

A. I. N° - 206833.0003/14-3
AUTUADO - ARCELORMITTAL TUBARÃO COMERCIAL S/A
AUTUANTE - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 18/12/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0274-03/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO PREVISTO NO ART. 1º DO DECRETO N°. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/06/2014, refere-se à exigência de R\$18.879.635,17 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal presumido sobre o valor das entradas das matérias primas correspondente ao serviço de transporte, nos moldes do Decreto nº 7.398/98, no período de junho de 2010 a dezembro de 2012 (Infração 01.04.06)

Em complemento, consta a informação de que o crédito foi considerado indevido tendo em vista o Contribuinte já usufruir de tratamento tributário especial previsto no PROAUTO, o qual concede o diferimento do ICMS nas saídas de matérias-primas destinadas à beneficiária principal do Programa e cujo crédito correspondente é transferido à mesma, conforme procedimentos estabelecidos em regime especial, estando ela subordinada unicamente às regras de tributação desse Programa.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 35 a 56 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e faz um breve relato dos fatos, alegando que o trabalho fiscal padece de flagrantes vícios de motivação, não tendo declinado os fundamentos dos quais decorreria a alegada impossibilidade jurídica da cumulação dos benefícios fiscais, com evidente prejuízo à compreensão dos termos da acusação fiscal e ao exercício do direito de defesa do contribuinte.

Requer a declaração de nulidade da autuação, alegando falta de motivação e cerceamento de defesa. Afirma que o ato administrativo deve se fazer acompanhar de motivação exaustiva acerca dos fatos e fundamentos jurídicos que abonaram a sua edição. Diz que se trata de exigência advinda de um dos mais fundamentais princípios do Direito Público, e o dever de motivação oportuniza a própria concretização dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, abrindo aos interessados a possibilidade de contestar a procedência do entendimento fiscal pela apresentação de razões possivelmente desconsideradas pela autoridade na edição do ato impugnado.

Salienta que no caso concreto, para a fiscalização, o autuado teria agido em desacordo com a legislação estadual, infringindo o art. 117 do RICMS-BA/97 e o art. 49 da Lei 7.014/96, combinado com os arts. 269 e 270 do novo RICMS-BA. Alega que os dispositivos citados cuidam do processo de apuração do imposto pelos contribuintes submetidos ao regime especial de apuração, pelo cotejo entre débitos e créditos regulares de ICMS decorrentes de entradas de mercadorias e insumos. Entretanto, nada dispõe acerca do aproveitamento de créditos fiscais presumidos em face das saídas com diferimento do imposto.

Transcreve os dispositivos citados e diz que a transcrição foi efetuada para enfatizar que os mencionados dispositivos trazem diversas hipóteses de créditos fiscais presumidos de ICMS concedidos pelo Estado, nenhuma relacionada aos créditos utilizados pelo autuado, aplicáveis aos estabelecimentos consumidores de aços planos. Também afirma que não fazem qualquer previsão, ainda que genérica, acerca da suposta incompatibilidade entre o aproveitamento de créditos fiscais presumidos e a realização de saídas com diferimento do imposto.

Afirma que da leitura dos dispositivos invocados em confronto com relatório do auto de infração permite vislumbrar a ausência da delimitação da materialidade dos fatos e dos fundamentos jurídicos a exigir a prática do ato, o que implica não apenas na falta dos requisitos do auto de infração postos no art. 39 do RPAF/BA, implicando evidente prejuízo ao contribuinte e no conhecimento e avaliação do ato impugnado, sendo causa de nulidade, consoante o previsto do art. 18 do RPAF/BA.

Frisa que não se pode pretender sustentar, do ponto de vista jurídico, uma exigência tributária sem que se indique na peça fiscal, de maneira precisa e inequívoca, os fatos e fundamentos que autorizam ou exigem a prática do ato. Requer a declaração de nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, afirma que a questão a ser decidida nos autos consiste em determinar se o autuado faz ou não jus aos créditos fiscais presumidos glosados, instituídos pelo Estado da Bahia por meio do Decreto nº 7.387/98. Diz que o referido decreto estabelece como requisitos ao aproveitamento dos créditos fiscais presumidos por estabelecimento comercial: (i) que o estabelecimento seja equiparado a industrial nos termos da legislação do IPI; (ii) que adquira materiais classificados segundo as posições de NCM-SH autorizadas; (iii) produzidas por usina da mesma empresa ou de empresa interdependente situada em outro estado da federação.

Entende que analisando os requisitos exigidos pela legislação e confrontando-os com a realidade dos fatos, forçoso concluir que a empresa claramente faz jus ao aproveitamento dos créditos presumidos glosados pela fiscalização. Ressalta que o estabelecimento autuado se qualifica como equiparado a industrial, nos termos do art. 11 do RIPI, dado o seu dever de comercializar aços planos produzidos por usina de empresa interdependente. Por isso, afirma que o estabelecimento autuado é contribuinte do IPI. Diz que os aços planos que adquire classificam-se na posição NCM-SH 7209, conforme notas fiscais de aquisição, tendo direito ao crédito fiscal presumido no percentual de 6,5% (limitado ao valor correspondente ao serviço de transporte), nos termos do Anexo Único do Decreto nº 7.387/98.

Também informa que os aços planos foram adquiridos diretamente de usina da ArcelorMittal Brasil S/A, que se qualifica como empresa interdependente, nos termos do art. 612 do RIPI, sendo controladora da ArcelorMittal Tubarão Comercial S/A, com 100% de seu capital social. Diz que o estabelecimento industrial se situa em outro estado da Federação (Santa Catarina), restando preenchidos todos os requisitos para utilização do benefício fiscal.

Afirma que restou demonstrado que faz jus ao benefício fiscal regulamentado pelo Decreto Estadual nº 7.387/98, por se tratar de estabelecimento equiparado a industrial, nos termos da legislação do IPI, e que adquire e comercializa produtos classificados em NCM-SH autorizada. Diz que inexiste qualquer vedação no referido decreto regulamentador do benefício, ao aproveitamento de créditos presumidos quando há posterior saída diferida e não pode a

fiscalização estatuir um requisito adicional não previsto na legislação de regência do benefício, a fim de glosar os créditos aproveitados pelo contribuinte, sob pena de ferir o art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN.

O defensor alega inexistência de base jurídica para a suposta impossibilidade de cumulação do benefício de créditos fiscais presumidos do Decreto 7.387/98 e do diferimento do ICMS nas operações beneficiais pelo PROAUTO. Diz que o incentivo fiscal previsto no referido decreto tem por objeto possibilitar aos estabelecimentos industriais ou equiparados baianos a compensação do custo de transporte do aço adquirido das regiões produtoras de aço por meio de créditos fiscais presumidos de ICMS. Ressalta que a finalidade extrafiscal do incentivo é desonrar as empresas do ramo siderúrgico situadas no Estado da Bahia do custo incorrido no transporte de matérias-primas, como forma de incentivar a indústria de base que faz uso do aço como insumo de produção.

Quanto ao diferimento do ICMS no âmbito do PROAUTO, previsto na Lei 7.537/99 e no Decreto 7.989/01, afirma que além de não ser um benefício fiscal, ostenta finalidade diversa, operando de forma igualmente diferente. Salienta que o diferimento do PROAUTO não tem a finalidade de desonrar o custo do transporte de insumos oriundos de outras unidades da federação para compensar a desvantagem competitiva geográfica do Estado da Bahia, mas sim, a de incentivar o desenvolvimento e a implantação de empreendimentos do setor automotivo, pelo aumento do capital de giro das montadoras.

O autuado assegura que inexiste qualquer óbice à sua conduta, por entender que (i) o diferimento não equivale à isenção ou à não incidência, e (ii) os créditos presumidos não se confundem com os créditos escriturais regulares de ICMS. Diz que o aproveitamento de créditos escriturais regulares de ICMS pressupõe a existência de saídas posteriores que sejam tributadas. Que o comando constitucional não erige qualquer óbice ao aproveitamento dos créditos fiscais presumidos de ICMS, e o diferimento não se confunde com a não incidência. Os fatos geradores continuam a ocorrer, gerando as consequentes obrigações tributárias. A diferença reside na atribuição *ex lege* do dever de recolher o tributo para pessoa diferente daquela que realizou as saídas tributadas, bem como na postergação dos efeitos da incidência (lançamento e pagamento). Lembra que a própria legislação estadual do ICMS é inequívoca no tratamento do diferimento como hipótese de substituição tributária (art. 342 do RICMS-BA/97), e nesse sentido já se manifestou o próprio CONSEF, em diversas oportunidades.

O defensor estabelece a diferença entre créditos regulares de ICMS (não cumulatividade) e créditos presumidos do imposto (benefício fiscal). Afirma que não se poderia defender a legitimidade do estorno dos créditos aproveitados, tendo em vista a distinção entre, de um lado, os créditos escriturais regulares de ICMS e dos créditos fiscais presumidos decorrentes de benefícios fiscal voluntariamente concedidos pelo Estado da Bahia.

Entende que, por se tratar de benefício fiscal, há margem de liberdade do ente concedente na sua configuração e o Estado da Bahia instituiu os créditos presumidos em questão sem condicionar a sua utilização à existência ou não de saídas posteriores tributadas. Impôs apenas, como condição ao aproveitamento dos créditos glosados, os requisitos formais, plenamente preenchidos pelo autuado.

Em relação à multa aplicada, o defensor alega a necessidade de cancelamento da referida multa, alegando violação do princípio constitucional do não confisco tributário. Diz que a multa exigida exorbita em muito a quantia necessária para a realização de sua finalidade sancionatória, assumindo objetivo arrecadatório incompatível com os escopos do Direito tributário.

Sobre a proibição de confisco, cita o art. 150, inciso IV da Constituição Federal e diz que apesar de referir-se a tributo, a norma aplica-se igualmente às multas tributárias, e no caso de excesso, devem ser canceladas, ou reduzidas pelo julgador administrativo ou pelo judiciário. Ressalta que recente decisão do Supremo Tribunal Federal, fixou como limite do não confisco na aplicação de

penalidades tributária o patamar de 25% do valor do tributo. Assim, o defendante requer, em caráter subsidiário, seja a penalidade aplicada no caso concreto, cancelada ou, ao menos, reduzida para o patamar máximo de 25% do valor do imposto, expurgando-se o excesso constitucional.

Por fim, o defendante requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração, por carência de motivação e cerceamento de defesa. No mérito, seja declarada a improcedência integral da autuação. Que sejam reduzidas as penalidades aplicadas, conforme os limites do não confisco assentados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Requer o cadastramento do advogado Eduardo Fraga, OAB/BA N° 10.658, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 115 a 127 dos autos. Após fazer uma síntese dos fatos e das alegações defensivas, salienta que o artigo 117 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, mencionado no Auto de Infração, para o período 01/01/2010 a 31/03/2012, refere-se a contribuinte não obrigado a manter escrituração fiscal, sendo o imposto a recolher calculado pelo regime sumário de apuração. O artigo correto de enquadramento seria o 116, apropriado para contribuintes do sistema normal de apuração. Explica o ocorrido esclarecendo que o enquadramento da infração é feito de forma automática pelo Sistema de Emissão do Auto de Infração (SEAI), sem possibilidade de interferência do autuante no momento da digitação dos dados. Uma vez escolhido o tipo de infração, e informados os valores e data de ocorrência dos fatos geradores, os demais dados são calculados automaticamente, inclusive a informação quanto ao enquadramento. Diz que o § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 7.629 de 1999 prevê a possibilidade de correção de exigências meramente formais, não acarretando nulidade do auto de infração como solicita a Defesa.

Transcreve o mencionado dispositivo regulamentar e informa que retifica o enquadramento da infração do período 01/01/2010 a 31/03/2012, do art. 117 do RICMS/97, para art. 116 do mesmo Regulamento, acrescentando, também, o artigo 96, no qual são previstas as hipóteses de utilização do crédito presumido, bem como o artigo 39 e 49 da Lei do ICMS nº 7.014/96 e art. 63 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999. Informa que os artigos 39 da Lei do ICMS e 63 do RPAF valem também para as infrações do período pós 31/03/2012 e se referem à exigência para o contribuinte cumprir as obrigações acessórias, tendo em vista não haver atendido ao Parecer 6.200/2008 da DITRI, que orienta sobre o estorno do crédito presumido indevido.

Quanto às demais alegações do autuado, relativamente à nulidade da autuação, citando os artigos 49 da Lei 7.014/96 e os artigos 269 e 270 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, referentes ao período posterior a março de 2012, e o artigo 96 do RICMS/97 para períodos até março/2012, que trazem informações sobre as hipóteses em que é possível a concessão do crédito presumido e em nenhuma delas é contemplada essa possibilidade utilizada pelo autuado. Diz que o defendante recorre ao Decreto nº 7.378/98 como motivador da utilização do crédito presumido ora em discussão. Porém, em relação a este dispositivo, no enunciado da infração está devidamente esclarecida a impossibilidade de seu uso tendo em vista ser o crédito previsto nesse Decreto incompatível com a utilização concomitante do sistema de incentivo do PROAUTO. Esclarece que a motivação dessa impossibilidade está devidamente descrita no corpo Infração 01-01.04.06. Diz que embora o autuado argumente que houve cerceamento de defesa e "*flagrantes vícios de motivação*", demonstrou ter plena compreensão das motivações que levaram à autuação, já que apresentou defesa contestando o crédito reclamado.

Em seguida, o autuante faz uma síntese das alegações defensivas quanto ao mérito da autuação e informa que pesquisou profundamente se seria apropriada ou não a lavratura do auto de infração relativo à utilização do crédito fiscal presumido de ICMS que, inclusive, já foi objeto de autuação anterior. Analisou criteriosamente o auto de infração lavrado anteriormente (AI nº 142554,0005/10-6), bem como os procedimentos dele decorrentes, tais como Defesa, Parecer PGE/PROFIS e

Julgamentos fiscais (Acórdão JJF nº 0148-01/11 e CJF 0041/11-12) que resultou na procedência do A.I.. Não totalmente convencido do acerto da autuação, discutiu com diversos órgãos da Secretaria da Fazenda, culminando com consulta formal à Divisão de Tributação (Ditri), que se manifestou através do Parecer nº 12.213/2014, cuja cópia anexou ao presente processo, inclusive para ciência do autuado, para que se pronuncie, caso deseje. Diz que ficou convencido de que não possui razão o autuado quanto à utilização dos créditos presumidos dos quais tem procurado se beneficiar.

Transcreve o art. 1º de seu Parágrafo único do Decreto nº 7.387/98 e o art. 12 de Lei 7.537/99 referente ao Programa Especial de Incentivo ao Setor Automobilístico – PROAUTO e diz que a controvérsia instaura-se quanto ao direito do autuado em utilizar-se de ambos benefícios, representados pelo Decreto nº 7.378/98 e PROAUTO. Sintetiza as premissas em que se fundamenta o defendant para alegar o direito à utilização dos créditos fiscais presumidos e diz que a controvérsia é se o autuado poderia ou não fazer uso concomitante dos dois benefícios.

Informa ser necessário entender as razões que motivaram a instituição do Decreto nº 7.387/98 e que o Parecer Ditri nº 6.100/2008, emitido a pedido do próprio autuado, em 17/07/2008, ilustra de forma clara tal motivação, além de justificar a impossibilidade de uso dos dois benefícios. Diz que o Decreto nº 7.378/98 teve por objetivo possibilitar aos industriais e atacadistas baianos, de forma genérica e não específica, apresentar preços mais competitivos, gerando assim maior receita para o próprio Estado, inclusive a partir do incremento das vendas internas a pequenas e médias empresas que não possuem cotas junto às usinas produtoras de aços planos.

Diz que o autuado aproveitou-se de um decreto, cujo implemento visava alcançar outra modalidade de contribuinte e não o autuado, que foi beneficiado por outro benefício, o PROAUTO, estando a ele subordinado. Com relação à inexistência de disposição expressa nos dois programas de incentivo fiscal negando a utilização dos créditos presumidos, volta a citar as informações constantes no Parecer Ditri nº 6.100/2008. Frisa que além do referido Parecer, cabe a reprodução de outro Parecer Ditri nº 12.213/2014, emitido em 30/05/2014 (cuja cópia anexou ao presente processo), em resposta à consulta formulada pelo autuante, na qual apresentou questões que incluem argumentos da defesa contra a autuação anterior. Reproduz na íntegra o mencionado Parecer, com o objetivo de elucidar as dúvidas à questão presente.

Ressalta que o autuado, ao utilizar-se dos créditos fiscais presumidos, utiliza-se de créditos de mesma natureza e sob condições equivalentes. Diz que o "Crédito Presumido" do Dec. 7.378/98, bem como o "Crédito Fiscal" do Dec. 7.989/01 têm por direcionamento e alcance, dentre outros, "as entradas de matérias-primas" e os "Serviços de Transportes", ambos de mesma natureza, caracterizando uma duplicidade de incentivo, o que seria, inclusive, injusto para com as demais sistemistas fornecedoras da Ford que também importam de seus estabelecimentos, ou de terceiros, localizados em outros Estados e não estão cobertos por benefícios equivalentes.

Entende que mesmo sem vedação expressa da Legislação Estadual que impeça o autuado de utilizar cumulativamente ambos os incentivos, este impedimento decorre, também, quando da utilização de outras formas de interpretação do direito tributário, a teleológica, lógica e sistemática, as quais aplicam-se aos dispositivos legais já citados, que leva a irrefutável conclusão de que ambas versam sobre o mesmo objeto, não obstante, direcionadas a atividades econômicas distintas - uma para quem adquire aços planos para comercialização em geral (Dec. 7.378/98), e a outra para atividades relacionadas à fabricação de veículos automotores (Lei 7.537/99 e Dec. 7.989/01).

Comenta sobre a interpretação teleológica e sobre interpretação sistemática e diz que a finalidade os fundamentos e a harmonização de ambas as normas já foram exaustivamente descritas nas linhas anteriores e nos esclarecedores pareceres da DITRI, destacando a harmonização que existe entre os dois decretos exatamente por regulamentar benefícios equivalentes, direcionados a atividades econômicas distintas.

Quanto ao argumento do autuado de que o PROAUTO não é um sistema de benefício fiscal, mas sim um mero sistema de postergação de responsabilidade e cobrança de imposto, observa que para ele o sistema é sim um benefício fiscal. O autuado, na medida em que dá saída com diferimento para a Ford, deixa de incluir no preço de venda tanto o valor do imposto inclusivo no preço da mercadoria quando da entrada, como o que agrega no momento da saída, reduzindo com isso o custo final. E tendo em vista que o valor do ICMS creditado no momento da entrada é integralmente recuperado, e sem deságio, junto à Ford, conforme Decreto nº 7.989/2001 para o autuado torna-se um benefício maior que a própria isenção ou não incidência, já que não há qualquer impedimento quanto ao crédito, o que de regra, não acontece quando a saída seguinte é isenta ou não-tributável, vez que o imposto inclusivo no preço da aquisição no momento da compra não pode ser creditado, salvo exceções. Em termos fiscais, diz que o PROAUTO é um benefício sim também como sistema, sob o ponto de vista global, vez que a Ford tem direito a um crédito presumido no momento das vendas, no valor correspondente ao valor do imposto que deveria ser recolhido, além dos incentivos de natureza financeira, conforme artigo 1º da Lei 7.025/97.

Em referência ao porcentual da multa aplicada, informa que foi aplicada conforme previsão legal (art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei 7.014/96), não cabendo ao autuante discutir a respeito. Diz que o ato do creditamento indevido em si, já enseja a referida multa por descumprimento de obrigação acessória e desde que o valor fosse estornado de forma voluntária ou por determinação do fisco e que não houvesse importado em falta de recolhimento do imposto. Ressalta que não há como obrigar o autuado a estornar o crédito fiscal considerado pelo fisco como indevido a não ser por meio de autuação. Que além de não acatar a notificação expressa no Parecer, o defensor continuou se creditando sendo, por isso, autuado.

Menciona que a presente autuação já foi motivo de auto anterior, o de nº 142554.0005/10-6, que foi julgado procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0148-01/11) e pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0041-11/12), com opinativo no mesmo sentido da PGE/PROFIS, cujas cópias anexou ao presente processo. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defensor se manifestou às fls. 168 a 181. Após fazer uma síntese dos fatos, afirma que a fiscalização reconheceu o preenchimento integral, pelo contribuinte, dos requisitos do Decreto nº 7378/98 para o aproveitamento dos créditos presumidos. Igualmente, reconheceu a inexistência de dispositivo expresso na legislação estadual vedando a cumulação do benefício fiscal com o regime de diferimento do PROAUTO. Não obstante, o autuante pugna por uma interpretação teleológica do benefício fiscal, requerendo o reconhecimento da procedência da peça acusatória.

Faz um resumo dos argumentos apresentados pelo autuante e diz que a abordagem utilizada, longe de legitimar as exigências fiscais, acabam por demonstrar sua cabal improcedência, evidenciando a inexistência de qualquer base legal para o estorno dos créditos aproveitados pelo contribuinte, consubstanciando-se a acusação fiscal em atuação vedada pelos “princípios da legalidade e da vinculabilidade da tributação”. Diz que na impugnação, suscitou, em sede preliminar, a nulidade do auto de infração, nos termos do art. 18, II e IV, ‘a’, do RPAF/BA, por carência de motivação e cerceamento de defesa, não tendo a fiscalização indicado com precisão os fundamentos jurídicos a exigir a prática do ato, com evidente prejuízo à autuada no conhecimento e avaliação do seu conteúdo.

Ressalta que no relatório fiscal (doc. 03 da impugnação), o fisco pretendeu sustentar a acusação com base em suposta impossibilidade da cumulação dos créditos fiscais presumidos com o regime de diferimento do PROAUTO. Entende que os dispositivos invocados na capitulação da infração não guardavam qualquer vinculação com a matéria tratada, não servindo de amparo ou esclarecendo os termos da acusação fiscal. Diz que o autuante, em sua informação, reconheceu a absoluta falta de pertinência dos dispositivos citados, procedendo à completa reformulação do

enquadramento da infração (fl. 117). Que a nova capitulação da infração, contudo e por igual, não traz qualquer esclarecimento acerca da suposta impossibilidade do aproveitamento dos créditos fiscais presumidos ante a realização de saídas com diferimento do imposto. Entende que a retificação do enquadramento da infração, se não expressa a falta de motivação (requisito de formalização – art. 39, do RPAF/BA) da autuação, acaba por denotar a absoluta falta de base legal da acusação fiscal.

Afirma que a falta da delimitação clara e inequívoca da materialidade dos fatos e dos fundamentos jurídicos da autuação não é equívoco meramente formal (art. 18, § 1º, do RPAF/BA), como quer o preposto fiscal, mas implica em evidente prejuízo ao conhecimento e avaliação do conteúdo da autuação – causa de sua nulidade, *ex vi* do art. 18, do RPAF/BA. Reitera o pedido para declaração da nulidade da autuação, assegurando que a questão não é de mera formalidade, mas de respeito ao comando constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CR/88), vetores inafastáveis do devido processo legal.

O defendente alega inexistência de base jurídica para a impossibilidade de utilização cumulativa dos regimes fiscais. Diz que faz jus ao benefício fiscal regulamentado pelo Decreto Estadual nº 7.387/98, por se tratar de estabelecimento equiparado a industrial, nos termos da legislação do IPI, que adquire e comercializa produtos classificados em NCM-SH autorizada, produzido por usina pertencente a empresa interdependente e situada em outro estado da Federação. Entende que o decreto regulamentador do benefício fiscal não trouxe qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos presumidos quando o beneficiário realiza saídas alcançadas por regime de diferimento do ICMS. Por igual, tal vedação não foi trazida pela Lei nº 7.537/99 (PROAUTO) ou por qualquer outro instrumento normativo na legislação estadual. Que o Estado da Bahia impôs, como condições à utilização dos créditos presumidos, apenas os requisitos formais acima indicados (equiparação a industrial, bens com classificação NCM-SH autorizada, fornecedor interligado em outro ente da Federação), os quais, como demonstrado, foram integralmente satisfeitos pelo autuado. Que a restrição não se justifica em face do preceito contido no art. 155, § 2º, II, da CF/88 e no art. 20, II, § 3º, da LC 87/96.

Também alega que a não incidência intercalar do imposto não foi invocada, de todo modo, pela acusação fiscal, não podendo ser suscitada, sob pena de infringência ao art. 146, do CTN, que impede a modificação dos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento. Diz que o preposto fiscal, com a finalidade de sustentar a impossibilidade da cumulação dos regimes fiscais, avocou os fundamentos dos pareceres da DITRI nº 6.100/2008 e 12.213/2014. Entende que tal interpretação não se justificaria, sob a perspectiva da finalidade alvejada pelo benefício fiscal, a permissão à utilização, pela autuada, dos créditos presumidos, vez que esta já acumularia créditos regulares de ICMS em razão da realização de saídas alcançadas pelo diferimento do imposto. Vale dizer, a acumulação, na escrita fiscal do contribuinte, de créditos escriturais regulares e presumidos (não compensados pela ausência de débito do imposto diferido nas saídas), provocaria uma vantagem competitiva desarrazoada, incompatível com a finalidade extrafiscal do benefício. No caso, não se justificaria a preocupação do legislador em reduzir o preço do produto pela concessão de créditos presumidos.

Apresenta o entendimento de que, ainda que a restrição intentada pelo fisco concordasse com a finalidade alvejada pelo benefício fiscal, a falta de previsão expressa na legislação impediria a sua realização pela fiscalização, em razão do princípio da legalidade que, em sede de Direito Público, apresenta-se como completa submissão da Administração à lei (*atuação secundum legem*, nunca *contra legem* ou *preter legem*). Diz que a assertiva assume maior relevo por se tratar de lançamento tributário, ato administrativo plenamente vinculado (art. 3º, CTN), que não comporta qualquer margem de discricionariedade ou margem de apreciação do aplicador na verificação da correspondência entre o conceito da hipótese de incidência da norma tributária e o conceito do fato. Que não pode a fiscalização intentar integrar a legislação tributária a partir de critérios de distinção não previstos em lei, ainda que eventualmente ligados à finalidade legal.

Destaca, ainda, que o art. 111, do CTN prescreve a interpretação literal dos benefícios fiscais e, conquanto a interpretação literal não se confunda com a interpretação gramatical ou filológica, não pode servir de estribo a uma interpretação restritiva ou expansiva do âmbito de incidência dos benefícios fiscais, conforme o resultado esperado pela fiscalização. Conclui que, em vista da falta de indicação pela fiscalização da base legal a autorizar a distinção praticada por meio da autuação, reitera os pedidos deduzidos na Impugnação, requerendo a declaração da improcedência da autuação e o consequente cancelamento da integralidade das exigências fiscais.

Prosseguindo, o defendant alega falta de pertinência entre a medida distintiva adotada e a finalidade do benefício fiscal. Violação ao princípio da igualdade; falta de correspondência entre os objetos dos regimes fiscais em comparação. Diz que o fato de vender aço exclusivamente para a Ford, em saídas alcançadas pelo diferimento do imposto do PROAUTO, não se afigura relevante para fins de determinação da aplicabilidade do benefício fiscal do Decreto nº 7.378/98. A primeira e fundamental razão para tanto é a falta de previsão legal de tal critério distintivo. A segunda razão reside em que, ainda que se pudesse fazer tabula rasa do princípio da legalidade, a restrição pretendida não se harmonizaria com o fim extrafiscal do benefício fiscal em questão – ao contrário do arrazoado pelo preposto fiscal em sua informação.

Entende que, ao contrário do que foi pressuposto pelo raciocínio fiscal, a acumulação de créditos do imposto decorrente da utilização dos regimes fiscais repercute apenas na escrita contábil do autuado, não lhe ocasionando um maior benefício econômico ou um desagravamento sobre as saídas realizadas para a Ford. A acumulação dos créditos (créditos regulares + créditos presumidos) não compensados (pela falta de destaque do imposto diferido nas saídas para a Ford) repercute no preço cobrado do adquirente, reduzindo-o. Afirma que a postergação do momento da incidência do ICMS sobre as vendas realizadas pelo defendant é medida que não repercute nos resultados por ele percebidos. A única repercussão é indireta e é percebida pela Ford, em razão do aumento de seu capital de giro: o ICMS que estaria embutido no preço de aquisição dos insumos é pago apenas no momento das saídas que realiza.

Alega, ainda que não se pode pretender sustentar a equivalência dos regimes fiscais por meio comparação de seus efeitos econômicos - que são absolutamente distintos: os créditos presumidos promovem um desagravamento da cadeia produtiva, favorecendo o setor industrial e atacadista (aço) no Estado da Bahia, pela neutralização de benefícios fiscais semelhantes concedidos em outros Estados da Federação; lado outro, o regime de diferimento do ICMS visa incentivar investimentos do setor automobilístico no Estado, pela facilitação da aquisição de insumos e o aumento do seu capital de giro. Afirma que são indiscutíveis as diferenças entre os regimes fiscais em comparação, tanto seus objetos (finalidades) quanto efeitos econômicos.

Também ressalta que a adoção do fato da realização de saídas com diferimento como critério distintivo para delimitação da abrangência do benefício fiscal, ao invés de proteger-lhe a finalidade, acabaria por negar-lhe eficácia, impedindo o aproveitamento dos créditos fiscais por empresa que cumpre todos os requisitos para sua utilização, prejudicando-a na concorrência com contribuintes de outros Estados amparados por benefícios semelhantes.

Outro argumento apresentado pelo defendant é quanto à necessidade da recomposição da conta gráfica para apuração do crédito tributário eventualmente devido, citando o art. 26 da Lei 7.014/96. Diz que o autuante alegou que no momento do lançamento, não deveria ter sido feita a recomposição da “conta corrente”, vez que: (i) o contribuinte já estava ciente, em virtude do Parecer DITRI nº 6100/2008, que deveria efetuar o estorno dos créditos; (ii) somente o contribuinte pode escriturar seus livros fiscais. Entende que nenhuma dessas razões afasta a obrigação legal do fisco de calcular o montante devido no momento do lançamento (art. 142 do CTN), o que, em casos que lidam com alegações de aproveitamento indevido de créditos de ICMS, implica indubitavelmente na obrigação de recompor a conta gráfica, pelo confronto de créditos e débitos do período de apuração, na forma do art. 20 da LC nº 87/96. Frisa que já foi assentado na

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a presunção de legitimidade do lançamento não afasta o dever do Fisco de demonstrar a metodologia seguida para fixar o montante devido.

Assegura que à luz da jurisprudência citada, reforça-se a certeza de que, no contexto fático apresentado, trata-se, a bem da verdade, de hipótese de cancelamento do débito em virtude de nulidade do auto de infração, em respeito ao que dispõe os incisos II e IV, “a”, do art. 18 do Decreto Estadual 7.629/99. Que no mesmo caminhar, como podem estar sendo cobrados multa e juros de mora sobre o valor do crédito. Pergunta: 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?

Reafirma a necessidade de cancelamento da multa aplicada, senão por atipicidade, por violação do princípio do não confisco (art. 150, IV, CR/88). Diz que a multa quantificada em 60% do valor do imposto, exorbita em muito a quantia necessária para a realização de sua finalidade sancionatória, assumindo um objetivo arrecadatório incompatível com os escopos do Direito Tributário Penal. Comenta sobre a proibição de confisco, ressaltando que se deve atentar para recente decisão do Supremo Tribunal Federal, assentando como limite do não confisco na aplicação de penalidades tributárias o patamar de 25% do valor do tributo. Requer, em caráter subsidiário, seja cancelada a penalidade aplicada no caso concreto ou, quando menos, reduzida, para o patamar máximo de 25% do valor do imposto, expurgando-a do excesso inconstitucional.

Por fim, reitera o pedido de reconhecimento da integral improcedência da autuação, reafirmando que cumpre todos os requisitos para o aproveitamento dos créditos fiscais presumidos glosados, não havendo na legislação estadual qualquer óbice à sua conduta autuada em razão da realização de saídas alcançadas pelo deferimento do imposto do PROAUTO.

O autuante prestou a segunda informação fiscal às fls. 184 a 186. Esclarece que a segunda defesa foi apresentada em razão de ter sido acrescentado ao presente processo cópia do Parecer Ditri nº 12213/14, respondendo a questionamentos feitos pelo autuante, e as correções efetuadas quanto ao enquadramento da infração, no decorrer da informação fiscal anterior, sendo solicitado que fosse dado conhecimento ao deficiente para que se manifestasse a respeito. Entretanto, além de se pronunciar sobre os itens para os quais foi dado vista, o fez também em relação ao restante da Informação Fiscal, motivando assim a segunda informação fiscal.

Em relação à preliminar de nulidade, informa que foram efetuadas as devidas correções quanto ao enquadramento da infração e acréscimo de dispositivos legais cabíveis, com base no art. 18, § 1º do RPAF/BA e, para que não se tornem repetitivos os argumentos já expostos, confirma as considerações apresentadas na informação fiscal anterior à folha de nº 117 do PAF, considerando-as como transcritas.

Quanto ao argumento defensivo de inexistência de base jurídica para a autuação fiscal, o autuante diz que já se manifestou sobre tal fato, conforme fls. 121 a 125 do PAF, e novamente adota tal relatório como se estivesse transcrito na segunda informação fiscal.

Sobre a repercussão apenas contábil decorrente da utilização dos créditos presumidos, esclarece que, a utilização dos créditos presumidos repercute apenas na escrita contábil, conforme afirma a Defesa, somente num primeiro momento, porque, em futuro próximo, poderá requerer a transferência de tais créditos a outro contribuinte, com base no art. 108-A do RICMS/97, ou art. 317 do RICMS de 2012. E o regime de deferimento já concede ao autuado redução do preço de venda de seus produtos, na medida em que não embute no mesmo o ICMS que seria devido. Para a destinatária Ford, isto significa sim redução de custo, na medida em que pela sistemática do PROAUTO a Ford tem direito a um crédito presumido no valor correspondente ao valor do imposto que deveria ser recolhido pelas vendas efetuadas. O impedimento quanto ao aproveitamento dos créditos não prejudica o autuado em termos de concorrência com contribuintes de outros Estados porque o caso dele é específico, pois faz parte de um sistema

particular de produção e venda à Ford, caracterizado pelo benefício do PROAUTO. E não existe no sistema qualquer outra empresa que se utilize de benefício semelhante a que pretende o autuado. E se tal benefício fosse-lhe concedido, aí sim estaria havendo uma diferenciação arbitrária, já que outros fornecedores não dispõem de semelhante incentivo.

Quanto ao argumento defensivo de que deveria ter sido efetuada recomposição da conta gráfica e da confiscabilidade da multa aplicada, diz que já se manifestou à fl. 126 do PAF, nada havendo a acrescentar. Conclui afirmando que não vê razões para declaração de nulidade do AI e nem que seja atendido o pedido de diligência fiscal para fins de recomposição da conta gráfica e pede a procedencia do presente Auto de Infração.

Para a sessão de julgamento o defendant apresentou Memorial reiterando os argumentos defensivos e todos os pedidos, requerendo improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O defendant requereu a declaração de nulidade da autuação, alegando falta de motivação e cerceamento de defesa. Afirma que houve equívoco na citação dos dispositivos considerados infringidos. Que os referidos dispositivos trazem diversas hipóteses de créditos fiscais presumidos de ICMS concedidos pelo Estado, nenhuma relacionada aos créditos utilizados pelo autuado, aplicáveis aos estabelecimentos consumidores de aços planos.

Conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”. Por outro lado, quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção.

Na informação fiscal o autuante disse que o artigo correto de enquadramento seria o 116, apropriado para contribuintes do sistema normal de apuração. Explicou o ocorrido comentando sobre o Sistema de Emissão do Auto de Infração (SEAI), esclarecendo que no mencionado sistema inexiste possibilidade de interferência do autuante no momento da digitação dos dados. Retificou o enquadramento da infração referente ao período 01/01/2010 a 31/03/2012, do art. 117 do RICMS/97 para art. 116 do mesmo Regulamento, acrescentando, também, o artigo 96, no qual são previstas as hipóteses de utilização do crédito presumido, bem como o artigo 39 e 49 da Lei do ICMS nº 7.014/96 e art. 63 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Apesar da falha quanto aos dispositivos considerados infringidos, fato reconhecido pelo autuante, atribuindo ao Sistema de Emissão Informatizada de Auto de Infração - SEAI, o sujeito passivo, em sua impugnação, descreveu os fatos e se defendeu plenamente, demonstrando ter conhecimento do que foi acusado e não foi constatado prejuízo ao seu direito de defesa e ao contraditório.

Quanto aos fatos, estes foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, constando nos autos recibo assinado por representante do autuado, comprovando que foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente a irregularidade apurada.

O autuante esclareceu o equívoco e disse enquadramento da irregularidade apurada, que considera correto, tendo o defendant tomado conhecimento da informação fiscal. Dessa forma, considero superado o questionamento apresentado pelo defendant e rejeito a preliminar de nulidade, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados

consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal presumido sobre o valor das entradas das matérias primas, nos moldes do Decreto nº 7.398/98, período de junho de 2010 a dezembro de 2012, constando a informação de que o crédito foi considerado indevido pela fiscalização, tendo em vista o Contribuinte já usufruir de tratamento tributário especial previsto no PROAUTO, o qual concede o diferimento do ICMS nas saídas de matérias-primas destinadas à beneficiária principal do Programa e cujo crédito correspondente é transferido à mesma, conforme procedimentos estabelecidos em regime especial, estando ela subordinada unicamente às regras de tributação desse Programa.

O ICMS é um imposto não cumulativo, devendo-se abater do que for devido em cada operação ou prestação o montante cobrado nas operações ou prestações posteriores (art. 155, § 2º, I da CF), ou seja, em relação às entradas ou aquisições de mercadorias ou aos serviços tomados deve ser utilizado o respectivo crédito fiscal, compensando-se do que for devido em cada operação ou prestação realizada pelo contribuinte.

O crédito presumido consiste em substituir todos os créditos passíveis de serem apropriados em razão da entrada ou aquisição de mercadorias ou aos serviços tomados, por um determinado percentual relativo ao imposto debitado por ocasião das saídas de mercadorias ou prestações de serviço. Dessa forma, o Regulamento do ICMS prevê situações em que são concedidos créditos presumidos desse imposto para fins de compensação com o tributo devido em prestações ou operações subsequentes e de apuração do tributo a recolher, implicando em determinados casos, vedação do aproveitamento de quaisquer outros créditos.

Conforme relatado pelo autuante e alegado pelo defensor, a questão a ser decidida no presente processo consiste em determinar se o autuado faz jus ou não aos créditos fiscais presumidos, glosados pela fiscalização, instituídos pelo Estado da Bahia por meio do Decreto nº 7.387/98, ou seja, a controvérsia instaurada reside na possibilidade ou não de o autuado utilizar o crédito presumido previsto no Decreto Estadual 7.378/98 convivendo com o benefício do diferimento instituído pela Lei nº 7.537/99, que institui o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia – PROAUTO.

O autuado alegou que faz jus ao benefício fiscal regulamentado pelo Decreto Estadual nº 7.387/98, por se tratar de estabelecimento equiparado a industrial, nos termos da legislação do IPI, e que adquire e comercializa produtos classificados em NCM-SH autorizada. Disse que não há qualquer vedação no referido decreto que regulamentou o benefício, ao aproveitamento de créditos presumidos quando há posterior saída diferida.

Na informação fiscal autuante esclareceu que o defensor recorre ao Decreto nº 7.378/98 como motivador da utilização do crédito presumido ora em discussão, porém, no enunciado da infração está devidamente esclarecida a impossibilidade de seu uso tendo em vista ser o crédito previsto nesse Decreto incompatível com a utilização concomitante do sistema de incentivo do PROAUTO.

O Decreto Estadual nº 7.378/98 estabeleceu a possibilidade de o estabelecimento industrial consumidor de aços planos utilizar crédito fiscal presumido sobre o valor das entradas das matérias primas classificadas nas posições da Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado (NCM-SH) indicadas no referido decreto, estando previsto que esse crédito presumido também se aplique 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.

Decreto nº 7.378/98:

"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 industria 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."

Quanto ao fato de o autuado ser um estabelecimento equiparado a industrial, conforme alegado em sua defesa, razão pela qual entende que faz jus ao benefício fiscal, o autuante não desconhece tal condição, tendo informado que o crédito presumido e o PROAUTO estão direcionados a atividades econômicas distintas: para quem adquire aços planos para comercialização em geral (Dec. 7.378/98), e para atividades relacionadas à fabricação de veículos automotores (Lei 7.537/99 e Dec. 7.989/01).

Neste caso, entendo que o autuado na condição de sistemista Ford, sendo um 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:

PROAUTO, Lei nº 7.537/99:

"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."

Observa-se 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, considerando que realiza, apenas, operações de saídas com destino ao complexo Ford. Dessa forma, entendo que não é correto o defendente acumular crédito decorrente de outro benefício, no caso, o crédito fiscal presumido previsto no Decreto nº 7.378/98, haja vista que, sendo um fornecedor exclusivo da Ford, realizando operações de saídas amparadas com o diferimento do ICMS, é correto entender-se que não há que se falar em fruição do benefício previsto no Decreto nº 7.378/98,

Vale salientar que a finalidade do benefício fiscal é desonrar as empresas situadas no Estado da Bahia, de modo a incentivar a industrialização local. No caso do crédito fiscal presumido e o próprio benefício do PROAUTO apresentam essa finalidade de incentivar a industria local, por isso, acompanho o entendimento constante no Parecer nº 6100/2008 (fls. 132/134 dos autos) da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, abaixo reproduzido parcialmente:

"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.”

Vale salientar, que após o defendant ter sido notificado do teor da resposta oferecida pela Diretoria de Tributação à consulta realizada, conforme Parecer nº 6100/2008, com a concessão do prazo de 20 (vinte) dias para se adequar ao entendimento manifestado, se o impugnante não acatou o entendimento constante na resposta apresentada no referido Parecer, mantendo em sua escrituração fiscal os referidos créditos na sua integralidade, só restou à Fiscalização lavrar o Auto de Infração competente para cobrar o imposto devido, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Neste caso, não é acatada a alegação defensiva quanto à necessidade de recomposição da conta corrente, mediante diligência fiscal, tendo em vista que o contribuinte deveria encriturar seus livros fiscais corretamente. Também apresento o entendimento de que o autuante não poderia obrigar o autuado a estornar o crédito fiscal que entende como legítimo, ressaltando-se que o lançamento do crédito fiscal indevido na escrita fiscal importa inicio de sua utilização, mesmo que não haja débito em contraposição, e não há necessidade de apurar se houve repercussão econômica. Ressalto que este posicionamento já se encontra pacificado no âmbito deste CONSEF, conforme se pode constatar no Acórdão CS Nº 0039-21/09. Portanto, com fulcro no art. 147, II, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência formulado pelo defendant, no sentido de que fosse realizada a recomposição da conta corrente fiscal.

O defendant alegou que a multa aplicada deve ser cancelada, senão por atipicidade, por violação do princípio do não confisco (art. 150, IV, CR/88). Diz que a multa quantificada em 60% do valor do imposto, exorbita em muito a quantia necessária para a realização de sua finalidade sancionatória, assumindo um objetivo arrecadatório incompatível com os escopos do Direito Tributário Penal.

Sobre o mencionado argumento defensivo de que a multa aplicada é exorbitante e confiscatória, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a

irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do citado RPAF-BA/99.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206833.0003/14-3**, lavrado contra **ARCELORMITAL TUBARÃO COMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.879.635,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA