

PROCESSO	- A. I. Nº 140780.0023/21-6
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA – COOPALM
RECORRIDOS	- COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA – COOPALM e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0191-05/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/10/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0324-12/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE INSUMOS. INDUSTRIALIZAÇÃO DE PALMITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 270, X do RICMS/BA prevê a opção pelo crédito presumido de 100% do débito do imposto para os fabricantes organizados em cooperativas ou associações de palmito em conserva. Neste caso, exceto o período anterior a 25/10/2018, quando não havia habilitado ao SIPAF, tendo apurado o imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações, restou caracterizado a utilização indevida dos créditos fiscais decorrentes da aquisição de insumos em geral empregados no processo de industrialização. Não acolhidas as arguições de nulidade. Restou comprovado que no período fiscalizado o estabelecimento teve saldo credor acumulado em valor superior ao do crédito fiscal que foi exigido. Afastada a exigência do imposto e mantida a multa aplicada, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, sem prejuízo da exigência do estorno. Impossibilidade de o órgão julgador administrativo apreciar argumentos atinentes à constitucionalidade da legislação tributária posta. Decretada, de Ofício, excluídos os valores anteriores a 25/10/2018. Recurso de Ofício **NÃO PROVÍDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVÍDO** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto contra decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada através de Acórdão JJF nº 0191-05/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/06/2021, composto por apenas uma infração, pela constatação a seguir:

Infração 01 – 001.002.084. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de créditos do imposto relativo à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido.

Consta na descrição dos fatos que refere-se às compras de insumos para produção de palmito, tais como embalagens, potes de vidro, tampas metálicas, caixa personalizada, ácido cítrico, rótulos, lacres e outros, considerando a proibição de uso desses créditos conforme disposto no Art. 270, inciso X do RIMCS/BA/2012 (2018/2019) - **R\$ 382.055,08**. Multa de 60%.

Consta impugnação às fls. 24 a 44, Informação Fiscal às fls. 127 a 133 e acórdão de julgamento às fls. 138 a 145.

A referida JJF exarou decisão pela Procedência Parcial da autuação a seguir transcrita:

VOTO

O auto de infração acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de créditos do imposto relativo à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento.

Inicialmente, com relação a preliminar de nulidade do Auto de Infração sob alegação de cerceamento do direito de defesa, observo que a infração foi descrita de forma clara, que o crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de insumos (embalagens, potes, tampas...) é indevido em função de ter optado por utilizar o crédito presumido previsto no art. 270, X do RICMS/BA, fazendo-se acompanhar de demonstrativos de fls. 7 a 18, nos quais foram relacionadas as notas fiscais, descrito os insumos e montantes dos créditos fiscais escriturados, em conformidade com o disposto nos artigos 39 a 41 do RPAF/BA.

Constatando ainda que o defensor apresentou razões de mérito argumentando ser legal a apropriação dos créditos relativos a aquisição de insumos, demonstrando que entendeu e se defendeu do que foi acusado, portanto não ficou caracterizado preterição do direito de defesa. E da mesma forma, o auto de infração contém elementos suficientes para determinar, com segurança a infração e o infrator, nos termos do art. 142 do RPAF/BA, correlato ao citado art. 24, II do Dec. 25.370/2013 (?) citado na defesa.

Quanto a nulidade suscitada sob o argumento de que a infração é ambígua na medida em que acusa a utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de insumos, mas o art. 270, X do RICMS/BA indica possibilidade de utilização de crédito presumido, mas não proíbe a utilização de crédito de insumos em conformidade com o princípio constitucional da não cumulatividade, observo que se trata de questão de mérito, que será apreciada no momento próprio.

No que se refere ao argumento de que foi lavrado o AI 140780.0022/21-0 (fls. 106 a 108) relativo aos mesmos exercícios (2018/2019) acusando utilização indevida de crédito fiscal relativo a devoluções de vendas da sua produção, observo que na situação presente os valores exigidos reportam-se a aquisições de insumos (caixas, ácido cítrico, tampas, potes, rótulos...) conforme demonstrativos de fls. 7 a 18. Portanto, os valores exigidos neste lançamento, que acusa utilização indevida relativa a crédito fiscal de insumos, não tem qualquer correlação com o crédito fiscal exigido no mencionado auto de infração, cuja cópia juntada às fls. 106/107 descreve como infração, a utilização indevida de crédito fiscal “referentes a devoluções de venda da sua produção”, cujas notas fiscais estão relacionadas no demonstrativo de fls. 109 a 118, que deram suporte àquele lançamento. Ressalto ainda, que embora aquele lançamento tenha como fundamento a utilização de crédito indevido relativo a devoluções de venda compensado com o crédito presumido utilizado previsto no art. 270, X do RICMS/BA, não se confunde com este lançamento, que refere-se a créditos fiscais relativos a aquisições de insumos.

No mérito, o defensor alegou que os créditos fiscais relativos a aquisições de insumos é legal, por entender que o art. 310, V, “a” do RICMS/BA, indicado no enquadramento, por entender ser genérico e não alude a operações anteriores de aquisição de insumos. Também que foi indicado diversos Decretos no enquadramento da infração que não tem correlação com os fatos ocorridos.

Constatando que na descrição da infração foi indicado ser indevida a utilização de créditos fiscal relativa a aquisição de insumos, considerando o disposto no art. 270, X do RICMS/BA, e no enquadramento foi indicado os artigos 38 de Lei 7.014/1996 e art. 310, V, “a” do RICMS/BA, além dos artigos 4º do Dec. 7.725/99, art. 12 do Dec. 8.375/02 e art. 1º, § 3º do Dec. 6.734/97, que sequer são aplicáveis às operações autuadas.

Quanto aos artigos 4º do Dec. 7.725/99, art. 12 do Dec. 8.375/02 e art. 1º, § 3º do Dec. 6.734/97, observo que todos se referem a vedação de utilização de créditos do ICMS, quando da utilização de créditos presumidos relativos a diversos produtos (seringas, bolsas de coleta de sangue, veículos, bicicletas, calçados, bolsas, cintos, bolas, malharias, móveis, camas, colchões, preservativos, conservações de peixes e crustáceos, sucos, embalagens...) fabricados no Estado.

Neste contexto, assiste razão ao sujeito passivo de não ter correlação com os produtos autuados e sim com a utilização de crédito presumido, que na situação presente refere-se a utilização de créditos fiscais relativos a aquisição de insumos utilizados na produção de palmitos.

No que se refere aos demais dispositivos indicados no enquadramento da infração observo que o art. 38 da Lei 7.014/1996 estabelece:

Art. 38. Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Já o art. 310, V, “a” do RICMS/BA estabelece:

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

V - quando o contribuinte optar:

- a) pela utilização de crédito presumido em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas, sempre que nesse sentido houver disposição expressa;

Na situação presente, a planilha elaborada pela fiscalização (fls. 7 a 18) relaciona as notas fiscais relativas a aquisições de insumos utilizados na produção de palmito (caixas, potes, tampas...) e glosa do crédito, indicando número, CFOP, data de emissão, chave de acesso, código do produto, NCM, alíquotas interna e interestadual, base de cálculo, quantificando o montante dos créditos fiscais que foram registrados na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Por sua vez, a regra estabelecida no Art. 270, X do RICMS/BA, indicado na descrição da infração estabelece:

Art. 270. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações, (grifos acrescidos):

(...)

X - aos fabricantes organizados em cooperativas ou associações, cujos produtos possuam Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar - SIPAF, expedido pelo Governo Federal ou do Estado da Bahia, **no valor equivalente a 100% (cem por cento) do imposto incidente no momento da saída de seus produtos, observado o § 3º;**

§ 3º O benefício previsto no inciso X do caput alcança a associação ou cooperativa comercial em relação aos produtos que foram remetidos por conta e ordem para industrialização em estabelecimento de terceiro localizado neste Estado.

Pelo exposto, ao contrário do que foi alegado, o art. 270, X do RICMS/BA prevê a concessão de crédito presumido equivalente a 100% do imposto incidente na saída de produtos do estabelecimento inscrito como cooperativa de produtores de palmitos, como “opção de aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações”. Dessa forma, a interpretação das normas previstas nos artigos 310, V, “a” do RICMS/BA C/C o art. 270, X do mesmo Regulamento é de que é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento, quando o contribuinte optar pela utilização de crédito presumido em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos fiscais.

Na situação presente, a expressão “quaisquer outros créditos”, (art. 270, X do RICMS/BA) se refere aos créditos que a legislação assegura o direito de utilizar (insumos, embalagens, ativo permanente, fretes...) do produto comercializado, quando utilizado o regime normal de apuração do ICMS. Neste caso, utilizando o benefício fiscal, no momento que o contribuinte promover a saída dos produtos aplicando as alíquotas previstas na legislação (interna e interestadual), para o débito gerado, é autorizada a utilização do benefício do crédito fiscal equivalente a 100% do débito, neutralizando o ICMS a ser pago.

Caso o contribuinte não faça opção da utilização do crédito presumido, com base no princípio da não cumulatividade do ICMS é assegurado o direito relativo ao imposto pago nas operações antecedentes de aquisição de insumos, para compensar com o débito relativo ao produto comercializado.

Portanto, é vedada a utilização simultânea do crédito presumido e da aquisição dos insumos, dado a condição de reconhecimento do benefício do imposto prevista no art. 38 da Lei 7.014/1996.

Entretanto, constato que no contexto que foi exigido o imposto tendo como motivação a utilização indevida do crédito fiscal, constata-se que o contribuinte tem assegurado benefício fiscal de utilização de crédito presumido, o mesmo valor do débito gerado pelas saídas tributadas.

Em consulta ao sistema de Informações do Contribuinte (INC), constata-se que em todo o período autuado, ou seja, de janeiro de 2018 a dezembro de 2019, o estabelecimento autuado possuía saldo credor acumulado em valor superior ao montante que foi autuado.

Tomando por exemplo o mês de janeiro/2018, foi exigido ICMS a título de utilização de crédito indevido com valor de R\$ 49.930,46, a DMA deste mês indica saídas tributadas no valor de R\$ 127.850,54 e lançamento de outros créditos de igual valor (crédito presumido). Porém, foi indicado SALDO CREDOR do período anterior no valor de R\$ 1.068.956,36 e SALDO CREDOR transferido para o mês seguinte no valor de R\$ 1.084.110,25.

Da mesma forma, no último mês fiscalizado (dezembro/2019), foi exigido ICMS a título de utilização de crédito indevido com valor de R\$ 20.497,09 e a DMA deste mês indica saídas tributadas no valor de R\$ 175.748,00 e lançamento de outros créditos de igual valor (crédito presumido). Porém, foi indicado SALDO CREDOR do período anterior no valor de R\$ 1.345.108,29 e SALDO CREDOR transferido para o mês seguinte no valor de R\$ 1.361.389,04.

Desta maneira, restou demonstrado que o autuado escriturou créditos fiscais relativos a entrada de insumos utilizados na industrialização de palmitos, porém, não implicou na utilização indevida, visto que não gerou

saldo devedor em todo o período fiscalizado. Consequentemente, mesmo que tenha escriturado os créditos fiscais em desconformidade com a legislação do ICMS, não restou caracterizada a acusação de utilização indevida do crédito, ocorrendo apenas descumprimento de obrigação acessória, sanção tipificada na alínea “a” do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, abaixo transrito:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Assim sendo, fica afastada a glosa dos créditos fiscais e mantida a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo abaixo:

Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Multa 60%	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Multa 60%
31/01/2018	09/02/2018	14.816,56	8.889,94	31/01/2019	09/02/2019	6.050,31	3.630,19
28/02/2018	09/03/2018	17.942,98	10.765,79	28/02/2019	09/03/2019	6.513,73	3.908,24
31/03/2018	09/04/2018	16.726,07	10.035,64	31/03/2019	09/04/2019	4.244,85	2.546,91
30/04/2018	09/05/2018	16.854,95	10.112,97	30/04/2019	09/05/2019	11.776,52	7.065,91
31/05/2018	09/06/2018	14.501,07	8.700,64	31/05/2019	09/06/2019	24.569,01	14.741,41
30/06/2018	09/07/2018	14.536,04	8.721,62	30/06/2019	09/07/2019	13.286,43	7.971,86
31/07/2018	09/08/2018	28.462,72	17.077,63	31/07/2019	09/08/2019	23.065,39	13.839,23
31/08/2018	09/09/2018	20.693,31	12.415,99	31/08/2019	09/09/2019	19.180,41	11.508,25
30/09/2018	09/10/2018	18.983,99	11.390,39	30/09/2019	09/10/2019	16.013,85	9.608,31
31/10/2018	09/11/2018	15.240,36	9.144,22	31/10/2019	09/11/2019	23.047,61	13.828,57
30/11/2018	09/12/2018	21.847,42	13.108,45	30/11/2019	09/12/2019	15.804,72	9.482,83
31/12/2018	09/01/2019	1.620,53	972,32	31/12/2019	09/01/2020	16.276,25	9.765,75
TOTAL				382.055,08	229.233,05		

Quanto ao argumento de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, observo que a multa aplicada é prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996. Portanto é legal. No que se refere aos argumentos jurídicos e decisões de Tribunais Superiores apresentados, verifico que conforme disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, bem como não negar aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior (art. 125, I e III do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB). Por isso, não acato o pedido de cancelamento ou redução da multa por falta de amparo legal.

Recomendo que a autoridade fiscal competente adote providências necessárias para intimar o estabelecimento autuado para proceder o estorno de crédito relativo às operações que foram objeto deste lançamento.

Neste contexto, esta 5ª JJF recomenda que a Secretaria do CONSEF, após a publicação do Acórdão, encaminhe comunicação ao Inspetor Fazendário para adoção das medidas acima indicadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo a multa no valor de R\$ 229.233,05.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

Inconformado com a decisão acima proferida, o sujeito passivo protocolou Recurso Voluntário às fls. 155 a 164.

Traz a confirmação que o referido recurso é tempestivo e faz uma síntese dos fatos.

Prossegue com a “necessidade de revisão da multa”. Afirma que o voto da JJF foi no sentido de afastar a exigência do imposto, tendo em vista que a recorrente tinha crédito acumulado superior ao cobrado no referido auto de infração e achou pertinente manter a multa por descumprimento de obrigação acessória, tipificada na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Aduz que não restou caracterizada a acusação de utilização indevida de crédito fiscal, mas tão somente a escrituração indevida de crédito, sendo inaplicável a multa em exigência de 60%. Entende o recorrente que o eventual descumprimento da obrigação acessória poderia ser enquadrado no inciso XXII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigos, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XXII – R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), em caso de descumprimento da obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei”

Traz sobre o “caráter confiscatório da multa”. Diz que o percentual aplicado tem fins confiscatórios e que a própria Constituição Federal em seu artigo 150, inciso IV, proíbe expressamente adoção de tal medida, delegando a função de confisco às multas tributárias. Alega que já foi julgado em última instância pelo Poder Judiciário sobre o caráter confiscatório da multa e transcreve trecho do julgamento.

Finaliza requerendo que seja negado o provimento do Recurso de Ofício e que seja dado provimento ao Recurso Voluntário.

O conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou impedimento no julgamento deste PAF devido ter participado da decisão de piso.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, o advogado Dr. Thales Maia Galiza – OAB/BA nº 75.053, que se fez o exercício de sustentação oral por parte do recorrente.

É o relatório.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício)

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário, de acordo com o art. 169, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF. A 5ª JJF proferiu Acórdão de nº 0191-05/22-VD, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide.

Em análise ao Recurso de Ofício, a JJF afastou as preliminares de nulidades suscitadas e desonerou o sujeito passivo do crédito tributário de R\$ 382.055,08, mantendo a aplicação da multa que trata a alínea “a”, inciso VII, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Por entender que, apesar da não possibilidade de utilização dos créditos fiscais sob insumos, uma vez que o recorrente faz jus ao disposto no inciso X, do artigo 270 do RICMS/BA, havia saldo credor de ICMS no período fiscalizado, não ocasionando prejuízo ao erário. Concluindo que “não restou caracterizada a acusação de utilização indevida do crédito, ocorrendo apenas descumprimento de obrigação acessória, sanção tipificada na alínea “a” do inciso VII, do art. 42 da Lei 7.014/96(...).”.

Ainda da análise do Recurso de Ofício, adentrando ao mérito, o auto de infração em lide trata-se do período de 01/01/2018 a 31/12/2019. O recorrente só teve sua concessão do direito ao uso do **Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar (SIPAF)** a partir da sua publicação no DOE, que ocorreu em 26/10/2018, conforme recorte abaixo:

Cooperativa Dos Produtores de Palmito do Baixo Sul da Bahia - COOPALM, inscrita no CNPJ sob o nº 07.158.412/0001-01 e portadora da DAP jurídica SDW0715841200012504181102.

IDENTIFICAÇÃO DA CONCESSÃO	DESCRÍÇÃO DO PRODUTO
0002	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Rodela 280 g
0003	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Inteiro 300 g
0005	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Inteiro 1,8 Kg
0006	Palmito de Pupunha em conserva Coopalmito - Picado 300 g
0007	Palmito de Pupunha em conserva Coopalmito - Picado 1,8 Kg
0008	Palmito de Pupunha em conserva Coopalmito - Inteiro 270 g
0009	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Inteiro 90 g
0010	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Inteiro 150 g
003113	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Inteiro 270 g
003114	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Picado 300 g
003115	Palmito de Pupunha Cultiverde em conserva - Rodela 90 g
003116	Palmito de Pupunha em conserva - Picado 1,8 Kg
003117	Palmito de Pupunha em conserva Coopalmito - Rodelas 270 g
003118	Palmito de Pupunha em conserva Coopalmito - Inteiro 1,8 Kg
003119	Palmito de Pupunha em conserva Coopalmito - Inteiro 300 g

GABINETE DO SECRETÁRIO, em 26 de outubro de 2018.

JEANDRO LAYTYNHER RIBEIRO
Secretário de Desenvolvimento Rural em Exercício

Deste modo, conforme exposto acima, apenas a partir do dia 26/10/2018 que o recorrente não teria direito a utilização dos créditos fiscais sob os insumos e não poderá ser glosado os créditos de 01/01/2018 a 25/10/2018, período não contemplado pelo benefício do SIPAF, por se tratar de um ato constitutivo, conforme Parecer Jurídico da PGE/PROFIS de nº 2022110401-0 de 01/03/2023. Para melhor entendimento destaco trecho do Parecer:

“Assim sendo, sem dúvida alguma, a autorização de utilização de uso do SIPAF é um ato evidentemente constitutivo do direito das mercadorias circularem com tal designação, direito constituído e aplicável apenas quando já existente o ato de publicação da autorização.

Ou seja, as operações de comercialização de produtos com a rotulação do SIPAF, demandam a publicação da autorização, não se podendo retroagir para alcançar operações de vendas já concluídas, sem a existência de tal ato constitutivo.”

Sendo assim, do período entre 01/01/2018 a 25/10/2018 não há o que se falar em “crédito indevido” e nem da multa aplicada disposta no inciso VII, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para o referido lapso temporal.

Dando seguimento a análise do Recurso de Ofício interposto, já superado o período de 01/01/2018 a 25/10/2018, verifico que o motivo principal da desoneração dos “créditos indevidos” tomados sob insumos, se deu pelo fato do sujeito passivo possuir saldos credores na sua conta corrente fiscal, com valores superiores aos cobrados no auto de infração. Entendo que no período fiscalizado não houve, de fato, prejuízo ao erário, visto não existir ICMS a pagar na sua apuração do imposto normal. No entanto, não existindo o estorno destes créditos no período entre 26/10/2018 a 31/12/2019, haverá, em algum momento, prejuízo a Fazenda Pública Estadual, tendo em vista que este contribuinte estingue seu saldo credor da conta corrente fiscal no ano de 2020, passando a ter ICMS a pagar. Ora, se o sujeito passivo mantém os créditos escriturados nas suas declarações mensais (EFD ICMS) de forma indevida, visto tratar-se do benefício que dispõe o inciso X, do artigo 270 do RICMS/BA, que dá direito ao crédito presumido de 100% do imposto incidente no momento da saída de seus produtos em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações, e no auto de infração em lide há desoneração destes valores, entendo que, está gerando duplo creditamento ao recorrente. Sendo o primeiro o crédito escriturado de forma indevida na escrita fiscal digital e, no segundo momento, quando o recorrente não efetua o estorno deste crédito.

Nestes termos, conforme o exposto, voto pelo Provimento do Recurso de Ofício, ficando os valores do imposto restabelecido em valor de R\$ 382.055,08.

Quanto ao Recurso Voluntário, o sujeito passivo requer o reenquadramento da multa aplicada, para o inciso XXII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Sobre este ponto, vislumbro que o enquadramento na alínea “a”, inciso VII, do art. 42 do mesmo diploma legal é bem claro:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;”

Quanto ao caráter confiscatório da multa, vejo que seu enquadramento está previsto na Lei nº 7.014/96, uma das leis basilares do ICMS baiano, tendo base no artigo 42, inciso VII, alínea “a”. Já sobre a constitucionalidade por decisões do poder judiciário, este colegiado não tem competência para tal julgamento, conforme disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Portanto, sou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, no entanto, de ofício, excluir do lançamento janeiro a 25 de outubro de 2018, por entender que o referido período não contemplado pelo benefício do SIPAF, por se tratar de um ato constitutivo.

Por fim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para restabelecer o imposto e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, excluir o período de janeiro a 25 de outubro de 2018.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício)

Com a devida *venia*, divirjo da decisão do i. Relator de DAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e restabelecer os valores do imposto de R\$ 382.055,08, decorrente da acusação de “*Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS ...*”.

Sobre este tópico é pertinente a conclusão da Decisão recorrida de que, no caso sob análise, é permitida somente a cobrança da penalidade de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, considerando-se que o estabelecimento autuado acumula créditos do imposto em sua escrita fiscal, inexistindo razão para cobrança do imposto, cabendo apenas a determinação dos correspondentes estornos, consoante excertos a seguir transcritos:

Em consulta ao sistema de Informações do Contribuinte (INC), constata-se que em todo o período autuado, ou seja, de janeiro de 2018 a dezembro de 2019, o estabelecimento autuado possuía saldo credor acumulado em valor superior ao montante que foi autuado.

[...]

Desta maneira, restou demonstrado que o autuado escriturou créditos fiscais relativos a entrada de insumos utilizados na industrialização de palmitos, porém, não implicou na utilização indevida, visto que não gerou saldo devedor em todo o período fiscalizado. Consequentemente, mesmo que tenha escriturado os créditos fiscais em desconformidade com a legislação do ICMS, não restou caracterizada a acusação de utilização indevida do crédito, ocorrendo apenas descumprimento de obrigação acessória, sanção tipificada na alínea “a” do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

[...]

Assim sendo, fica afastada a glosa dos créditos fiscais e mantida a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo abaixo:

[...]

Recomendo que a autoridade fiscal competente adote providências necessárias para intimar o estabelecimento autuado para proceder o estorno de crédito relativo às operações que foram objeto deste lançamento.

Neste contexto, esta 5ª JJF recomenda que a Secretaria do CONSEF, após a publicação do Acórdão, encaminhe comunicação ao Inspetor Fazendário para adoção das medidas acima indicadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo a multa no valor de R\$ 229.233,05.

Nestas condições, deve-se aplicar a penalidade prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, cujo dispositivo legal prevê, **sem prejuízo da exigência do estorno**, a multa de 60% do valor do crédito fiscal, que **não importe em descumprimento de obrigação principal**, conforme ocorreu no caso sob análise.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida, em que pese concordar com o voto condutor em relação a exclusão procedida “DE OFÍCIO”, inerente ao período de janeiro a outubro de 2018, para julgar o Auto de Infração parcialmente subsistente, no valor de R\$ 123.831,30, abaixo demonstrado, nos termos do art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, devendo o sujeito passivo proceder ao **estorno dos créditos correspondentes**.

DATA OCORRENCIA	VL. HISTÓRICO	VL JULGADO JJF MULTA 60%	VL JULGADO CJF MULTA 60%
31/01/2018	14.816,56	8.889,94	0,00
28/02/2018	17.942,98	10.765,79	0,00
31/03/2018	16.726,07	10.035,64	0,00
30/04/2018	16.854,95	10.112,97	0,00
31/05/2018	14.501,07	8.700,64	0,00
30/06/2018	14.536,04	8.721,62	0,00
31/07/2018	28.462,72	17.077,63	0,00
31/08/2018	20.693,31	12.415,99	0,00
30/09/2018	18.983,99	11.390,39	0,00
31/10/2018	15.240,36	9.144,22	1.853,07
30/11/2018	21.847,42	13.108,45	13.108,45
31/12/2018	1.620,53	972,32	972,32
31/01/2019	6.050,31	3.630,19	3.630,19

28/02/2019	6.513,73	3.908,24	3.908,24
31/03/2019	4.244,85	2.546,91	2.546,91
30/04/2019	11.776,52	7.065,91	7.065,91
31/05/2019	24.569,01	14.741,41	14.741,41
30/06/2019	13.286,43	7.971,86	7.971,86
31/07/2019	23.065,39	13.839,23	13.839,23
31/08/2019	19.180,41	11.508,25	11.508,25
30/09/2019	16.013,85	9.608,31	9.608,31
31/10/2019	23.047,61	13.828,57	13.828,57
30/11/2019	15.804,72	9.482,83	9.482,83
31/12/2019	16.276,25	9.765,75	9.765,75
TOTAL	382.055,08	229.233,05	123.831,30

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **140780.0023/21-6**, lavrado contra **COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA - COOPALM**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa pecuniária no valor de **R\$ 123.831,30**, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Recursos de Ofício) – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, José Adelson Ramos Mattos, João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes e Henrique Silva de Oliveira.

VOTO VENCIDO (Recursos de Ofício) – Conselheiros: Gabriel Henrique Lino Mota e Maurício Souza Passos.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR/VOTO VENCIDO
 (Recursos de Ofício)

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO VENCEDOR
 (Recursos de Ofício)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS