

A. I. N° - 269194.0005/20-7
AUTUADO - BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0046-02.21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Os argumentos defensivos trazidos pela empresa se mostram capazes de desconstituir em parte a infração imputada ao sujeito passivo. Infração parcialmente subsistente. Prejudicado o pedido para realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 22 de junho de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$434.988,82, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **01.02.42.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório ao direito do referido crédito, fato constatado em junho a agosto de 2017, março, agosto, novembro e dezembro de 2018.

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 12 a 18-v, onde após resumir os termos da autuação, aponta que conforme demonstrará, a exigência consubstanciada na infração em comento deve ser julgada insubsistente, razão pela qual se vale da presente impugnação, visando o cancelamento do crédito tributário exigido indevidamente.

Inicialmente, regista ter o demonstrativo elaborado pelo autuante incluído no cálculo do ICMS operações que não deveriam ser objeto da cobrança, com inequívoco erro de fato, conforme provará.

Aponta que grande parte dos créditos de ICMS que foram glosados pela fiscalização se referem a operações de aquisição de energia elétrica, cujo direito ao crédito é inequívoco, conforme planilhas acostadas e comprovantes de recolhimento do imposto plotados.

Ressalta não ter sido reconhecido o crédito de ICMS, exclusivamente em razão da falta de apresentação da documentação de suporte no curso da fiscalização, cuja comprovação está devidamente efetivada na presente peça defensiva, sendo inequívoco o direito ao crédito do imposto, e assim sendo, deve ser reconhecido o crédito de ICMS apropriado nas aquisições de energia elétrica, ora comprovadas, pelo estabelecimento autuado.

Argui que além de glosar os créditos referentes as aquisições de energia elétrica, conforme demonstrado no tópico anterior, a fiscalização também efetuou a glosa indevida de créditos decorrentes de bens destinados ao seu ativo imobilizado.

Destaca que os créditos podem ser identificados da análise do Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), conforme instituído pelo Ajuste SINIEF 08/97, com alterações posteriores pelo Ajuste SINIEF 03/01.

Aduz que a legislação do Estado da Bahia reconhece o direito dos contribuintes ao creditamento do imposto referente a entrada de bens destinados ao ativo imobilizado, conforme previsão da Lei 7.014/96, artigo 29, § 1º, inciso I, reproduzido.

Esclarece ser o aproveitamento de crédito de ICMS sobre bens que compõem o ativo imobilizado, devido no presente caso, pois os bens fazem parte da atividade da principal da Impugnante, que

gera saídas tributadas de ICMS e estão devidamente escriturados no CIAP, restando comprovada a origem dos créditos acima identificados que foram glosados pela fiscalização, conforme controle CIAP ora apresentado (Doc. 08).

Portanto, também neste ponto, entende merecer ser revista a autuação na ocasião do presente julgamento para que seja admitido o creditamento dos bens que compõem o ativo imobilizado da impugnante, conforme devidamente escriturado no CIAP.

Por fim, esclarece que a fiscalização glosou o crédito referente a Nota Fiscal 359.134, no valor de R\$19.586,99, entretanto, a apropriação do crédito indicado na operação em referência foi decorrente da anulação da Nota Fiscal Avulsa 1483662018 (Doc. 09), plotada nos autos.

Aponta que, da mesma forma, a fiscalização glosou o crédito referente a Nota Fiscal 359.224, no valor de R\$9.264,96, todavia, a apropriação do crédito indicado na operação em referência foi decorrente da anulação da Nota Fiscal Avulsa 1854332018.

Desta forma, entende dever ser revista a glosa do crédito de ICMS efetivada pela fiscalização no período de apuração de agosto de 2018, no valor de R\$28.851,95, uma vez apresentada a devida justificativa fiscal.

Finaliza, requerendo por todo o exposto, que seja conhecido e dado provimento à presente impugnação para julgar improcedente o lançamento, com o consequente arquivamento do presente processo.

Requer, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada de novos documentos comprobatórios no curso do feito, em respeito ao princípio da verdade material, bem como a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 54 a 57, após transcrever a acusação e os argumentos defensivos apresentados, indica, em relação àquele de que diversas notas fiscais dos meses de junho a agosto de 2017 estariam relacionadas à compra de energia elétrica, que checando tais documentos, a forma de cálculo para obtenção do valor devido de ICMS na entrada no estabelecimento da autuada estão corretos, bem como os valores recolhidos ao erário estadual com código de receita 741, igualmente efetuados de forma correta.

Assim, tratando-se de aquisição de energia elétrica, insumo utilizado no processo industrial da empresa autuada, o uso do crédito fiscal é devido, e os valores envolvidos quanto a este particular serão excluídos do demonstrativo original.

Também no que concerne ao direito ao crédito decorrente de bens do ativo permanente, reconhece merecerem guarida os argumentos defensivos, uma vez demonstrado se tratarem de compras para itens lançados em seus controles para uso de crédito (CIAP), com utilização parcelada dos mesmos, conforme determinação legal e regulamentar.

Assevera ter verificado, também, que os agora especificados lançamentos de fl. 17, apresentados pela defesa, se ajustam corretamente aos outros já registrados no livro de apuração como “outros créditos para ajuste ICMS CIAP”, indicando que os valores envolvidos quanto a este particular também serão excluídos do montante do demonstrativo de fl. 06.

Em relação a glosa indevida dos créditos relativos a notas fiscais emitidas para anulação de outras notas, esclarece caber, mais uma vez, razão à autuada, por ter havido, efetivamente, emissão das notas fiscais de saídas 359.134 e 359.224, com destaque de ICMS de R\$19.586,99 e R\$9.264,96, respectivamente, uma vez que tais documentos se referiam a devoluções das duas notas fiscais avulsas mencionadas na impugnação que foram emitidas tendo a empresa autuada como destinatária sem utilização do crédito.

Garante ter excluído tais valores do montante do demonstrativo original.

Indica ter restado, após as exclusões apontadas, R\$35.278,47, conforme demonstrativo atualizado.

Lamenta o fato de ter cientificado a empresa com antecedência, quanto a esta infração, sem ter recebido qualquer resposta durante o ciclo da auditoria, o que levou a constituição desnecessária da maior parte do crédito fiscal, pugnando, ao fim, pela procedência parcial do Auto de Infração.

Apresenta demonstrativo de fl. 58.

Cientificado do teor da informação fiscal, e dos ajustes realizados pelo autuante, através do DTE (fl. 64), o contribuinte retorna aos autos, se manifestando (fls. 61 e 62), indicando ter o autuante reconhecido a improcedência parcial da autuação, e reduzindo o seu valor substancialmente.

Relativamente a parte tida como indevida, reitera o pedido de cancelamento da autuação, pelos já expostos motivos, com a qual o próprio autuante concordou, havendo de ser homologada a redução.

Em relação aos demais itens autuados, garante continuar buscando documentos que venham a comprovar a improcedência da autuação, e os juntará ao processo assim que forem localizados.

Reitera todos os termos da impugnação, requerendo que seja conhecida e dado provimento a impugnação apresentada, para julgar improcedente o lançamento.

Nova informação fiscal de fls. 66 e 67, prestada pelo autuante, registra que a manifestação do contribuinte, apenas corroborou o reconhecimento da procedência parcial do Auto de Infração, cujas razões já foram expostas por ocasião da primeira informação fiscal.

Conclui que não havendo mais infrações/razões de defesa a tratar, ratifica a ação fiscal em toda sua integralidade, pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Foram os autos encaminhados para julgamento em 08/01/2021 (fl. 69), e remetidos a este relator para instrução em 11/02/2021 (fl. 69-v).

Presente na sessão de julgamento o patrono da empresa, Dr. Gervásio Liberal, OAB/BA 25.476, o qual em sede de sustentação oral, pontua que os três argumentos apresentados na impugnação tiveram a concordância do autuante, reiterando o pedido de homologação das reduções ocorridas quanto ao teor do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento, constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal, através da lavratura de Termo de Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, datado de 03/04/2020, cientificado na mesma data, de forma pessoal, por Felipe Santana Rigaud, seu procurador devidamente constituído (fls. 04 e 05).

A memória de cálculo da autuação se encontra impressa, de forma sintética à fl. 06, e em formato digital na mídia de fl. 07.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso, é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos, que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, ainda que sob a forma de singela e objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito.

A defesa, se apega a três pontos distintos, para entender improcedente a acusação fiscal: a primeira delas, a de que parte dos créditos seria advinda da aquisição de energia elétrica; a segunda, de que o uso do crédito seria lícito, em função da correta apropriação daqueles decorrentes de aquisições de bens do ativo imobilizado; e a terceira, de que os créditos foram utilizados para anulação de outras notas fiscais emitidas.

Quanto ao primeiro argumento, vejamos a disposição contida na Lei 7.014/96, relativamente à matéria:

"Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. 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 a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

(...)

III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) a partir de 1º novembro de 1996:

(...)

2 - quando consumida no processo de industrialização"; (Grifei).

Ou seja: estabelecimento industrial pode se apropriar do crédito fiscal da energia elétrica consumida no processo industrial, atendida a condição ali imposta.

A questão se resumiria, então, em se verificar ser a empresa autuada efetivamente estabelecimento industrial. Pesquisa realizada junto à Receita Federal, através do endereço eletrônico http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/cnpjreva/Cnpjreva_Comprovante.asp constata exercer a mesma atividade de “fabricação de embalagens de material plástico”, CNAE 22.22-6-00, o que lhe caracteriza como industrial, logo, possível a utilização do crédito fiscal.

Para comprovar as aquisições realizadas, a empresa colacionou aos autos cópia das notas fiscais, podendo destacar a de número 13.930, de 03/10/2018, emitida por Ecel - Eletron Comercializadora de Energia Ltda., relativa a 1.080 MWH de *Energia Elétrica Incentivada*, com natureza de operação “Venda de Energia Elétrica para Estabelecimento Industrial”, sem destaque do ICMS, conforme se constata na fl. 41-v.

Na fl. 42, foi apresentado comprovante de recolhimento do ICMS Regime Normal – Energia Elétrica, código 741, efetuado em 28/12/2018, junto ao Banco Itaú S. A., no montante de R\$48.714,62.

De igual modo, foram apresentados documentos no mesmo sentido, correspondentes ao mesmo tipo de operação (aquisição de energia elétrica), às fls. 43 a 52-v.

Baseado na acusação formulada na exação (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório ao direito do referido crédito), tendo sido carreados aos autos documentos de prova absolutamente lícitos e referentes às operações autuadas, o autuante, em sede de informação fiscal, reconheceu a pertinência dos créditos glosados, notadamente no ano de 2017, retirando tais operações, acertadamente da autuação, com o que concordo.

A segunda linha defensiva, se estriba na glosa de aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa, devida e regularmente escrituradas, inclusive no CIAP.

Tal como visto no item anterior, a previsão e possibilidade de uso do crédito fiscal, se encontra no mesmo artigo 29, § 1º, inciso I da Lei 7.014/96:

"Art. 29. 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 a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

I - a partir de 1º de novembro de 1996, tratando-se de mercadorias ou bens, destinados ao ativo permanente do estabelecimento e respectivos serviços de transporte". (Grifei).

Já o RICMS/12 determina que:

"Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 2º O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, fica sujeito às seguintes disposições:

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada:

(...)

VI - serão objeto de lançamento no CIAP, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo".

A empresa, mais uma vez, trouxe aos autos, das fls. 31 a 41, demonstrativo onde constam os créditos do ICMS sobre o ativo permanente (CIAP), os quais comprovam a licitude, pertinência e regularidade na apropriação do crédito fiscal tido pela fiscalização como indevido, constando, inclusive, o número da nota fiscal que acobertou a aquisição de cada bem, o que tornaria a infração insubstancial quanto a tal aspecto.

Mais uma vez, o autuante se rendeu aos argumentos defensivos, acolhendo a sua arguição a respeito, e retirando do levantamento tais operações, com o que, igualmente, me alinho.

Por fim, a derradeira linha defensiva se prende ao fato de terem sido glosados créditos de notas fiscais emitidas para anulação de notas fiscais avulsas, emitidas pela SEFAZ/BA, tendo sido trazida uma delas, à fl. 30.

Aqui, a exemplo dos pontos anteriormente analisados, o autuante corroborou com os argumentos apresentados pela empresa, os albergando, e retirando da autuação tais valores, com o que, tal qual nas oportunidades anteriores, concordo.

Assim, fica prejudicado o pedido formulado para a conversão do feito em diligência, uma vez que não há mais o que se apurar, verificar ou discutir em relação aos argumentos trazidos em sede de impugnação pelo contribuinte.

Quanto aos demais valores, não foram contestados, sequer provados, e, apesar da promessa de que a empresa envidaria esforços para a colacionar ao feito os elementos que comprovariam a improcedência da autuação, até o presente momento, não vieram aos autos, devendo o valor remanescente, correspondente aos meses de março e dezembro de 2018, indicados pelo autuante em sua informação fiscal, serem devidamente mantidos.

Tal fato acima relatado, permite a aplicação dos artigos 140 (o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas), e 143 (a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal), ambos do RPAF/99.

Isso, diante de ser sobejamente sabido, ter o processo administrativo fiscal como objetivo maior, a busca da verdade material.

Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 1 6ª edição, 1991, Página 581) entende que *"O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou*

“julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal”.

A valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades:

- a) a descrita no lançamento pela autoridade fiscal;
- b) aquela descrita na impugnação do contribuinte;
- c) e a do julgador.

Prevalece esta última, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção.

Em sua precisa e objetiva impugnação, o sujeito passivo argumenta em contrário ao lançamento, carreando aos autos provas suficientes para que o próprio autuante, em sede de informação fiscal, alterasse o lançamento, retirando do mesmo as parcelas consideradas indevidas, o que me leva a ter o lançamento como parcialmente procedente em R\$ 35.278,47, na forma do seguinte demonstrativo, reprodução dos dados contidos naquele de fl. 58, apresentado quando da informação fiscal do autuante:

2018

Março R\$ 26.745,78

Dezembro R\$ 8.532,69

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0005/20-7**, lavrado contra **BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.278,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto n 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR