

A. I. Nº - 281071.0005/15-5
AUTUADO - ECEL - ELETRON COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30/03/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-03/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Demonstrado nos autos a existência de notas fiscais arroladas no levantamento fiscal relativas a período em que o art. 400 do RPAF-BA/12, atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição nas operações interestaduais de energia elétrica. Excluídas do levantamento as notas fiscais em que restou comprovada a ilegitimidade passiva. O sujeito passivo, não comprovou o efetivo recolhimento do imposto retido antes do início da ação fiscal relativo a duas notas fiscais remanescentes. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2015, refere-se à exigência de R\$196.946,25 de ICMS, acrescido da multa de 150%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saídas e não recolheu o respectivo ICMS, ou recolheu a menos, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2012, janeiro a abril de 2013 e julho a novembro de 2014. Infração - 08.28.01.

O autuado apresenta impugnação, fls. 19 a 38, nos termos a seguir sintetizados.

Inicialmente destaca ser uma empresa que desenvolve como atividade principal a Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre - ACL (Mercado Livre), desde 04 de abril de 2012, conforme o Despacho Autorizativo da ANEEL nº 1.107 (Doc. 03). Acrescenta informando que nos últimos anos vendeu energia elétrica para consumidor livre localizado no estado da Bahia.

Esclarece que, até o dia 15 de novembro de 2012, à luz da redação do art. 400 do Dec. nº 14.209/12, vigente até aquela data, estabelecia que a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativo ao ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica era da vendedora. Informa que as vendas de energia até aquela data que realizou em favor do respectivo consumidor, efetuou devidamente o recolhimento do ICMS.

Pondera que após aquela data, o art. 400 do Dec. nº 14.209/12 foi alterado duas vezes no sentido de modificar o sujeito passivo por substituição tributária. A primeira alteração atribuiu à empresa de Distribuição de Energia, neste caso sendo a COELBA, como sendo o sujeito passiva por substituição tributária, responsável por recolher o ICMS daquela operação, assim como ocorre em diversos Estados da federação. Continua frisando que em seguida, o mesmo decreto, alterou novamente o sujeito passivo por substituição tributária, atribuindo, agora, a obrigação para recolher o imposto ao consumidor da energia elétrica.

Esclarece que, diante das sucessivas alterações do dispositivo legal aplicável, ficou claro que, após o dia 15 de novembro de 2012, não era o sujeito passivo por substituição tributária, logo não estava obrigado a recolher o respectivo imposto (ICMS) para o Estado da Bahia.

Diz que no dia 29 de maio de 2015, conforme o Termo de Início de Fiscalização/Intimação (Doc. 04), o Fisco do Estado da Bahia iniciou os trabalhos de fiscalização do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadoria e Sobre Prestações de Serviços (ICMS), relativamente ao período 23/12/2012 a 31/12/2014, sendo devidamente lavrado o referido termo.

Menciona que para sua surpresa no dia 15 de junho de 2015, o fisco, através da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos fiscais (Doc. 05), lhe intima a apresentar os livros e/ou documentos.

Explica que enviou pelos correios, (Doc. 06), os comprovantes de recolhimento do ICMS do período que de fato era responsável pelo recolhimento (Período Finalizado em 15/11/2012).

Destaca que essas duas notas fazem parte de um período que não foi indicado no Termo de Início de Fiscalização/Intimação, visto que neste documento o período de fiscalização foi determinado que seria de 23/12/2012 a 31/12/2014 e nos demais documentos, de forma equivocada, o fisco realiza todas as cobranças e decisões em período maior.

Informa que, em relação aos demais comprovantes, não foi possível enviar e assim atender a intimação, pois os respectivos documentos não estão em sua posse, dado que, à luz do art. 400 do Dec. nº 14.209/12, o sujeito passivo por substituição tributária responsável por recolher o ICMS foram, sucessivamente, a distribuidora de energia elétrica “COELBA” e o consumidor da energia vendida.

Revela que inobstante clara disposição legal, no dia 29 de junho de 2015, através da Ordem de Serviço nº 503563/15, o Fisco Estadual encerrou a fiscalização do período 01/01/2012 a 31/12/2014 (*figura 1*), finalizando a ação fiscal e lavrou o Auto de Infração/Termo de Encerramento (Doc. 02), contra seu estabelecimento, ao invés de direcionar a fiscalização para os verdadeiros sujeitos passivos.

Depois de reproduzir o teor dos itens da atuação, observa que no dia 24 de agosto de 2015, conforme comprovante de entrega dos Correios (Doc. 07), foi formalmente intimado (Doc. 08) a comparecer a qualquer posto do SAC, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar do recebimento da intimação, para realizar o pagamento do débito fiscal apurado no Auto de Infração ou apresentar defesa ao CONSEF.

Afirma não haver dúvidas de que ocorrera um grande equívoco do fisco em lavrar esse Auto de Infração em seu nome. Tanto por já ter recolhido o imposto das Notas Fiscais de nºs 143 e 210, como também por ter exigido o recolhimento do imposto para pessoa jurídica errada, sendo assim equivocada a lavratura do Auto de Infração.

Reporta-se a tempestividade da defesa, e em seguida, solicita que o auto de infração e a intimação sejam anuladas de ofício pelo Auditor Fiscal devido não ser legalmente a parte passiva obrigada a recolher o respectivo imposto das Notas Fiscais de nºs 263, 307, 351, 412 e 443. Por isso, frisa encontrar-se impossibilitada para atender a intimação como incorretamente encontra-se no pólo passivo desse Auto de Infração.

Pondera que na Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, do dia 15 de junho de 2015, a SEFAZ solicita a apresentação dos Comprovantes de recolhimento do ICMS, referente à substituição Tributária relativa a operações de saídas de mercadorias com destino ao Estado da Bahia, do dia 03/12/12 a 03/04/13. Continua destacando que, conforme a redação do art. 400 do Dec. nº 14.209/12 da época da emissão da fatura (segue abaixo - Dec. nº 14.898/13 - alteração 24), a qual ficou vigente pelo período de 15/11/12 a 31/12/13, o sujeito passivo por substituição responsável por recolher o ICMS era a empresa distribuidora de energia, neste caso a COELBA.

Solicita que seja reconhecida a incorreção e declare nula a intimação quanto à solicitação referente a essas notas fiscais que, por determinação do decreto, o sujeito passivo responsável para atender a intimação e responder ao auto é a COELBA, conforme determinação legal.

Sustenta haver flagrante erro na determinação do sujeito passivo por substituição tributária, bem como diante da ausência de norma que autorize a exigência na forma como posta pelo Fisco, pelo que deve ser atendido seu pedido de nulidade.

Menciona equívoco na identificação do sujeito passivo por Substituição, pois, na época do fato gerador das Notas Fiscais de nºs 1312, 1343, 1447, 1444, 1522, 1527, 1642 e 1657, não era mais responsável pelo recolhimento.

Frisa que o Auto de Infração, a SEFAZ menciona a não apresentação dos comprovantes de recolhimento do ICMS, referente à substituição Tributária relativa a operações de saídas de mercadorias com destino ao Estado da Bahia, do dia 01/07/14 a 03/11/14. Continua ponderando que, conforme o §2º art. 400 do Dec. nº 14.209/12, o qual teve a produção dos seus efeitos somente a partir de 01/05/14 até a presente data, o sujeito passivo responsável pelo recolhimento do ICMS é o adquirente da energia, logo neste caso em análise encontra-se no pólo vendedor da energia e não como adquirente.

Solicita ao autuante o reconhecimento da incorreção e que declare nulo o Auto de Infração quanto à infração referente a essas Notas Fiscais que por determinação do Decreto, o sujeito passivo responsável para atender a essa intimação é a empresa adquirente da energia.

Sustenta existir flagrante erro na determinação do sujeito passivo por substituição tributária, ante a ausência de norma que autorize a exigência na forma como posta pelo Fisco, pelo que deve ser atendido seu pedido de nulidade.

Assevera ser incoerente o período de 23/12/2012 a 31/12/2014 formalizado no Termo de Início de Fiscalização/Intimação com o período 10/09/2012 a 03/11/2014 que originou o Auto de Infração.

Registra que o Auto de Infração em epígrafe padece do vício de nulidade, pois está em desacordo com o Termo de Início de Fiscalização/Intimação (Doc. 4), o qual indica o período de fiscalização entre 23 de dezembro de 2012 a 31 de dezembro de 2014.

Observa que no Auto de Infração, o autuante, em desacordo com o Termo de Início de Fiscalização/Intimação inclui operações realizadas referentes ao período de 30 de setembro de 2012 e 30 de novembro de 2012, antes da data estipulada no referido Termo. Prossegue registrando que tal fato infringe o art. 127 do COTEB, que estabelece que no início do procedimento fiscal o contribuinte tem que ser intimado por escrito, e que por isso, é nulo o Auto de Infração ora lavrado, pois não foi precedido de intimação formal por escrito para aquele período.

Ressalta que mesmo se tal período não tivesse sido precedido de intimação formal, conforme rege a legislação, diz anexar os comprovantes de pagamento do referido ICMS (doc. 09), com as devidas atualizações monetárias, conforme rege o RICMS-BA.

Sustenta não caber ao Fisco a aplicação de qualquer sanção ou penalidade referente a um período que não foi precedido de intimação, sendo nulo qualquer ato desta natureza.

Traz a colação, por entender pertinente, ementa de julgado do TATE-PE que, no mesmo sentido acima sustentado, entende que é certa a nulidade do auto de infração quando o período fiscalizado extrapola o período que já tinha sido definido no Termo de Início de Fiscalização.

Assinala que à luz do art. 400 do Dec. nº 14.209/12, tinha responsabilidade por recolher o ICMS, referente às vendas de energia elétrica, até o dia 15/11/12. Revela que observando a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, por direito tinha obrigação apenas de apresentar os comprovantes referentes às Notas Fiscais nºs 143 e 201, e assim o fez.

Cita que de acordo com o comprovante dos Correios, encaminhou os documentos para o endereço da SEFAZ, o qual estava registrado na própria intimação. Registra que tempestivamente encaminhou os documentos, os quais também seguem acostados nesta defesa. Continua esclarecendo que, conforme registro dos correios (Doc. 06), o envelope não foi recebido pela SEFAZ, e os respectivos documentos, por culpa da própria instituição, não foram apreciados pelo

Fisco por culpa única e exclusiva do SEFAZ. Por isso, também solicita que seja anulado o Auto de Infração por cerceamento de defesa.

Ao cuidar do mérito da autuação, observa que no mesmo Auto de Infração, a SEFAZ informa também que não foram apresentados os comprovantes de recolhimento do ICMS, referente à substituição Tributária relativa a operações de saídas de mercadorias com destino ao Estado da Bahia, do dia 10/09/12 e 01/11/12. Prossegue esclarecendo que os mesmos já se encontram devidamente recolhidos (Doc. 09), além de verificar que o Auto de Infração e a intimação não encontram respaldo/vinculação com o Termo de Fiscalização formulado no dia 28 de maio de 2015 (Doc. 04), o qual formalizou que a fiscalização somente será relativa ao período de 23/12/2012 a 31/12/2014.

Explica que por encontrar-se no período fora dessa abrangência da intimação quanto a perda do objeto por já ter sido recolhido o imposto, observando os princípios do processo administrativo, este ato não encontra validade, logo deve ser declarado insubsistente.

Solicita que seja reconhecido a incorreção e declare nulo o Auto de Infração quanto à solicitação referente a essas notas fiscais.

Diz ser pertinente compartilhar entendimento do TATA-PE que, no mesmo sentido acima sustentado, entende que é certo a nulidade do auto de infração (vício formal) quanto o crédito já foi recolhido, perdendo, portanto, o objeto do Auto de Infração, consoante ementa de julgado cujo teor colaciona ao autos.

Protesta provar por todos os meios de prova em direito permitidos, notadamente diligências e perícias.

Assevera ser o Auto de Infração nulo, em razão dos equívocos cometidos pelo fiscal na identificação Sujeito Passivo por Substituição, pois na época do fato gerador das Notas Fiscais de n^{os} 263, 307, 351, 412 e 443, não era mais responsável pelo recolhimento, bem como em relação às Notas Fiscais de n^{os} 1312, 1343, 1447, 1444, 1522, 1527, 1642 e 1657.

Pugna também pela nulidade da autuação em decorrência da incorreção do período de 23/12/2012 a 31/12/2014 formalizado no Termo de Início de Fiscalização/Intimação, por ser incoerente com o período 10/09/2012 a 03/11/2014 que originou o Auto de Infração.

Solicita também a declaração de nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa em razão de ter o fisco disponibilizado endereço errado para apresentação dos documentos fiscais referente as Notas Fiscais de n^{os} 143 e 210.

Requer, por fim, caso não seja acolhida as preliminares, que seja declarada a improcedência deste auto de infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 75 a 76, alinhando as seguintes ponderações.

Inicialmente observa que a lavratura do auto de infração teve por fundamento a constatação de divergências, nas bases de dados desta SEFAZ/BA, entre os valores destacados a título de ICMS - Substituição Tributária, nas Notas Fiscais de Saídas emitidas pelo autuado, referentes a operações destinadas a adquirentes localizados no Estado da Bahia, e os valores contidos nas GNRE, apuradas também nos sistemas de controle desta Secretaria da Fazenda.

Revela que após o cruzamento das informações obtidas junto aos sistemas NFE e SIGAT, constatou a falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária, totalizando um valor histórico da ordem de R\$196.946,25, correspondente às Notas Fiscais de n^{os} 143, 210, 263, 307, 351, 412, 443, 1312, 1343, 1444, 1447, 1522, 1527, 1642 e 1657, fls. 08.

Afirma que o autuado acostou à sua defesa extratos de pagamento do ICMS Substituição Tributária relativo às Notas Fiscais de n^{os} 143 e 210, fls. 67 a 72, tendo feito estes recolhimentos na data de 22/06/2015. Observa que tais pagamentos foram identificados no SIGAT, conforme extratos acostados às fls. 77 e 78.

Salienta que as citadas notas fiscais foram emitidas, respectivamente, em 10/09/2012 e 01/11/2012, portanto, os recolhimentos, realizados em 22/06/2015, ocorreram após a expedição do Termo de Início de Fiscalização/Intimação, 28/05/2015, fls. 05, não tendo havido, todavia, o pagamento referente à multa pelo não recolhimento no prazo devido.

Assinala que o autuado argumenta ainda que as Notas Fiscais de nºs 143, 210 e 263 foram emitidas num período anterior àquele informado no Termo de Início de Fiscalização/Intimação contido às fls. 05 e que isto representaria motivo de nulidade do presente Auto de Infração, na medida em que tal fato representaria cerceamento do direito de defesa. Prossegue frisando que ao realizar o pagamento das Notas Fiscais de nºs 143 e 210, após o início da ação fiscal, confessa o cometimento da infração, pelo não recolhimento dentro do prazo legal.

Registra que, no tocante à Nota Fiscal nº 263, bem como as Notas Fiscais de nºs 307, 351, 412 e 443, o autuado menciona alteração ao RICMS/BA que, modificando o art. 400 do citado regulamento, atribuiu à empresa distribuidora a condição de sujeito passivo por substituição tributária.

Destaca que, com relação às Notas Fiscais de nºs 1312, 1343, 1444, 1447, 1522, 1527, 1642 e 1657, o autuado emprega o mesmo argumento concernente à mudança do responsável pelo recolhimento, que passou a ser o adquirente, enquanto a mesma encontra-se no pólo vendedor de energia elétrica.

Assevera que, consoante as citadas alterações na legislação, que modificaram o sujeito passivo da obrigação tributária, reconhece ser cabível a impugnação da autuada quanto às Notas Fiscais de nºs 263, 307, 351, 412, 443, 1312, 1343, 1444, 1447, 1522, 1527, 1642 e 1657.

No que diz respeito às Notas Fiscais de nº 143 e 210, sustenta que resta demonstrado nos autos a confissão, pelo autuado, da falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária, sendo portanto aplicável a multa de 150% sobre os valores não pagos na data devida.

Conclui pugnando pela procedência parcial, sendo mantida a multa sobre os recolhimentos não efetuados na data correta do ICMS Substituição Tributária atinente às Notas Fiscais de nºs 143 e 210.

O autuado, às fls. 124 a 131, se manifesta acerca da informação prestada pelo autuante, observando inicialmente a sua tempestividade, resume o trecho da informação fiscal que acolhe as alegações da defesa, articula os argumentos, reafirmando suas razões de defesa em torno das notas fiscais refutadas pelo autuante, nos seguintes termos.

Destaca que quanto às Notas Fiscais nºs 143 e 210, o autuante não reconheceu que deve ser julgado procedente seus fundamentos, mesmo após esta ter provado que realizou o devido recolhimento do imposto antes da lavratura ao Auto de Infração como também não reconheceu pela nulidade, mesmo ciente que as notas fiscais não estavam contempladas no período estabelecido no Termo de Início da Fiscalização/Intimação, sendo citada apenas no Auto de Infração. Reafirma também a conclusão do autuante de que o recolhimento em atraso do ICMS, implica confissão da inadimplência e deveria pagar a multa de 150% sobre os valores não pagos na data devida.

Diz não ter havido qualquer descumprimento legal referente às notas fiscais supracitadas. Acrescenta ponderando que, conforme já apresentado na Defesa, realizou corretamente o pagamento das GNRE (Doc. 03), inclusive podem verificar no próprio SIGAT, citado pelo autuante, confirmando assim que os pagamentos foram identificados antes da lavratura do Auto de Infração, como também é ilógico e abusivo entender que o pagamento em atraso é uma demonstração de confissão. Explica que houve apenas atraso no recolhimento e os juros decorrentes apurados pelo sistema do SEFAZ foram pagos.

Diz que o auto de infração padece do vício de nulidade, pois está em desacordo com o Termo de Início de Fiscalização/Intimação, visto que o mesmo atribui o período de fiscalização entre 23 de dezembro de 2012 a 31 de dezembro de 2014. Destaca que no Auto de Infração, o fiscal, em desacordo com o Termo de Início de Fiscalização/Intimação inclui operações realizadas

referentes ao período de 30 de setembro de 2012 e 30 de novembro de 2012, antes da data estipulada no referido Termo.

Assinala que tal fato infringe o art. 127 do COTEB, abaixo *in verbis*, que estabelece que no início do procedimento fiscal o contribuinte tem que ser intimado por escrito. Desta forma, é nulo o Auto de Infração, ora lavrado, pois não foi precedido de intimação formal por escrito para aquele período.

Afirma que mesmo não fosse tal período, precedido de intimação formal, conforme rege a legislação, diz anexar os comprovantes de pagamento do referido ICMS (doc. 03), com os devidos juros de mora, conforme rege o RICMS-BA e o próprio sistema GNRE gerou para pagar.

Revela que não cabe a este Fisco a aplicação de qualquer multa referente a um período que não foi precedido de intimação, sendo nulo qualquer ato desta natureza.

Diz ser pertinente por fim compartilhar entendimento do TATE - PE que, no mesmo sentido acima sustentado, manifesta o entendimento de que é nulo o Auto de Infração quando o período fiscalizado extrapola o período que já tinha sido definido no Termo de Início de Fiscalização, no julgados, AI SF 2009.000001552140-54 TATE 00.368/09-1, AI SF 208.000000296224-12 TATE 00.015/09-1.

Explica que, conforme o comprovante dos Correios, já acostado na defesa inicial, encaminhou os documentos para o endereço da SEFAZ, o qual estava registrado na própria intimação. Sustenta que tempestivamente encaminhou os documentos, os quais também seguem acostados nesta defesa.

Esclarece que, conforme registro dos correios, o envelope não foi recebido pela SEFAZ, e os respectivos documentos por culpa da própria instituição não foram apreciados pelo Fisco por culpa única e exclusiva do SEFAZ.

Solicita que seja anulado o Auto de Infração por cerceamento de defesa.

Diz ser pertinente compartilhar entendimento do TJES que, no mesmo sentido acima sustentado, para ilustrar seu entendimento de que é certo a nulidade do auto de infração quanto há cerceamento de defesa, reproduzindo o teor da ementa do julgado, TJES, AGIn-AVol-REO 035.04.011384-3; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Arnaldo Santos Souza; Julg. 10/10/2006; DJES 13/11/2006.

Sustenta que o autuante errou ao afirmar que confessou a irregularidade e deveria pagar a multa. Esclarece que, conforme as GNRE anexa (Doc. 03), o ICMS já se encontra devidamente recolhido, ato este realizado antes da autuação. Continua registrando ser grave erro do autuante ao informar que o recolhimento atrasado realizado represente a confissão da acusação fiscal.

Revela que recolheu atrasado por erro operacional de monitoramento dos pagamentos interno e não por decisão deliberada, tendo, inclusive, por esse erro, pago caro, haja vista a incidência de juros, que o próprio sistema de emissão da GNER gerou, e que teve que pagar por causa do atraso, montante de R\$7.966,01, praticamente 40% do valor total.

Afirma não haver há qualquer dispositivo legal que respalde o entendimento do autuante que o atraso no recolhimento imposto é fato comprobatório da confissão do sujeito quanto a irregularidade. Frisa que o pagamento mesmo em atraso demonstra que o sujeito buscou ficar adimplente com suas obrigações e que somente ocorreu fora do prazo devido a fatores externo que não represente sua vontade. Lembra o princípio da boa fé que neste caso representa bem.

Requer que seja declarada a nulidade do lançamento contido neste auto de infração.

Diz ser pertinente compartilhar entendimento do TATE-PE que, no mesmo sentido acima sustentado, entende que é certa a nulidade do auto de infração (vício formal) quanto o crédito já foi recolhido, perdendo o objeto do Auto de Infração, consoante, ementa do julgado, AI SF 2009.000001724614-20 TATE 00.420/09-3.

Conclui pugnando pelo acolhimento de seus pedidos de nulidade do lançamento e as questões de mérito expendidas.

O autuante presta nova informação fiscal, fl. 149, frisando que, em relação à manifestação do autuado às fls. 121 a 131, reconhece que os débitos relativos ao ICMS - Substituição Tributária destacados nas Notas Fiscais de nºs 143 e 210 foram efetivamente quitados, tendo sido os recolhimentos correspondentes realizados durante a ação fiscal que deu origem ao presente PAF.

Conclui acatando os argumentos do autuado quanto à não aplicação da multa por atraso, e opina pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente cabe examinar os aspectos apontados pelo sujeito passivo ao suscitar preliminar de nulidade do Auto de Infração.

No tocante às Notas Fiscais de nºs 263, 307, 351, 412, 443, 1312, 1343, 1444, 1447, 1522, 1527, 1642 e 1657, para as quais o impugnante aponta equívoco na identificação do sujeito passivo por substituição tributária, constato, depois de compulsar os autos, que assiste razão ao defendente, haja vista que, de acordo com as alterações nº 6 do RICMS-BA/97 [Dec. nº 14209/12, vigente de 15/11 a 31/12/2012] e nº 20 [Dec. nº 14.898/13, vigente de 01/01 a 30/04/2013] instituem o adquirente de energia elétrica como sendo o sujeito passivo por substituição tributária nas operações interestaduais. Portanto, resta evidenciado nos autos que, na qualidade de vendedor, o autuado não pode figurar no pólo passivo da relação tributária objeto da autuação.

Logo, emerge configurada a ilegitimidade passiva, estatuída na alínea “b”, do inciso IV do art. 18, do RPAF-BA/99, em relação ao lançamento das aludidas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, pelo que, devem, portanto, ser excluídas da presente autuação.

Constato que, em relação a preliminar suscitada sob o fundamento de que o período de 23/12/2012 a 31/12/2014 indicado no Termo de Início de Fiscalização/Intimação, fl. 05, é incoerente com o período 10/09/2012 a 03/11/2014 de apuração das irregularidades no Auto de Infração, não deve prosperar a pretensão do autuado, considerando que a não convergência dos citados períodos não repercutiu e nem gerou qualquer óbice em relação ao exercício da ampla defesa pelo sujeito passivo. Ademais, resta patente nos autos, consoante indicação da OS nº 503563/15, estampada no Auto de Infração, fl. 01, o período de fiscalização corresponde ao período de 01/12/2012 a 31/12/2014. Do mesmo modo, consta na Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, fl. 08, explicitamente as datas das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.

Também refuto a preliminar de nulidade suscitada por cerceamento de defesa pelo fato de ter sido disponibilizado endereço errado para apresentação dos documentos fiscais referentes às Notas Fiscais de nºs 143 e 210, uma vez que esse óbice não se constituiu em efetivo impedimento, tanto é assim que a apresentação da aludida documentação por ocasião da defesa preencheu plenamente o objetivo do defendente e o pagamento foi acolhido pelo autuante em sede informação fiscal.

Superadas, nos termos acima expendidos, as questões de natureza formal, passo a análise do mérito.

O Auto de Infração cuida da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saídas e não ter recolhido o respectivo ICMS, conforme demonstrativo acostado à fl. 08.

Consoante enfrentamento atinente às preliminares de nulidades suscitadas pelo autuado, restou patente que os débitos decorrentes das Notas Fiscais de nºs 263, 307, 351, 412, 443, 1312, 1343, 1444, 1447, 1522, 1527, 1642 e 1657, por ilegitimidade passiva do autuado devem ser excluídas do levantamento. Aliás, fato também reconhecido pelo autuante em sede de informação fiscal, fl. 76.

Assim, remanesce a lide em relação às Notas Fiscais de nº 143, emitida em 10/06/2012, fl. 69, e a de nº 210, emitida em 01/11/2012, fl. 72, cujo período a responsabilidade pelo recolhimento é atribuída ao autuado na condição de sujeito passivo por substituição tributária. O pagamento do imposto

retido foi efetuado pelo defendente em 22/06/2015, como se verifica dos comprovantes acostados às fl. 67 e 70 e confirmado pelo autuante no sistema de arrecadação da SEFAZ, fls. 77 e 78.

Em suas razões de defesa, o impugnante requer a improcedência da autuação em relação a essas duas notas fiscais sob a alegação de ter efetuado o recolhimento do imposto antes da lavratura do Auto de Infração, ou seja, em 29/06/2015, asseverando ser descabida a multa sugerida na imputação.

Ao compulsar os autos verifico que não tem fundamento a alegação do impugnante, haja vista que, apesar de ter efetuado o recolhimento antes da lavratura do Auto de Infração, resta configurado nos autos, de acordo com o AR com a intimação para entrega do Termo de Início de Fiscalização, colacionado à fl. 07, entregue no dia 01/06/2015, desde esta data já se encontrava sob fiscalização. Portanto, afigura-se desconfigurada a espontaneidade estatuída no art. 95 do RPAF-BA/99, que assim preceitua: *“No caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria ...”*

Logo, mesmo tendo o autuado recolhido o débito com os acréscimos devidos, ao teor do art. 98, do RPAF-BA/99, não é cabível a exclusão da multa aplicada, prevista na alínea “a” do inciso V, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ante a não ocorrência de Denúncia Espontânea, nos moldes legalmente preconizados.

Nestes termos, concluo pela subsistência da autuação em relação aos débitos atinentes às Notas Fiscais de nºs 143 e 210.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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 **281071.0005/15-5**, lavrado contra **ECEL - ELETRON COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.838,89**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA