

A.I. Nº - 206888.000216/6
AUTUADO - FÁBRICA DE PAPEL DA BAHIA S.A.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTENRET 28.12.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-02/16

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Razões de defesa, com as documentações acostadas aos autos, são suficientes para elidir acusação fiscal. Comprovado que os créditos da energia elétrica consumida no setor administrativo, objeto de ajuste pela fiscalização, foram objeto de estorno pelo próprio contribuinte no livro fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2016, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$30.257,41, em razão do contribuinte ter recolhido a menos o ICMS, por erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia - DESENVOLVE, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, acrescido da multa de 60%;

O autuado, através de advogado legalmente habilitado, apresenta defesa (fls. 19 a 26), e após descrever a infração esclarece que a Lei Complementar 87/1996 permitia que empresas comerciais e industriais utilizassem o crédito integral do ICMS destacado nas faturas de energia elétrica. Contudo, tal previsão vigorou até 31 de dezembro de 2000. Após esta data passou a vigorar a Lei Complementar 102/2000 e sucessivos atos complementares.

Assim, esclarece que a utilização do crédito de ICMS restringe-se a três hipóteses:

- 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 para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais.

Diz que para as demais hipóteses a utilização do crédito vem sendo constantemente postergada. Assim, no caso de empresas industriais que queiram se creditar do ICMS destacado nas notas fiscais de energia elétrica, terão que confeccionar um Laudo Técnico emitido por um perito para quantificar a energia elétrica consumida nos setores de industrialização, pois não é passível de crédito o consumo de energia relacionado ao prédio em que estão localizadas as áreas de administração e vendas e ainda que o direito ao crédito seja dado somente às empresas que não optaram pelo recolhimento simplificado do ICMS.

Informa que quantificou a energia elétrica consumida na sua área administrativa no percentual de 4% (quatro por cento) do total de energia elétrica consumida pelo seu estabelecimento industrial.

Após os esclarecimentos, ressalta que o auditor fiscal cometeu equívoco na elaboração dos cálculos da parcela incentivada ao deixar de considerar os créditos fiscais relativos à energia elétrica utilizada no processo produtivo da empresa, relativos aos meses de janeiro de 2013 até dezembro de 2014.

Aduz que feita a análise mais detalhada sobre a planilha de apuração dos débitos da empresa, confrontando com o levantamento elaborado pela fiscalização, verifica-se que no saldo devedor mensal foram computadas as saídas por débito do imposto, acrescido do valor relativo ao DIFAL (diferença de alíquotas), bem como o valor relativo a 4% (quatro por cento) como estorno de créditos da parcela da

energia elétrica utilizada na parte administrativa do contribuinte que não deve ser considerada como crédito fiscal. Por outro lado, nos créditos fiscais apurados pela empresa considerou-se toda a conta de energia elétrica consumida pelo Autuado.

Argumenta que por um lado foi registrado o débito do imposto com o estorno de crédito da parcela relativa à energia elétrica utilizada na área administrativa e concomitantemente o crédito fiscal da conta de energia elétrica foi registrada integralmente, significa que a parcela da energia elétrica da área administrativa foi considerada como débito do imposto, fato que a fiscalização não levou em conta na apuração da infração ora questionada.

Para melhor elucidação das suas alegações defensivas, elabora demonstrativo, a título de exemplo, dos valores apurados pela empresa no mês de dezembro de 2014.

Diz que após cotejamento do valor por ele apurado e o da fiscalização, constatou-se que o autuante considerou para efeito de início dos cálculos da infração o montante do saldo devedor incluindo o estorno de créditos relativo ao percentual de 4% de energia elétrica utilizada na área administrativa.

Explica que se a empresa considerou como crédito do imposto o montante total da conta de energia elétrica do mês de dezembro (R\$47.164,30), e estornado o crédito relativo à parte administrativa (4%) (R\$1.886,57), não poderia o autuante deduzir na sua planilha novamente o valor de R\$1.886,57, na coluna “energia administrativa”, pois nesse caso seria dupla dedução, por isso foi encontrado incentivo lançado a maior pela fiscalização.

Esclarece que o fato descrito no mês de dezembro, a título de exemplo, se repete em todos os meses apurados pela fiscalização nos períodos de 2013 e 2014, objeto do presente lançamento de ofício.

Entende ser imprescindível a realização de diligência fiscal por estranho ao feito, ou mesmo da ASTEC, com escopo de quantificar corretamente o imposto a ser pago pelo Impugnante, em obediência ao Princípio da Verdade Material.

Ainda argumenta que, inobstante a absoluta improcedência do Auto de Infração imposto à Recorrente, vale a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Destaca que as autoridades públicas brasileiras, durante muito tempo praticaram atos e mais atos em absoluto desacordo com o ordenamento jurídico vigente, em especial em desrespeito às garantias individuais dos cidadãos. Esta época já findou e a prova cabal disto é que com o contencioso administrativo abre-se a oportunidade para que todos possam defender-se perante aquele que pratica o ato.

Assim, é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada. Nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país.

Tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.

Informa que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração. Portanto, é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Transcreve decisões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre o tema.

Diz ser nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal. Assim, no seu entendimento, resta clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual requer a sua correção.

Finaliza solicitando:

- a) Considerar que inexistente a dedução da coluna “energia administrativa”, lançada pelo Autuante no demonstrativo do débito da infração, tendo em vista que o impugnante lançou na apuração do imposto como débito o valor de todas as saídas e estornou o crédito de energia elétrica administrativa (4%), e lançou como crédito fiscal o valor total da conta de energia elétrica;
- b) Revisão por fiscal estranho ao feito para que seja retificado o demonstrativo elaborado pelo autuante, no tocante a “energia administrativa”;
- c) Retificação da multa com efeito confiscatório.

Ainda protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitido, inclusive testemunhais, e a juntada de novos documentos para elucidar a questão, a realização de diligência e perícia.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 103 a 107, após transcrever os argumentos defensivos conclui que a alegação da autuada é que o procedimento adotado pela fiscalização, importou na dedução, em duplicidade, da energia administrativa.

Discorda deste entendimento esclarecendo que a apuração da parcela do ICMS passível do benefício do Desenvolve, está regulamentada através da Instrução Normativa nº 27, de 06/02/2009, expedida pela Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, que resumidamente diz, que a parcela incentivada será calculada, com base no Saldo Apurado no Mês (-) débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (+) créditos não vinculados ao projeto aprovado.

Na sequência, a referida Instrução Normativa lista os códigos fiscais de operações, e, demais situações, cujos débitos e créditos não estão vinculados ao projeto, portanto, devem ser somados ou excluídos da apuração mensal.

Transcreve o demonstrativo apresentado pelo contribuinte referente o mês de dezembro de 2014, dizendo que: " se a empresa não fosse beneficiária do Desenvolve, deveria recolher R\$393.343,58, a título de ICMS do regime normal de apuração. Este valor, de acordo com a Instrução Normativa SAT nº 27/2009, corresponde ao SAM = Saldo Apurado no Mês. Diz também dita Instrução Normativa, que é a partir desse valor, que devem ser somados ou subtraídos, os valores do ICMS das operações não vinculadas ao projeto aprovado."

Externa o seu entendimento de que a apuração por ele procedida encontra-se em perfeita harmonia com a legislação que rege a matéria, especialmente a Instrução Normativa SAT nº 27/2009 e o Decreto 8.205/2002.

Finaliza solicitando a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia - DESENVOLVE.

Inicialmente, com fulcro no art. 147, I, “a”, e II, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e de perícia, pois considero que os elementos já constantes nos autos são suficientes para o deslinde da questão, bem como não vislumbro a necessidade de conhecimento técnico especializado para a decisão acerca da lide.

No mérito, o contribuinte apresentou defesa reclamando que a planilha do cálculo do imposto devido, elaborada pela fiscalização, lançou indevidamente como estorno de crédito os valores da energia administrativa (4%), tendo em vista que no seu livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, tal situação já havia sido considerada, gerando dedução em duplicidade. Apresentou planilha, fl. 64 nos mesmos moldes elaborado pelo autuante, excluindo tais valores.

De acordo com a Instrução Normativa nº 27/09 da SAT, para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa.

A energia elétrica consumida no setor administrativo, não é passível de utilização do crédito, fato reconhecido pelo próprio contribuinte, que trouxe aos autos cópias do seu livro RAICMS comprovando que os valores relativos àqueles créditos foram estornados em sua escrituração fiscal.

Para melhor elucidação transcrevo os lançamentos relativos ao mês de dezembro/2014, extraído do livro Registro de Apuração do ICMS-RAICMS, cuja fotocópia encontra-se anexada ao PAF:

DÉBITOS:

Por saídas com débito do imposto:	483.266,53
Outros débitos (DIFAL)	13.760,96
Estornos de créditos (energia elétrica 4%)	1.886,57
Total dos débitos	498.914,06

CRÉDITOS

Por entradas com crédito do imposto	95.701,11
Outros créditos	9.869,37
Total dos créditos	105.570,48

TOTAL DO SALDO DEVEDOR **393.343,58**

Por outro lado, observo que nas planilhas utilizadas na auditoria, inserida no meio magnético à fl.09 o valor de R\$1.886,57 foi adicionado ao saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo, apurado pelo contribuinte no seu livro fiscal, no caso em análise R\$393.343,58.

Assim sendo, assiste razão ao sujeito passivo em relação à alegação de que houve duplicidade de lançamento, pois os questionados créditos não foram utilizados, tendo em vista que já tinham sido objeto de estorno em seu próprio livro fiscal. Portanto, os valores relativos à energia elétrica consumida no setor administrativo não devem ser expurgados dos saldos devedores apurados pelo contribuinte. Assim, o montante a ser exigido é de R\$431,99 relativo ao mês de janeiro de 2014, tendo em vista que a parcela passível de incentivo pelo programa DESENVOLVE lançada pela empresa foi superior ao permitido pela legislação, após os ajustes no demonstrativo elaborado pela fiscalização, relativos a energia elétrica consumida no setor administrativo, conforme demonstrativo à fl. 64.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, do RPAF/BA.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$431,99.

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 **206888.000216/6**, lavrado contra **FÁBRICA DE PAPEL DA BAHIA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$431,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "f" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR