

A. I. Nº - 278996.0006/20-3
AUTUADO - FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/06/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0069-03/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERCENTUAL SUPERIOR AO EFETIVAMENTE CONSUMIDO. Ação fiscal iniciada enquanto contribuinte encontrava-se sob Consulta na DITRI-SEFAZ, a respeito da matéria objeto da autuação. Desrespeitado o inciso III, do art. 62 do RPAF-BA/99. O princípio do devido processo legal impõe à Administração trilhar seus procedimentos estritamente nos contornos definidos na legislação de regência. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/06/2020, exige crédito tributário no valor de R\$341.205,12, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da **Infração 01 - 01.03.11**. - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de energia elétrica, em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, nos meses de janeiro de 2015 a setembro de 2016, novembro de 2016 a junho de 2017.

Consta que o “Contribuinte não efetuou normalmente o estorno nos meses de janeiro de 2015 a junho de 2017, conforme faz prova o registro no estorno do crédito fiscal na EFD/SPED, somente a partir de julho de 2017, conforme anexo “Flexingate_Energia_Elétrica_Estorno” parte integrante do Auto de Infração.” Consta ainda às fls. 07 e 08, intimação do Impugnante pelo DTE datada de 02/04/2020, para cientificar início da fiscalização.

O Autuado impugna o lançamento fls. 27 a 31, através de advogado com procuração à fl. 33.

Depois de observar a tempestividade de sua defesa, explica que, por ter cumprido as exigências da Súmula 555, do STJ, pois protocolou o SPED Fiscal destes meses nos prazos legal, requer a decadência para os meses de janeiro, fevereiro do ano de 2015, uma vez que protocolou os SPEDs Fiscais destes meses nos prazos legais.

Observa ser beneficiária do Programa Especial de incentivo ao Setor Automotivo da Bahia - PROAUTO, prevista na Lei do Estado da Bahia nº 7.537, com a finalidade de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado, podendo se habilitar aos incentivos da presente Lei as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, a concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Destaca que as operações enquadradas no art. 12, da aludida Lei estão amparadas pelo diferimento, as saídas com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, ficando diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.

Depois reproduzir o teor da autuação, destaca que o Auto de Infração foi gerado com fundamento de que deveria estonar 20% do crédito de energia elétrica, possivelmente devido ao

fato de ter passado a estornar 20% do crédito de energia elétrica, a partir de julho 2017. Explica que na fiscalização concluída em junho 2017, para o período de 01/01/2013 a 31/12/2014, pelo mesmo Auditor Fiscal, foi gerado o presente Auto de Infração - Anexo 11, exigindo o estorno de 10% do crédito de energia elétrica, que o contribuinte quitou sem se defender, pois desconhecia a realidade do seu consumo fora do processo produtivo.

Informa que até julho 2017, o contribuinte não fazia o estorno do ICMS sobre a energia não produtiva, e que devido ao auto lavrado em junho 2017, que arbitrou o percentual de estorno em 10%, passou a fazer estorno de 20%, porém sem base alguma, sem um estudo, objetivando simplesmente evitar novo auto e assim aumentou a dose de erro.

Informa que em resposta a Consulta formulada sobre o assunto, emitida em 03 de abril de 2020, processo nº 03383920200, foi orientado a:

“Em consonância com a regra contida no art. 33, inciso II, da Lei Complementar 87/96, a Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 29, inciso III, restringe o direito ao crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica apenas à parcela efetivamente consumida no processo de industrialização realizado no estabelecimento, ao contrário, não geram direito ao crédito a energia consumida nos setores administrativos e comerciais que não estão diretamente relacionados ao processo industrial.

Dessa forma, o procedimento mais correto a ser adotado pela Consulente é a instalação de medidores específicos que possibilitem a apuração do percentual de consumo da área industrial, sob risco de serem apropriados indevidamente, a título de crédito fiscal, os valores relativos ao imposto incidente nas aquisições de energia elétrica não consumida neste processo. A instalação desses medidores deve ser solicitada junto à Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - Coelba, concessionária local que atua na distribuição de energia elétrica. Apenas no caso de efetiva impossibilidade técnica de instalação dos medidores específicos, devidamente atestada pela referida empresa concessionária, a Secretaria da Fazenda vem adotando o procedimento de exigir a apresentação de laudo técnico, assinado por profissional competente, atestando o percentual de energia elétrica consumida na área produtiva.”

Observa que, seguindo a recomendação da Consulta supra, uma vez que a Coelba se recusou a instalar os medidores separando o consumo contratou a Braslux - Engenharia e Instalações para elaboração de Laudo Técnico.

Apresenta cópia de Laudo Técnico de Distribuição Percentual de Consumo para áreas Produtivas e Administrativas, fls. 48 a 52, decorrente de consulta que realizou junto a Braslux - Engenharia e Instalações que veicula a orientação que se segue.

Frisa que, seguindo esta recomendação do Parecer de Consulta, uma vez que a Coelba se recusa a instalar os medidores separando o consumo, o contribuinte contratou a empresa BRASLUX ENGENHARIA E INSTALAÇÃO LTDA. - CNPJ: 21.056.633/0001-91 RUA ANÍZIO GALVÃO, 83 - IPSEP - RECIFE/PE CEP 5135-250. para elaboração do laudo. Diz que o referido documento apresentou para administração e comercial um consumo mensal de 16.345 KWH, muito baixo em relação à energia consumida no processo produtivo, explicou que a justificativa para as diferenças de cargas tão grande da parte produtiva e administrativa (não produtiva), estão relacionadas aos tipos de equipamentos nos ambientes da FLEX-N-GATE.

Destaca que em seu processo industrial a FLEX-N- GATE se utiliza de máquinas elétricas de grandes potências como as máquinas injetoras, grandes motores, sistema de refrigeração da área produtiva com *Chiller*, compressores, todos robustos e dependendo de altas cargas elétricas para seu funcionamento. Observa que em contrapartida a parte administrativa tem cargas muito menores, computadores, impressoras, iluminação, que dependem de baixas cargas elétricas para o funcionamento, além de terem um regime de operação menor.

Afirma que a diferença é ainda mais acentuada devido à fábrica não possuir áreas de lazer, restaurantes e espaços de convívio (iluminação de parques e jardins) que comumente são

passíveis de cargas administrativas, pois essas áreas são partilhadas dentro do Complexo Ford, sendo cobrado nas faturas da FORD, conforme trecho da justificativa do Laudo, que reproduz à fl. 29v.

Diz ser importante demonstrar o consumo (Anexo 12), antes e até depois do período fiscalizado, pois o mesmo comprova que a empresa operou dentro de um padrão, as pequenas variações ocorridas são frutos dos dias úteis e produtivos de cada mês, ressalvado período de férias do Natal e carnaval. Assinala que o demonstrativo comprova que entre 2010 e 2020 houve uma normalidade sendo quebrada pela Pandemia de 2020, no entanto, este consumo em nada contraria o Laudo, pois o mesmo foi elaborado sobre os bens instalados fora do processo produtivo.

Observa que, com o estudo concluído a realidade é outra, não é o arbitramento do Auditor de 10%, ou o receio do erro do contribuinte em 20%, é um estudo suportado por regras técnicas, suportado por estudos de consumo dos equipamentos que indicam ser na realidade 1% o consumo fora do processo industrial, conforme trecho da conclusão do Laudo, que acosta à fl. 30.

Menciona que o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN reconhece a retroatividade da lei em benefício do contribuinte, se o código reconhece este benefício, é justo é muito justo que este auto seja julgado considerando a realidade que agora aparece, e aceite o percentual indicado no laudo para determinar a punição por esta infração

Assinala que, diante do todo apresentado e suportado pelo Laudo Técnico, apresenta um demonstrativo da energia que deveria realmente estonar e o valor pago no período.

Observa que o aludido demonstrativo apresenta todo período fiscalizado, recalculando o estorno do consumo fora do processo produtivo, o qual foi estabelecido no Laudo um consumo mensal de 16.345 KWH que valorizado ao preço unitário histórico, o valor do consumo, sobre o qual será calculado a base de cálculo do ICMS, e em seguida o ICMS a estornar, conforme demonstrativo à 30v.

Afirma que se estar diante de um Auto moldado sem provas de consumo, sem uma declaração do contribuinte sem um estudo técnico que comprove este consumo, e que deseja tributos com o simples entendimento que 20% é a perda fora do processo produtivo, elaborado pelo mesmo profissional que em 2017 teve a mesma visão da perda só que com 10%. Continua aduzindo que também se estar diante de uma verdade estampada e um Laudo Técnico, imparcial, com provas e estudos que comprovam ser este consumo fora do processo produtivo de 1%, com justificativas para este índice, desta forma é possível constatar que o contribuinte não fez crédito indevido, muito pelo contrário, pagou valor superior que o devido no valor de R\$128.342,78.

Protesta, caso se entenda que os documentos apresentados não sejam suficientes à apuração dos fatos, seja determinada diligência para sua verificação pela juntada de quaisquer outros documentos e meios de prova que se façam necessários à comprovação dos fatos alegados.

Afirma esperar seja acolhida a presente Defesa e reconhecido que pagou mais que devido pelas razões de fato e de direito demonstrados.

Conclui requerendo decadência dos meses de janeiro e fevereiro de 2015. Pugna pelo reconhecimento do valor pago a mais de R\$128.342,78.

O Autuante presta a informação fiscal fls. 62 a 64. Inicialmente destaca que na data de 22/06/20 foi concluída ação fiscal no contribuinte FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA, cuja atividade exercida neste Estado é de sistemista do Complexo Ford, portanto, beneficiária do incentivo fiscal instituído pelo PROAUTO - Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia, que culminou com a lavratura do Auto de Infração, que lançou o Crédito Tributário no valor de R\$341.205,12, referentes aos exercícios de 2015 a 2018, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de energia elétrica não utilizada na produção.

Registra que o Autuado, inicialmente, pleiteia a decadência dos meses de janeiro e fevereiro de 2015, citando a Súmula 555, do STJ e declara que “*protocolou o SPED Fiscal destes meses nos prazos legal, conforme protocolo (ANEXO 06)*”.

Revela que, de fato, examinando os Recibo de Entrega de Escrituração Fiscal Digital às fls. 42 e 43 não resta dúvida de que o Autuado cumpriu essa obrigação acessória.

Continua destacando que, da mesma forma, esses documentos são provas irrefutáveis de que não houve declaração de débito. Revela que o mês de janeiro de 2015 declara o saldo credor de R\$1.058.488,20 e o mês de fevereiro R\$750.698,87.

Explica ser este o motivo da exigência do imposto nestes meses, uma vez que o Autuado não apurou na sua escrita fiscal, e nem recolheu valor algum a título de ICMS.

Observa que obedeceu às orientações do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-O.

No tocante ao mérito, frisa que a discussão se reporta, exclusivamente, ao percentual exigido a título de estorno do crédito fiscal de energia elétrica não utilizado na produção e, também, o Laudo Técnico apresentado, elaborado pela “Brasilux Engenharia e Instalações” elaborado em agosto/2020; portanto, após concluída a ação fiscal.

Assinala que, como bem trazido aos autos, a resposta à consulta formulada pelo Autuado não deixou dúvida quanto às regras para utilização do crédito fiscal de energia elétrica (fls. 28/v e 29):

“Em consonância com a regra contida no art. 33, inciso II, da Lei Complementar 87/96, a Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 29, inciso III, restringe o direito ao crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica apenas à parcela efetivamente consumida no processo de industrialização realizado no estabelecimento, ao contrário, não geram direito ao crédito a energia consumido nos setores administrativos e comerciais que não estão diretamente relacionados ao processo industrial.”

Afirma ser sabido que o único meio de atestar esse consumo é através de medições específicas (médias) do consumo dos equipamentos apresentado através de laudo técnico por empresa especializada.

Assevera que a inexistência do referido laudo leva ao arbitramento do consumo. No caso em tela, especificamente quanto ao exercício de 2015 a 2017, período no qual o Autuado não detinha laudo técnico, o Autuante utilizou o arbitramento do próprio Autuado, conforme declara expressamente em sede de defesa à fl. 28v, *in verbis*:

“Até julho 2017, o contribuinte não fazia o estorno do ICMS sobre a energia não produtiva, devido ao auto de junho de 2017, que arbitrou o percentual de estorno em 10%, o contribuinte passou a fazer o estorno de 20%, porém sem base alguma, sem um estudo, objetivando simplesmente evitar novo auto e assim aumentou a dose de erro”.

Prossegue destacando restar confessado que o Autuado não estornou valor algum a título de energia elétrica não consumida na produção nos meses exigidos no Auto de Infração.

Informa que, acompanhando o procedimento do Autuado, a partir de julho de 2017, regularmente escriturado na EFD - Apuração do ICMS, lançou o estorno de crédito da energia elétrica nos meses exigidos no Auto de Infração com o percentual estimado/arbitrado pelo próprio Autuado (20%).

Assevera não haver nesta ação fiscal percentual algum ou valor que não seja fruto de informações prestadas ou percentuais utilizados pelo Autuado.

Observa que o procedimento do Autuado pode ter mudado a partir de agosto de 2020, fato que não confirma, a partir da existência do laudo técnico elaborado pela “Brasilux”, fls. 48 a 60.

Esclarece que até lá, seu procedimento e registros fiscais se configuram num ato jurídico perfeito pois não são questionados, especialmente pelo Fisco.

Menciona não condizer com a realidade dos fatos a alegação do Autuado na sua “Conclusão”, à fls. 31, ao contrapor sua declaração nos próprios autos de que:

“Estamos diante de um Auto moldado sem provas de consumo, sem nenhuma declaração do contribuinte sem um estudo técnico que comprove este consumo, e que deseja tributos com o simples entendimento que 20% é a perda fora do processo produtivo...”

Continua esclarecendo que, como já citado, a fls. 28/v, o Autuado declara que passou a fazer o estorno de 20%, e assim registrou na sua escrita fiscal Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Registra que a exigência fiscal não está desamparada “*sem nenhuma declaração do contribuinte*”. A exigência está, sim, respaldada na sua expressa declaração e registro nos livros fiscais do estorno de 20% o crédito fiscal de energia elétrica a partir de julho de 2017.

Explica que seu entendimento é que não há que se falar no percentual de 1% uma vez que este percentual, constante num laudo técnico elaborado em agosto de 2020, no mês seguinte à ciência do Auto de Infração, fls. 23. Afirma que sua validade legal é a partir, exatamente, deste mês.

Sustenta que o Autuado não elidiu a acusação fiscal e, como argumento, tenta descaracterizar seu próprio procedimento (até a data da conclusão da ação fiscal), estorno de 20%, como meio de eximir-se da obrigação fiscal.

Conclui querendo a procedência do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento, em sustentação oral, o Patrono do Autuado, Dr. Magno da Silva Santos, Advogado OAB-BA 39.258, depois de reproduzir todos seus argumentos alinhados em sua Impugnação, assinalou que ingressou com pedido de Consulta na SEFAZ, em protocolada em 17 de março de 2020, sendo a questão relativa ao estorno de crédito de ICMS, para consumo fora da área produtiva. Destacou que a referida consulta foi respondida em 03 de abril e que somente tomou conhecimento do seu teor em 17 de abril de 2020.

Considerando que as informações enunciadas pelo Patrono do Autuado não constavam dos autos, o julgamento foi adiado para que fosse apresentada a comprovação do quanto alegado na sustentação oral.

O Patrono do Autuado, por meio de e-mail, enviou à secretaria dessa 3ª JF a cópia do protocolo do processo de pedido de Consulta de nº 03383920200, datado de 17/03/2020, do Parecer de Nº 3155 2020, emitido em 03/04/2020 e dado ciência ao consultante em 17/04/2020.

Em face da apresentação da comprovação das alegações, essa 3ª JF, a pedido do relator decidiu adiar o julgamento para o dia 18/05/2021.

VOTO

Inicialmente, cabe examinar as comprovações carreadas a essa 3ª JF pelo Patrono do Autuado, de suas alegações enunciadas, em sede sustentação oral, na assentada de julgamento, asseverando que ingressou com pedido de consulta sobre a matéria objeto da autuação, ora em lide, ou seja, indagando como promover o cálculo para apurar estorno dos créditos fiscais relativos à aquisição de energia elétrica não utilizada em seu processo fabril.

Ao compulsar os documentos apresentados, verifico que, de fato, o Autuado ingressou através do processo nº 03383920200, em 17 de março de 2020 na DITRI-SEFAZ, versando sobre a matéria, objeto da exigência do presente Auto de Infração. Constato também, que a cópia do Parecer DITRI Nº 3155 2020, apresentada, também comprova que foi emitido pelo Parecerista em 03/04/2020, contemplando a orientação solicitada na Consulta e assinado pelo Diretor da DITRI, em 17/04/2020, mesma data em que foi dada vista ao Consultante.

Consta às fls. 07 e 08, cópia de intimação através do DTE emitida em 02/04/20, informando ao Autuado o início da fiscalização que resultou no presente Auto de Infração.

Reproduzo a seguir, por pertinência, o teor da norma de regência que disciplina o Instituto da Consulta Tributária, no âmbito desta SEFAZ, *in verbis*:

RPAF-BA/99:

[...]

“Art. 62. A consulta eficaz produz os seguintes efeitos, exclusivamente em relação à matéria consultada:

I - suspende o curso do prazo de recolhimento dos tributos não vencidos à data em que for formulada;

II - adquire o caráter de denúncia espontânea em relação a débito vencido até a data da formulação da consulta pelo sujeito passivo, não cabendo acréscimos moratórios a partir desta data, desde que, no prazo de 20 (vinte) dias da data da intimação da solução, o sujeito passivo adote as demais providências previstas nos arts. 95 a 99;

III - nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da decisão final da consulta.

§ 1º A consulta não suspende o prazo para recolhimento do tributo retido pelo substituto tributário, antes ou depois da sua apresentação.

§ 2º O impedimento de ação fiscal referido no inciso III não prevalecerá no caso de crédito tributário cujo termo final do prazo de decadência for inferior a um ano, hipótese em que:

I - no Auto de Infração, deverá ser estipulada a condição de suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a solução da consulta;

II - se da solução final da consulta resultar tributo a ser pago, a quitação do débito, sendo providenciada no prazo previsto no artigo seguinte, será feita com a devida correção monetária, porém sem acréscimos moratórios a partir da data da formulação da consulta e sem multa.

[...]

Art. 67. É competente para responder à consulta a respeito da legislação tributária estadual:

I - o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda;"

Nos termos expendidos, resta evidenciado nos autos, que o início da fiscalização ocorrera no momento em que o Impugnante já havia ingressado no Órgão competente da SEFAZ com o pedido de Consulta, versando sobre a matéria objeto da autuação.

Convém também salientar, que o pedido de consulta foi dirigido à Autoridade competente desta SEFAZ, consoante previsão legal.

Como expressamente estatuído no dispositivo regulamentar supra reproduzido, o procedimento adotado pelo Autuante, em 02/04/20, que deu início à fiscalização e resultou na lavratura do presente Auto de Infração, não encontra respaldo no RPAF-BA/99, uma vez que o estabelecimento autuado encontrava-se sob consulta.

Assim, verifico que ante à flagrante desobediência do quanto estatuído no inciso III, do art. 62 RPAF-BA/99, ou seja, iniciada a ação fiscal estando o Contribuinte sob consulta, implica incisiva ofensa ao princípio do devido processo legal e o consequente óbice ao exercício da ampla defesa pelo Autuado.

Logo, diante de tal óbice e em consonância com o expressamente preconizado no inciso II, do art. 18 do RPAF-BA/99, entendo restar configurada a nulidade da presente autuação.

Em atenção ao previsto no art. 156 do RPAF-BA/99, recomendo à Autoridade Fazendária, analisar a possibilidade de instaurar uma nova ação fiscal no estabelecimento, ora autuado, a salvo da falha verificada.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **278996.0006/20-3**, lavrado contra **FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA**.

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 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2021.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA