

PROCESSO	- A. I. N° 269194.0005/20-7
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDOS	- BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0046-02/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO/ IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/02/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0002-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Os argumentos apresentados em sede da instância originária se mostraram capazes de desconstituir em parte a infração imputada ao sujeito passivo. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, previstos, respectivamente, no art. 169, I, “a” e “b” do RPAF/99, contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª JJF nº 0046-02/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 22/06/2020 para formalizar a constituição de crédito tributário na cifra de R\$ 434.988,82, acrescida da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim discriminada na instância de origem:

“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”.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 22/08/2023 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos (fls. 135 a 161):

“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;

b) (...)

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".

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, "a" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 2^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0046-02/21-VD.

Com respaldo no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/99), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 87 a 101, no qual iniciou aduzindo que a remessa necessária não deve ser provida e que os valores remanescentes estão viciados pela invalidade.

Isso porque a redução substancial da quantia a ser constituída indica imprecisão na determinação da infração e do infrator, situação que se amolda com precisão no art. 18, IV, "a" do RPAF/99.

Em seguida, passa a esmiuçar as razões pelas quais entende que não deve ser dado provimento ao Recurso de Ofício, amplamente descritas na descrição do Voto condutor de 1^a instância, acima reproduzido.

Conclui pedindo deferimento.

VOTO

O recorrente aduziu a nulidade da presente autuação sob o argumento de que a redução substancial da quantia a ser constituída, de R\$ 434.988,82 para R\$ 35.278,47, indica imprecisão na determinação da infração e do infrator, situação que se amoldaria com precisão no art. 18, IV, "a" do RPAF/99.

Ora, é importante registrar que a lavratura de um Auto de Infração não configura o termo final da constituição do crédito tributário, mas, pelo contrário, o inicial, porque o ato administrativo será submetido à autotutela que o caracteriza, de responsabilidade do CONSEF, podendo ser modificado no seu valor, sem máculas à sua validade jurídica.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito dos valores desonerados e à remessa necessária, o recorrido, em sede defensiva, indicou três pontos distintos para que se tivesse como 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.

Relativamente ao primeiro argumento, o art. 29, § 1º, III, 2 da Lei nº 7.014/96 permite a utilização do crédito, desde que o estabelecimento desenvolva atividade industrial, o que se verificou ser verdade, pois, em pesquisa realizada junto à Receita Federal, por meio do endereço eletrônico http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/cnpjreva/Cnpjreva_Comprovante.asp, a JJF constatou que o sujeito passivo exerce a atividade de "*fabricação de embalagens de material plástico*", CNAE 22.22-6-00.

Juntadas aos autos cópias de notas fiscais, podendo-se 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, apresentado comprovante de recolhimento do ICMS Regime Normal – Energia Elétrica, código 741, efetuado em 28/12/2018, mês de referência 11/2018, junto ao Banco Itaú S.A., no montante de R\$ 48.714,62.

Colacionados também documentos no mesmo sentido, correspondentes ao mesmo tipo de operação (aquisição de energia elétrica), às fls. 43 a 52-v.

Lembre-se de que a imputação foi de utilização indevida de crédito sem a apresentação do

competente documento que demonstrasse a licitude do direito. Todavia, restaram carreados aos autos documentos comprobatórios e o autuante, em sede de informação fiscal, reconheceu a pertinência dos mesmos.

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

A previsão e possibilidade de uso desse tipo de crédito fiscal se encontra artigo 29, § 1º, inciso I da Lei nº 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".

Colacionado pelo recorrido, às fls. 31 a 41, demonstrativo onde constam os créditos do ICMS sobre o ativo permanente (CIAP), que comprovam a licitude, pertinência e regularidade dos valores utilizados, tendo sido informado, inclusive, o número da nota fiscal que acobertou a aquisição de cada bem.

Mais uma vez, o autuante se rendeu aos argumentos defensivos, acolhendo a arguição a respeito e retirando do levantamento tais operações.

A terceira e última linha defensiva se prendeu ao fato de terem sido glosados créditos de notas fiscais emitidas para anulação de outras notas fiscais avulsas, emitidas pela SEFAZ, tendo sido trazida uma delas à fl. 30.

Aqui, a exemplo dos pontos anteriormente analisados, o autuante corroborou com os argumentos apresentados pela empresa.

Recurso de Ofício Não Provado.

O Recurso Voluntário disse respeito apenas à suposta nulidade do lançamento de ofício, o que já foi acima decidido.

Os valores remanescentes não foram sequer contestados nesta instância.

Quando do julgamento originário, o recorrente prometeu que envidaria esforços para a colacionar ao feito os elementos que comprovariam a improcedência total da autuação, mas não fez isso.

Recurso Voluntário Não Provado.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0005/20-7, lavrado contra **BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 35.278,47, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS