

PROCESSO	- A. I. Nº 087461.0011/19-1
RECORRENTE	- L. A. CONCRETO E MADEIRA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0154-03/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0044-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE CRÉDITO NÃO EFETUADO. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. O Impugnante não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 92 a 104), em face do Acórdão em epígrafe, da lavra da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2019 e notificado ao Sujeito Passivo (Inscrição Estadual nº 088.585.808) em 02/01/2020 (fl. 03), para exigir ICMS no montante de R\$ 314.197,05, mais multa (60%) e consectários, com a acusação de cometimento da irregularidade verificada ao longo de todos os períodos de apuração nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, assim transcrita:

Infração 01 - 01.05.03 - Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Deixou de estornar os créditos proporcionalmente à redução da base de cálculo, nas vendas de pré-moldados com o referido benefício na hipótese prevista no art. 268, inc. XXXVI, b, do RICMS/12. [...]
Enquadramento legal: Art. 29, § 8º da Lei 7.014/96 C/C art. 312, § 1º do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso VII, alínea "b" da Lei 7.014/96. **Total da Infração:** R\$ 314.197,05.

O contraditório desenvolveu-se regularmente em primeiro grau de cognição, com **Defesa** (fls. 16 a 19 - aduz substancialmente que “a maior parte dos insumos adquiridos pelo impugnante já vêm [Sic] com a base de cálculo reduzida pelo próprio fornecedor, de modo que a alíquota incidente terá como base de cálculo um valor já diminuído”); **Informação Fiscal** (fls. 49 a 50, sustentando o Auto de Infração); **Diligência** (requisição à fl. 55; intimação ao Defendente, fls. 61 e 62; manifestação do autuante, fl. 63 a 64, sustentando o Auto de Infração; nova intimação ao Defendente, fl. 66).

Em 22/09/2021 (fls. 72 a 76), a 3ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, consigno que não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O Autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação ao Auto de Infração.

Verifico que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar o presente lançamento de nulidade.

No mérito, a Infração 01 trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro 2015 a dezembro de 2017, consoante demonstrativo às fls. 06 a 11.

O Defendente, em sua Impugnação, sustentou que não ocorreria utilização indevida do crédito fiscal, não havendo que se falar em infração à lei. Asseverou que utilizou devidamente os créditos arrolados no levantamento fiscal, proporcional e na forma da Lei, destacando que a quase totalidade dos insumos adquiridos já vem com a alíquota reduzida, razão pela qual, não há que se falar em deixar de estornar os créditos proporcionais.

Afirmou que o Autuante se equivocou ao considerar que foi utilizado todo o crédito proveniente da compra de insumos, bem como que a alíquota aplicada em todos os casos foi de 17%.

Informou, que comprova seu procedimento juntando aos autos planilha constante do CD, fl. 43, indicando “nota por nota” onde consta o valor efetivamente creditado, bem como a proporcionalidade utilizada, bem como no livro Registro de Apuração e Notas Fiscais dos insumos no arquivo XML.

O Autuante, ao prestar informação fiscal, manteve a autuação explicando que está lastreada no § 1º, do art. 268 do RICMS-BA/12, e relacionada a saída subsequente às entradas de insumos, isto é, dos produtos deles resultantes, ao passo que a redução da base cálculo ocorrida na entrada dos insumos, incidiu sobre o valor da operação anterior.

Citou como exemplo a Nota Fiscal de nº 36.798, em que na aquisição de insumo com redução de base cálculo, o Impugnante lançou integralmente em seu livro Registro de Entradas o total do crédito destacado, constatando que não foi efetuado o estorno deste crédito na mesma proporção de redução aplicada às saídas dos produtos vendidos.

Em atendimento à diligência solicitada por essa 3ª JJF, cuja intimação não foi atendida pelo Impugnante, o Autuante esclareceu que, de acordo com os §§ 1º e 4º, inciso I, do art. 312 do RICMS-BA/12, os estornos foram efetuados considerando o percentual de 29,41%, equivalente à carga tributária sobre as saídas dos produtos contemplados na alínea “b”, do inciso XXXIV, do art. 268 do RICMS-BA/12, ou seja, artefatos de cimento exceto postes. Explicou que o aludido percentual foi aplicado sobre o total dos créditos mensalmente utilizados pelo Autuado, tendo sido excluídos os créditos relativos a postes, calculado mediante a aplicação da proporção entre as vendas de postes e as vendas totais do estabelecimento.

Depois de examinar os elementos que emergiram do contraditório instalado em torno da acusação fiscal, de que o Impugnante deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal relativo às entradas de insumos, que resultaram em saídas subsequentes com redução de base cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, constato que as aquisições objeto da autuação, em que pese, algumas delas terem sido realizadas com redução de base de cálculo, todos os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais de aquisição foram lançados integralmente no livros Registo de Entrada, conforme consta na cópia acostada aos autos pelo Defendente no CD, fl. 47.

O estabelecimento autuado atua na fabricação e comercialização de artefatos pré-moldados de cimento e postes, cujas saídas, com exceção de postes, são alcançadas pela redução de base de cálculo, preconizada pela alínea “b”, do inciso XXXVI, do art. 268 do RICMS-BA-12, in verbis:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XXXVI - das operações internas com artefatos pré-moldados de cimento a seguir indicadas, produzidos neste estado, realizadas pelo fabricante, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12 % (doze por cento):

[...]

b) até 31/12/2022, nas saídas para qualquer destinatário, não se aplicando o benefício nas saídas de postes;

[...]

§ 1º Quanto à utilização do crédito fiscal relativo à mercadoria entrada no estabelecimento, quando prevista redução de base de cálculo na operação subsequente com fixação expressa da carga tributária correspondente, poderá ser utilizado o crédito destacado no documento fiscal até o limite percentual da carga tributária.”

Logo, resta evidenciado que somente é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. Em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve cumprir o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições para utilização de créditos fiscais.

Ademais, o Autuado não procedeu consoante preconiza expressamente o § 2º, do art. 312 do RICMS-BA/12, in verbis:

§ 2º A escrituração fiscal do estorno de crédito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de crédito”, explicitando-se, no corpo do referido documento, a origem do lançamento, bem como o cálculo do seu valor, consignando-se a respectiva importância no Registro de

Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Débito do Imposto - Estornos de Créditos”.

Verifico que não assiste razão ao Autuado, ao asseverar que promoveu a utilização de créditos devida, sempre proporcional, na forma da Lei, pelo fato de que “a quase totalidade dos insumos adquiridos já vem com a alíquota reduzida, razão pela qual, não há o que se falar em deixar de estornar os créditos proporcionais”. O estorno de crédito objeto da autuação é devido, exclusivamente, pelo fato de que as saídas subsequentes ocorrem com redução de base de cálculo. Portanto, nada tem a ver com a redução de base cálculo nas aquisições, uma vez que, qualquer que seja o crédito destacado nas notas fiscais de entrada deve ser estornado proporcionalmente às saídas com redução de base de cálculo, consoante expressa previsão legal.

Ao compulsar o demonstrativo de apuração, constato que o Autuante calculou de forma correta a proporcionalidade, ao proceder a apuração do estorno crédito exigido no Auto de Infração.

Assim, nos termos expendidos, concluo pela subsistência da autuação.

Quanto à solicitação para que as intimações relativas ao presente feito sejam sempre realizadas em nome do advogado Rafael dos Reis Ferreira, inscrito na OAB/BA sob o nº. 28.345, com endereço eletrônico reis@reisholanda.com.br, com escritório na Av. Tancredo Neves, 1283, Ed. Ômega Empresarial, sala 603, Caminho das Árvores, Salvador - BA, CEP: 41.820-021, Tel.: (71) 3018-7002/7003, ressalto que nada obsta que o pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado. Esclareço que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu art. 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

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

Regularmente intimado, o Autuado, ora Recorrente, interpôs seu Recurso Voluntário (fls. 92 a 104), no qual aduz em síntese:

a) nulidade da intimação via DT-e e violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois teria deixado de contribuir com a diligência fiscal “*pelo fato de não ter tido ciência da sua existência, haja vista que, os autos deste processo administrativo são físicos, tendo o Auto de Infração e o acórdão decisório enviados via postal, logo gerou-se nesta Recorrente a expectativa de que as demais intimações do processo dariam também pela via postal*”;

b) improcedência da autuação, ante a legalidade da conduta da recorrente, vez que teria cumprido rigorosamente os comandos do art. 268, incisos LVI e XXXVI, e do art. 312, § 1º do RICMS-BA/12.

Concluiu requerendo seja reconhecida a nulidade dos atos praticados na via administrativa com a intimação via DTe; a insubsistência do crédito tributário, ante a ausência de prova de que a Recorrente haja utilizado indevidamente de crédito fiscal; a suspensão da exigibilidade do crédito e a juntada de planilhas com todas as notas fiscais contempladas no Auto de Infração; a intimação para a prática de atos processuais na pessoa do patrono e no endereço físico que declina à fl. 104.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados em 03/06/2022. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta.

Em sessão de 20/06/2022 (fls. 111 a 112), mesmo pontuando considerar a intimação via DT-e inteiramente regular e inescusável a recusa pela suposta “*expectativa de que as demais intimações do processo dariam também pela via postal*” (pois não há, na legislação do PAF qualquer disposição que implique tal inferência), mas ponderando sobre o princípio da busca pela verdade material e sobre o momento da Pandemia COVID-19, esta 2ª CJF deliberou converter o feito em Diligência à Inspetoria de Origem, para que, por meio do Autuante ou de outro preposto da Autoridade Fiscal, fosse o Recorrente intimado a oferecer demonstrativo de utilização do crédito, franqueando-se à fiscalização a manifestação sobre o mesmo.

Em 25/08/2022 a Recorrente protocolizou espontaneamente (isto é, antes mesmo de ser intimada por meio da Inspetoria de Origem) o petitório de fls. 121 e 122, petitório esse aparelhado com a planilha de fl. 123 e arquivos eletrônicos idênticos, em mídia, fl. 124.

Em seu arrazoado, a Recorrente alude haver demonstrado o relatório da utilização do crédito de ICMS e a discriminação dos insumos adquiridos com a redução da base de cálculo aplicada - insistindo, ainda, na intimação na pessoa do advogado subscritor.

Em 20/10/2022 foi protocolizada a manifestação do Autuante (fl. 127), na qual aduz que:

“o contribuinte não apresenta fato novo, ou argumento, que já não tenha sido analisado, tanto por este autuante quanto pela 3ª Junta do Conseg”; [...] “o referido documento [relatório de fls. 123] apenas reproduz os dados contidos na sua EFD - Entradas”; “os insumos recebidos, com a redução de base de cálculo conforme art. 267, inc. VII, do RICMS/2012 estão relacionados a saídas de produtos, cuja base de cálculo é, por coincidência, também reduzida, conforme art. 268, inc XXXVI, b, sem que haja relação entre um benefício e outro”.

Devolvidos os autos, solicitei nova inclusão em pauta, e os trago, pois, a esta sessão de 13/02/2023, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque para a tempestividade e para o cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99).

De início, constata-se que o pleito de suspensão da exigibilidade do crédito deflui do PAF baiano, que observa o quanto disposto no art. 151, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN), e encontra-se atendido. Também se constata nos autos petições e documentos protocolizados pela Recorrente e anexados na íntegra.

Do mesmo modo, o pleito do Recorrente para que as intimações sejam feitas em nome do profissional que indica em sua peça recursal foi atendido, consoante o costume deste Conselho publicar intimações de julgamento em nome dos advogados signatários, ainda que não haja requerimento expresso:

40 EXECUTIVO

DIÁRIO OFICIAL
República Federativa do Brasil - Estado da Bahia

SALVADOR, TERÇA-FEIRA, 7 DE FEVEREIRO DE 2023 - ANO CVII - Nº 23.599

Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF

CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL - CONSEF EDITAL(S) DE CONVOCAÇÃO (SESSÃO VIRTUAL)

O Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, com base no art.51, do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 7.592/99 convoca os Senhores Conselheiros e Julgadores, o(s) representante(s) da PGE/PROFIS e Advogados, legalmente constituídos. Aqueles não julgados serão incluídos na(s) pauta(s) da(s) sessão(ões) seguinte(s), independente de publicação, de acordo com o art. 67, I, do Regimento Interno:

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL através de VIDEOCONFERÊNCIA - Data: 13/02/2023
às 14:00**

RELATOR(A): HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

Auto de Infração - 874610011191 - Recurso Voluntário: Autuado(a) L.A. CONCRETO E MADEIRA LTDA - Autuante(s) - HELIO SILVA DAMASCENO - Advogado(s): RAFAEL DOS REIS FERREIRA

Observo, ainda, que as intimações são também encaminhadas ao e-mail cadastral do contribuinte, e que os atos de comunicação no curso do PAF não serão nulos se atendidos os requisitos dos arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Nessa linha de intelecção, rejeito a preliminar de nulidade aventada pela Recorrente, pois a intimação via domicílio tributário eletrônico (DT-e) tem previsão na Lei nº 3.956, de 11/12/1981 (COTEB), que em seu art. 127-D preconiza:

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

- a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;
- b) encaminhar notificações e intimações;
- c) expedir avisos em geral;

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

De mais a mais, a Recorrente teve preservado o seu direito de se manifestar sobre a diligência fiscal, a despeito de não o fazer oportunamente, com a diligência provocada por esta Câmara durante a sessão de 20/06/2022.

Passo ao mérito.

A Recorrente foi autuada pelo aproveitamento integral do crédito fiscal (imposto apurado e recolhido nas etapas antecedentes da cadeia econômica dos seus insumos) oriundo de insumos que adquire, industrializa e vende na forma de produtos sob a incidência de redução de base de cálculo.

A sua defesa reporta-se à tributação já reduzida na etapa antecedente, e produz demonstrativos (arquivos em mídia de fls. 43 e 124) que, em seu sentir, dão conta da redução de carga tributária operada na etapa antecedente.

Com a devida licença, a tese recursal não se sustenta.

Tem-se que a Recorrente atua na fabricação e comercialização de *artefatos pré-moldados de cimento e postes*. Para esse mister, adquire insumos tais como (fl. 123) *cordoalha, brita, cimento, aço e arame*.

Nota-se que parte de seus produtos (artefatos em cimento, exceto postes) e dos insumos que indica (cimento, brita, aço e arame) encontram-se abrangidos por redução de base de cálculo.

Obviamente, as notas fiscais emitidas por seus fornecedores devem evidenciar a redução de carga tributária (já que as mercadorias são beneficiadas), o que não anula o dever de a Recorrente, também beneficiada por redução de carga tributária, proceder ao estorno proporcional do crédito fiscal apropriado, conforme o art. 312, § 1º do RICMS-BA/12.

Dito de outro modo: não há que se confundir o benefício do fornecedor com o benefício do produtor (ora Recorrente), nem os deveres de estorno proporcional do crédito fiscal de um e de outro.

De resto, a documentação produzida (a planilha de fl. 123 restringe-se ao exercício de 2015; os arquivos no CD de fl. 43 são inconclusivos) não gera nesta relatoria qualquer convicção de que a Recorrente detém a prerrogativa de manter o crédito fiscal apropriado em sua integralidade.

Portanto, diante dos elementos trazidos aos autos, concluo que a JJF dirimiu corretamente a lide.

Sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo julgado o Auto de Infração PROCEDENTE consoante decidiu a 3ª JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087461.0011/19-1**, lavrado contra **L. A. CONCRETO E MADEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 314.197,05**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “b”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS