

PROCESSO - A. I. Nº 281071.0005/15-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ECEL - ELETRON COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.
RECORRIDOS - ECEL - ELETRON COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO– Acórdão 3ª JJF nº 0054-03/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0341-11/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Demonstrado nos autos a existência de notas fiscais arroladas no levantamento fiscal relativas ao período em que o art. 400 do RPAF-BA/12, atribui ao adquirente à 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. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO** e Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração Procedente em Parte. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto em relação à Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte 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 subsequentes, 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 e o autuante presta informação fiscal, fls. 75 a 76. A Junta Julgadora decide pela Procedência Parcial alinhando o seguinte entendimento:

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 enftretamento 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 fls. 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.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

Inconformado com a Decisão de piso, o recorrente apresenta Recurso Voluntário, fls. 179/188, no qual, inicialmente, verifica a redução do débito feita pela Junta Julgadora e passar a arguir as suas razões em relação aos débitos não reconhecidos pelos julgadores de Primeira Instância referente às Notas Fiscais nºs 143 e 210, sendo que mesmo ter provado em sede defensivo 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.

Aponta que não houve qualquer descumprimento legal por parte do autuado, referente às notas fiscais supracitadas. Disse que realizou corretamente o pagamento das GNRE (Doc. 04), inclusive podem verificar no próprio SIGAT, citada pelo autuante, confirmando assim que os pagamentos foram identificados antes da lavratura do Auto de Infração. Afirma que houve apenas atraso no

recolhimento e os juros decorrentes foram apurados pelo sistema do SEFAZ e pago pelo recorrente.

Observa que a turma julgadora se equivocou em seu entendimento referente às Notas Fiscais nºs 143 e 210, visto isso a autuada recorre e pede a reforma deste acórdão e, consequentemente, a desconstituição do Auto de Infração por falta de ilícito.

Pede pela nulidade por não manter coerência entre o Termo de Início de Fiscalização/Intimação com o Auto de Infração – extrapola o intervalo de tempo determinada no Termo de Início de Fiscalização. Pontua que o período de 23/12/2012 a 31/12/2014 formalizado no Termo de Início de Fiscalização/Intimação é incoerente com o período 10/09/2012 a 03/11/2014 que originou o Auto de Infração.

Assinala que 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 23/12/2012 a 31/12/2014, sendo que está em desacordo com o Termo de Início de Fiscalização/Intimação inclui operações realizadas referentes ao período de 30/09/2012 e 30/09/2012, antes da data estipulada no referido Termo. Afirma 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. Desta forma, sustenta pela Nulidade do Auto de Infração ora lavrado, pois não foi precedido de intimação formal por escrito para aquele período.

Acrescenta que tal período não fosse precedido de intimação formal, conforme rege a legislação, anexa os comprovantes de pagamento do referido ICMS (doc. 04), com os devidos juros de mora, conforme rege RICMS-BA e o próprio sistema GNRE gerou para pagar. Assim, 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.

Reitera com entendimento do TATE - PE (1ª TURMA JULGADORA REUNIÃO DIA 02.04.2013. AI SF 2009.000001552140-54 TATE 00.368/09-1; AI SF 208.000000296224-12 TATE 00.015/09-1) que, no mesmo sentido acima sustentado, entende pela a nulidade do Auto de Infração quando o período fiscalizado extrapola o período que já tinha sido definido no Termo de Início de Fiscalização.

Alega, ainda, nulidade por cerceamento de defesa por ter o Fisco disponibilizado endereço errado para apresentação dos documentos fiscais referente às notas fiscais. Cita o art. 400 do Decreto nº 14.209/2012 e diz que tinha responsabilidade por recolher o ICMS, referente às vendas de energia elétrica, até o dia 15/11/12, no entanto, observa que a INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCIAS, por direito tinha obrigação apenas de apresentar os comprovantes referentes às Notas Fiscais nºs 143 e 201.

Destaca que comprovante dos Correios, acostado aos autos, no qual encaminhou os documentos para o endereço da SEFAZ, sendo que estava registrado na própria intimação. Verifica, ainda, que tempestivamente encaminhou os documentos, os quais também seguem acostados. Contudo, conforme registro dos correios, explica que 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 da SEFAZ. Solicita que seja anulado o Auto de Infração por cerceamento de defesa. Junta entendimento do TJES (TJES; AGIn-AVol-REO 035.04.011384-3; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Arnaldo Santos Souza; Julg. 10/10/2006; DJES 13/11/2006), entende que é certo a nulidade do Auto de Infração quanto há cerceamento de defesa

Ainda, em preliminar, suscita nulidade em relação por já ter recolhido o imposto referente as notas em questão/remanescente (nºs 143 e 210). Disse que o autuante confessou a irregularidade e deveria pagar a multa. *Data máxima vênia* CONSEF, a turma julgadora errou!!!! Conforme as GNRE anexa (Doc. 04), o ICMS já se encontra devidamente recolhido, ato este realizado antes da autuação, no qual recolheu atrasado por erro operacional de monitoramento dos pagamentos interno e não por decisão deliberada, sendo que por esse erro, informa que pagou a mais (juros),

que o próprio sistema da GNER gerou e teve que pagar por causa do atraso, montante de R\$7.966,01, praticamente 40% (quarenta por cento) do valor total.

Salienta que não há qualquer dispositivo legal que respalde o entendimento do autuante que o atraso no recolhimento do imposto é fato comprobatório da confissão do sujeito quanto à irregularidade. Aduz 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. Assim, requer a nulidade. Junta entendimento do TATE – PE (AI SF 2009.000001724614-20 TATE 00.420/09-3).

Finaliza solicitando a reforma da decisão de piso ACÓRDÃO JJF Nº 0054-03/16, pedindo a exclusão da multa de 150% aplicada nas Notas Fiscais nºs 143 e 210.

Nas fls. 214/216, consta Parecer Jurídico da PGE/PROFIS, no qual opina pelo Provimento do Recurso Voluntário no sentido de julgar Improcedente o Auto de Infração, destacando Acolhimento das razões impostas pelo recorrente de que merece guarida na tese do apelo no sentido de conter nos autos provas de exoneração dos débitos.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto em relação à Decisão de piso, no qual julgou pela Procedência Parcial.

Quanto ao Recurso de Ofício interposto, constato que na Decisão ora recorrida foi excluído da autuação os valores exigidos relativos as Notas Fiscais nºs 263, 307, 351, 412, 443, 1312, 1343, 1444, 1447, 1522, 1527, 1642 e 1657 acolhendo a alegação de ilegitimidade passiva do autuado.

Com relação aos valores excluídos relativos às Notas Fiscais de nºs 1312, 1343, 1444, 1447, 1522, 1527, 1642 e 1657, constato que foram emitidas no período de 01/07/2014 a 03/11/14 e a redação atual do art. 400 do RICMS/2012 dada pelo Dec. nº 15.371, com efeitos a partir de 01/05/14 estabelece que:

Art. 400. O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.

Portanto, neste período o responsável pelo pagamento do ICMS relativo à aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre neste período era do consumidor, o que afasta a exigibilidade do fornecedor. Neste caso, está correta a Decisão.

Quanto aos valores exigidos relativos às Notas Fiscais nºs 263, 307, 351, 412 e 443, constato que foram emitidas no período de 03/12/12 a 03/04/13.

Neste período era vigente o art. 400 do RICMS/2012, com redação dada pelo Dec. nº 14.209/12, com efeitos a partir de 15/11/12 a 31/12/13:

Art. 400. Fica atribuída ao adquirente de energia elétrica em ambiente de contratação livre, conectado diretamente à Rede Básica de transmissão ou à empresa distribuidora, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as sucessivas operações internas e interestaduais, correspondentes à circulação de energia elétrica, desde a sua importação ou produção até a última operação da qual decorra a sua saída com destino a estabelecimento ou domicílio onde deva ser consumida (Conv. ICMS 77/11).

Portanto o responsável pelo pagamento o ICMS relativo à aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre neste período era o adquirente de energia elétrica em ambiente de contratação ou a empresa distribuidora.

Como o estabelecimento autuado exerce a atividade de compra e venda de energia elétrica no ambiente de contratação livre, neste período é o responsável pelo pagamento do ICMS.

Considerando ainda, que o imposto poderia ser exigido do estabelecimento autuado ou da empresa distribuidora e não tendo o sujeito passivo promovido o pagamento do imposto que lhe foi exigido, só haveria desconstituição do crédito tributário exigido se o autuado carresse ao processo comprovação de que a empresa distribuidora tivesse efetuado o pagamento do imposto.

Como não foi comprovado o pagamento do imposto no prazo definido pela legislação (tempestivamente), considero equivocada a fundamentação da Decisão ora recorrida, tendo em vista que os valores exigidos relativos às NFs nºs 263, 307, 351, 412 e 443 no período de 03/12/12 a 03/04/13 é de responsabilidade do estabelecimento autuado totalizando valor de R\$69.890,29 conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Nota Fiscal	Base de Cálculo	Aliq %	Valor do Débito
31/12/12	09/01/13	263	43.517,80	12,00	22.923,89
31/01/13	09/02/13	307	34.912,38	12,00	9.345,87
28/02/13	09/03/13	351	51.003,45	12,00	24.326,30
30/03/13	09/04/13	412	40.012,83	12,00	4.634,61
30/04/13	09/05/13	443	24.597,43	12,00	8.659,62
Total					69.890,29

Pelo exposto, o Recurso de Ofício deve ser Provido Parcialmente para restabelecer o valor exigido de R\$69.890,29.

No que se refere ao Recurso Voluntário, passo a análise das preliminares suscitadas pelo recorrente quanto à coerência entre o Termo de Início de Fiscalização/intimação, no qual extrapola o intervalo de tempo determinada no Termo do Início Fiscal e, a outra, nulidade, é por cerceamento do direito de defesa devido ao endereço errado para apresentação dos documentos fiscais.

Na análise da preliminar por cerceamento do direito de defesa, afasto pois tendo em vista que no Auto de Infração está consignado na fl. 07 o encaminhamento do endereço, no qual a pretensão do recorrente não é acolhida. Na nulidade devido à coerência entre o Termo de Início de Fiscalização/intimação, acompanho o entendimento da Procuradoria, pois como bem foi dito e preconizado no art. 138 do CTN, somente cessará a espontaneidade do pagamento quando iniciado o procedimento administrativo ou na medida de fiscalização, devidamente relacionados com a infração.

No mérito, quanto à manutenção da exigência fiscal referente às Notas Fiscais de nºs 143 e 210, constato que conforme demonstrativo de fl. 8 foram emitidas no período de 10/09/12 e 01/11/12.

Neste período, constato que a redação originária do art. 400 do RICMS/12 com efeitos até 14/11/12 estabelecia que:

Art. 400. Fica atribuída ao consumidor de energia elétrica conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento (Conv. ICMS 117/04).

Dessa forma, considero também equivocada a fundamentação da Decisão atribuindo a responsabilidade ao estabelecimento autuado, tendo em vista que no período da emissão das NFs nºs 143 e 210 a responsabilidade pelo pagamento do imposto era do consumidor de energia elétrica conectada à rede básica que não era o estabelecimento autuado.

Por isso deve ser dado Provimento ao Recurso Voluntário para afastar o valor julgado de R\$22.838,89 conforme demonstrativo abaixo.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício restabelecendo o valor exigido de R\$69.890,29 e PROVIMENTO do Recurso Voluntário afastando o valor exigido de R\$22.838,89.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE E PARTE** o Auto de Infração nº **281071.0005/15-5**, lavrado contra **ECEL - ELETRON COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.890,29**, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDVALDO ALMEIDA DOS SANTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS