

A. I. N° - 278996.0006/20-3
AUTUADO - FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/08/2023

JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0136-03/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Glosa do crédito fiscal relativo à energia elétrica consumida fora da área de produção. Comprovado nos autos que o início da ação fiscal ocorrera quando o estabelecimento se encontrava sob consulta. Suspenso o impedimento de instauração de procedimento fiscal em período da autuação em conformidade com § 2º, do art. 62, do RPAF-BA/99. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal mediante apresentação de Laudo Técnico. Infração parcialmente subsistente. Acatada parcialmente preliminar de nulidade. Acolhida preliminar de decadência. Auto de Infração parcialmente subsistente. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O 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 legais, 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 n° 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 estornar 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 ITDA. - 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-NGATE 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 uteis 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.

Sustenta 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 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 a 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. I94710-0.

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 requerendo 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, 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 JJF 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 JJF, a pedido do relator decidiu adiar o julgamento para o dia 18/05/2021.

Através do Acórdão JJF Nº 0069-03/21 essa 3ª JJF julgou nulo o presente Auto de Infração sob o fundamento de que, consoante previsão do art. 62, do RPAF-BA/99, o procedimento adotado pelo Autuante, em 02/04/20, que deu início a fiscalização e resultou na lavratura do presente Auto de Infração não encontra respaldo na legislação de regência, uma vez que o estabelecimento autuado, encontrava-se sob consulta.

Submetido a Recurso de Ofício junto à 2ª CJF, o Autuado ingressou com Recurso Voluntário pugnando pela manutenção da nulidade do lançamento aduzindo que o Auto de Infração se encontra eivado de vício por ter sido respaldado em Termo de Início de Fiscalização em período em que seu estabelecimento estava sob consulta.

Em sua decisão, prolatada através do Acórdão CJF Nº 0371-12/21, a 2ª CJF decidiu por anular a decisão proferida por essa Junta de Julgamento e determinou o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento, pelo fato de que, tendo sido o lançamento notificado ao contribuinte em 17/07/2020, portanto, aos exercícios de 2015 e parte de 2016, caberia aplicar a regra do § 2º, do art. 62, do RPAF-BA/99, em virtude de o termo final do prazo de decadência ser inferior a um ano.

O Autuado se manifesta às fls. 200 a 220, reafirmando todos os seus argumentos já alinhados em suas manifestações anteriores.

Observa ainda que das situações provinda da Decisão da Câmara, emergem quatro situações:

Situação 1. O Período de janeiro e fevereiro de 2015, que não poderia mais ser autuado por estar prescrito.

Situação 2. O Período de março 2016 até março 2015 (como auto foi em junho 2020, e o início da fiscalização foi em março 2020), para o qual deve ser aplicado o § 2º, do art. 62, do RPAF-BA/99, relativo dos créditos tributário de um ano que irá prescrever, impedindo aplicar a regra do inciso III, do art. 62, RPAF-BA/99.

Situação 3. O Período de abril 2016 a março 2017, período que deve ser aplicado o inciso III, do art. 62, RPAF/99 sem a interferência do § 2º, do art. 62, RPAF-BA/99.

Situação 4. O Período de junho 2017 a dezembro de 2018, período que a empresa aplicou 20% para o estorno por falta de Laudo Técnico.

Em seguida, diz que se está diante de um Auto de Infração nulo eivado de vícios com a abertura do Termo de Fiscalização em um período acobertado pela consulta.

Observa que o Auto de Infração exigiu, sem fundamento algum, 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%, 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 não se creditou indevidamente, muito pelo contrário, pagou valor superior que o devido no valor de R\$ 128.342,78.

Requer ainda a decadência dos meses de janeiro e fevereiro de 2015, a aplicação do percentual de 1% para o estorno do consumo administrativo por ser o único respaldo em Laudo Técnico, para o

período que prevaleça a autuação e compensado estes débitos com os estornos a maior de julho 2017 a dezembro 2018 e; a nulidade para os outros períodos, por vício de formação.

Em pauta suplementar essa 3ª JF, fl. 272, converteu os autos em diligência para o Autuado apresentasse a comprovação de que as cargas instaladas na área fabril do estabelecimento não foram alteradas nos exercícios anteriores a 2020, data da emissão do Laudo Técnico e, caso fosse apresentada a comprovação das cargas, o Autuante promovesse aos ajustes cabíveis.

Em manifestação às fls. 279 a 281, o Autuado alinha os seguintes argumentos.

Diz que para atender ao requerido, esclarece que o Laudo foi emitido em 2020, sendo relativo ao consumo de energia no estabelecimento Inscrição Estadual Nº 055 038 333, o qual está suportado por dois anexos (Anexo 01), relativo às cargas e consumo nas áreas administrativas e produtivas (Injeção e Pintura).

Observa que no anexo da Produção há diversos bens, formado por equipamentos além de lâmpadas e outro mais de menor porte, assim estes são bens geradores do consumo de energia na época da elaboração do Laudo 2020, porém para atender o requerido precisa identificar a data de aquisição destes bens. Assim usou o Relatório Geral dos Bens do Ativo Imobilizado em 2020 (Anexo 02), uma vez que neste consta a data de aquisição dos bens e daí realizou cruzamentos dos dados entre os relatórios,

Diz que, antecipadamente, para comprovar a veracidade deste Relatório Geral de Bens do Ativo Imobilizado, demonstra em planilha à fl. 280, um resumo extraído do Relatório Geral de Bens e outro Relatório extraído do balancete contábil no final de cada exercício (Anexo 03).

Destaca que dando continuidade para o objetivo deste, cruzou os dois relatórios (Anexo do Laudo x Relatório Geral de Bens), identificou que 72% da carga constante do relatório anexo do Laudo foram adquiridos antes de 2014. Ocorre que o Laudo foi elaborado com base em levantamento físico e usou na descrição informações sobre o uso, dados este que não constam do Relatório Geral dos Bens do Ativo Imobilizado. Como ainda faltava identificar a data de aquisição de 28% da carga, optou então em extrair do Relatório Geral dos Bens do Ativo Imobilizado os bens de uso na Pintura e Injeção (setores que foi considerado no anexo da Produção do Laudo), para daí identificar a data de aquisição.

Informa que gerou o Relatório dos Bens da Pintura e Injeção (Anexo 04), fl. 281, consequentemente com um universo de bens maior que o universo do anexo do Laudo, uma vez que no relatório tem bens que consome energia e bens que não consome energia.

Assinala que neste Relatório da injeção e pintura, selecionou por data de aquisição, considerando até 2014, e ano a ano a partir de 2015 (início do período de 2015 a 2020).

Observa que este resumo do Relatório de Bens da Injeção e Pintura não deixa dúvidas que 99,23% dos bens foram adquiridos antes de 2015 (início do período fiscalizado), pois o crescimento nos valores adquiridos de bens para produção, que consome energia, representou 0,565%, ou seja, menos de 1%.

Frisa outro ponto relevante e que deve ser levado em consideração é que no relatório apresentado na defesa (Anexo 12 Relatório de Consumo de Energia), retratando o consumo de energia é possível observar variações no consumo mensal, que são frutos da oscilação da produção ocasionada por dias uteis de trabalho no mês, férias coletiva, ativação e desativação do terceiro turno de trabalho etc.

Conclui destacando ter comprovado que as cargas do anexo do Laudo de 2020, tiveram a maior aquisição até 2014, havendo pequena adição no período de 2015 a 2019, e que o Laudo de 2020 pode ser aplicado a qualquer ano do período de 2015 a 2020.

O Autuante às fls. 295 a 297 apresenta o resultado da diligência solicitada, nos seguintes termos.

Destaca inicialmente que o PAF foi baixado em diligência pela 3ª Julgamento Fiscal para que fosse confirmado pela Autuada se o consumo distribuído de energia elétrica (fabril x administração), objeto do Laudo Técnico elaborado pela BRASLUX Engenharia e Instalação Ltda, situada na Rua Anizio Galvão, 83, IPSEP, Recife-PE, CEP: 51.350-250, CNPJ: 21.056.633/0001-91, elaborado em 08/2020, também se aplicaria aos exercícios anteriores.

Informa que em atendimento à Intimação de fls. 275 foi apresentada a justificativa, conforme consta na Manifestação do contribuinte, fls. 278 a 281, subassinada pelo Representante Legal da Autuada, Dr. Magno da Silva Santos, declarando que “o Laudo de 2020 pode ser aplicado a qualquer ano do período de 2015 a 2020”, fl. 281.

Conclui informando que, em decorrência da declaração firmada pelo Autuado e cumprindo a determinação da 3ª Junta de Julgamento Fiscal procedeu ao ajuste devido no demonstrativo fls. 9 a 12, no percentual de 1%, conforme Laudo Técnico (fls. 51/v), que retificou o Demonstrativo de Débito que apresenta à fls. 296 e 297.

Consta à fl. 302, que o Autuado foi intimado para ciência do resultado da diligência e não se manifestou nos autos no prazo regulamentar.

O Patrono do Autuado Dr. João Pedro Riccioppo Cerqueira Gimenès OAB/SP – 39.164, assistiu ao julgamento, sem, no entanto, realizar sustentação oral.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de energia elétrica, em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização.

Tendo sido julgado pela nulidade por essa 3ª JJF através do Acórdão JJF nº 0069-03/21, pelo fato de que o início do procedimento adotado pelo Autuado que resultou na lavratura do presente Auto de Infração ocorrera enquanto o estabelecimento autuado se encontrava sob consulta, em flagrante ofensa ao inciso III, do art. 62, do RPAF-BA/99.

No julgamento do Recurso de Ofício, a 2ª CJF anulou a decisão dessa JJF, através do Acórdão CJF Nº 0371-12/21 e fez retornar os autos a Primeira Instância pelo fato de que a decisão de piso não apreciara o que preconiza o § 2º, do art. 62, do RPAF-BA/99, ou seja, o impedimento previsto no inciso III, do art. 62, não se aplica para os exercícios, cujo termo final do prazo de decadência seja inferior a um ano.

Em que pese o Autuado ter pugnado pela decadência das exigências atinentes às operações ocorridas nos meses de janeiro e fevereiro de 2015, constato que cabe aplicar de ofício a decadência também em relação às operações ocorridas no período de março a junho de 2015, tendo em vista que o Autuado tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 17/07/2020 e, por se tratar de operações declaradas, em consonância com a PGE - Procuradoria Geral do Estado, que por meio da Procuradoria Fiscal, emitiu o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestando o entendimento de que “Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações

tributáveis, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”.

Assim, nos termos expendidos devem ser excluídos do levantamento fiscal os valores apurados nos meses de janeiro a junho de 2015.

Cabe, de plano, examinar as comprovações carreadas a essa 3ª JJF, 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 relativo 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. Constatado 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 Consulente.

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:

1 - o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda;”

Nos termos expendidos, resta evidenciado nos autos que o início da fiscalização ocorrera no momento 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 a 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 a flagrante desobediência do quanto estatuído no inciso III, do art. 62, RPAF-BA/99, ou seja, iniciada a ação fiscal e estando o Contribuinte sob consulta, implica incisiva ofensa ao princípio do devido processo legal, ante o impedimento para instaurar procedimento fiscal contra o consulente.

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, em tese, a nulidade da presente autuação.

Entretanto, consoante previsão expressa no § 2º, art. 62, do RPAF-BA/99, o impedimento previsto no inciso III, não prevalecerá no caso de crédito tributário, cujo termo final do prazo de decadência for inferior a um ano.

O que significa dizer que, no presente caso, em que a exigência fiscal abrange o período de janeiro de 2015 a junho de 2017, e o Autuado tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 17/07/2020 e, tendo decaído as exigências relativas aos meses de janeiro a junho, o impedimento de instaurar a ação fiscal não alcança os meses de julho de 2015 a junho de 2016, por se constituírem o interregno inferior a um ano do termo final do prazo decadencial.

Pelo expendido, no mérito dever ser exigida no presente Auto de Infração a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização do Impugnante, no período de julho de 2015 a junho de 2016.

Em sede de Defesa, em breve síntese, o Autuado refutou a acusação fiscal que aplicou glosa de 20% dos créditos utilizados na aquisição de energia elétrica, por entender que a área administrativa de seu estabelecimento consome apenas 1% da energia adquirida pelo estabelecimento autuado, conforme Laudo Técnico colaciona aos autos.

Explicou que, seguindo a recomendação da Consulta supracitada, 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 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. Informou que o referido documento apesentou 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.

Sustentou que, com o estudo concluído a realidade é outra, não é o arbitramento do Auditor de 10%, ou o seu receio de erro 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.

O Autuante informou que, 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.

Afirmou 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.

Asseverou ainda que a inexistência do referido laudo referente ao período fiscalizado 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, utilizou o arbitramento do próprio Autuado, conforme declara expressamente em sede de defesa.

Diligência solicitada por essa 3ª JJF para que o Autuante intimasse o Impugnante a apresentar comprovação de que as cargas instaladas na área fabril do estabelecimento não foram alteradas nos exercícios anteriores (incluindo o período fiscalizado) a 2020, data da emissão do Laudo Técnico apresentado. Caso apresentada as comprovações solicitadas que fossem realizados os ajustes cabíveis.

O Autuante concluiu a diligência informando que foi apresentada a justificativa pelo Autuado demonstrando que, pelo Relatório Geral de Bens do Ativo Imobilizado e pelo Relatório extraído registros contábeis do Balancete Contábil no final de cada exercício, suas aquisições de equipamentos de seu Ativo Imobilizado revelam que as cargas instaladas no período de 2015 a 2020 não se alteraram e que o Laudo de 2020, e que, por isso, pode ser aplicado aos exercícios objeto da autuação. Registrou que procedeu aos ajustes do demonstrativo, fls. 09 a 12, no percentual de 1%, conforme Laudo Técnico acostando aos autos novo demonstrativo às fls. 296, 298 e 299.

Depois de examinar os elementos que emergiram do contraditório em torno da questão atinente ao percentual de glosa do crédito fiscal em decorrência da proporção de utilização da energia elétrica adquirida entre a área administrativa e fabril do estabelecimento autuado, único fator de dissonância remanescente na lide, constato que, com o resultado da diligência apresentado pelo Autuante, com base nas comprovações trazidas aos autos pelo Defendente restou evidenciada a plausibilidade do acolhimento do índice de 1%, em face da variação mínima das cargas instaladas na planta fabril do estabelecimento autuado no período de 2015 a 2020. Por isso, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante, acostado às fls. 296 e 298 e 299.

De acordo com a legislação de regência, em havendo, como no presente caso, crédito tributário exigido, cujo termo final do prazo de decadência seja inferior a um ano, não prevalecerá o impedimento de instauração de ação fiscal sobre a matéria consultada, referido no inciso III, do art. 62, do RPAF-BA/99.

Assim, levando em consideração que a apuração do período de julho de 2015 a junho de 2016 exigida nos presentes autos, se constitui em período inferior a um ano do termo final do prazo de decadência, portanto, deve ser excluído do impedimento de ação fiscal e exigido o quanto apurado na ação fiscal e mantida a exigência fiscal nesse período adotando-se o percentual de glosa de 1%, consoante o novo demonstrativo de apuração efetuado pelo Autuante, em sede de diligência, fls. 296 e 298 e 299.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação, com a aplicação da decadência para o período de janeiro a junho de 2015 e pela decretação da nulidade do lançamento no período de julho de 2016 a junho de 2017 - uma vez que o estabelecimento autuado, encontrava-se sob consulta, bem como, pela manutenção da exigência no período julho de 2015 a junho de 2016, em decorrência da aplicação da glosa de 1%, com o acolhimento do demonstrativo acostado pelo Autuante às fls. 296 e 298 e 299, em face da exclusão do impedimento de instauração de ação fiscal prevista no § 2º, do art. 62, do RPAF-BA/99.

Por fim, a exigência fiscal remanesce configurada nos seguintes termos:

| Data Ocorr. | Data Vcto | Base de Cálculo | Aliq. | Multa | Vr. Histórico | Diligência 3ª J.F. |
|-------------|------------|-----------------|-------|-------|---------------|--------------------|
| 31/07/2015 | 09/08/2015 | 54.148,44 | 25% | 60% | 13.537,11 | 676,86 |
| 31/08/2015 | 09/09/2015 | 53.256,16 | 25% | 60% | 13.314,04 | 665,7 |
| 30/09/2015 | 09/10/2015 | 100.692,76 | 25% | 60% | 25.173,19 | 1.258,66 |
| 30/11/2015 | 09/12/2015 | 48.312,72 | 25% | 60% | 12.078,18 | 603,91 |
| 31/12/2015 | 09/01/2016 | 48.599,08 | 25% | 60% | 12.149,77 | 607,49 |
| 31/01/2016 | 09/02/2016 | 45.489,80 | 25% | 60% | 11.372,45 | 568,62 |
| 29/02/2016 | 09/03/2016 | 52.193,64 | 25% | 60% | 13.048,41 | 652,42 |
| 31/03/2016 | 09/04/2016 | 34.485,36 | 25% | 60% | 8.621,34 | 431,07 |
| 30/04/2016 | 09/05/2016 | 50.114,28 | 25% | 60% | 12.528,57 | 626,43 |
| 31/05/2016 | 09/06/2016 | 42.127,76 | 25% | 60% | 10.531,94 | 526,6 |
| 30/06/2016 | 09/07/2016 | 52.454,64 | 25% | 60% | 13.113,66 | 655,68 |
| Total | | | | | | 7.273,44 |

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278996.0006/20-3**, lavrado contra **FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.273,44**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42, da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do item 1, da alínea “a” do inciso I, do art.169, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. n 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA