

A. I. Nº - 269274.0002/19-9
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S/A
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ OLIVEIRA MACEDO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.08.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-05/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO À AQUISIÇÃO POR CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte dos valores exigidos foi recolhido antes do início da ação fiscal. Refeitos os demonstrativos originais o que implicou na redução do débito. Rejeitada a nulidade suscitada. Não acolhido o pedido de redução da multa. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/03/2019, exige ICMS no valor de R\$262.861,10 em razão da constatação das seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre (ACL), estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada. Consta na descrição dos fatos, que a aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre, nos termos dos artigos 400/403, 332, XVII e 268, XVII do RICMS/12, OMITINDO-SE PARCIALMENTE do pagamento do ICMS incidente sobre tais operações (10/2017) - R\$14.039,71 acrescido da multa de 60%.
02. Deixou de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre (ACL), estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada. Consta na descrição dos fatos, que a aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre, nos termos dos artigos 400/403, 332, XVII e 268, XVII do RICMS/12, OMITINDO-SE TOTALMENTE do pagamento do ICMS incidente sobre tais operações (2016/2017) - R\$248.821,39 acrescido da multa de 60%.

O sujeito passivo, às fls. 15/31 apresenta defesa, na qual inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações que passou a contestar.

Preliminarmente suscita a nulidade do AI alegando que a infração descrita nas peças infracionais não é precisa, incorrendo em vício material que macula irremediavelmente o lançamento.

Discorre sobre o previsto no art. 142 do CTN acerca do lançamento tributário e o que deve conter obrigatoriamente, afirmando que a descrição do fato gerador não deixa clara a razão que teria motivado a exigência fiscal, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão de recolhimento de ICMS, o que viola frontalmente os artigos 142 do CTN e 129, § 1º, III, do CTE.

Destaca que o art. 5º, LV, da CF/88 privilegia o direito da ampla defesa e do contraditório, cita decisões do STJ neste sentido (REsp nº 48.516/SP, 1997) e do CARF (PA nº 19515.003943/2007-05 e PA nº 18471.000626/2006-39) afirmando que à luz da legislação e jurisprudência deve ser reconhecida a nulidade do lançamento por carecer de descrição clara e precisa, cerceando o direito de defesa e infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa e da legislação infraconstitucional.

No mérito, afirma que diante da imprecisão da descrição dos fatos procurou localizar os recolhimentos de ICMS e verificou que a fiscalização se equivocou, pois em verdade, as operações apontadas tiveram a totalidade do tributo incidente recolhida conforme comprovantes de recolhimento juntados às fls. 54 a 91, devendo ser cancelada a exigência fiscal e multa decorrente.

Argumenta que na constituição do lançamento não foram analisados todos os documentos fiscais necessários nos termos do art. 142 do CTN, nem solicitada as devidas comprovações de recolhimento do imposto, o que caracteriza exigência por mera presunção, que não se admite, transferindo para o contribuinte o ônus da prova, em afronta aos artigos 113, § 1º, e 142 do CTN.

Transcreve texto de doutrinadores acerca da presunção e decisões de Tribunais (DRT nº 12-3095/91, 5ª Câmara, TIT nº 266/1992; TRF-5, ApC nº 0512194/1993) e afirma que falta tipicidade da conduta considerada ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência da infração, não cometeu a infração da qual foi acusada porque não deixou de recolher qualquer valor de imposto devido.

Conclui alegando que o lançamento deve ser declarado nulo e caso assim não se entenda, requer a realização de diligência e produção de prova pericial.

Como argumentação suplementar, ressalta que a multa aplicada com percentual de 60% é abusiva em descompasso com a realidade e desproporcional, caracterizando confisco, afrontando o disposto no art. 150, IV da CF/88, como tem decidido os Tribunais Superiores à exemplo do STF na ADI nº 1.075-MC, firmando entendimento de que multa com alíquota acima de 30% do valor do imposto tem efeito confiscatório (RE 523.471/2010; EDcl no AI nº 805.745/PR/2012; RE nº 801.734/RN; ARE nº 844.527/BA; AC 2004.38.00.004997-4/MG/2016 e Ap nº 0003203-82.2013.4.01.3901/2017).

Finaliza requerendo: i) nulidade da autuação; ii) inoccorrência de infração; iii) ilegalidade da presunção e iv) manifesta abusividade da penalidade aplicada, com o julgamento pela improcedência da infração e se não acolhido, requer o afastamento ou redução da multa aplicada.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 96 a 101, inicialmente transcreve as infrações, discorre sobre os argumentos defensivos e diz que não resta qualquer dúvida quanto a incidência do ICMS sobre as operações de entrada de energia adquirida no mercado livre.

No tocante ao argumento de cerceamento de direito de defesa, afirma que a descrição da infração, juntamente com as planilhas que dão suporte a autuação demonstra clareza da autuação.

Quanto aos pagamentos efetuados, afirma que apesar de não ser obrigatório, em 26/04/2018 intimou a empresa através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) para apresentar os DAEs que comprovassem o recolhimento do ICMS sobre as operações de aquisição de energia elétrica, conforme cópia acostada à fl. 99 e até a data da lavratura do AI em 29/03/19 não foi apresentado.

Ressalta que os pagamentos cujas cópias foram juntadas com a defesa não foram identificados em razão do contribuinte ter informado incorretamente o código da receita 1145-ICMS Antecipação Tributária, quando o correto seria 0741 – ICMS Regime Normal - Energia Elétrica.

Informa que diante dos DAEs apresentados, correlacionou com número da nota fiscal correspondente, o que resultou nos demonstrativos de fls. 102 a 105, o que implicou na redução do débito da infração 1 de R\$14.039,71 para R\$1.901,84 e a infração 2 de R\$248.821,39 para R\$4.545,97 tudo conforme demonstrativo de fls. 100 a 104.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado em 23/09/2019 através do DTE (fl. 106) tendo o contribuinte sido cientificado em 30/09/19 (leitura do e-mail), concedendo prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu no prazo concedido.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade suscitada sobre o argumento de que o lançamento tributário não é claro e implicou em cerceamento do direito de defesa. Observo que a descrição da infração é de que o sujeito passivo deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado

em ambiente de Contratação Livre – ACL. O demonstrativo juntado às fls. 9/10 relaciona as notas fiscais emitidas pelo próprio estabelecimento relativo à aquisição de energia elétrica e o cálculo do imposto exigido, bem como indicado os dispositivos regulamentares infringidos (artigos 400/403, 332, XVII e 268, XVII do RICMS/12).

Portanto, ao contrário do alegado, a infração é clara, o lançamento preenche os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA e não houve cerceamento do direito de defesa, tanto que o sujeito passivo se defendeu apresentando provas relativas ao lançamento. Por isso fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, diante da exigência fiscal o autuado juntou às fls. 54 a 91, cópias dos DAEs para comprovar a regularidade do ICMS exigido relativo à aquisição de energia elétrica.

Por sua vez o autuante na informação fiscal reconheceu que ocorreu pagamento do ICMS em todos os meses do período autuado e esclareceu que intimou o sujeito passivo para apresentar os DAEs antes da lavratura do auto de infração (fl. 99) e não foi apresentado no prazo concedido.

Esclareceu ainda que não identificou os pagamentos, por ter sido indicado código da receita 1145-ICMS Antecipação Tributária, ao invés do código 0741 – ICMS Regime Normal - Energia Elétrica.

Pelo exposto, conforme esclarecido pela fiscalização, embora o código de recolhimento tenha sido indicado errado, efetivamente refere-se à aquisição de energia elétrica que foi objeto da autuação. Tomando por exemplo a NFe 25920 de 27/06/16, relacionada no demonstrativo à fl. 9, foi exigido ICMS no valor de R\$10.789,45 que está relacionada no DAE juntado com a defesa à fl. 56, cujo recolhimento foi feito em 03/05/2018 (fl. 57) com acréscimos moratórios de R\$3.037,24 antes do início da ação fiscal em 29/01/2019, conforme Termo à fl. 6.

Considerando que o autuante refez os demonstrativos originais, deduzindo os valores recolhidos que foram apresentados junto com a defesa, e ao tomar ciência (fl. 106) o sujeito passivo não se manifestou, acato o demonstrativo de débito de fls. 100 a 101, refeito pelo autuante, o que implicou na redução do débito da infração 1 de R\$14.039,71 para R\$1.901,84 e a infração 2 de R\$248.821,39 para R\$4.545,97 conforme demonstrativo abaixo.

Infração 01 – 02.01.24

Data ocorr	Data Vencto	Base de Calculo	Aliq (%)	Multa (%)	Valor Histórico
31/10/2017	30/12/2017	7.043,86	27,00	60,00	1.901,84

TOTAL DA INFRAÇÃO

R\$ 1.901,84

Infração 02 – 02.01.24

Data ocorr	Data Vencto	Base de Calculo	Aliq (%)	Multa (%)	Valor Histórico
30/09/2017	30/11/2017	8.042,57	27,00	60,00	2.171,49
30/11/2017	31/01/2018	4.293,77	27,00	60,00	1.159,32
30/12/2017	28/02/2018	4.500,59	27,00	60,00	1.215,16

TOTAL DA INFRAÇÃO

R\$ 4.545,97

Com relação ao argumento de que a multa é inconstitucional, não cabe a este órgão julgador nos termos do art. 167, I do RPAF/BA apreciar inconstitucionalidade da legislação tributária. Afasto o pedido de cancelamento ou redução da multa por falta de previsão legal (art. 159 do RPAF/BA).

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269274.0002/19-9**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.447,81** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2020.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR