

A. I. Nº - 269189.2307/10-5
AUTUADO - AGRIFIRMA CAMPO ABERTO AGROPECUÁRIA LTDA
AUTUANTE - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - BARREIRAS
INTERNET - 16.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0316-2/11

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. Infração caracterizada. **b)** CRÉDITO PRESUMIDO. PROGRAMA PROALBA. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou crédito fiscal presumido sem atender as exigências previstas na Lei nº 7.932/01. Reduzido o débito por erro na sua apuração. **c)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada pela legislação tributária a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas na defesa e não acolhido o pedido para redução ou cancelamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/09/2010, para exigência de ICMS no valor de R\$262.426,44, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.925,46, relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias, nos meses de outubro e novembro de 2008, março a julho de 2009, conforme demonstrativo à fl.06.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$488,75, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de outubro de 2008, conforme demonstrativo à fl.06.
3. Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, no total de R\$255.012,23, com vedação de créditos do imposto relativo à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido, nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2008, janeiro, março a maio, julho a dezembro de 2009, conforme demonstrativos à fls. 07 a 10.

O autuado, por seu representante legal, destaca a tempestividade de sua defesa às fls. 248 a 279, reprisa todas as infrações, e as impugnou pelos motivos de fato e direito a seguir aduzidas.

Esclarece que é pessoa jurídica de direito privado que se dedica às atividades de cultivo de algodão, milho, café e soja, sendo, portanto, contribuinte do ICMS, e que no regular exercício das suas atividades, adquire no mercado interno brasileiro mercadorias diversas fornecidas por terceiros, bem como consome energia elétrica para a consecução da sua atividade produtiva e comercial, o que gera direito a créditos fiscais de ICMS.

Preliminarmente, assinala que o presente Auto de Infração é nulo por apresentar uma descrição lacunosa das infrações imputadas, sem a demonstração clara dos créditos fiscais que estão sendo considerados indevidos, pois a descrição dos fatos foi feita de modo genérico, e sem a necessária clareza, do objeto da exigência fiscal não sendo suficiente para identificar as infrações.

Comenta que o AI, documento que serve para formalizar o lançamento de ofício do crédito tributário pela autoridade administrativa, deve fornecer todos os elementos fáticos e jurídicos envolvidos na situação que lhe deu origem, a fim de viabilizar a defesa do contribuinte,

conforme prevê o artigo 129 do Código Tributário da Bahia, sob pena de violação do direito do contribuinte ao devido processo legal e, particularmente, à ampla defesa, previsto no artigo 123 do Código Tributário da Bahia.

Diz que o AI limita-se a considerar como infrações: (I) a utilização indevida de créditos fiscais de energia elétrica, (II) a utilização indevida de créditos fiscais de material destinado a uso e consumo e (III) a utilização indevida de crédito fiscal de insumos utilizados para produzir algodão, cuja saída ocorreu com o benefício do PROALBA.

Diz que o crédito fiscal apurado em seus Livros Fiscais é composto por várias operações de entrada e saída, relacionadas com notas fiscais, que não foram indicadas pela fiscalização.

Por conta disso, salienta que teve cerceado o seu direito de ampla defesa, na medida em que, não tendo acesso imediato a demonstração das entradas e saídas, bem como das indicações das respectivas notas fiscais que se relacionam com os créditos fiscais considerados indevidos, ficou impedido de compreender a autuação fiscal em sua integralidade e, como consequência, de exercer com plenitude seu direito, constitucionalmente assegurado, ao contraditório. Transcreveu lição de renomado professor de direito tributário, e a jurisprudência no âmbito do Conselho de Contribuintes do Rio de Janeiro no sentido de embasar a sua tese de nulidade.

No mérito, quanto a infração 01, alega que o crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica foi apropriado nos termos do artigo 93, inciso II, alínea “a”, que permite a constituição de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica consumida no processo de industrialização e consumida no estabelecimento quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais, e que não houve apropriação indevida dos créditos fiscais, pois apenas os reconheceu em registro no livro Registro de Apuração do ICMS.

Aduz que o crédito fiscal relativo à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, considerado indevido pela autoridade fiscal, foi corretamente apropriado no livro Registro de Apuração do ICMS, uma vez que se refere às entradas ocorridas anteriormente ao deferimento do benefício de crédito presumido previsto na Lei 7.932/2001 e regulamentado pelo Decreto 8.064/2001.

Sustenta que tem direito à tomada de grande parte dos créditos fiscais que estão sendo considerados indevidos pela autoridade fiscal.

Tomando como exemplo aduz que a glosa de créditos fiscais feita pela autoridade administrativa com fundamento no Decreto 8.064/01, o qual impede que o beneficiário do crédito presumido aproveite créditos do ICMS, relativos às entradas de insumos para serem utilizados na produção de algodão. Diz que no AI estão sendo considerados como indevidos todos os créditos apropriados nos livros fiscais dentro do período de apuração fiscalizado, não tendo diferenciação nenhuma do que é crédito decorrente da atividade de produção de algodão – que é indevido somente para o período em que a empresa passou a se utilizar do crédito presumido - das demais atividades da empresa – quando é permitido o creditamento em qualquer tempo, sem qualquer restrição.

Assim, repete que grande parte dos créditos fiscais apropriados pelo estabelecimento, relacionados com as entradas de energia elétrica, tem amparo legal no artigo 93, II, alínea “a”, itens 2 e 3, já que a energia elétrica adquirida foi consumida em processo de industrialização (beneficiamento de café e algodão) e também consumida na operação de saída destinada ao exterior.

Juntou à fl. 303 uma planilha demonstrativa dos créditos reconhecidos para mostrar que são decorrentes da energia elétrica consumida no processo de industrialização, ocorrido no beneficiamento dos produtos cultivados.

Discorre sobre o processo de industrialização, a saber:

- (i) Via úmida/benefício do café: processo pelo qual o café é lavado e os seus grãos separados de acordo com sua qualidade, as impurezas são separadas do grão, é feita a retirada da casca e secagem do grão para ficar pronto para comercialização.
- (ii) Usina de algodão: processo no qual é feita a pré-limpeza do algodão, a separação da semente, fibra e fibrilha, que são destinados à comercialização como itens diversos.

Afirma que os processos acima indicados são feitos com a ajuda de máquinas e visam modificar a utilização e a aparência do produto, por meio da limpeza, separação e preparo dos produtos, que chegam in natura, para permitir a sua comercialização como produto final.

Sustenta que os procedimentos acima explicitados se encaixam no conceito de beneficiamento e que devem ser considerados como processo de industrialização, nos termos do artigo 4º do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI), aprovado pelo Decreto nº 7.212/10.

Dessa forma, argumenta que os créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica que foi consumida no processo de industrialização, na via úmida do café, no benefício do café e na usina de algodão, foram devidamente apropriados no seu livro fiscal.

Além disso, acostou um Balancete Analítico do mês de dezembro de 2009, para mostrar que vendeu algodão ao mercado externo, razão pela qual, argumenta que tem direito ao crédito fiscal do ICMS pago na aquisição de energia elétrica, consumida nas operações de saída ao mercado externo, na proporção permitida no artigo 93, II, alínea “a”, item 3, do RICMS.

Frisa que no levantamento fiscal não foi feita qualquer distinção, nem demonstração dos créditos indevidos, deixando de levar em conta a natureza das operações de saída relacionadas com os créditos considerados indevidos.

Conclui este item dizendo que devem ser excluídos do lançamento fiscal todos os créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica que foi consumida no processo de industrialização, bem como da energia elétrica consumida nas operações de saída para o exterior.

Com relação à infração 03, impugnou o lançamento arguindo que:

- a) É beneficiário do Programa de Incentivo à Cultura do Algodão – PROALBA, instituído pela Lei nº 7.932/2001 e regulado pelo Decreto nº 8.064/2001.
- b) De acordo com o parecer nº 23.521/2009, exarado em **16.12.2009**, no processo nº 19939420094 (fl.314), foi deferido o benefício fiscal previsto nos artigos 4º e 5º do Decreto 8.064/2001, que consiste na concessão de crédito presumido do ICMS, incidente sobre o valor de comercialização do algodão.
- c) Como contrapartida ao benefício, o Decreto 8.064/2001 determina que o beneficiário renuncie ao aproveitamento de quaisquer outros créditos do ICMS, relativos à entrada de insumos e de bens do ativo imobilizado para serem utilizados na produção de algodão.
- d) Embora o benefício mencionado tenha sido concedido apenas em 16.12.2009, a fiscalização considerou indevidos os créditos fiscais tomados nas competências de 09/2008, 10/2008, 12/2008, 01/2009, 03/2009, 04/2009, 05/2009, 07/2009, 08/2009, 09/2009, 10/2009, 11/2009 e 12/2009, anteriores à concessão do benefício, sob o argumento de que, em decorrência da utilização do crédito presumido, não poderia aproveitar quaisquer outros créditos de ICMS.
- e) Se no período objeto da autuação ainda não era beneficiário do crédito presumido de ICMS previsto no artigo 4º do Decreto 8.064/01, também não estava obrigado a observar o impedimento de utilização dos demais créditos fiscais, conforme determina o artigo 2º, V do citado Decreto.
- f) O Decreto 8.064/01 não exige o estorno dos créditos fiscais já apurados em períodos anteriores à utilização do crédito presumido, e que somente ficou impedido de utilizar os demais créditos de ICMS, relativos à entrada de insumos e de bens do ativo imobilizado para serem

utilizados na produção de algodão, a partir do momento em que passou a ser beneficiário do crédito presumido, ou seja, em 16/12/2010.

Com esses argumentos, sustenta que não se utilizou indevidamente dos créditos fiscais objetos do presente AI, tendo apenas os reconheceu no Livro de apuração do ICMS.

Assim, sustenta que todos os créditos fiscais apropriados anteriormente a 16/12/2009, data em que foi concedido o benefício, são apropriáveis e não estão sujeitos às previsões do Decreto 8.064/01.

Observa que foi considerado indevido no mês de dezembro de 2009, o crédito no valor de R\$11.705,97, o qual se refere às entradas ocorridas antes da data da concessão do benefício, ou seja, antes de 16/12/2009, tendo juntado cópia do livro Registro de Entradas para comprovar esta alegação (fls.316 a 336).

Alega que foram glosados todos os créditos relacionados às entradas realizadas no período, sem fazer a separação do que se refere às entradas para o cultivo do algodão, pois somente as entradas essas poderiam ser objeto de glosa do crédito, e não a totalidade das entradas, já que englobam outras atividades praticadas empresa.

Finaliza dizendo que as previsões do Decreto 8.064/01 só podem gerar consequências jurídicas a partir da data do parecer de deferimento, exarado no dia 16.12.2010, quando então passa a ser permitida a utilização do crédito presumido e proibida, em contrapartida, a utilização dos demais créditos de ICMS relacionados apenas com a produção do algodão.

Prosseguindo, considerou que a multa de ofício aplicada no percentual de 60% afigura-se totalmente inconstitucional, excessiva e abusiva, entendendo que incorreu em violação ao princípio constitucional do não-confisco e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que regem a Administração Pública. Transcreveu a jurisprudência no âmbito do judiciário, e lições de renomados tributaristas sobre esta questão.

Sustenta que não se justifica a imputação de tal multa, pois no caso em tela, eventuais infrações seriam decorrentes de lançamentos de créditos fiscais de forma indevida e não implicaram na falta de recolhimento do imposto, tampouco, ocorreu dolo, fraude ou simulação, e por isso, caso seja mantido o lançamento fiscal, pede a redução da multa com fulcro no disposto no artigo 42, § 7º da Lei 7.014/96.

Ao final, requer que seja acolhida preliminar e reconhecida a nulidade do AI, por falta de elementos necessários ao exercício da ampla defesa, ou alternativamente, a improcedência da autuação, frisando que caso sendo mantido o lançamento fiscal que seja determinada a relevação ou redução da multa de ofício.

Requer, ainda, que todas as intimações, notificações e publicações veiculadas na imprensa oficial e relacionadas ao presente feito sejam exclusivamente realizadas, sob pena de nulidade, em nome de Mariana Dantas Bezerra Duarte, brasileira, advogada, casada, portadora do CPF nº 673.248.355-20 e do RG nº 21019755-4, com escritório na Rua Jerônimo da Veiga, nº 164, 11º andar, Conjuntos 11ª, 11B, 11C e 11D, Itaim Bibi, São Paulo, SP, CEP 04536-000.

Foram juntados à peça defensiva, os seguintes documentos: DOC. 01, fls.282 a 292: Contrato Social, cartão de inscrição na Receita Federal e Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, documento de identidade do signatário da Impugnação; DOC. 02, fl.297 a 301: Auto de Infração nº 2691892307/10-5 e Planilha de Cálculos que o instrui; DOC. 03, fl.303: Planilha demonstrativa da energia elétrica consumida no processo industrial; DOC. 04, fls.305 a 312: Balancete Analítico levantado em 12/2009; DOC. 05, fl.314: Cópia do Parecer nº 23521/2009 exarado no processo nº 19939420094; DOC. 06, fls.316 a 335: Registro de Entradas de dezembro de 2009.

Na informação fiscal às fls.337 a 339, o autuante rebateu a preliminar de nulidade dizendo que a discriminação de cada infração expressa claramente as exigências, constituindo assim um conjunto de elementos suficientes para o entendimento das mesmas, tanto que, no mérito da defesa quanto às infrações lavradas no presente PAF, o autuado apresentou argumentos que

demonstram claramente a compreensão de todas as infrações, inclusive que os textos das mesmas são evidentes, a base legal prevista, os demonstrativos traduzindo operações por operações das entradas registradas, sem nenhuma dúvida esclarece às exigências.

No mérito, quanto a infração 01, que trata do crédito fiscal do ICMS relativo a aquisições de energia elétrica, observa que o autuado apresentou o Doc. 03, fl.303, onde aceita os lançamentos de crédito indevido que reconhece como corretos, no valor de R\$ 4.024,63. Quanto aos demais créditos devidos da infração diz que a argumentação defensiva não é suficiente para comprovar que foram aplicados em processo de beneficiamento ou industrialização ou porque foram aplicados em produtos destinados ao exterior. Salienta que a legislação é clara quanto ao aproveitamento de créditos fiscais originados da aquisição de energias, conforme estabelece o artigo 93, II, a, itens 2 e 3, e que esse aproveitamento deve ser comprovado o uso da energia nas situações previstas, sendo necessária a existência de medidores de energia específicos nas unidades de industrialização para atestar o consumo de energia nas atividades referidas no artigo acima citado. Quanto à alegação da correção das operações energia referente às operações de comercializações destinadas ao exterior, também diz que não procedem em razão da falta de comprovação, pois não há vinculação do uso da energia com o fato da comercialização alegada.

No que tange à infração 03, que trata da utilização indevida de crédito fiscal, em decorrência da utilização de crédito fiscal presumido, com vedação de créditos relativos a aquisições, rebateu alegação defensiva de que o período que se referem essa autuação teria sido anterior a gozo do benefício do Proalba, ou seja anterior a 16/12/2009, dizendo que seu procedimento fiscal está correto, em razão da natureza da atividade agrícola, com preparação de solo, adubação, plantio, controle de pragas e colheita, decorrer de um período denominado de "ano agrícola" que se inicia aproximadamente em junho de cada ano e termina com a colheita do algodão em junho do ano seguinte. Salienta que a produção de algodão colhida em 2010, decorre de atividades iniciadas em junho de 2009, sendo todas as entradas relacionadas à atividade agrícola nesse período insumos do algodão colhido, cuja comercialização teria sido beneficiada com o crédito fiscal presumido estabelecido pelo Proalba como de fato ocorreu. Assim, entende que qualquer apropriação de crédito fiscal originado das operações nesse período estaria contrariando a Lei nº 7932/2001, que instituiu o Proalba, e concluiu mantendo a infração quanto aos períodos de apuração, incluído julho a dezembro de 2009.

Quanto à alegação que foram glosados créditos fiscais referente às operações de entradas, destinadas à produção de outras culturas que não o algodão, observa que o contribuinte se obrigou a atender os requisitos estabelecidos no Proalba, especialmente a renúncia de todos os créditos fiscais de operações de entradas destinadas ao cultivo do algodão. Argumenta que cabe ao autuado estabelecer controles que possam ser aferidos pelo fisco, quanto às operações sujeitas ao benefício do Proalba em relação a outras atividades de cultivo que diz produzir. Diz que não foram apresentadas comprovações com essas observações, tornando impossível ao fisco verificar quais operações seriam alheias às atividades do cultivo do algodão. Conclui afirmando que o benefício do crédito fiscal presumido foi utilizado pelo contribuinte sem atentar as renúncias de créditos fiscais que estaria obrigado.

Com relação à infração 02, observa que o autuado não se pronunciou, e a respeito da sua manifestação quanto à multa aplicada nas infrações do AI, sob alegação de que são excessivas, informa que as mesmas foram aplicadas em conformidade com a legislação do ICMS - Bahia, definida na Lei nº 7014/96.

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos

levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado.

Na defesa fiscal o autuado argüiu a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, por entender que o Auto de Infração apresenta uma descrição dos fatos de forma genérica, sem a demonstração clara dos créditos fiscais que estão sendo considerados indevidos, pois não teve acesso imediato a demonstração das entradas e saídas, bem como das indicações das respectivas notas fiscais que se relacionam com os créditos fiscais considerados indevidos.

Analisando tal preliminar de nulidade, verifico não assistir razão ao defendente, visto que foram fornecidos todos os elementos fáticos e jurídicos que permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório, senão vejamos.

A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls.06 a 10, identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

Ressalto que o autuado teve acesso ao levantamento fiscal contendo as indicações das respectivas notas fiscais relacionadas com os créditos fiscais indevidos, tanto que juntou a peça defensiva cópias de todas as planilhas, inclusive conforme consta na fl.16 do PAF, declarou, ao adentrar no mérito, in verbis: 43. *Porém, na planilha elaborada pelo Sr. Fiscal não foi feita qualquer distinção e não se levou em conta a natureza das operações de saída relacionadas com os créditos considerados indevidos*; e na fl.19, 59. *Como verificamos na planilha constante do AI.....*, viabilizando, assim, a sua defesa com veremos no exame do mérito.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito; falta de comprovação do cometimento da infração, ou erro de interpretação da legislação, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, constato que não existe lide a ser julgado em relação à infração 02, pois o sujeito passivo ao não se manifestar sobre a mesma, acabou por reconhecer a sua subsistência, devendo ser aplicado o disposto no artigo 140, do RPAF/99. Mantido o lançamento.

Quanto às demais infrações, na análise das peças processuais, é possível chegar as seguintes conclusões.

Infração 01

Pelo que consta descrito no corpo do Auto de Infração, a autuação está fundamentada na acusação de que o contribuinte apropriou indevidamente crédito fiscal relativo a aquisição de energia elétrica, através de lançamento no livro Registro de Entradas das notas fiscais emitidas pela Coelba e relacionadas na planilha constante à fl. 06.

O sujeito passivo analisando os fatos e o direito aplicável ao caso, impugnou este item com base nas seguintes premissas: a) que não utilizou os referidos créditos, mas somente os registrou no livro de apuração do ICMS, afirmando que a infração seria de natureza formal e jamais com relação a obrigação principal de recolhimento do referido ICMS; b) que grande parte dos lançamentos objeto dessa infração foram efetuados com amparo legal no artigo 93, inciso II, alínea "a" itens 2 e 3 do RICMS/97, sustentando que a referida energia é consumida em processo de industrialização e refere-se às operações destinadas ao exterior.

Primeiramente, tratando-se de infração relacionada com apropriação de crédito fiscal de energia elétrica, a questão deve ser examinada levando-se em consideração o disposto no artigo 33 da LC

nº 87/96 alterada pela LC nº 102/00, e regulamentada no artigo 93, inciso II, do RICMS/97, que reza, *in verbis*:

Artigo 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:

I - ...

II – o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento:

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

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de entradas de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - 01 de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir de 1º de janeiro de 2003.

.....”

No caso, o autuado argui que tem direito ao crédito fiscal da energia elétrica consumida nas consumida em processo de industrialização e a referente as operações destinadas ao exterior.

Portanto, o cerne da questão tratada neste processo é saber-se se realmente o processo de beneficiamento de sua produção agrícola pode ser considerado como industrialização, para fins de ter direito ao crédito oriundo de energia elétrica nele utilizado, conforme disposto no item 2, da alínea “a”, do inciso II, do artigo 93, do RICMS/97, e se todos os produtos comercializados tratam-se de mercadorias tributadas por ocasião da saída dos mesmos.

De acordo com o que consta no INC – Informações do Contribuinte, o contribuinte autuado está cadastrado no código de atividades 112101 – Cultivo de Algodão Herbáceo, e nessa condição, a energia elétrica pode ser considerada na industrialização.

Vale lembrar que a energia elétrica, embora seja intangível, é considerada mercadoria para efeitos tributários, e assim considerando, é mercadoria integrando-se na incidência do ICMS.

Um estabelecimento industrial que produz algum bem e utiliza no processo de fabricação desse mesmo, energia elétrica (mercadoria – matéria prima) recebida de alguma concessionária e na nota fiscal dessa operação de aquisição há o destaque de ICMS, lhe é assegurado esse imposto como crédito fiscal quando da saída do bem produzido por esse estabelecimento.

Portanto, havendo entradas no estabelecimento industrial de energia elétrica, havendo destaque do ICMS na nota fiscal, provocará, em favor do adquirente, um crédito fiscal, que deverá ser creditado nas operações de saídas posteriores.

Conforme disciplina o artigo 93, inciso II, RICMS/97, acima transcrito, o crédito do imposto com relação à entrada de energia elétrica, somente será efetuado relativamente quando:

(...)

a) for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) for consumida em processo de industrialização;

c) seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais.

No caso, as alíneas “b” e “c” remetem aos direitos que o contribuinte de ICMS possui, para a tomada do crédito do montante pago do imposto em comento, nas contas de energia elétrica.

Saliento que no caso da alínea “b”, somente o montante de energia elétrica utilizada no processo de fabricação de produtos, que ensejará o crédito ao contribuinte industrial, ou seja, somente a energia elétrica utilizada na produção dos produtos tributados que está amparada por esse dispositivo, o restante da energia elétrica utilizada nos demais setores do estabelecimento não ensejarão direito à tomada desse crédito.

Observo que a única forma, como solução para quantificar o consumo de energia elétrica, é a instalação de relógios medidores de energia elétrica no estabelecimento industrial, para cada setor, apropriação do crédito fiscal do ICMS nos livros fiscais deverá ser acompanhada por um laudo técnico que comprovará o exato montante de energia elétrica que foi utilizada no processo de industrialização.

Portanto, para atender a legislação tributária no tocante ao creditamento de energia elétrica, o contribuinte deverá munir-se de elementos capazes de justificar os cálculos das cifras lançadas nos livros fiscais, definidos por meio de laudo técnico emitido por perito ou empresa credenciada, justificando a apuração do consumo alheio à atividade da empresa, o que se aplica também à atividade do contribuinte.

Quanto a alegação de que o consumo de energia resultou em operações de saída para o exterior, em que pese o autuado ter demonstrado no Balanço a ocorrência de tais operações, porém não demonstrou a proporção destas operações sobre as saídas.

No tocante a tese defendida pelo autuado de que não utilizou os referidos créditos fiscais objeto do AI, tendo apenas os reconhecido no Livro Registro de Apuração do ICMS, verifico que a arguição do impugnante, basicamente se resume a que possuía saldo suficiente nos períodos anteriores à utilização indevida dos créditos fiscais exigidos pelo autuante, bem como o lançamento destes créditos fiscais não resultou em falta de pagamento do imposto. Tal arguição não encontra amparo na legislação tributária do ICMS deste Estado, na medida em que os créditos lançados indevidamente são passíveis da exigência fiscal. O lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária, conforme art. 89 do RICMS/BA, bem como após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento, conforme o art. 90 do RICMS/BA.

Assim, os créditos lançados indevidamente devem ser exigidos mediante Auto de Infração, sob pena de haver a homologação tácita de tais lançamentos que constituíram os aludidos créditos, ficando o autuado com o direito a transferir os créditos para terceiros ou deduzir de um eventual imposta que tenha a recolher.

Considerando que os documentos apresentados na defesa não foram suficientes para demonstrar o seu direito ao creditamento do ICMS, a pretensão do contribuinte não encontra amparo no dispositivo regulamentar acima citada, razão porque, considero que foi correto o procedimento da fiscalização ao exigir os valores lançados neste item da autuação.

Infração 03

Trata da utilização indevida de crédito fiscal, em decorrência da utilização de crédito fiscal presumido, com vedação de créditos relativos a aquisições de mercadorias no estabelecimento vinculadas às saídas com crédito presumido, correspondente às notas fiscais relacionadas na planilha às fls.07 a 10.

Na defesa foi alegado que por ser beneficiário do Programa de Incentivo à Cultura do Algodão - Proalba, instituído pela Lei nº 7.932/2001 e regulado pelo Decreto nº 8.064/2001, desde 16/12/2009

conforme Parecer 23521/2009, teria direito aos créditos em todo período da autuação, inclusive nos meses 09/2008, 10/2008, 12/2008, 01/2009, 03/2009, 04/2009, 05/2009, 07/2009, 08/2009, 10/2009, 11/2009 e 12/2009, períodos anteriores à concessão do referido benefício.

Comungo com o autuante no sentido de que, em razão da atividade agrícola da empresa, os créditos anteriores a 16/12/2009, não podem ser apropriados nos livros fiscais, pois estaria contrariando a Lei nº 7932/2001, que instituiu o Proalba, tendo em vista que são períodos anteriores à concessão do referido benefício.

Contudo, considerando que o autuante incluiu indevidamente no levantamento à fl.10, créditos fiscais de meses posteriores a 16/12/2009, devem ser excluídas as notas fiscais nº 2124, 2122, 2118, 2120, 2121, 2117, 2125, 2123, 14961 e 1825, do mês de dezembro de 2009, o total de R\$1.839,23, ficando o total do mês de dezembro de 2009 (31/12/2009) alterado para R\$ 9.866,74. Assim, o total deste item que era de R\$255.012,23, passa a ser de R\$253.173,00.

No que tange ao argumento defensivo de que no período objeto da autuação ainda não era beneficiário do crédito presumido de ICMS previsto no artigo 4º do Decreto 8.064/01, também não estava obrigado a observar o impedimento de utilização dos demais créditos fiscais, relativos à produção de outras culturas que não o algodão, conforme determina o artigo 2º, V do citado Decreto, também não acolho este argumento, pois, sendo beneficiário do Proalba se obrigou a atender o requisito concernente à renúncia de todos os créditos fiscais de operações de entradas alheias ao cultivo do algodão.

Portando, levando-se em consideração que o estabelecimento é beneficiário do PROALBA, não é devido o creditamento dos valores, sem justificativa plausível, pois para usufruir dos benefícios instituídos pelo PROALBA, deve haver expressa renúncia ao aproveitamento de quaisquer outros créditos do ICMS, em especial aqueles relativos à entrada de insumos da produção (art.2º, V, da Lei nº 7.932/01).

Restando caracterizada a infração, concluo pela subsistência parcial deste item.

Quanto aos aspectos constitucionais abordados na peça defensiva em relação a legislação tributária estadual constante no enquadramento legal da cada infração, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, e a jurisprudência e a doutrina citada na defesa não se aplica aos fatos narrados no auto de infração objeto deste processo.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, “f”, e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no citado dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado que subscreve a peça defensiva, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico,

independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$260.173,00, alterando-se o débito da infração 03, fato gerador 31/12/2009, para R\$9.866,74.

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 **269189.2307/10-5**, lavrado contra **AGRIFIRMA CAMPO ABERTO AGROPECUÁRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$260.587,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR