

A. I. Nº - 108880.0015/21-4
AUTUADO - INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.05.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0053-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Durante a instrução processual, a auditoria patenteou que as mercadorias objeto da autuação (energia elétrica e óleo diesel) na sua maior parte eram empregadas na unidade de produção de artefatos plásticos, cujas saídas não estavam vinculadas à redução de base de cálculo, comportando, deste modo, a apropriação por inteiro dos créditos fiscais. Estorno indevido, à exceção de um pequeno valor que, após revisão fiscal, contou com a concordância do sujeito passivo. Nulidade afastada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Assenta-se o presente relatório nas premissas do inciso II, do art. 164 do RPAF-BA.

O lançamento de ofício em tela, lavrado em 07.12.2021, tem o total histórico de **R\$ 293.182,59**, a saber:

INFRAÇÃO 01 – 001.005.003 – Falta de estorno de créditos fiscais de ICMS em face de entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes tiveram redução de base de cálculo, em valor correspondente à parte proporcional da redução. Empresa comercializa mercadorias com redução de base impositiva, prevista no art. 268, LII do RICMS-BA, com possibilidade de uso do crédito anterior até o limite da carga tributária incidente nas saídas, conforme § 1º do dispositivo antes citado.

Fatos geradores de janeiro de 2017 a dezembro de 2019 (36 meses). Penalidade pecuniária de 60%. Enquadramento legal no corpo do auto de infração.

Documentos juntados pelo autuante (fls. 07/146).

Em sua defesa (fls. 151/158), o autuado:

Requer preambularmente que doravante as intimações e notificações ligadas à autuação sejam encaminhadas para o endereço dos mandatários, profissionais regularmente constituídos, sob pena de nulidade.

Levanta nulidade da cobrança porque o fisco arbitrou a base de cálculo e adotou uma metodologia ilegal. Isto porque o procedimento de quantificação não se exibiu claro e preciso para a impugnante, fora dos parâmetros legais estipulados no art. 22, § 1º, VI da Lei 7.014/96 e ao arremio das Súm. 01 e 05 do CONSEF, cerceando o seu direito de defesa e trazendo imprecisão na postulação estatal. Mesmo assim, calcado no princípio da eventualidade, fez o pagamento de R\$ 40.471,89, até para aproveitar a redução da multa, mas salvaguardando o seu direito à restituição, caso a preliminar logre êxito.

A respeito da nulidade, ainda esclarece o que se segue: (i) sendo a autuada um estabelecimento industrial, a ação fiscal deveria ser iniciada com um pedido de esclarecimentos para que fossem informadas as quantidades de insumos utilizados na fabricação de cada produto desonerado

parcialmente pela redução da base de cálculo, “*aplicando-se o percentual da relação entre as saídas desoneradas e o total das saídas dos produtos industrializados sobre o valor dos créditos fiscais vinculados às aquisições de todos os insumos utilizados no processo produtivo que excederem a carga tributária nas saídas*”; (ii) a autuada em momento algum foi instada a prestar informações sobre a composição das mercadorias comercializadas com a redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso LII do RICMS, cuja carga tributária foi fixada em 12%; em vez disto o fisco “intuiu” que a autuada se apropriou de um certo “crédito a maior”, deduzindo desse valor percentual a título de “vendas a 18%”, para concluir que as diferenças mensais deveriam ser estornadas; todavia, na autuação não se apurou os percentuais das vendas internas com redução de base de cálculo e sim o percentual de todas as vendas; dessa forma, inverteu a apuração e apontou média de 85%, como sendo de vendas internas suscetíveis ao estorno, o que não é verdade e não foi comprovado; (iii) o fisco deveria demonstrar os totais das entradas com créditos superiores a 12% e os totais das vendas internas com carga de 12%, fazendo incidir o estorno proporcional às citadas vendas internas; vendas interestaduais, por exemplo, não podem ser computadas para fins de apuração dos percentuais de estorno, eis que não se encontram sujeitas à norma que deu margem a autuação – art. 268, inciso LII do RICMS/BA; o mesmo se aplica às vendas internas tributadas com a alíquota de 18%; somente as vendas internas, com carga tributária de 12%, decorrente da redução prevista no art. 268, LII do RICMS, devem compor a totalização do percentual a ser aplicado sobre as entradas com créditos superiores a esse mesmo percentual; se a apuração, espelhada no demonstrativo sintético, denominado “DEM. DOS ESTORNOS DE CRÉDITOS CONF. DISPOSTO NO ART. 268 - § 1º DO RICMS”, estivesse correta, as quantias tidas como “Abatimento pelas vendas 18%”, em verdade, iriam refletir os estornos; (iv) logo, o método usado pelo fisco dificultou a correta mensuração da base de cálculo e, por via conexas, a defesa.

No mérito alega demasia na cobrança porque a redução da base de cálculo fruída pela empresa apenas alude a saídas internas, de sorte que o estorno não se aplicaria quando as saídas fossem interestaduais.

Diz que fabrica e vende *baldes, bombonas e tampas* como embalagens, não alcançados pela redução de base mencionada, de modo que a apropriação dos créditos fiscais haverá de ser integral, sem estorno.

Alega que a energia elétrica adquirida constitui insumo da produção, e 80% dela é destinada à fabricação das embalagens mencionadas anteriormente, como se viu, sem direito à diminuição da base impositiva.

O óleo diesel segue o mesmo raciocínio, até porque 100% é usado no gerador que substitui a energia elétrica comprada e é todo direcionado para a fabricação das citadas embalagens.

Adverte que o fisco também considerou nos estornos as embalagens de produção própria que retornaram de demonstração, tributadas nas remessas, e com a compensação integral quando voltam ao estabelecimento autuado.

E, por fim, convida a auditora fiscal para fazer uma visita à indústria com o fito de constatar toda a argumentação defensiva e esclarecer eventuais dúvidas.

Juntadas na contestação, planilhas demonstrativas do recálculo dos estornos originalmente quantificados, além de outros documentos (fls. 159/184).

Em seu informativo fiscal, a autuante (fls. 186/191):

Afirma que o contribuinte fabrica sabões, detergentes sintéticos, cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal, embalagens de material plástico e artefatos de material plástico para uso industrial, com outros usos não especificados.

Declara que, após a autuação, visitou o estabelecimento em 27.5.2022, oportunidade em que pode acompanhar a aplicação da energia elétrica e do óleo diesel no processo produtivo, inclusive

junto à unidade de produção dos artefatos plásticos, maior consumidora dos insumos atrás mencionados.

Assinala que o próprio art. 268 regulamentar, em outro inciso (XXXI), aponta que as embalagens de polietileno e polipropileno, destinadas para indústrias de alimentos e de fertilizantes, possuem uma carga tributária de 7%, de sorte que foi a empresa intimada via DT-e para pagar espontaneamente a diferença entre o estorno frente a 12%, comparado com 7%.

Em função disto, analisou as planilhas formuladas pela defendente e, considerando o consumo de energia e óleo ali apontados, terminou por aceitar os cálculos empresariais elaborados e passou a considerar como procedente a importância de R\$ 40.471,89.

Planilhas apensadas (fls. 192/201).

Intimado regularmente, o sujeito passivo, a despeito do acatamento pelo Estado dos valores apresentados na impugnação, prossegue na preliminar de nulidade do auto de infração em face do arbitramento ilegal, além de renovar o pedido de endereçamento das comunicações processuais para o escritório dos advogados da causa.

Após as medidas instrutórias tomadas adicionalmente, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Vamos às questões puramente processuais: requer a autuada que as comunicações neste PAF sejam encaminhadas para o endereço dos advogados com procuração nos autos, sob pena de nulidade.

Pode o órgão de preparo facultativamente dar ciência dos atos processuais praticados aos i. profissionais constituídos nos autos. Tal providência é até benfazeja, mas jamais a sua falta pode causar nulificação do processo. A obrigação vai apenas no sentido das comunicações e intimações serem encaminhadas via domicílio tributário eletrônico (DT-e), indicado pelo próprio contribuinte, conforme determina a legislação de regência, qual seja, o art. 129 do COTEB, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF da Bahia.

Improcede o pleito.

Levantada uma preliminar de nulidade porquanto se sustenta ter havido arbitramento da base de cálculo do imposto, com adoção de metodologia quantitativa não prevista no art. 22 da Lei 7.014/96.

Não se trata de estimação da base de cálculo. O que a auditoria fez foi calcular o estorno proporcional dos créditos fiscais apropriados quando das entradas das mercadorias, tendo em vista as saídas correspondentes serem tributadas com redução da base imponible, sem previsão de manutenção integral dos créditos. As entradas são conhecidas, as saídas também, as alíquotas e operações identificadas na escrita fiscal digital. Tal procedimento passa longe de ser um arbitramento da base de cálculo pelos critérios estabelecidos na lei baiana do ICMS, mas de mera proporcionalização dos créditos usados indevidamente.

Afastada a preliminar.

Logo, do ponto de vista formal, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiado todo e qualquer princípio aplicável ao processo administrativo tributário.

Indefere-se quaisquer pedidos de diligência porque todos os elementos instrutórios já se encontram presentes nos autos.

No mérito, a matéria perdeu controvérsia.

Isto porque a auditora fiscal, ao visitar o estabelecimento autuado depois da lavratura do lançamento de ofício, constatou o emprego da energia elétrica e do óleo diesel no processo de fabricação da empresa e concluiu que tais insumos são empregados preponderantemente na linha industrial dos artefatos plásticos, cujos produtos acabados não têm as suas saídas sob o benefício da redução da base imponible. Logo, a apropriação dos créditos, neste particular, resultou correta.

Por isso mesmo, acabou recomputando os valores devidos e terminou concordando com as cifras apontadas pelo sujeito passivo na sua peça de defesa.

Pelo exposto, é o auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 40.471,89, mais os acréscimos de lei, devendo a autoridade fazendária competente homologar os valores já eventualmente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108880.0015/21-4, lavrado contra **INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 40.471,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor comprovadamente recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR