

A. I. N° - 269191.0050/08-5
AUTUADO - GALVANI INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS S.A.
AUTUANTES - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES e LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 09. 11. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0317-01/10

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Energia elétrica consumida por estabelecimento industrial constitui produto intermediário. Diligência cumprida pela ASTEC/CONSEF comprovou ser legítima a utilização do crédito no percentual apontado pelo contribuinte. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 1.339.174,55, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de junho a dezembro de 2004, janeiro, fevereiro, junho a dezembro de 2005, fevereiro a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 633.476,19, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 705.698,36, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa às fls. 214 a 266, rechaçando a infração 01, invocando, preliminarmente, o conceito doutrinário de substituição tributária, reproduzindo ensinamento de José Eduardo Soares de Melo, bem como, o referido instituto na Constituição Federal de 1988, Lei Complementar 87/96. Evoca ainda outras posições doutrinárias e decisões do CONSEF, para sustentar o seu argumento de que descabe a exigência.

Ressalta que, o fato de não ter retido o ICMS na contratação dos serviços de transporte, não causou nenhum prejuízo ao erário estadual, e se mantida a multa, conforme imposta na autuação, restará caracterizado verdadeiro confisco, o que é vedado pela Constituição Federal.

Requer a improcedência desta infração.

No que concerne à infração 02, argui, preliminarmente, a decadência do direito do fisco glosar os créditos relativos ao período de 31/01/2003 a 31/12/2003, conforme previsto no art. 173 c/c o §4º do art. 150 do CTN, tendo em vista que o prazo para homologação expressa o é de 05(cinco) anos. Invoca e reproduz lição de Paulo de Barros de C;

também, decisões dos tribunais administrativos dos Estados de Santa Catarina e Rio de Janeiro, reproduzindo decisões sobre matéria semelhante.

Atacando o mérito, sustenta que a autuação não pode prosperar, tendo em vista que o creditamento efetuado encontra amparo legal no art. 93,II, “a”, 2, do RICMS/BA, que autoriza o crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica quando consumida no processo de industrialização. Acrescenta que, o crédito fiscal lançado foi amparado no Laudo de Exame Pericial que apontou o percentual de 95,08% de energia elétrica adquirida e consumida no processo produtivo, não constando qualquer questionamento sobre o percentual apontado no laudo.

Observa que, os autuantes se basearam na declaração dada pela empresa de utilização do percentual de 43% da energia elétrica utilizada no processo produtivo, não tendo observado que, para efetuar o crédito no percentual de 95,08% apontado no laudo, a empresa reduziu da base de cálculo o percentual de 48%, aplicando sobre esta nova base o percentual para apurar o valor do crédito.

Sustenta que descabe em se falar de estorno no percentual de 57% do crédito apropriado, pois o crédito escriturado é legítimo e o valor utilizado no percentual de 43% já está sendo considerado todas as reduções pertinentes. Invoca e reproduz decisões do CONSEF, para reforçar os seus argumentos. Tece diversas considerações sobre o princípio da não cumulatividade, invocando, nesse sentido, lições de diversos doutrinadores. Afirma que a multa é confiscatória, não podendo ser superior a 10%. Protesta pela produção de provas legalmente admitidas.

Conclui requerendo que seja reconhecida a perda do direito do Fisco constituir e cobrar créditos já fulminados pela decadência, como também pela ilegalidade do lançamento, tanto na infração 01 quanto na infração 02, anulando-se o Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 481 a 84, na qual contestam a alegação defensiva referente à infração 01, afirmando que a infração se deve a não substituição tributária aplicada nos termos do inciso II do art. 380 c/c o art. 382, todos do RICMS/BA.

Observam que o autuado não trouxe aos autos os comprovantes de recolhimentos, tendo sido verificado que no sistema de arrecadação da SEFAZ/BA, (sistema INC) as transportadoras contratadas não efetuaram qualquer recolhimento. Dizem que, apesar de ter havido o equívoco de indicação da alíquota de 17% ao invés de 12%, os valores exigidos não sofreram alteração, havendo apenas modificação da base de cálculo, descabendo a nulidade argüida pelo impugnante.

Quanto à infração 02, rechaçam a argüição defensiva de ocorrência da decadência, afirmando que esta não ocorreu, tendo em vista que os lançamentos obedecem a regra contida no art. 965 do RICMS/BA, o qual reproduzem.

Com relação ao mérito da autuação dizem que o lançamento foi efetuado em conformidade com a declaração prestada pelo próprio contribuinte ao Fisco, em resposta a pergunta direta e objetiva que lhe foi formulado, conforme consta nos autos.

Salientam que a glosa do crédito do ICMS de energia elétrica se refere à sua não utilização no processo produtivo, conforme declarado pelo próprio contribuinte.

A 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência(fl. 487), à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal, para verificar e informar se o percentual de consumo de energia elétrica utilizada no processo produtivo do estabelecimento, efetivamente, correspondia a 95,08%, conforme alega o autuado, a 43,00% conforme apontado na autuação, ou se correspondia a percentual diverso dos mencionados. Foi solicitado, ainda, que após a verificação, deveria o diligente elaborar novo demonstrativo, com as devidas correções, se fosse o caso.

Através do Parecer ASTEC Nº. 002/2010(fl. 491/494), o ilustre diligente esclareceu que, intimado o autuado, este apresentou arquivos gravado:

contas da Coelba referentes ao período de 01/2003 a 12/2007, além de planilhas demonstrativas dos créditos fiscais utilizados às fls. 493 a 499.

Consigna o diligente que, após efetuadas as devidas verificações no estabelecimento autuado, o senhor Leonel Serafim informou que o percentual de 43% considerado pelos autuantes, informado à fl. 207, não corresponde à realidade, conforme explicitado à fl. 242 da peça de defesa.

Registra, ainda, que o índice considerado pelo autuado correspondente a 95,08%, conforme Laudo Técnico de fls. 461 a 471, devidamente assinado pelo Engenheiro Eletricista senhor Helmo Carlos Frantz, onde se encontra detalhado por “área” o consumo de energia elétrica e o percentual utilizado, foi objeto de algumas verificações, tendo constatado que merecem ser acatados.

Conclusivamente, diz o diligente que após as verificações realizadas quanto aos créditos de ICMS de energia elétrica utilizados pelo autuado, com base no Laudo Técnico, o seu entendimento é de que os índices apontados às fls. 461 a 471, estão de acordo com as planilhas apresentadas pelo contribuinte.

Intimado o contribuinte para ciência do Parecer ASTEC N°. 002/2010, este se manifestou à fl. 504, afirmando que o diligente constatou e concluiu na diligência realizada às fls. 491/492, que o índice correspondente a 95,08% considerado no Laudo Técnico de fls. 461/471, merece ser acatado.

Diante disto e com os argumentos apresentados na peça de defesa, sustenta que o lançamento fiscal não encontra meios de subsistir, razão pela qual, requer seja decretada a total improcedência deste item da autuação.

À fl. 511, consta petição do autuado, na qual este informa ter aderido aos benefícios instituídos pela Lei nº 11.908/2010, razão pela qual desiste da defesa apresentada, em relação à infração 01, mantendo a impugnação quanto à infração 02.

Os autuantes se manifestaram sobre o Parecer ASTEC N° 002/2010(fl. 509), afirmando que o laudo apresentado pelo contribuinte é relativo ao período de agosto de 2002 a março de 2001, não tendo sido homologado pela SEFAZ. Observam que foram fiscalizados os exercícios de 2003, 2004, 2005 2006 e 2007, não representando o laudo o percentual de consumo de energia dos referidos exercícios.Reproduzem trecho do Parecer nº 14348/2008, para reforçar o entendimento que sustentam.

Consta à fls. 518/522, extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária da SEFAZ/BA – SIGAT, referente ao pagamento do débito reconhecido mediante parcelamento.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 02 (duas) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

No que concerne à infração 01 - *Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal* -, constato que, apesar de inicialmente ter sido objeto de impugnação, posteriormente foi reconhecida pelo contribuinte, conforme petição à fl. 511, inclusive, com o pagamento parcelado do débito reconhecido, conforme extrato do SIGAT acostado aos autos às fls. 518 a 522, valendo dizer que, inexistente lide neste caso. Infração subsistente.

No respeitante à infração 02 - *Utilizou crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização* -, verifico que foi objeto de impugnação por parte do autuado e contestação das alegações defensivas pelos autuantes, o que mantém a lide.

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição defensiva de ocorrência da (glosar os créditos relativos ao período de 31/01/2003 a 31/12/2003, confi

§4º do art. 150 do CTN, tendo em vista que o prazo para homologação expressa ou tácita de que dispõe a Fazenda Pública é de 05(cinco) anos, contado da data de ocorrência do fato gerador.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado referente ao exercício de 2003, tem como termo inicial de contagem 01/01/2004 e termo final 31/12/2008.

Assim, como o contribuinte tomou conhecimento da ação fiscal em 23/10/2008, conforme Termo de Intimação e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 30/12/2008, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do prazo de decadência de 5 (cinco) anos, comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por homologação tácita do lançamento e conseqüente decadência.

Observo que, na peça impugnatória, o autuado sustenta que o creditamento foi realizado amparado no Laudo de Exame Pericial que apontou o percentual de 95,08% de energia elétrica adquirida consumida no processo produtivo.

Diz o impugnante que os autuantes se basearam na declaração dada pela empresa de utilização do percentual de 43% da energia elétrica utilizada no processo produtivo, porém, não observaram que para efetuar o crédito no percentual de 95,08% apontado no laudo, a empresa reduziu da base de cálculo o percentual de 48%, aplicando sobre esta nova base o percentual para apurar o valor do crédito.

Já os autuantes contestam a alegação defensiva, afirmando que a glosa do crédito fiscal se refere à energia elétrica não utilizada no processo produtivo, conforme declaração prestada pelo próprio contribuinte, ao ser perquirido nesse sentido.

O direito ao crédito fiscal referente à utilização de energia elétrica no processo produtivo, encontra-se previsto no art. 93, II, alínea “a”, item 2 do RICMS/BA, conforme transcrito abaixo:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00):

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

(...)

2 - quando consumida no processo de industrialização;”

No presente caso, verifico que não existe qualquer dúvida com relação ao direito de creditamento do imposto referente à apropriação da energia elétrica, efetivamente, utilizada no processo produtivo do contribuinte, haja vista a condição de fabricante do contribuinte.

Na realidade, a discussão está adstrita ao percentual de energia elétrica utilizada no processo produtivo da empresa autuada. Ou seja, se 95,08%, conforme apropriado pelo autuado - com fundamento em Laudo Técnico -, ou 43,00%, conforme entendem os autuantes - fundamentados em informação prestada pelo contribuinte.

Portanto, conforme pode ser observado, a matéria de que cuida esta infração tem essencialmente natureza fática. Ou seja, qual o percentual que, efetivamente, deve ser utilizado pelo contribuinte na apropriação do crédito fiscal, referente à energia elétrica consumida no processo produtivo.

Por esta razão foi que 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em busca da verdade material, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, no intuito que fosse verificado pelo diligente, “in loco”, qual o percentual correto, se o utilizado pelo contribuinte ou o apontado pelos autuantes, ou ainda se existia percentual diverso dos indicados.

O resultado apresentado pelo ilustre diligente Edgar Ferreira Pessoa Pereira, através do Parecer ASTEC Nº. 002/2010 esclareceu que, o índice considerado pelo autuado correspondente a 95,08%, conforme Laudo Técnico, onde se encontra detalhado por “área” o consumo de energia elétrica e o percentual utilizado, foi objeto de algumas verificações, “...tendo constatado que merecem ser acatados.”, estando de acordo com as planilhas apresentadas pelo con

Observo que, apesar de os autuantes terem se insurgido contra o diligente, na forma do Parecer ASTEC Nº 002/2010, inclusive, contra o

trecho do Parecer considero que a verificação realizada “in loco”, permite concluir que assiste razão ao contribuinte, sendo insubsistente esta infração.

Diante do exposto, a infração 01 é subsistente e a infração 02 insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **269191.0050/08-5**, lavrado contra **GALVANI INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$633.476,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação do valor 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”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR