

A. I. Nº - 207090.0005/11-6
AUTUADO - BMD TEXTEIS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUÊLO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET 10.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0012-05/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. O autuado, ao optar pela utilização do tratamento tributário de concessão de crédito presumido previsto no PROBAHIA, correspondente a 90% do imposto incidente nas operações de saídas dos seus produtos, conforme estabelecido na Resolução nº 15/2006, abdicou, expressamente, da utilização de quaisquer créditos decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços nas etapas anteriores. Exigências subsistentes. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/09/2011, exige o crédito tributário no valor de R\$ 177.205,05, inerente à *“Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de créditos do imposto relativos à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido”*, sendo:

INFRAÇÃO 1 - “Contribuinte, beneficiário do PROBAHIA – crédito presumido e diferimento (cópia da Lei n.7025/97, Decreto n. 6734/97, da Resolução 15/2006 e do Parecer 14.550/10, anexados), que prevê a renúncia dos demais créditos fiscais decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços por parte da empresa, com exceção apenas daqueles relativos à exportação de mercadorias, utilizou-se indevidamente em março/2008, no LRAICMS, de crédito extemporâneo de ICMS, no valor de R\$ 110.990,05, conforme constante de AI 281.082.0008/07-8 (infração 04 – cópia anexada), quitado. Auto que chegou a ser julgado PROCEDENTE pela 4ª JJF em 10.07.08. Ainda em anexo, cópia da consulta feita à GETRI sobre o assunto e do LRAICMS nº 9 e 10, do contribuinte. Infringiu o art. 1, parágrafo 3 do Dec. 6734/97”.

INFRAÇÃO 2 – “Contribuinte, beneficiário do PROBAHIA – crédito presumido e diferimento (cópia da Lei n.7025/97, Decreto n. 6734/97, da Resolução 15/2006 e do Parecer 14.550/10, anexados), que prevê a renúncia dos demais créditos fiscais decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços por parte da empresa, com exceção apenas daqueles relativos à exportação de mercadorias, utilizou-se indevidamente em janeiro/2008, no LRAICMS, de crédito extemporâneo de ICMS, no valor de R\$ 66.215,00, conforme constante de AI 281.082.0008/07-8 (infração 05 – cópia anexada), quitado. Auto que chegou a ser julgado PROCEDENTE pela 4ª JJF em 10.07.08. Ainda em anexo, cópia da consulta feita à GETRI sobre o assunto e do LRAICMS nº 9 e 10, do contribuinte. Infringiu o art. 1, parágrafo 3 do Dec. 6734/97”.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 255 a 270 dos autos, através de seu procurador legalmente constituído, aduz que, tendo constatado a procedência parcial da autuação fiscal, especificamente no que tange à infração 2, providenciou o pagamento do débito, conforme Documento de Arrecadação Estadual (DAE) às fls. 288/289 dos autos.

No que diz respeito à infração 1, diz que a autuante apontou como violado, dentre outros dispositivos que sequer se coadunam com as atividades desenvolvidas pela impugnante, já que pertinentes a operações com bolsas para coleta de sangue e seus componentes e bolsas de diálise peritoneal – o art. 1º, § 3º, do Decreto nº. 6.734/97, o qual estabelece que o contribuinte que optar pelo gozo do benefício de crédito presumido nas operações de saídas de determinadas mercadorias fica

automaticamente impossibilitado de apropriar de quaisquer créditos referentes às etapas anteriores do ciclo produtivo.

Assim, considerando que a impugnante, no período autuado, fazia jus aos benefícios do PROBAHIA – dentre os quais a apropriação de créditos presumidos fixados em 90% do imposto incidente nas operações de saídas de tecidos sintéticos, geogrelha e laminados reforçados, conforme art. 1º, I, da Resolução nº 15/2006, concluiu a autuante que haveria de renunciar aos demais créditos fiscais do ICMS, reputando indevida a apropriação, ocorrida no mês de março/2008, de crédito extemporâneo de ICMS, no valor de R\$ 110.990,05, conforme constante de Auto de Infração nº 281.082.0008/07-8 (infração 4).

Diz que, para atender aos requisitos estipulados pela Lei nº 7.980/2001 e Decreto nº 8.205/2002, a impugnante foi habilitada a usufruir os benefícios fiscais do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, dentre os quais a dilação do prazo para pagamento do saldo devedor de ICMS relativo às operações decorrentes do projeto incentivado, conforme Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE de nº 39/2003 (fl. 290).

Posteriormente, os referidos benefícios foram ampliados pela Resolução nº 03/2004 (fls. 291/292), passando a fazer jus, dentre outros favores fiscais, ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações de bens destinados ao ativo fixo para o momento em que ocorrer sua desincorporação. Assim, amparado pelas regras do citado programa, adquiriu, no mercado externo, em 13/02/2006, um tear da marca KARL MAYER, para incorporação ao seu ativo permanente, sendo diferido o recolhimento do ICMS incidente sobre a importação empreendida (fl. 294).

Contudo, em 24/02/2006, promoveu a venda da máquina importada para a pessoa jurídica Macaferri do Brasil Ltda, conforme nota fiscal à fl. 295, tendo recolhido o ICMS devido com a redução de 95% da sua base de cálculo. Porém, o referido procedimento culminou na lavratura do Auto de Infração de nº 281082.0008/07-8, datado de 26/12/2007, cujo item 4 consubstanciava a cobrança do ICMS incidente sobre a importação do aludido tear, sob justificativa de que, não se caracterizando como máquina usada, não fazia jus à redução da base de cálculo.

Assim, tal exigência, relativa ao período de apuração de fevereiro/2006, foi regularmente adimplida, originando, em obediência ao princípio da não cumulatividade, crédito de ICMS passível de aproveitamento extemporâneo, o que, em observância ao art. 101 do RICMS, comunicou à repartição fiscal que promoveria a utilização do valor no mês de março de 2008. Contudo, tal procedimento gerou o presente Auto de Infração, sob a justificativa de que a autuada, na qualidade de contribuinte beneficiária do PROBAHIA (fl. 301), somente poderia se valer dos créditos previstos no referido programa, sendo vedada a apropriação de quaisquer outros.

Sustenta a impugnante que, ao assim se posicionar, olvidou a fiscalização que: (i) o direito creditório em comento foi legal e legitimamente apurado em momento anterior ao ingresso da autuada no PROBAHIA, pelo que não poderia ser aplicado ao seu aproveitamento as regras alusivas ao referido Programa, sob pena de afrontar aos princípios do direito adquirido, irretroatividade das normas e da não cumulatividade; bem assim que (ii) ainda que o crédito em destaque tivesse sido apurado sob a égide do PROBAHIA, não haveria que se cogitar da sua glosa, haja vista que a restrição veiculada pela legislação de regência da matéria só alcança os créditos vinculados às saídas beneficiadas; hipótese em que não se enquadra o ICMS objeto do presente lançamento, o qual foi apurado a partir da importação de bem destinado à comercialização.

Destaca que, até o mês de maio de 2006, a impugnante fazia jus aos benefícios do DESENVOLVE, tendo sido desabilitada a deles usufruir mediante publicação da Resolução nº 40/2006 (fl. 300), veiculada no Diário Oficial do Estado da Bahia de 6 e 7 daquele mês, tendo sido publicada, no mesmo Diário Oficial, a Resolução nº 15/2006, emitida pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, através da qual restou assegurada a migração da impugnante para este programa. Assim, tendo o fato gerador do crédito extemporâneo ocorrido no mês de fevereiro de 2006, durante o período que a autuada estava habilitada ao usufruto dos favores fiscais concedidos no âmbito do DESENVOLVE, evidente que a sua utilização não se aplica às regras e muito menos às vedações do PROBAHIA.

Assim, sustenta que a vedação ao aproveitamento do crédito, advindo de operação de importação e, portanto sujeito à tributação, de bem destinado à comercialização tributado pelo ICMS

consoante regime normal, implica concentração do ônus tributário, configurando nítida violação ao princípio da não cumulatividade. Cita jurisprudência e doutrina.

Diante disso, o apelante entende que outra não pode ser a conclusão de que o crédito gerado a partir do pagamento do item 4 do Auto de Infração de nº 281082.0008/07-8, referente ao período de apuração de fevereiro de 2006, foi legal e legitimamente apurado, não podendo lhe ser obstado seu aproveitamento, seja porque a própria legislação de regência não determina o estorno de créditos acumulados anteriormente ao ingresso no PROBAHIA, seja, ainda, porque ao admitir o contrário implicaria ofensa aos preceitos constitucionais do direito adquirido da irretroatividade das normas tributárias e da não-cumulatividade do ICMS. E que, ainda que o crédito houvesse sido gerado sob a égide do PROBAHIA, melhor sorte não assistiria ao lançamento, uma vez que o intuito do legislador, ao estabelecer o óbice estampado no art. 1º, § 3º, do Decreto nº 6.734/97, foi o de impedir somente o aproveitamento de créditos referentes a etapas anteriores vinculadas às operações próprias que culminem em saídas de mercadorias beneficiadas pelo crédito presumido.

Cita Parecer nº 18.804/2008, exarado pela GECOT/DITRI, às fls. 302 e 303 dos autos, que, segundo o defensor, espelha o entendimento fazendário no sentido de que a vedação à utilização de créditos deve guardar pertinência com a operação beneficiada pelo PROBAHIA. Assim, como nos termos da Resolução nº 15/2006, as operações de saídas praticadas pela autuada que estão amparadas pelo crédito presumido de 90%, que fora concedido no âmbito da PROBAHIA, são somente aquelas que têm por objeto tecidos sintéticos, geogrelhas e laminados reforçados, claro está, portanto, que a simples revenda de mercadoria importada não pode ser favorecida pelo o referido tratamento fiscal, de forma que, por mais este fundamento, não lhe pode ser aplicado o óbice previsto no art. 1º, § 3º do Decreto nº 6.734/97, que é de impedir somente o aproveitamento de créditos referentes a etapas anteriores vinculadas às operações de saídas de mercadorias beneficiadas pelo crédito presumido.

Por fim, protesta pela realização de diligência e pede a improcedência da primeira infração.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 306 e 307, inicialmente, ressalta que causa estranheza a aceitação pelo contribuinte da infração 2 em detrimento da infração 1, vez que as duas versam igualmente sobre a impossibilidade de aproveitamento de crédito extemporâneo, decorrente de pagamento de Auto de Infração anterior, pela autuada.

Salienta que, embora o autuado possua o Parecer nº 14.550/2010, próprio, que trata especificamente do direito ao crédito, no exercício de suas atividades, consoante fls. 71 e 72 dos autos, em sua defesa, às fls. 267 e 268, transcreve Parecer nº 18.804/2008 que trata de diferimento de couro.

Em seguida, diz que o defensor relata o que chama ser a origem do crédito glosado, descrevendo as situações que deram origem a autuação anterior, do que entende o autuado, equivocadamente, à fl. 261, que o fato gerador do crédito extemporâneo em foco ocorreu em fevereiro de 2006, quando ainda era beneficiário do DESENVOLVE.

Contudo, esclarece a autuante que o fato gerador do ICMS, neste Auto de Infração, surge quando o contribuinte efetua pagamento de Auto de Infração em 15/01/2008 e, já sob égide do benefício fiscal PROBAHIA, desde 05/05/2006, que prevê a renúncia ampla dos demais créditos fiscais decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços, por parte da empresa, com exceção, apenas, daqueles relativos à exportação de mercadorias, em março de 2008, efetua um lançamento no RAICMS, pretendendo utilizar este crédito, extemporaneamente. Assim, afirma a autuante que este foi o lançamento glosado.

A autuante destaca, ainda, que, de acordo com o princípio da não cumulatividade do ICMS, consagrado no RICMS no art. 14 combinado com o art. 93, I, só a partir do imposto anteriormente cobrado, em 15/01/08, o contribuinte poderia adquirir direito ao crédito, caso esse crédito não fosse vedado por outras normas às quais o contribuinte vinculou-se voluntariamente desde 05/05/06, Lei nº 7.025/97, Decreto nº 6.734/97, Resolução nº 15/2006, Parecer nº 14.550/2010 (formulado à DITRI pela autuada), além da orientação da DITRI às fls. 73 a 75 dos autos.

Por fim, diz não ser de sua competência discutir a constitucionalidade da legislação e entende ser desnecessária a realização de diligência, do que requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir duas infrações ao sujeito passivo, tendo o mesmo reconhecido e recolhido o valor referente à infração 2, em consequência, impugnou a infração 1 do lançamento de ofício, a qual se restringe a análise da lide.

Preliminarmente, nos termos previstos no art. 147, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência, pois considero suficientes para a formação da convicção deste colegiado os elementos contidos nos autos.

No mérito, observo que as razões de defesa relativas à infração 01 são insuficientes para elidir a exigência fiscal, visto que o autuado, ao optar pela utilização do tratamento tributário de concessão de crédito presumido previsto no PROBAHIA de 90% do imposto incidente nas operações de saídas de tecidos sintéticos, geogrelha e laminados reforçados, conforme estabelecido na Resolução nº 15/2006, abdicou expressamente da utilização de quaisquer créditos decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços nas etapas anteriores, conforme previsto no art. 1º, § 3º, do Decreto nº 6.734/97.

Assim, por se tratar de uma vedação ampla, a qual alcança tanto as aquisições de mercadorias como de bens do ativo imobilizado, é indevida a apropriação do crédito relativo ao ICMS diferido inerente à importação, exigido e pago mediante Auto de Infração, pois, conforme já dito, o optante, como condição para fruição do benefício fiscal do PROBAHIA, renunciou de todos os créditos fiscais anteriores, com exceção, apenas, daqueles relativos à exportação de mercadorias.

Há de se ressaltar que a mercadoria importada não tem o ICMS contido no valor da operação, em consequência, logo, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do imposto, o adquirente importador só poderá se creditar do tributo a partir do seu recolhimento ao erário estadual. Como não houve o pagamento do ICMS, diferido à época, só quando do recolhimento do imposto nasceu o direito da apropriação do correspondente crédito fiscal, caracterizado como extemporâneo pelo autuado, em razão do fato gerador, porém de direito só a partir do efetivo recolhimento, ocorrido em 15/01/2008, em plena vigência da vedação pactuada.

Ademais, no caso em tela, é irrelevante a alegação de que o fato gerador ocorreu em fevereiro de 2006, anterior à opção do contribuinte ao benefício fiscal do PROBAHIA, ocorrido em maio/2006, pois, o autuado para se enquadrar às condições vinculantes do aludido benefício fiscal teria que desistir de todos os créditos fiscais anteriores, porventura existentes, conforme previsto no art. 1º, § 3º, do Decreto nº 6.734/97 (fl. 34), cujo entendimento foi corroborado através do Parecer nº 14550/2010, em resposta à consulta, feita pelo próprio autuado à GECOT/DITRI, na qual consignou que *“Dessa forma, temos que as aquisições de mercadorias produzidas por terceiros para simples revenda não conferem ao Consulente crédito do imposto, e deverão ser lançados na coluna “Outras” do Registro de Entradas.”*, conforme consta às fls. 71 e 72 dos autos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207090.0005/11-6**, lavrado contra **BMD TÊXTEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$177.205,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologar-se os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR