabricante (no caso, entre a Consulente e a Ford Motor), nos termos de Regime Especial concedido pela Administração Tributária Estadual para esse fim específico.

Diante do exposto, e considerando que não se aplicam às operações supracitadas outros benefícios não vinculados diretamente à Lei nº 7.537/99 (PROAUTO), aí incluído o benefício do crédito presumido previsto no Dec. nº 7.378/98, ressaltamos que a Consulente não faz jus à apropriação e/ou transferência do crédito fiscal de ICMS no montante de R\$ 17.638.011,95 (dezessete milhões, seiscentos e trinta e oito mil, onze reais e noventa e cinco centavos), devendo proceder ao estorno desse valor na sua escrita fiscal, face à inexistência de amparo legal que autorize a apropriação do crédito presumido previsto no Dec. nº 7.378/98.”

Observo que o total do crédito fiscal presumido objeto da autuação no valor de R\$ 24.191.808,22 até dezembro de 2009, tem em sua composição o valor de R\$ 17.986.937,06, decorrente da sucessão pelo autuado da empresa Vega do Sul S.A. sendo correta a exigência fiscal, haja vista que o sucessor assume os bens, direitos e obrigações do sucedido.

No que concerne à alegação do impugnante sobre a necessidade de recomposição da conta gráfica da empresa, inclusive realização de diligência nesse sentido, coaduno com o entendimento manifestado pelos autuantes de que não poderiam obrigar o autuado a estornar o crédito fiscal que entende como legítimo. É certo que o contribuinte teve a oportunidade desde a ciência da resposta dada pela Diretoria de Tributação à empresa sucedida Vega do Sul S.A., em 2008, de regularizar sua escrita fiscal realizando o estorno do crédito fiscal indevido, o que não fez.

Ademais, convém observar que já se encontra pacificado no âmbito deste CONSEF, o entendimento de que sendo a natureza do crédito fiscal meramente escritural, o seu lançamento na escrita já importa e enseja o início da sua utilização, mesmo que não haja um débito em contraposição, não havendo que se perquirir em ocorrência ou não de repercussão econômica.

Nesse sentido a Câmara Superior deste Conselho de Fazenda decidiu, conforme o Acórdão CS Nº 0039-21/09, cuja ementa reproduzo abaixo, a título ilustrativo:

“CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0039-21/09

EMENTA: ICMS. I. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Sendo a natureza do crédito fiscal meramente escritural, o seu lançamento na escrita já importa e enseja o início da sua utilização, mesmo que não haja um débito em contraposição, não havendo que se perquirir em ocorrência ou não de repercussão econômica, tese que não encontra abrigo na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores da presente autuação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.”

Diante disto, com fulcro no art. 147, II, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência formulado pelo impugnante, a fim de que fosse feita a recomposição da conta gráfica.

No que tange à infração 02, constato que assiste razão ao impugnante, haja vista que o crédito fiscal apropriado em duplicidade de fato foi estornado no mês de março de 2009, mediante o lançamento como outros débitos no livro RAICMS do valor de R\$ 8.532,97, em conformidade com o documento acostado à fl. 465 dos autos, sendo insubsistente esta infração.

No que diz respeito à arguição de que as multas violam os princípios jurídicos e constitucionais, esclareço que estas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96. Quanto ao seu cancelamento ou redução, requerido pelo autuado, observo que se tratando de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações sejam realizadas em nome do advogado Eduardo Fraga, OAB/BA 10.658, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **142554.0005/10-6**, lavrado contra **ARCELORMITTAL TUBARÃO COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.191.808,22**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR