

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0004/21-6
RECORRENTE - OXITENO NORDESTE S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0181-03/21VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/07/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-11/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em face da decisão proferida pela 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração nº 207140.0004/21-6, lavrado em 31.03.2021, ciente em 07.04.2021, via DTE, por Ciência Expressa, no valor de R\$ 10.107.309,91, pelo cometimento de uma única infração, assim descrita:

Infração 01 – 001.005.031

O contribuinte deixou de efetuar o estorno do crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria entrada no estabelecimento, oriunda de contribuinte 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. Obtendo-se o valor do estorno, da diferença entre ambos, considerando as operações de entrada e a da saída subsequente da mesma mercadoria - não tendo havido repercussão na falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos.

Consta como complemento:

Cuida-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 recebido, tendo o adquirente deixado de estornar o crédito fiscal correspondente ao valor que excedeu ao imposto devido, na saída subsequente da mesma mercadoria, contrariando o que determina o art. 312, inciso V, do RICMS/2012, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, tendo sido aplicada a multa de 60% sobre o valor do estorno devido, sem prejuízo da obrigação do contribuinte de lançar os referidos estornos na escrita fiscal.

Analisando o Auto de Infração, a defesa protocolada pela autuada em 04.06.2021, fls. 29 a 48, a informação fiscal prestada pelo autuante, protocolada em 18.08.2021, fls. 191 a 193, em sessão do dia 12.11.2021, por meio do Acórdão JF nº 0181-03/21, fls. 199 a 206, assim decidiu a 3ª JF:

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 defendente 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 defendente, 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 inconstitucionalidade 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.

Analizando 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 defendente, 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 subsume simplesmente ao direito ao crédito, como quer o defendente, 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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.

Constato 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 inconstitucionalidade 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.

Tendo ciência da decisão acima, a Recorrente, assistida juridicamente por Dr. Milton Hedayioglu Mendes de Lima, OAB/BA nº 20.769, protocolou em 04.03.2022, Recurso Voluntário, fls. 216 a 239, buscando sua reforma, objeto da presente análise.

Iniciando sua peça recursal, a Recorrente, informa estar a mesma amparada no que dispõe o RPAF/BA, no art. 169, I, “b”, sequenciando com a demonstração comprobatória da sua tempestividade.

Adentrando aos FATOS, a Recorrente, transcreve o teor da infração que lhe foi imputada, destacando o período a que se referem os fatos geradores, janeiro a novembro de 2019, e a fundamentação apresentada pelo autuante para caracterizá-la, assim como o enquadramento legal.

Afirma haver, ao tomar ciência da autuação, apresentado peça defensiva onde, afirma, demonstrou a improcedência do que reclamado pelo autuante e que, mesmo assim, a Junta Julgadora em sua decisão julgou procedente, transcrevendo o acórdão prolatado.

Diz que tal decisão deve ser reformada pelas razões que apresenta, destacando inicialmente **DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS - Da comprovada violação pela Autoridade Fiscal ao Princípio (regra) da Não-cumulatividade.**

Comenta ser o ICMS um tributo sob a sistemática da não cumulatividade, assim definido pela Constituição Federal do Brasil, § 2º, do artigo 155, que transcreve, e que é “não-cumulativo”, *exatamente porque o submeteu aos efeitos jurídicos tipicamente produzidos por um determinado sistema de abatimentos. Portanto, a não-cumulatividade é resultado, e não causa, do sistema de abatimentos”.*

Afirma que, sendo o ICMS abarcado pela não cumulatividade, as únicas hipóteses que impõem restrições a este princípio são a isenção e a não incidência, situações em que não se enquadram suas atividades operacionais.

E destaca: “*Para além de ser um comando imperativo (diretriz constitucional), é um norteador endereçado ao legislador ordinário, e não ao administrador incumbido somente de aplicá-lo, pois não cabe a autoridade questioná-lo ou mitigá-lo, e sim fazê-lo valer. Inclusive, nas palavras de José Eduardo Soares de Melo, nem a própria lei poderá estabelecer que, em certa etapa do ciclo, a não-cumulatividade seja abolida (2021, pg. 263).*”

Diz que, conforme estabelece o princípio constitucional, o direito ao “**crédito do ICMS per si não pode constituir uma mera faculdade**” e que não cabe direito ao legislador infraconstitucional alterar este conceito, estando o mesmo, também, definido na Lei Complementar 87/96, no artigo 19, sendo um dos princípios primordiais na caracterização do referido tributo.

E complementa: ***“À vista disso, quaisquer óbices que a d. Autoridade Fiscal imponha ao contribuinte para o creditamento de ICMS pressupõe embasamento nas vedações legalmente estabelecidas”.***

Relata que o autuante, em sua peça fiscalizatória, exigiu o estorno de ICMS sob a justificativa de haver a Recorrente escriturado créditos do ICMS com base em alíquota superior àquela utilizada nas saídas dos seus produtos, sendo que tal acusação não se enquadra em nenhuma das hipóteses de vedação ao crédito previstas nos arts. 20 e 21 da LC nº 87/1996.

A exigência de que seja efetuado o estorno dos créditos apurados pelo autuante não encontra amparo, nem na LC 87/96, nem na Lei nº 7.014/96, transcrevendo os dispositivos das mesmas que tratam do tema, como abaixo:

LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96

Art. 21 - O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento: I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

LEI Nº 7.014/96

Art. 30. 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:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

Afirma que o RICMS/BAHIA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, absorveu o que determinam os dispositivos acima enumerados, acrescendo, porém, indevida e erroneamente, pois não é da sua competência, no artigo 312, o inciso V, como abaixo transcrito:

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:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.

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.

Diante do disposto no inciso V acima referenciado, a Recorrente, afirma não ter o mesmo qualquer relação com os enunciados na LC 87/96 e na Lei nº 7.014/96, destacando que por ser ***“norma de natureza regulamentar não tem o condão de restringir direitos ou limitar a fruição da regra da não cumulatividade”***, e que tal dispositivo vai de encontro ao princípio da não cumulatividade, apresentando ensinamento de Ives Gandra Martins, como abaixo:

“Tenho o entendimento de que o ICMS não pode deixar de ser ‘não cumulativo’ em hipótese alguma, por ser essa uma imposição constitucional. Assim, ressalvadas as exceções expressamente previstas na Constituição, não pode ser transformado em tributo monofásico, a não ser que a circulação se exaure numa única

operação”.

Acresce o entendimento que as previsões de estornos de créditos previstos na LC 87/96 não tem caráter exemplificativo, não sendo dado ao legislador o direito de criar situações outras que restrinjam o direito do contribuinte.

Destaca que, também, a Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2002, que instituiu o programa Desenvolve, impõe qualquer limitação de uso dos créditos aos adquirentes de produtos oriundos de empresas beneficiadas, assim como tal restrição não existe no instrumento de concessão do referido benefício.

E diz: *“Nesse sentido, é inadmissível a técnica de direcionar a restrição em face do adquirente/destinatário, que sequer é incentivado pelo Desenvolve, pautando-se em regra limitadora de estorno do crédito de ICMS sem amparo legal na LC nº 87/96 ou na Lei nº 7.014/96”.*

Cita a Recorrente que as notas fiscais emitidas pelas empresas beneficiados com o incentivo do Desenvolve não trazem qualquer referência a obrigatoriedade de os adquirentes efetuarem estorno de parte do crédito nelas destacado, e, mais ainda, como desejado pela autoridade fiscal, limitar-se tal estorno unicamente às operações internas, beneficiando os contribuintes adquirentes situados em outros Estados da Federação.

Diz que tal pretensão provoca efeito inverso no objetivo do programa Desenvolve, quando desestimula a aquisição de mercadorias produzidas no Estado da Bahia e estimula que sejam as mesmas adquiridas fora do Estado, por não ser o contribuinte adquirente obrigado a efetuar tal estorno e, por consequência, obter melhores preços, quebrando diretamente a pretensão do Desenvolve, que é o incentivo ao incremento da cadeia produtiva no Estado.

Reafirma inexistir na Constituição Federal, na LC 87/96 e na Lei nº 7.014/96, qualquer dispositivo que dê amparo à pretensão do preposto autuante e que *“É de suma necessidade 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, violará o Princípio Constitucional da Separação de Poderes, previsto no art. 2º da CF/88, além, claro do Princípio da Legalidade”.*

Complementa afirmando que em suas operações agiu, rigidamente, dentro dos ditames legais, em face do que ***“não pode prosperar a limitação do direito de crédito estabelecida pela autoridade administrativa no lançamento fiscal”.***

Trata a seguir, a Recorrente **DA CONVALIDAÇÃO DO INCENTIVO FISCAL DO PROGRAMA DESENVOLVE – NORMA SUPERVENIENTE.**

Considerando que, mesmo que seja considerado legal o inciso V, a norma legal que estabeleceu o Desenvolve, caso fosse considerada ilegal, foi convalidada pela Lei Complementar 160/2017, e que, ao acatar o pretendido na autuação, estar-se-ia estabelecendo a insegurança jurídica nas relações entre contribuintes e o Estado da Bahia.

E acresce que, em função da LC 160/2017, foi firmado no âmbito do CONFAZ o Convênio ICMS 190/2017, que assim estabeleceu:

Cláusula primeira Este convênio dispõe sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre a reinstituição dessas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, observado o contido na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, e neste convênio.

(...)

§ 4º Para os fins do disposto neste convênio, os benefícios fiscais concedidos para fruição total ou parcial, compreendem as seguintes espécies:

(...)

XVII - outro benefício ou incentivo, sob qualquer forma, 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. (Sem grifos no original)

E destaca que o próprio Estado da Bahia é signatário do referido Convênio e, como tal, não pode deixar de aplicar o que ele determina, tanto que, convalidou por meio do Decreto nº 18.270/2018 o que ele determinou, pelo que a improcedência da autuação deve ser reconhecida por este Conselho de Fazenda.

Sequenciando, a Recorrente, trata **Da impossibilidade de exigência da multa de ofício – Inexistência de prejuízo ao Erário.**

Diz a Recorrente que, na remota hipótese de se reconhecer como devido o estorno dos créditos, considerando, como afirmado pelo autuante, que não houve repercussão no recolhimento do tributo no período objeto da autuação, conforme por ela demonstrado em seus registros fiscais, não há porque ser tal fato objeto de penalidade, como pretendido, de 60%, ainda mais que o que se pretende estornar, não foi em realidade utilizado.

E questiona: “... *Como pode a Autuada ser punida por um crédito que sequer foi utilizado, dado a sua natureza constante como credora do imposto no Estado?*”

Diz ser imprescindível a anulação da imposição de multa, nos termos do artigo 100, do CTN, diante dos eventos que elenca:

- a) Foi celebrado Termo de Acordo com o Estado da Bahia, estabelecendo contrapartidas em face da Recorrente, bem como limitações e travas na utilização do estoque de crédito acumulado. Portanto, não seria factível presumir que o Fisco Estadual não tinha ciência da natureza dos créditos apropriados pelo estabelecimento;*
- b) Pareceres proferidos nos processos administrativos 112027/2014-4 e 112038/2014-8, já acostado aos autos, nos quais a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia convalidou créditos apropriados em competências anteriores. Portanto, não seria factível presumir que o Fisco Estadual não tinha ciência da natureza dos créditos apropriados pelo estabelecimento; e*
- c) Visando reduzir os níveis de acúmulo de crédito de ICMS pela Recorrente, o próprio Estado da Bahia introduziu regra de redução da base de cálculo do ICMS no art. 266, inciso XLVII, do RICMS/BA. Portanto, não seria factível presumir que o Fisco Estadual não tinha ciência da natureza dos créditos apropriados pelo estabelecimento.*

Afirma que não reconhece como procedente a pretensão da autoridade fiscal, “*uma vez que o contribuinte se pautou na conduta externada pela própria Administração Pública, bem como diante do cenário de crédito acumulado de ICMS do estabelecimento*”.

E acrescenta: “*Alternativamente, sem prejuízo de prosseguir defendendo o direito ao crédito escriturado integralmente, já que não cometeu qualquer irregularidade, frente ao princípio da eventualidade, deve ser alterada a capitulação legal da penalidade, imputando o pagamento de multa no valor de R\$ 140,00, prevista no art. 42, XVIII, da Lei 7014/96, em razão da inexistência de qualquer prejuízo ao Erário*”.

Encerrando seu Recurso Voluntário, a Recorrente, apresenta **DOS PEDIDOS:**

Por todo o exposto, requer se dignem V. Sas a conhecer e dar provimento ao presente Recurso

- a. no mérito, julgar improcedente o lançamento, em razão da regularidade do crédito de ICMS escriturado pelo estabelecimento, com base na regra da não cumulatividade, inexistindo enquadramento nas hipóteses legalmente previstas de estorno que constam na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei Estadual nº 7.014/96.*
- b. no mérito, julgar improcedente o lançamento, em razão da remissão superveniente promovida pelo Estado da Bahia, por meio do Convênio ICMS nº 190/2017, que abrangeu toda e qualquer operação, mesmo que vinculada a operação posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro, portanto, atingindo o crédito de ICMS apropriado de fornecedor/remetente incentivado pelo Desenvolve;*
- c. subsidiariamente, na remota hipótese de se entender pela obrigação de estorno, (i) exonerar a multa isolada, tendo em vista a aplicação da regra do art. 100 do CTN, bem como pela não utilização efetiva do crédito que se pretende estornar pela Autuada ou (ii) alterar a capitulação legal da penalidade, imputando a multa no valor de R\$ 140,00, prevista no art. 42, XVIII, da Lei 7.014/96, isto tudo, sem prejuízo de prosseguir defendendo o direito ao crédito escriturado integralmente, já que não cometeu qualquer irregularidade.*

Por fim requer que todas as comunicações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao profissional jurídico que assina a peça recursal.

VOTO VENCIDO

A autuação levada a efeito no presente processo diz respeito à utilização por parte da Recorrente do crédito total do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de produtos fornecidos pela empresa OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., inscrita no CNPJ sob nº 07.080.388/0001-27, e, no Cadastro Básico da SEFAZ BAHIA sob nº 066.890.924, beneficiária do regime DESENVOLVE.

Baseou-se o autuante no que está expresso no RICMS/BA no artigo 312, como abaixo:

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:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.

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 incentivo concedido pelo Estado da Bahia, através o programa DESENVOLVE, conforme estabelecido na Lei nº 7.980/2012, busca incentivar o desenvolvimento das atividades industriais e agrícolas do Estado da Bahia e, para tanto, condiciona a que os beneficiários assumam determinadas obrigações, além das vantagens fiscais e econômicas que lhe são concedidas, como se lê:

Art. 1º - Fica instituído o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado.

Art. 2º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, em função do potencial de contribuição do projeto para o desenvolvimento econômico e social do Estado, os seguintes incentivos:

I - dilação do prazo de pagamento, de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS normal, limitada a 72 (setenta e dois) meses;

II - diferimento do lançamento e pagamento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido.

Pelo que está contido no artigo acima, não existe redução do tributo, ocorre a **dilação de prazo de pagamento** o que não configura redução de base de cálculo, ou isenção parcial do tributo, mesmo por que tais benefícios só poderiam ser efetuadas com base nos ditames constitucionais.

O direito ao crédito por parte do contribuinte do ICMS está regulado, inicialmente pela própria Constituição Federal, além de estar regulada pela LC 87/96, o que foi recepcionado pelo Estado da Bahia, através a Lei nº 7.014/96 e, as previsões de estorno do mesmo, também está disciplinado nas referidas leis, como abaixo:

LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96

Art. 21 - O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

LEI N.º 7.014/96

Art. 30. 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:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

Nenhuma das situações previstas dá suporte ao pretendido pelo autuante.

O Estado da Bahia, ao editar o RICMS, através o Decreto nº 13.780/2012, reproduziu o que estabelecem as leis acima mencionadas, tendo, porém, acrescido no inciso V restrição ao uso dos créditos pelos adquirentes de produtos fabricados por empresas beneficiadas pelo Programa Desenvolve, que assim estabelecia:

“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.”

Por meio do Decreto nº 17.815, de 04/08/2017, o referido inciso passou a ter a seguinte redação:

“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”.

Como se vê, restrição alguma existe na legislação superior, Lei nº 7.014/96, Lei Complementar nº 87/96 e Constituição Federal, que mantém o princípio da não cumulatividade em sua plenitude, apenas o “decreto” arvora-se a determinar limitações ao direito que tem o contribuinte em suas operações de aquisição de produtos sujeitos à tributação pelo ICMS.

Estranha a afirmativa contida na decisão de piso, como abaixo destacado:

“O defendente 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”.

A Recorrente agiu de pleno acordo com o estabelecido nos estamentos legais acima apresentados, inexistindo dentre as informações cadastrais disponibilizadas pelo Estado da Bahia no site da SEFAZ qualquer referência ao pretendido na autuação, como abaixo se comprova:

Consulta Básica ao Cadastro do ICMS da Bahia

Dados da empresa

Identificação

CNPJ: 07.080.388/0001-27

Inscrição Estadual: 066.890.924 NO

Razão Social: OLEOQUIMICA INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS

LTDA

Nome Fantasia: OLEOQUIMICA

Natureza Jurídica: SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP METRO

Unidade de Fiscalização: IFEP INDUSTRIA

Endereço

Logradouro: RUA AMÔNIA

Número: S/N

Bairro/Distrito: POLO PETROQUIMICO

Município: CAMACARI

Telefone: (11) 31776214

Referência: COMP BASICO P PET DE CAMACARI

Informações Complementares

Data de Inclusão do Contribuinte: 12/08/2005

Atividade Econômica Principal:

2029100 - Fabricação de produtos químicos orgânicos não especificados anteriormente

Atividade Econômica Secundária

1932200 - Fabricação de biocombustíveis, exceto álcool

Unidade: UNIDADE PRODUTIVA

Forma de Atuação

- ESTABELECIMENTO FIXO

Condição: NORMAL

Forma de pagamento: C/CORRENTE FISCAL

Situação Cadastral Vigente: ATIVO

Endereço de Correspondência

Endereço: RUA AMÔNIA

Referência: COMP BASICO P PET DE CAMACARI

Bairro: POLO PETROQUIMICO

Município: CAMACARI

Informações do Contador

Classificação CRC: Profissional

CRC: 7626 -BA

Tipo CRC: Originario

Nome: JOAO ARAUJO PAIVA

Responsável pela organização contábil

Classificação CRC: Profissional

CRC:

Tipo CRC: Originario

Nome:

Endereço

Endereço: AVENIDA LESTE EDIF CAMACARI OPEN CENTERANDAR 4

Número: 100

Bairro: PONTO CERTO

Município: CAMACARI **UF:** BA

Referencia:

CEP: 42801170

Telefone: (71) 34965555

Celular: ()

Fax: ()

E-mail: PAIVA@PAIVAEASSOCIADOS.COM.BR

Nota: Os dados acima são baseados em informações fornecidas pelo contribuinte, estando sujeitos a posterior confirmação pelo Fisco

Data da Consulta: 01/06/2022

Acatar o que pretende o autuante, corroborado na decisão proferida pela Junta Julgadora, é ir de encontro ao princípio básico da hierarquia das leis, o que é frontalmente condenado por decisões de tribunais, a exemplo do decidido pelo TJ BA, em decisão da Quarta Câmara Cível na apreciação da Apelação: APL 0518608-83.2014.8.05.0001, tendo como relator o Dr. Emílio Salomão Pinto Resedá, que assim se pronunciou:

“Pela regra constitucional anterior – art. 23, II da E.C. 1/69 -, a não-cumulatividade dependia de intermediação legislativa.

Já a Constituição de 88, por seu artigo 155, parágrafo 2º, inciso I, não delegou ao legislador ordinário traçar seu perfil.

Por isso, nem a lei complementar, nem a lei ordinária, tampouco convênio ou ato administrativo pode dispor livremente sobre este instituto, intervindo no conteúdo ou no alcance da regra da não -cumulatividade, nem

impor limites temporais ao seu desfrute, se não que apenas fixar o mecanismo, o método ou a forma com que se implementa (CF, artigo 155, parágrafo 2º, XII, c).

O direito ao creditamento, portanto, surge com a entrada em vigor do atual sistema tributário constitucional, isto é, em 05 de março de 1989 (ADCT – art. 34).

O direito ao creditamento, que decorre do princípio geral da não-cumulatividade, se impõe a todos, salvo as hipóteses de isenção e de não incidência, exceções constitucionais (CF. art. 155, parágrafo 2º, II, a) que por isso devem ser interpretadas restritivamente, segundo lição de Carlos Maximiliano: “INTERPRETAM-SE ESTRITAMENTE OS DISPOSITIVOS QUE INSTITUEM EXCEÇÕES ÀS REGRAS GERAIS FIRMADAS PELA CONSTITUIÇÃO” (Hermenêutica e Aplicação do Direito – pág. 313 – Forense – nona edição).

Por isso, se negado, o contribuinte pode, com base exclusivamente na Constituição, fazer valer seu direito constitucional à não-cumulatividade.

E a possibilidade de abatimento, não bastasse a previsão constitucional, vem agora prevista na Lei Complementar 87/96 que dispõe:

“Art. 20- Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.”

*O precitado art. 20 da Lei Complementar 87/1996, apenas veio roborar a tese: fere a Constituição a legislação que, de qualquer modo, impede o contribuinte de creditar-se do ICMS que incidiu sobre mercadorias, bens ou serviços, inclusive sobre os bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente de seu estabelecimento.” (ICMS – Malheiros – décima terceira edição – págs. 400/403). **Grifo nosso.***

Semelhante entendimento foi expressado pelo STJ ao analisar o REsp 615365/RS, Recurso Especial 2003/0231333-3, tendo como Relator o Ministro Luis Fux, em julgamento da Primeira Turma, tratando de estorno sobre produtos que sofreram redução de base de cálculo, que assim decidiu:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTO INTEGRANTE DA CESTA BÁSICA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CREDITAMENTO PELA ALÍQUOTA MAIOR. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ESTORNO PROPORCIONAL. ILEGALIDADE

1. A não-cumulatividade do ICMS é norma inserta no Texto Constitucional, art. 155, § 2º, reproduzida pela Lei Complementar 87/96, que também, a despeito de se tratar de norma regulamentadora, dispõe sobre a forma de compensação do tributo, disciplinando-a.

2. Análise bifronte do aresto recorrido que fundou-se em razões constitucionais e infraconstitucionais. A regra da não-cumulatividade comporta, pelo Texto Constitucional, duas exceções, sendo vedado ao legislador infraconstitucional ampliar o alcance das mesmas. São elas as hipóteses da isenção e da não-incidência, casos em que o sujeito passivo deverá estornar o imposto objeto de creditamento. Em consequência, a redução da base de cálculo não se confunde com a isenção. Precedentes do STJ.

3. Assim, decidiu com acerto o Eg. Tribunal a quo no sentido de que “O fato de ter-se redução da base de cálculo, nas operações subseqüentes não autoriza a anulação proporcional do crédito fiscal das operações anteriores.”

4. Partindo-se dessa premissa, o estorno proporcional do imposto creditado não se aplica à hipótese de redução da base de cálculo. Isto porque, conforme já acentuado, as exceções à possibilidade de utilização dos créditos tributários previstas na Constituição da República e na Lei Complementar n. 87/96, como sói acontecer em matéria tributária, somente comportam interpretação restritiva. Conseqüentemente, “É de patente ilegalidade a conduta fiscal que determina ao contribuinte estorno proporcional do imposto creditado, sempre que a mercadoria que deu entrada no estabelecimento, quando da operação subseqüente, tiver sua base de cálculo reduzida para fins de incidência do imposto.” (RESP 343.800-MG). Necessidade de uniformização do entendimento no afã de evitar a cognominada “guerra fiscal” entre os estados federados.

5. Deveras, impõe-se observar que a Lei Complementar 87/96 é posterior ao Convênio 66/88 e que é legislação complementar de hierarquia superior, cuja matéria foi regulada por lei posterior; nesta parte, derogante. Os convênios, como fontes secundárias do Direito Tributário, não podem regular contra teorem legis, devendo-se adstringir aos termos da lei.

6. Recurso Especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise

Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Sustentou oralmente o Dr. Rafael Diehl, pela recorrida.

Destaque-se que, como comprovado nos autos do processo, os créditos objeto da autuação, escriturados, não foram, em realidade, utilizados pela Recorrente, conforme constatado e atestado pelo preposto autuante em verificação da escrituração fiscal que lhe foi disponibilizada.

Do que acima se expõe entende-se perfeitamente não haver procedência o que pretende a autoridade fiscal, e, mesmo que assim não se considere, tendo em vista o Programa Desenvolve não atender em sua formulação ao determinado na LC 24/75, os seus efeitos foram convalidados no bojo do que estabeleceu a LC 160/17, disciplinada no âmbito do CONFAZ por meio do Convênio ICMS 190/17 e atendido no âmbito do Estado da Bahia pelo Decreto nº 18.270/18.

E, mais ainda, em sua regulamentação, o Programa Desenvolve não estabeleceu tal restrição, não podendo o RICMS fazer tal determinação, por afrontar os princípios da hierarquia legal, a segurança jurídica e as relações econômicas entre empresas.

Saliente-se ainda que em acatando o pretendido pela autoridade fiscal, ruirá por terra todo o objetivo de programa desenvolvimentista pois, incentivaria a que os beneficiários produzissem para vender seus produtos para fora do Estado e incentivaria a aquisição de produtos semelhantes em outros estados, fomentando o seu desenvolvimento, em detrimento do Estado da Bahia.

Diante do que analisei, do que consta nos autos do processo, da legalidade do direito exercido pela Recorrente, convicto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração em comento.

VOTO VENCEDOR

Com a máxima e respeitosa vênia, devo divergir do voto do ilustre Conselheiro Relator.

Conforme extraído do próprio voto acima, Estado da Bahia, ao editar o RICMS, através o Decreto nº 13.780/2012, reproduziu o que estabelecem as leis acima mencionadas, tendo, porém, acrescido no inciso V restrição ao uso dos créditos pelos adquirentes de produtos fabricados por empresas beneficiadas pelo Programa DESENVOLVE, que assim estabelecia:

“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.”

Por meio do Decreto nº 17.815, de 04/08/2017, o referido inciso passou a ter a seguinte redação:

“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”.

Na sequência, diz o ilustre Relator:

Como se vê, restrição alguma existe na legislação superior, Lei nº 7.014/96, Lei Complementar 87/96 e Constituição Federal, que mantém o princípio da não cumulatividade em sua plenitude, apenas o “decreto” arvora-se a determinar limitações ao direito que tem o contribuinte em suas operações de aquisição de produtos sujeitos à tributação pelo ICMS.

Vejam os que diz o regulamento do processo administrativo fiscal:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim, é forçoso constatar que o voto extrapola a competência concedida a este Conselho de Fazenda. Com a máxima e devida vênia, o Conselheiro Relator não considerou válido um artigo de clareza solar da legislação estadual que fundamentou o voto recorrido, atraindo competência

da qual não está revestido, para declarar artigo da Lei nº 7.014/96 incompatível com a Lei Complementar e com a Constituição Federal, qual seja, a de que estaria afrontando o princípio da não cumulatividade. O autuante cumpriu estritamente a legislação e não poderia deixar de efetuar o lançamento.

Por fim, devo esclarecer que o direito ao crédito não é absoluto, pois há restrições dentro da ordem constitucional vigente, como é sobejamente conhecido por exemplo, o crédito fiscal de material de uso e consumo por não possuir vinculação direta com o ciclo produtivo.

Assim posto, entendo que além de extrapolar a competência estabelecido aos julgadores deste Conselho, discordo de forma veemente, que o “*decreto*” *se arvora a determinar limitações ao direito que tem o contribuinte em suas operações de aquisição de produtos sujeitos à tributação pelo ICMS.*

A utilização do crédito por exemplo, é vedada quando das saídas não tributadas, e isto nunca foi sequer objeto a ser considerado, sem qualquer polêmica, a de que tal norma também se “*arvora em determinar limitações ao direito que o contribuinte tem em suas operações de aquisições de produtos sujeitos à tributação pelo ICMS.*

Da mesma forma que em saídas com isenção tem limitações ao crédito plenamente legais e constitucionais, o Estado ao conceder benefício fiscal mediante incentivos como o DESENVOLVE, que equivale a uma isenção parcial, tem sim, dentro do direito constitucional e da sua competência legislativa, o poder de impor limitações ao uso do crédito fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207140.0004/21-6**, lavrado contra **OXITENO NORDESTE S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o recorrente, 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, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): José Rosivaldo Evangelista Rios, Francisco Aguiar da Silva Júnior e Laís de Carvalho Silva.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS