

PROCESSO	- A. I. N° 269135.0012/15-9
RECORRENTE	- TIM CELULAR S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0380-11/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 11/05/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0100-11/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. As multas e consectários possuem previsão na legislação estadual e o Conselho não possui competência para afastá-los por eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Pedido CONHECIDO e NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto em face do Acórdão nº 0380-11/22-VD proferido pela 1ª CJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 22/12/2015 no valor histórico de R\$842.748,99. O acórdão recorrido reformou em parte decisão da 1ª JJF que julgou Improcedente o Auto de Infração lavrado em razão da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01: 01.02.51 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2013. Consta que “sendo os valores do crédito indevido apurado através de levantamento nos dados magnéticos da escrituração fiscal digital – EFD, dos créditos de ICMS, dos valores utilizados com CFOP 1.255 e 2.555 - Compra de Energia elétrica por estabelecimento prestador do Serviço de Comunicação. Tudo conforme planilha de apuração do imposto.

Naquela oportunidade, essa Câmara proferiu a seguinte decisão:

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF N° 0089-01/17) desonerou totalmente o sujeito passivo do crédito tributário lançado de R\$ 1.956.686,66, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, trata-se de infração única, cuja conduta foi descrita como “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que a atividade de prestação de serviços de telecomunicações está equiparada à atividade industrial, com base no art. 1º do Decreto Federal nº 640/1962.

Transcreveu ementa de julgado proferido pela Primeira Seção do STJ, em exame do Recurso Especial nº 1.201.635 (Relatoria Ministro Sérgio Kukina), na sistemática dos recursos repetitivos, em apoio aos seus argumentos.

Transcreveu, ainda, trecho de decisão exarada pela 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, de 21/10/2015, em que foi julgado procedente o seu pedido de antecipação da tutela, relativo a essa mesma matéria.

Convertido o PAF em diligência, à PGE, foi emitido opinativo, da lavra de Dra. Ana Carolina Moreira, manifestando o entendimento de que “deve ser acatada a tese (Resp nº 1.201.635/MG) segundo a qual, cabe às empresas de telefonia o direito de crédito de ICMS incidente sobre a energia elétrica utilizada na prestação de seus serviços”.

À folha 76, a Procuradora Assistente, Dra. Rosana Passos, acolheu o parecer emitido, ao tempo em que pede que o processo seja baixado em diligência para que “a autuada comprove o percentual de energia elétrica efetivamente utilizado no processo de geração de telecomunicação, mantendo-se a glosa dos créditos apenas

quanto à energia eventualmente consumida na área administrativa”.

A 1^a JJF acolheu o opinativo da procuradoria, sem, todavia, baixar o feito em diligência, pois entendeu que o demonstrativo de débito acostado pela fiscalização, à folha 05, já evidencia que o montante glosado se circunscreve à energia elétrica utilizada na área operacional. Assim, julgou o Auto de Infração improcedente.

De fato, é forçoso reconhecer que as empresas prestadoras de serviço de telecomunicação possuem direito a se creditar relativamente ao ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na sua área industrial, excluído, contudo, o consumo destinado à área administrativa, conforme ressalva expressamente o Incidente de Uniformização de Orientação Jurídica nº PGE 2016.209297-0, abaixo transcrita.

“Entendimento firmado: Empresas prestadoras de serviços de telecomunicações têm direito ao crédito fiscal pelas entradas da energia elétrica efetivamente consumida na geração de telecomunicação.

Ressalva: **A energia elétrica consumida nas áreas administrativas das empresas não gera direito a crédito fiscal** (grifo acrescido), devendo ser adotadas as providências instrutórias necessárias à segregação da energia efetivamente utilizada no processo produtivo.”

Embora a 1^a JJF tenha asseverado que todo o crédito glosado é utilizado na área industrial, a diligência solicitada pela 2^a CJF atestou que o percentual de 15,62% se refere ao consumo ligado à área administrativa, com base em laudo técnico elaborado pela empresa AFAG Engenharia Ltda, o que foi aceito pelo Sujeito Passivo.

Assim, com base no laudo elaborado pela empresa acima citada, entendo que a Decisão recorrida merece reparo, devendo ser reformada para acolher o resultado da diligência (folhas 316/317) cumprida pelo autuante.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa, não merece acolhida, pois se trata de penalidade com previsão em lei, sendo vedado a este colegiado afastá-la.

Por oportuno, registro que o valor das multas podem ser reduzidos, nas hipóteses previstas no art. 45 da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo.

“Art. 45. O valor das multas previstas nos incisos II, III e VII e na alínea “a” do inciso V do caput do art. 42 desta Lei, será reduzido de:

I - 70% (setenta por cento), se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal;

II - 35% (trinta e cinco por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa;

III - 25% (vinte e cinco por cento), se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

§ 1º A redução do valor da multa será de 90% (noventa por cento) se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral.

§ 2º Em caso de parcelamento, ocorrendo a interrupção do pagamento, deverão ser restabelecidos os percentuais de multa originários, relativamente ao saldo remanescente do débito.”

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício para reformar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
jan/13	R\$ 26.793,91
fev/13	R\$ 10.310,87
mar/13	R\$ 25.261,25
abr/13	R\$ 14.599,99
mai/13	R\$ 14.311,60
jun/13	R\$ 16.905,01
jul/13	R\$ 14.345,40
ago/13	R\$ 14.222,91
set/13	R\$ 10.842,53
out/13	R\$ 19.177,80
nov/13	R\$ 18.673,30
dez/13	R\$ 12.555,51
TOTAL	R\$ 198.000,08

O(a) contribuinte interpôs Pedido de Reconsideração pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, defende o cabimento do Pedido de Reconsideração, relatando que o Auto de Infração foi lavrado para cobrança de pretensos débitos de ICMS e multa de ofício no valor

histórico de R\$3.640.789,29, referentes ao período de apuração de janeiro a dezembro de 2013, tendo como premissa o aproveitamento indevido de créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica.

Informa que, reconhecendo a essencialidade da energia elétrica para seu processo produtivo, a 1^a JJF julgou o auto totalmente Improcedente por meio do Acórdão JJF nº 0089-01/17, contra o qual foi interposto Recurso de Ofício, o que fez com que fosse a autuação baixada em diligência para apurar se realmente a energia elétrica adquirida no período foi empregada no seu processo produtivo para conferir-lhe o direito ao creditamento.

Relata que foi constatado por perícia que apenas 15,62% do valor autuado seria devido por ilegitimidade do creditamento, resultado com o qual concordou requerendo que fosse dado prosseguimento ao feito em relação ao principal de R\$198.000,08, única e exclusivamente.

Afirma que não concordou em nenhum momento com a aplicação da multa de ofício correspondente a 60% do valor autuado, mas apesar disso a 1^a CJF deu provimento parcial ao Recurso de Ofício, restabelecendo 15,62% do valor autuado acompanhado da multa de 60% do valor remanescente, sem enfrentamento das razões apresentadas pela recorrente, que demonstram a necessidade de afastamento da multa.

Observa que a decisão se limitou a afirmar que seria vedado o exame do pedido porque a multa possui previsão legal, sem qualquer indicação de dispositivo legal ou entendimento do Conselho sobre a suposta vedação, sendo este o objeto do Pedido de Reconsideração apresentado.

Quanto ao mérito, afirma que a multa de ofício correspondente a 60% do valor glosado não merece subsistir pois a infração seria inofensiva ao bem jurídico que se pretende tutelar, de forma que a conduta deve ser excluída da possibilidade de punição em atenção ao princípio da ofensividade.

Ressalta que a simples leitura da autuação revela ausência de qualquer dolo ou prejuízo, permitindo a flexibilização do art. 136 do CTN, observando o princípio da equidade. Diz que entendimento contrário desprezaria o aspecto material da norma penal, que consiste na proteção dos bens jurídicos.

Cita ementas de decisões do STJ (REsp 1.125.348/SP e REsp 728.999/PR), do TJ/RJ (AgIn nº 0037544-90.2018.8.19.0000) e do STF (RE 640.452/GO, com repercussão geral admitida, mas ainda pendente de julgamento), além de doutrina, para sustentar a possibilidade de afastamento da penalidade por mero descumprimento de obrigação acessória, sem dolo, bem como a necessidade de observar a razoabilidade e proporcionalidade em casos como o presente, devendo a penalidade ser fixada com critérios objetivos que guardem relação com o prejuízo causado.

Conclui requerendo o provimento do pedido para reconsiderar parcialmente o acórdão recorrido e cancelar a multa de ofício exigida, mantendo-se a autuação exclusivamente nos 15,62% restabelecidos pelo acórdão recorrido.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 14/04/2023. Compareceu(ram) o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dr. Rayffy Marques das Chagas, OAB/RJ nº 234.115.

VOTO

Conheço do recurso, porque presente o pressuposto de admissibilidade constante da alínea “d”, do inciso I, do art. 169 do RPAF/BA, qual seja, ter ocorrido a reforma parcial da decisão de primeira instância em exame de Recurso de Ofício.

Não havendo outras questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, passo ao exame do mérito.

Entendo que a pretensão não merece prosperar. As multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-los por eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Ora, como parte integrante da administração direta estadual, este Conselho deve respeito ao *princípio da hierarquia*, não podendo recusar aplicação aos atos emanados por autoridade superior, e ao *princípio da legalidade*, que se desdobra na presunção de legalidade e legitimidade das normas editadas pelo poder competente, sobre as quais não possui *competência jurisdicional* para declarar a inconstitucionalidade.

Conforme a jurisprudência do STF, é prerrogativa exclusiva da Chefia dos Poderes Executivo e Legislativo “[...] determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais [...]” (ADI 221 MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22/10/1993), não sendo este o caso.

Por outro lado, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Logo, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER** e **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269135.0012/15-9, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.000,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

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