

A. I. Nº. - 207140.0004/21-6
AUTUADO - OXITENO NORDESTE S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - DAT/METRO - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22/12/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-03/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. IMPOSTO CREDITADO A MAIOR QUE O VALOR DEBITADO PARA A MESMA MERCADORIA. MULTA. O contribuinte deve estornar o crédito fiscal, quando verificar que o valor creditado é maior que o imposto debitado referente a aquisição de mercadorias entradas no estabelecimento, oriunda de industrial que goza de incentivo fiscal concedido por este Estado. A escrituração do crédito fiscal não implicou efetiva utilização do mesmo já que foi escriturado, mas não foi efetivamente utilizado, não tendo implicado redução total ou parcial do valor a ser pago. Aplicação da multa de 60%. Autuado não logra êxito em ilidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Não deferida diligência solicitada. Negado pedido de exclusão de juros moratórios aplicados. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2021, exige crédito tributário no valor de R\$10.107.309,91, pela constatação da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 001.005.031 – o contribuinte deixou de efetuar o estorno do crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias entradas no estabelecimento, oriunda de industrial que goza de incentivo fiscal concedido por este Estado, quando se verificar que o valor deste imposto creditado é maior que o imposto debitado, nos meses de janeiro a novembro de 2019. Obteve-se o valor do estorno, da diferença entre ambos, considerando as operações de entradas e saídas subsequentes da mesma mercadoria, não tendo havido repercussão na falta ou recolhimento a menos do imposto, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Consta tratar-se de operações de entradas de mercadorias provenientes da empresa OLEOQUÍMICA, que tem aprovação técnica para fruição do incentivo do Programa Desenvolve, cujas saídas posteriores ocorreram com débito fiscal inferior ao crédito fiscal registrado, tendo o adquirente deixado de estornar o crédito fiscal correspondente ao valor que excedeu ao imposto devido, na saída da mesma mercadoria, violando o art. 312, inciso V, do RICMS/2012, tendo sido aplicada a multa de 60% sobre o valor do estorno devido, sem prejuízo do contribuinte realizar o estorno em sua escrita fiscal.

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.29/48, através de advogados, procuração fl. 63/66. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal.

Diz que, vem apresentar impugnação contra a exigência consubstanciada no auto de infração em epígrafe, e conforme demonstrará, a exigência é insustentável, razão pela qual se vale da presente defesa, visando o cancelamento do crédito tributário exigido indevidamente.

Afirma que a disciplina do ICMS está contida no art. 155 da Constituição Federal, para invocar a não cumulatividade do imposto. Aduz que se extrai do comando constitucional o direito inquestionável ao crédito resultante de operação anteriormente tributada, por respeito à regra

constitucional da não-cumulatividade.

Explica que pela sistemática da não-cumulatividade do ICMS, embasada na regra constitucional, os débitos são compensados com créditos relativos às incidências anteriores. Invoca ensinamentos do mestre Geraldo Ataliba, citado por Heron Arzua, concluindo que a citada regra se constitui num sistema operacional com o objetivo de minimizar o impacto do tributo sobre os preços dos bens. Logo, a sua inobservância tornaria os bens mais onerosos, e, consequentemente, resultaria num grande prejuízo no processo industrial e comercial. Destaca a posição do jurista Ulhôa Canto, acerca do direito ao crédito do imposto.

Conclui ter direito incontrastável de reduzir o montante a ser por ele recolhido em consequência da operação de que resulta a saída por ele promovida, mediante abatimento desse montante, da totalidade do ICMS pago no mesmo período, por aqueles outros contribuintes que lhe forneceram mercadorias ou matérias primas tributadas. Nesse sentido é a jurisprudência do STF, que considerou inconstitucionais leis de Estados que por diferentes razões e através de diversos caminhos pretenderam restringir ou reduzir os totais abatíveis (entre outros, Recurso Extraordinário 79.687, RE 70212, e RE 70.210 de 12.09.1975).

Acrescenta que as regras de restrição ao crédito estão fixadas no artigo 155, § 2º, II, da Constituição Federal, conforme reproduz. Assim, diz que apenas nas hipóteses de isenção ou não-incidência será vedada a apropriação do crédito de ICMS, nos termos do que dispõe, expressamente, a Constituição Federal vigente. Portanto, diz que com base na regra constitucional, é possível observar, que não há qualquer mácula no procedimento por ele adotado, sendo improcedente a limitação ao crédito fixada pela autoridade administrativa no lançamento, exigindo incorretamente o estorno proporcional, já que não houve saída subsequente de mercadorias com isenção ou não incidência, pelo contrário, como apurado pela própria Fiscalização, as mercadorias saídas do seu estabelecimento foram tributadas pela alíquota interestadual aplicável.

Além disso, no campo da legislação infraconstitucional, também não há que se falar em qualquer mácula no crédito apropriado. Ou seja, o procedimento perpetrado pela fiscalização não encontra amparo legal na Lei Complementar nº 87/96 ou na própria Lei Estadual nº 7.014/96. Cita o art. 21 da Lei Complementar 87/96, que estabelece as hipóteses de estorno. Acrescenta o art. 30 da Lei nº 7.014/96, que trata do mesmo tema.

Apresenta entendimento, que a hipótese extraída no art. 312, V, do RICMS/BA, que embasa a presente autuação, não encontra correspondente na Lei Complementar ou na própria Lei do ICMS do Estado da Bahia, não havendo tampouco, permissivo legal para criação de outras hipóteses no exercício do poder regulamentar.

Assim, frisa que não há embasamento na Constituição Federal, Lei Complementar ou na própria Lei do ICMS do Estado da Bahia que possa fundamentar a exigência do estorno proporcional do crédito de ICMS nas aquisições de contribuinte industrial que tiver obtido aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado, no valor que excede ao imposto devido na saída subsequente da mesma mercadoria.

Aponta a necessidade de intentar-se ao fato, de que o poder regulamentar conferido ao Poder Executivo tem o condão de apenas complementar e regular as Leis de modo a facilitar a sua efetiva aplicação no mundo fático. Assim, qualquer ato emanado do Poder Executivo que altere e/ou extrapole dispositivo legal que não o autorize expressamente a fazê-lo, estará violando o Princípio Constitucional da Separação do Poderes, previsto no art. 2º da CF/88, além, do Princípio da Legalidade. Firmadas tais premissas, aduz que não pode prosperar a limitação do direito de crédito estabelecida pela autoridade administrativa no lançamento fiscal, sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade tributária, bem como, em razão da regra da não cumulatividade.

Assevera que ainda que se admita, por hipótese, a legalidade da vedação estabelecida no art. 312, V, do RICMS/BA, que embasa a presente autuação, deve ser observada existência de legislação superveniente que convalidou a “ilegalidade” apurada pela autoridade administrativa.

Explica que a fiscalização fez a interpretação isolada do dispositivo contido no art. 312, V, do RICMS/BA, sem observar que, de forma superveniente, sobreveio a Lei Complementar nº 160/2017, estabelecendo a convalidação, bem como a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, com base na fruição de diversos incentivos, dentre eles o do Desenvolve, de titularidade do fornecedor da Impugnante, o qual ensejou a presente Autuação. Em complemento, foi aprovado o Convênio ICMS nº 190/2017, o qual, entre outras medidas, além de convalidar o benefício fiscal do Desenvolve, promoveu a remissão sob qualquer forma do benefício ou incentivo, condição ou denominação, do qual resulte, direta ou indiretamente, a exoneração, dispensa, redução, eliminação, total ou parcial, do ônus do imposto devido na respectiva operação ou prestação, mesmo que o cumprimento da obrigação vincule-se à realização de operação ou prestação posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro. Reproduz os referidos Convênios.

Sobre a questão, destaca que o Estado da Bahia é signatário do Convênio em referência, ou seja, não pode ser ignorada a aplicação da norma superveniente no caso concreto, em interpretação sistemática dos demais dispositivos legais aplicáveis.

Além disso, entende ser inequívoco que a norma contida no art. 312, V, do RICMS/BA, em que pese sem respaldo legal na Lei nº 7.014/96 do próprio Estado da Bahia, pretende limitar o benefício fiscal indireto obtido pelo contribuinte que adquire mercadoria de fornecedor beneficiário do Desenvolve, no que ultrapassar o limite da carga tributária incidente na saída subsequente comercial, em razão da renúncia pelo Estado, do ICMS debitado pelo contribuinte incentivado na origem. Referida situação acaba produzindo efeito contrário ao pretendido pelo Desenvolve, uma vez que promove a desigualdade entre eventuais fornecedores que não sejam “beneficiários” do Incentivo, e fornecedores “beneficiários” deste, estimulando os adquirentes das mercadorias a adquiri-las de fornecedores que não gozam do benefício, afastando assim, o estorno do crédito pretendido pelo Estado.

Todavia, de forma superveniente, o próprio Estado da Bahia aderiu a regra do Convênio ICMS nº 190/2017, estabelecendo a remissão do benefício fiscal acima referido, cuja norma, expressamente, abrangeu toda e qualquer operação, mesmo que a obrigação se vincule à realização de operação ou prestação posterior, ou ainda, a qualquer outro evento futuro, exatamente o caso em tela. Ou seja, houve remissão pelo Estado da Bahia da ilegalidade defendida pela fiscalização, decorrente da operação posterior da saída da mercadoria pelo estabelecimento beneficiário do Desenvolve, estendendo-se a qualquer evento futuro, o que compreende o benefício supostamente obtido pela Impugnante.

Deve ser ressaltado, também, que o Estado da Bahia, em observância das regras procedimentais estabelecidas no Convênio ICMS nº 190/2017, promoveu a convalidação expressa do incentivo fiscal do Desenvolve, por intermédio do Decreto nº 18.270/2018. A remissão do crédito tributário autuado não pode ser ignorada por ocasião do presente julgamento, ensejando a improcedência do lançamento perpetrado pela fiscalização, que se pautou na interpretação isolada no art. 312, V, do RICMS/BA.

Sustenta que ainda que se admita a legalidade do lançamento e a não ocorrência de remissão do *quantum* exigido, deve-se atentar para o fato de que, ao adquirir mercadorias de outros industriais, não é obrigada a conhecer dos benefícios fiscais a estas concedidas pelo Estado da Bahia, uma vez que não há qualquer referência ao benefício do DESENVOLVE nos documentos fiscais que suportam a operação.

Não há, na Legislação Estadual, qualquer dispositivo que exija que o fornecedor da mercadoria indique nas suas notas fiscais de saídas que é beneficiário do DESENVOLVE, tampouco há qualquer dispositivo que exija que o adquirente da mercadoria tenha ciência ou questione o seu fornecedor sobre tal concessão. Assim, considerando que o DESENVOLVE é benefício concedido de forma individual, e que não atinge a terceiros, não se pode imputar o prejuízo que se pretende à Autuada.

Além do exposto, diz que eventual procedência da exigência em pauta frustraria o principal objetivo do DESENVOLVE, que consiste na diversificação da matriz industrial e agroindustrial, o

fomento de novos empreendimentos, o desenvolvimento tecnológico, geração de novos produtos, dentre outros. Isso porque, ao exigir o estorno do crédito pelo adquirente da mercadoria nos termos que se pretende no referido auto de infração, a Fiscalização incentiva o adquirente da mercadoria a compra-la de terceiro que não possui qualquer benefício ou até, de contribuinte de outro Estado da Federação.

Finalmente, frisa que ainda que os argumentos expostos, por hipótese, não sejam suficientes para a exoneração integral do crédito tributário, deve ser revista a exigência perpetrada pela fiscalização a título de juros de mora e multa de ofício no lançamento fiscal. Isto porque, por hipótese, ainda que se admita que houve irregularidade no procedimento adotado, em diversas competências, não houve qualquer prejuízo ao Erário, ou seja, a falta de estorno proporcional do crédito de ICMS não gerou a falta de recolhimento do ICMS. Essa premissa fática e incontroversa é reconhecida pelo próprio autuante no lançamento fiscal.

Não obstante, diz que apresenta o Registro de Apuração do ICMS dos fatos geradores autuados pela fiscalização, evidenciado que a apuração foi credora e superior ao imposto glosado, conforme quadro que elabora.

Nesse contexto, afirma que, sob pena de enriquecimento sem justa causa, é inverossímil a exigência de juros de mora e a aplicação de multa punitiva, considerando que a falta de estorno proporcional de crédito de ICMS, aqui admitido por hipótese como irregular, não gerou a falta de recolhimento do imposto ao Erário.

Assim, assevera que na remota hipótese de ser reconhecida a obrigação de estorno, aqui admitido por hipótese, deve prevalecer apenas a obrigação de refazimento da escrita fiscal e estorno do crédito de ICMS, exonerando qualquer exigência isolada a título de multa ou juros. Ainda, há considerar que a sua posição como credora de ICMS no Estado da Bahia se perpetua há tempos. Isso significa, na prática, que o crédito que a Fiscalização pretende estornar não foi utilizado ao longo dos anos - tornando ainda mais absurda a cobrança de multa sobre um crédito que sequer foi utilizado, considerando a natureza punitiva desta.

Adicionalmente, sustenta que deve ser excluída a cobrança de juros de mora e multa de ofício no presente caso, com base na regra prevista no art. 100 do CTN, conforme transcreve.

Isto porque, conforme se observa nos Pareceres proferidos nos processos administrativos 112027/2014-4 e 112038/2014-8, a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, convalidou anteriormente créditos apropriados em competências anteriores com a mesma natureza.

Informa que conforme consta em ambos os Pareceres, há informação de que houve a apreciação quanto à legitimidade dos créditos acumulados, pressuposto inafastável para que seja deferida a convalidação.

Ressalta que, quando foram proferidos os pareceres em referência, já estava vigente a regra do art. 312, V, do RICMS/BA, a qual não serviu de obstáculo para a convalidação, pelo contrário, gerou a confiança do contribuinte de que o procedimento observado estava plenamente regular, em respeito a regra da não cumulatividade, o que foi replicado nas competências posteriores, agora autuadas sob outro critério.

Nesse contexto, se por um lado, a fiscalização tem o direito de rever seus atos, dentro do prazo decadencial de 5 anos, também deverá preservar a exclusão dos acessórios, mediante a aplicação da regra do art. 100 do CTN, uma vez que o contribuinte se pautou na conduta externada e chancelada pela própria Administração Pública.

Por todo o exposto, requer se conheça e dê provimento à impugnação, para julgar improcedente o lançamento. No mérito: a) em razão da ausência de embasamento legal da regra prevista no art. 312, V, do RICMS/BA, que fundamenta a presente autuação, na regra constitucional da não cumulatividade ou nas hipóteses de estorno previstas na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei Estadual nº 7.014/96; b) em razão da remissão superveniente promovida pelo Estado da Bahia no Convênio ICMS nº 190/2017, que abrangeu toda e qualquer operação, mesmo que a obrigação se

vincule à realização de operação ou prestação posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro, exatamente o caso autuado; c) em razão da impossibilidade de prejudicar o adquirente de boa-fé, que não dispõe de meios para saber do benefício concedido de forma individual a terceiros.

Subsidiariamente, na remota hipótese de manutenção da exigência principal, mediante a exclusão da exigência a título de juros de mora e multa de ofício, tendo em vista a aplicação da regra do art. 100 do CTN, bem como pela ausência de prejuízo ao Erário quanto ao recolhimento do imposto, bem como pela não utilização do crédito que se pretende estornar pela Autuada.

Requer ainda, produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, para comprovação das alegações na presente peça.

O Autuante presta a informação fiscal fls.191/193. Reproduz as irregularidades apuradas. Sintetiza os fundamentos da defesa. Explica que o contribuinte, na sua defesa, não negou que teria deixado de efetuar o estorno previsto no inciso V, do art. 312 do RICMS/12, que reproduz.

Assim sendo, sua conduta é irregular, uma vez que a empresa fornecedora Oleoquímica é interdependente da autuada e é beneficiária do Programa Desenvolve. Ademais, o débito fiscal gerado quando das operações de revenda dos produtos da Oleoquímica é inferior ao crédito fiscal recebido quando das aquisições das mercadorias, em decorrência de operações interestaduais com a aplicação das alíquotas de 4% e 12%.

Considerando a existência de saldos credores em todo o período fiscalizado, a falta do estorno não implicou repercussão no recolhimento do ICMS. Nesse caso, foi aplicada a multa de 60% sobre o valor do estorno não efetuado.

Por tais razões, frisa que o estorno do crédito fiscal é devido e o Auto de Infração deve ser julgado procedente.

Na sessão de julgamento estiveram presentes representando a empresa, dra. Fernanda Silva Ferreira OAB/BA nº 32.796 e dr. Milton Hedayioglu Mendes de Lima – OAB/BA – 20.769, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, analisando os elementos que compõem o presente processo, sobre os aspectos formais, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, demonstrativos fls.06/16, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Dessa forma, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, sem ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal a ser realizado por estranho ao feito, fica indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso I, “a” e “b” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para apreciação do mérito da autuação e conclusões acerca da lide, e esta análise não depende de conhecimento especial de técnicos para a tomada de decisão. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o Autuado foi acusado de deixar de efetuar o estorno do crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias entradas no estabelecimento, oriunda de industrial que goza de incentivo fiscal concedido por este Estado, quando se verificar que o valor deste imposto creditado é maior, que o imposto debitado. Consta que o valor do estorno foi obtido, pela diferença entre ambos, considerando as operações de entradas e as saídas subsequentes da mesma mercadoria, não tendo havido repercussão na falta ou recolhimento a menos do imposto,

devendo a empresa estornar os referidos créditos. Refere-se a operações de entradas de mercadorias provenientes da empresa Oleoquímica, que tem aprovação técnica para fruição do incentivo do Programa Desenvolve, cujas saídas posteriores ocorreram com débito fiscal inferior ao crédito fiscal registrado, na saída da mesma mercadoria.

A matéria encontra-se regulamentada no art. 312, inciso V, do RICMS/2012, conforme reproduzo a seguir:

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

V - forem adquiridos de contribuinte industrial que tiver obtido aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado, no valor que exceder ao imposto devido na saída subsequente da mesma mercadoria, exceto se autorizado mediante regime especial para transferência do valor do crédito fiscal excedido ao remetente para uso exclusivo na compensação do saldo devedor passível de incentivo.

O defensor alegou, que o presente lançamento fiscal viola comando constitucional referente ao direito inquestionável ao crédito fiscal resultante de operação anteriormente tributada, em respeito à regra constitucional da não-cumulatividade.

Ao contrário do alegado pelo defensor, não vislumbro qualquer violação ao princípio da não cumulatividade no auto de Infração em análise, que foi lavrado em ação fiscal, exatamente para preservar a citada premissa.

Não houve por parte do impugnante qualquer tratativa a respeito de erros materiais do procedimento, residindo a peça impugnatória apenas em questionamento de direito, qual seja, a constitucionalidade do art. 312, inciso V, do RICMS/2012, que claramente autoriza o lançamento tributário na forma em que se deu no auto de infração, visto que a legislação vigente no Estado da Bahia, só admite o crédito fiscal do imposto corretamente calculado, devendo ser estornado quando o débito fiscal gerado nas operações de revenda dos produtos é inferior ao crédito fiscal recebido quando das aquisições, em decorrência das mesmas mercadorias.

Nessa linha de entendimento, não procede o fundamento da defesa, ao invocar o dispositivo constitucional que resguarda o crédito fiscal nas operações que envolvam mercadorias sob incidência do ICMS (art. 155, § 2º, II, da CF/88) de que o lançamento tributário em lide, viola o princípio da não-cumulatividade, cuja inobservância resultaria em grave distorção do sistema de compensação, débito e crédito, deste imposto, e que tal princípio só comportaria duas exceções – isenção ou não incidência.

Necessário observar, que o supracitado artigo constitucional em seu inciso XII, alínea “c”, diz que, cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto, não sendo a forma de apropriação do crédito fiscal um direito irrestrito do contribuinte, mas disciplinado por lei complementar, que estabelece regras com vistas ao exercício de tal preceito constitucional.

Assim, a Lei Complementar 87/96, que regulamentou a norma constitucional em voga, repete em seus artigos 19 e 20, o mesmo dispositivo que garante a não-cumulatividade e o direito ao crédito. Analisando o demonstrativo que serve de base ao auto de infração fls.06/16, constata-se que as ocorrências autuadas, foram verificadas nas aquisições realizadas junto ao fornecedor OLEOQUÍMICA, que por usufruir do benefício fiscal previsto no Programa Desenvolve, nas saídas debitou-se do imposto em valor inferior ao crédito utilizado pelas entradas.

Assim, foi lançado pelo defensor, crédito fiscal maior (alíquota de 18%), que o imposto debitado para a mesma mercadoria nas saídas, (alíquota de 4% e 12%), e a respectiva diferença foi glosada pelo autuante. Neste caso, o impugnante apropriou-se do crédito em valor superior ao

que de fato ocorreu no momento da venda. Logo, a lide não se subsome simplesmente ao direito ao crédito, como quer o defendant, visto que o autuante não negou o crédito pelas aquisições, mas tão somente o crédito excedente sobre a base de cálculo utilizada nas operações com as mesmas mercadorias, glosando os valores que entendeu serem oriundos do valor excedente, que se encontra acima do permissivo regulamentar, e que assegura o direito ao crédito, nos termos da multicitada norma.

Dessa forma, entendo que a discussão nesta lide, não é sobre a violação do princípio da não-cumulatividade e o direito ao crédito pelas aquisições, assegurado constitucionalmente, mas que tal discussão reside no *quantum* utilizado pelo impugnante na apuração do valor a ser creditado, visto que é permitido ao fisco averiguar a correção dos valores utilizados nas operações que originaram tais créditos, seja a base de cálculo, seja a alíquota, ou quaisquer elementos que influenciem os valores a serem utilizados como crédito fiscal, não havendo assim, qualquer ofensa ao princípio da não cumulatividade, assim como, não há ofensa à Lei Complementar que disciplina o regime de compensação do imposto, estabelecido na própria Constituição Federal.

O defendant contestou o lançamento, arguindo que o advento da Lei Complementar nº 160/2017, e em complemento, o Convênio ICMS nº 190/2017, estabeleceu a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, com base na fruição de diversos incentivos, dentre eles o do Desenvolve.

É importante registrar, que a Lei Complementar nº 160/2017, dispõe sobre Convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.

Conforme já apreciado neste voto, entendo que o lançamento ora discutido não afronta qualquer dispositivo constitucional, sendo assim, não é aplicável ao presente caso.

O defendant alegou também, que ainda que se admita a legalidade do lançamento e a não ocorrência de remissão do *quantum* exigido, deve-se atentar para o fato de que, ao adquirir mercadorias de outros industriais, não é obrigada a conhecer dos benefícios fiscais a estas concedidas pelo Estado da Bahia, uma vez que não há qualquer referência ao benefício do DESENVOLVE nos documentos fiscais que suportam a operação.

Esta tese defensiva não pode prosperar. Não podemos perder de vista, que o contribuinte possui a obrigatoriedade de verificar a regularidade das operações que realizar com seus fornecedores. É de conhecimento geral, que os contribuintes do ICMS devem se cadastrar junto a SEFAZ/BA, onde os dados sobre sua atividade econômica são públicos e estão disponíveis na Internet, conforme dispõe o art. 21 e art. 23 do RICMS/BA, *in verbis*:

Art. 21. O Documento de Identificação Eletrônico (DIE), que servirá como documento de identificação do estabelecimento, será emitido em seu inteiro teor ou na forma de extrato, mediante acesso público no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.

Art. 23. O contribuinte é responsável pela verificação, via Internet, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial.

O defendant apresentou entendimento, que deve ser revista a exigência perpetrada pela fiscalização a título de juros de mora e multa de ofício no lançamento fiscal. Isto porque, ainda que se admita que houve irregularidade no procedimento adotado, em diversas competências, não houve qualquer prejuízo ao Erário, ou seja, a falta de estorno proporcional do crédito de ICMS não gerou a falta de recolhimento do ICMS.

Sobre esta questão, observo que no caso concreto, a própria fiscalização atestou que não houve repercussão econômica em decorrência da escrituração dos créditos glosados, comprovando que a escrituração indevida do crédito fiscal, não implicou efetiva utilização do montante glosado, conforme o levantamento fiscal.

No entanto, vale ressaltar, que tais créditos foram identificados como indevidos, sem descumprimento da obrigação principal, devendo o sujeito passivo proceder aos estornos respectivos, em consonância com a Lei nº 7.014/96, no seu artigo 42, que tipifica a aplicação de multas, no inciso VII. Cabível observar, que o dispositivo em apreço prevê a multa pecuniária de 60% do valor do crédito fiscal, quando o fato *não tiver implicado descumprimento de obrigação principal* (pagamento do imposto), acrescentando que essa multa é aplicada *sem prejuízo da exigência do estorno*, significando que não se exigirá o “pagamento do imposto” (por falta de materialidade), mas apenas a multa de 60% do valor do respectivo crédito fiscal, já que não houve falta de pagamento do tributo, devendo, porém, proceder o estorno do crédito.

Saliento que a partir da vigência da Lei nº 10.847/07, este CONSEF passou a acatar tese da “repercussão econômica” para caracterizar a exigência de imposto, quando do lançamento indevido de créditos fiscais ou antecipação de crédito fiscal e não simplesmente o seu lançamento na escrita do contribuinte, independente de eventual compensação com débitos fiscais.

Desta forma, se o crédito foi *efetivamente utilizado*, seja para redução total ou parcial do valor a ser pago, implica descumprimento de obrigação principal, por onde se *exige o imposto que deixou de ser pago, mais a multa de 60%*, com fundamento no inciso II, alínea “f”.

Por outro lado, se o crédito for *escriturado*, mas *não foi utilizado efetivamente*, e não implicou em redução total ou parcial do valor a ser pago, não restou configurado o descumprimento da obrigação principal (repercussão econômica), em que se *aplica a multa de 60%*, estornando-se os créditos escriturados indevidamente, com fundamento no inciso VII, “a”, já que esse dispositivo se refere à “exigência do estorno”, e não à “exigência do imposto”.

Na presente lide, o ato praticado pelo Defendente atrai a incidência da multa de 60% sobre o valor do crédito, conforme a indicação do inciso VII, “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Sendo assim, não acolho entendimento do defendant de que deve ser revista a exigência perpetrada pela fiscalização a título de juros de mora e multa de ofício no lançamento fiscal, considerando que este procedimento se encontra em absoluta consonância com a legislação de regência.

Constatou que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido a irregularidades lançada na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos com o condão de afastar a acusação fiscal que resultou no crédito tributário exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Vale salientar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante 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 **207140.0004/21-6**, lavrado contra **OXITENO NORDESTE S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa, por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$10.107.309,91**, prevista alínea ‘b’, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR