

A. I. Nº - 281508.3004/16-5
AUTUADO - BELGO BEKAERT ARAMES LTDA.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.04.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0038-04/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDADA NO MERCADO LIVRE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. Restou comprovado nos autos que, em relação a uma parte das operações relacionadas na autuação, o imposto referente à aquisição de energia elétrica no mercado livre já tinha sido recolhido pelo substituto tributário, antes do início da ação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/16, exige ICMS no valor histórico de R\$730.075,68, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 - 01.02.73: “*Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito.*”. Fato ocorrido nos meses de novembro de 2012 e junho de 2013. Os demonstrativos da infração apurada estão acostados às fls. 8 e 28 e as correspondentes notas fiscais encontram-se às fls. 9 a 27 e 29.

Complementando a acusação acima, consta que o autuado lançou, extemporaneamente, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2012, créditos de ICMS relativos a aquisições de energia elétrica no mercado livre, efetuadas nos exercícios de 2011 e 2012, sem comprovar o pagamento do ICMS, consoante previsto no art. 400 do RICMS-BA/12.

No campo do Auto de Infração denominado “Descrição dos Fatos”, foi consignado que: “*Deixou [o autuado] de efetuar pagamento do ICMS, referente a operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre, conforme notas fiscais de aquisições 5413, 1369, 588, 1425, 791 e 1479, cujas cópias foram juntadas ao auto de infração.*”.

O autuado apresenta defesa, fls. 35 a 48, na qual foi feita uma síntese dos fatos e foi reconhecida a procedência parcial do Auto de Infração quanto ao débito atinente à Nota Fiscal nº 565851, no valor de 700,00 - principal. Prosseguindo, o defendente afirma que o crédito tributário remanescente não se sustenta, seja pela nulidade do Auto de Infração, seja porque no seu procedimento não houve nenhuma irregularidade, conforme relatado a seguir.

Suscita a nulidade do lançamento, pois considera que pela descrição contida no Auto de Infração não é possível se compreender qual a infração que foi apurada. Diz que a “*descrição dos fatos*” lhe imputa a falta de recolhimento de ICMS referente a operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre. Por sua vez, o Auto de Infração descreve a irregularidade como sendo derivada da escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, porém no parágrafo seguinte é citado o aproveitamento de crédito sem a comprovação do pagamento do ICMS que decorre da entrada da mercadoria. Afirma que a descrição da infração é contraditória, pois, de um lado justifica a glosa pela falta de autorização

da repartição fazendária para o aproveitamento do crédito extemporâneo e, de outro, afirma que o aproveitamento do crédito não foi admitido ante a ausência de pagamento do imposto. Sustenta que a autuação não lhe permite inferir qual infração lhe foi imputada: se é a falta de autorização para aproveitar o crédito, ou se é a ausência de comprovação do pagamento do ICMS na etapa anterior. Faz alusão ao disposto nos artigos 142 (do CTN) e 150, I, e 5º, LIV e LV (da Constituição Federal), bem como reproduz doutrina. Pede a decretação da nulidade do Auto de Infração.

No mérito, afirma que o imposto devido nas operações relacionadas na autuação foi recolhido aos cofres públicos do Estado, pela comercializadora de energia elétrica, a quem competia fazê-lo, por substituição, de acordo com o artigo 370, § 2º, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos.

Explica que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ-BA) já fiscalizou o estabelecimento remetente da energia elétrica, tendo constatado que o ICMS-ST pertinente às notas fiscais arroladas nesta autuação foi devidamente recolhido. Afirma que a referida fiscalização resultou na lavratura do Auto de Infração nº 298922.0004/13-7 (fls. 81 a 101), que imputou à comercializadora de energia elétrica NC Energia S.A., na condição de substituta tributária, apenas valores *complementares* a título do ICMS-ST sobre tais operações, em razão da utilização de base de cálculo equivocada. Aduz que posteriormente foram emitidas outras notas fiscais contendo o destaque do imposto complementar (fls. 108 e seguintes). Pontua que, se o imposto *originariamente* destacado não tivesse sido recolhido, aquela autuação não se limitaria a lançar apenas o ICMS-ST *complementar*, calculado sobre a diferença apurada da base de cálculo utilizada, mas todo o imposto incidente nas operações em tela. Assevera que a SEFAZ-BA chancelou o pagamento do ICMS-ST destacado nas notas fiscais autuadas, cujo crédito foi apropriado pelo impugnante. Acosta aos autos os comprovantes de pagamento do ICMS pela NC Energia, do qual se creditou (fls. 128 e seguintes).

Frisa que o fato de o imposto devido para as operações em tela ter sido destacado nas notas fiscais respectivas, pelo substituto tributário, é suficiente para legitimar o aproveitamento do crédito tomado pelo defensor. Faz alusão ao disposto no art. 155, §2º, I, da Constituição Federal, e em seguida, diz que conforme esse dispositivo não exige que o imposto tenha sido efetivamente pago pelo fornecedor, contanto que tenha sido cobrado e repassado ao elo seguinte da cadeia de circulação. Menciona que o pressuposto da simples incidência, na etapa anterior de circulação, para o desencadeamento do direito de crédito, é também contemplado na legislação complementar federal, conforme se depreende do art. 8º, II, §5º, da Lei Complementar 87/96. Reproduz doutrina e jurisprudência.

Sustenta que o crédito fiscal de que se aproveitou o autuado foi destacado na documentação fiscal de suporte das operações e, portanto, deverá ser reconhecida a insubsistência da autuação.

Afirma que não há como subsistir a glosa de crédito em razão de seu aproveitamento extemporâneo, pois a própria legislação do Estado da Bahia permitia aos contribuintes tal creditamento, prevendo apenas o seu dever de comunicar o fato, posteriormente, à Repartição Fazendária competente. Diz que somente após a alteração na redação do art. 315 do RICMS-BA/12, promovida pelo Dec. 14.681/13, a escrituração de crédito extemporâneo foi condicionada à prévia autorização do Fisco, o que, portanto, não se aplica ao caso em tela.

Acrescenta que embora a aludida comunicação não fosse pré-requisito ao aproveitamento do crédito extemporâneo, uma eventual falta seria suprida pelo início da ação fiscal que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração, oportunidade em que a SEFAZ-BA pôde fazer o seu controle de legalidade, o que torna evidente a insubsistência da glosa do crédito. Para embasar sua tese, cita doutrina e transcreve o disposto no art. 23 da LC 87/96.

Salienta que é vedada a criação de condições ao reconhecimento do crédito que não estejam previstas em lei complementar, por se tratar do exercício de competência delegada a esta espécie normativa, pela Constituição, tal como exigir a comunicação/autorização administrativa para

aproveitamento de crédito extemporâneo, sob pena de extrapolar os limites do sobredito diploma legal, em ofensa à legalidade.

Prosseguindo, afirma que, acaso superados os argumentos acima, não há de subsistir a penalidade imposta, no patamar de 60%, tendo em vista o seu caráter confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal. Cita doutrina e jurisprudência sobre a matéria. Diz que, caso seja mantida a presente cobrança, a multa deve ser, pelo menos, reduzida a patamar razoável e proporcional à infração.

Ao finalizar, solicita que seja excluído da autuação o imposto já pago e, ao final, seja julgada nula a autuação ou, ao menos, a sua insubsistência quanto ao valor remanescente.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 183 a 185), o autuante passa a se pronunciar sobre os argumentos trazidos na defesa, conforme relatado a seguir.

Após fazer uma síntese dos fatos, afirma que a preliminar de nulidade arguida na defesa não merece prosperar, pois o autuado se defendeu das acusações que lhe foram imputadas, o que demonstra que as supostas contradições na descrição da infração não se constituíram em óbice ao exercício do direito de defesa.

No mérito, explica que ao fiscalizar o contribuinte em apreço, além das operações mensais de aquisição de energia elétrica no mercado de livre comercialização, constatou que nos meses de setembro, outubro e novembro de 2012 o contribuinte lançou créditos extemporâneos do ICMS, em torno de R\$ 2.000.000,00. Diz que, ao identificar estes lançamentos, intimou o contribuinte a informar a origem de tais créditos, oportunidade que lhe foi informado que se tratava de crédito do ICMS decorrente da aquisição de energia no mercado de livre comercialização. Afirma que, mais uma vez o contribuinte foi intimado (fl. 6) a fornecer os documentos comprobatórios do direito aos referidos créditos extemporâneos. Frisa que, no entanto, não lhe foram entregues os comprovantes dos pagamentos da totalidade das operações, ou o contribuinte lhe enviou GNREs cujos documentos não estavam vinculados às notas fiscais e/ou ao contribuinte adquirente. Diz que, assim, entendeu que não deveria homologar tais créditos e, em consequência, optou pela lavratura do Auto de Infração.

Afirma que diante do exposto na defesa, especialmente da juntada de cópia do Auto de Infração 298922.0004/13-7, em cuja relação de notas fiscais (fls. 94 a 100) “*estão contidas todas as notas fiscais objeto do auto de infração ora em comento, exceto, com relação à nota fiscal de número 565.851, é forçoso reconhecer, que razão assiste parcial razão ao contribuinte*”.

Ao concluir, sugere que o Auto de Infração seja julgado Procedente em Parte, homologando o valor pago pelo contribuinte, citado no item 4 da folha 36.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que havia imprecisão na definição do ilícito fiscal imputada ao sujeito passivo.

Conforme consta no Auto de Infração, a acusação imputada ao autuado foi: “*Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito*”.

Complementando a acusação acima, consta que o autuado “*Lançou, extemporaneamente, nos meses 9, 10 e 11 de 2012, ICMS relativo à aquisição de energia elétrica no mercado livre, adquiridas em 2011 e 2012, sem comprovar o pagamento do ICMS, consoante artigo 400, do Decreto 13.780/2012.*”.

Efetivamente, há uma relativa falta de precisão na descrição da infração que foi apurada pelo autuante, pois, no Auto de Infração, constam como ilícitos fiscais a escrituração extemporânea de crédito fiscal e a utilização de crédito sem a comprovação do pagamento do ICMS referente a esse crédito. Contudo, há que se observar que essas duas irregularidades se inserem em um tipo

mais amplo, que é a utilização indevida de crédito fiscal. Dessa forma, não há dúvida que o Auto de Infração em comento exige ICMS por ter o autuado utilizado indevidamente crédito fiscal em decorrência dessas duas referidas irregularidades.

Ademais, conforme foi bem salientado na informação fiscal, a impugnação interposta deixa claro que o autuado entendeu as duas acusações que lhe foram feitas e delas se defendeu com a devida fundamentação, tendo, inclusive, reconhecido a procedência da autuação quanto a uma das parcelas exigidas no lançamento de ofício.

Em face ao acima exposto, não vislumbro a existência de prejuízo causado ao defendant pela descrição constante no Auto de Infração. Uma vez que não houve prejuízo, não há motivo para a decretação da nulidade arguida na defesa. Afasto, portanto, a preliminar de nulidade.

Adentrando ao mérito da lide, inicialmente observo que a exigência fiscal atinente ao mês de ocorrência de junho de 2013 foi expressamente reconhecida como procedente pelo autuado, tendo sido inclusive efetuado o pagamento do valor correspondente. Dessa forma, essa parcela do lançamento de ofício é procedente, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Quanto à parte impugnada da autuação, observo que a redação do art. 315 do RICMS-BA/12 vigente até 31/07/13 apenas previa que a escrituração extemporânea de crédito fiscal fosse comunicada à repartição fiscal do domicílio do contribuinte. A falta dessa comunicação constitui um descumprimento de obrigação tributária acessória, porém não possui o condão de invalidar o direito ao crédito fiscal. Dessa forma, esse primeiro fato motivador da glosa dos créditos fiscais em análise não possui amparo legal para justificar a manutenção da exigência fiscal.

O segundo motivo da autuação foi a falta de comprovação do pagamento do ICMS atinente às operações de aquisição da energia elétrica em comento.

Em sua defesa, o autuado conseguiu comprovar que os as operações cujos débitos foram impugnados já tinham sido objeto do Auto de Infração nº 298922.0004/13-7, lavrado com o fornecedor da energia elétrica (a NC Energia S.A.), tendo sido cobrado da NC Energia S.A. a diferença de ICMS devido nas operações de venda interestadual de energia elétrica. Ressalto que, antes do início da presente ação fiscal, o Auto de Infração nº 298922.0004/13-7 já tinha sido julgado procedente (Acórdãos JJF nº 0035-05/14 e CJF nº 0306-12/14) por este CONSEF. Assim, resta comprovado que em relação a essa parte das operações o imposto referente às aquisições de energia elétrica já tinha sido recolhido pelo substituto tributário antes do início da ação fiscal, o que coloca por terra o segundo fato motivador da glosa dos créditos fiscais em comento.

Saliento que na informação fiscal o próprio autuante, auditor que lavrou o Auto de Infração e que teve acesso aos livros e documentos do autuado, acatou integralmente as provas trazidas na defesa e, inclusive, sugeriu que fosse mantida a autuação apenas quanto à parte que foi reconhecida como procedente pelo autuado.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado subsiste em parte no valor de R\$ 700,00, conforme foi sustentado na defesa e acatado pelo autuante na informação fiscal.

Por fim, no que tange a alegação defensiva de que a multa de 60% indicada na autuação teria o caráter de confisco, ressalto que essa penalidade está prevista na Lei nº 7.014/96 para a irregularidade que foi apurada, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$700,00, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281508.3004/16-5, lavrado contra **BELGO BEKAERT ARAMES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$700,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO - JULGADORA