

A. I. N°. - 279757.0011/18-1
AUTUADO - NC ENERGIA S. A.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-03/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte não logra êxito em ilidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Não acatada a nulidade arguida. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2019, exige ICMS no valor de R\$35.840,26, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto decorrente do estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, referente a nota fiscal nº 301 de 17/12/2013, através da nota fiscal nº 324 de 30/01/2015, em desacordo com o que prescreve o art. 308 do RICMS/Ba. A previsão do art.397, inciso VI, do citado diploma legal, se aplica exclusivamente, às concessionárias estabelecidas no Estado da Bahia. (Infração 01.06.01).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.42/59, através de advogados, procuração fl. 37. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal.

Diz que, apesar do que apontou a fiscalização, a NC Energia não efetuou estorno de crédito. Sem a realização do estorno, impossível se falar em descumprimento do prazo estipulado no art. 308 ou em violação à legislação estadual. Isto é, embora tenha emitido a NF nº 324, não efetuou a anulação da venda, o que pode ser verificado da análise de sua escrituração contábil anexa (Doc. 02). Logo, não houve infração apta a gerar a penalidade imposta pelo Estado. Assim, diz ser premente que seja cancelado o presente Auto de Infração, a teor da fundamentação a seguir aduzida.

Explica que consoante se adiantou alhures, a NC Energia foi autuada em razão de ter realizado estorno de débito de ICMS, em desacordo com o que dispõe a legislação. Isso porque, na forma do art. 308 do RICMS-BA, o eventual estorno ou anulação de débito deverá ser feito mediante a emissão de documento fiscal até o último dia do mês. Como a NF nº 324 apenas foi emitida 1 (um) ano após a expedição da NF nº 301, o fisco estadual lavrou o auto. No entanto, afirma que consoante pode se ver da documentação que anexa (doc. 02), a nota fiscal de anulação jamais foi escriturada, tendo sido emitida por mero equívoco.

Assim, diz que apesar da existência da nota fiscal de anulação da venda de energia elétrica pela NF 324, de fato, não houve cancelamento do negócio jurídico, e, por conseguinte, não há que se falar em estorno e, em descumprimento à legislação tributária.

Salienta que, em que pese o equívoco na emissão da nota de estorno, a NC Energia, em nenhum momento deixou de recolher os valores devidos em razão da operação tratada na NF nº 301. O mencionado documento fiscal foi emitido de forma complementar à NF nº 166, de 07/12/2007, tendo sido pago em conjunto com as demais notas complementares emitidas no período (doc. 03). Logo, além da ausência de violação ao art. 308 do Regulamento, também inexistiu, qualquer prejuízo ao erário. Dessa forma, pugna pelo cancelamento da autuação vergastada.

Outrossim, para além da ausência de violação ao art. 308 do RICMS-BA, sustenta demonstrar a necessidade de se afastar a penalidade imposta em razão do descumprimento da obrigação acessória. Invoca o art. 42, § 7º da Lei nº 7014/96, que expressamente prevê a possibilidade de afastamento da penalidade pelo não adimplemento de obrigação acessória, desde que não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Comenta que da leitura do dispositivo citado, depreende-se que são requisitos à sua aplicação: a) serem multas por descumprimento de obrigação acessória; b) infração praticada sem dolo, fraude ou simulação, e, c) não impliquem em ausência de recolhimento do ICMS. Com relação ao primeiro dos requisitos, diz que não há dúvidas quanto à sua aplicabilidade, haja vista o texto do próprio auto de infração, que, ao capitular a conduta do contribuinte, a sintetiza da seguinte forma: “Efetuou estorno do débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto”.

Nos termos estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, tem-se que são as obrigações acessórias deveres impostos ao contribuinte, a fim de que não embarace a atividade fiscalizadora, conforme se vê da redação do art.115 que reproduz.

Comenta que nessas circunstâncias, resta evidente, que a multa aqui discutida foi constituída unicamente, em virtude de descumprimento de obrigação acessória. Aduz restar patente sua boa-fé, vez que a eventual prática da infração decorreu tão-somente, de equívoco na emissão da nota de estorno.

Entende que, ainda que assim não fosse, é cediço que o ordenamento jurídico não permite que se presumam condutas dolosas, mas ao revés, estabelece como dever de quem imputou semelhante atitude prová-las. Cita entendimento da 7ª Câmara Julgadora do Tribunal de Impostos e Taxas (TITE) do Estado de São Paulo sobre o tema. (doc.04) e julgado do STJ. Dessa forma, através de uma análise sistemática dos dispositivos que regem a matéria, chega à conclusão de que o art. 136 do CTN, c/c com o art. 42, § 7º, da Lei Estadual tratada neste item, cancelam a possibilidade de relevação das penalidades impostas.

Por fim, quanto ao terceiro dos requisitos, também entende cumprida a referida exigência, na exata medida em que a conduta do contribuinte não implicou em falta de recolhimento do imposto estadual.

Assevera que apesar de ter-se operado a inobservância das regras instrumentais referentes à realização de estorno de débito, todos os valores devidos pela NC Energia a título de ICMS foram devidamente adimplidos, em consonância com o que dispõem as normas de regência.

Ante ao exposto, requer o seguinte: **a)** que seja anulado o auto de infração, tendo em vista a comprovação de que não houve violação ao disposto no art. 308 do RICMS-BA; **b)** que seja cancelada a multa aplicada, eis que a situação aqui delatada se subsume à hipótese definida no art. 42, § 7º da Lei Estadual nº 7.014/96; **c)** caso não se entenda pelo cancelamento da multa, seja ela reduzida de maneira proporcional à gravidade da infração cometida, também em função do dispositivo legal citado.

O Autuante presta a informação fiscal fls.96/98. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Explica que a ação fiscal concluída em 30/09/2019 comprovou que no exercício de 2015, o contribuinte NC ENERGIA S/A, estabelecido no Estado do Rio de Janeiro, com atividade principal de Comércio Atacadista de Energia Elétrica - CNAE 3513100, realizou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$ 35.840,26, em desacordo com o previsto na legislação tributária, especificamente no art. 308 do RICMS/BA, decreto nº 13.780/12.

Afirma que o lançamento foi contestado e os argumentos defensivos serão abordados na sequência.

Informa que conforme cópia dos documentos fiscais anexados (fls. 05/06), a Autuada emitiu a nota fiscal nº 301, em 17/12/2013, a título de complemento de preço *em virtude de destaque do ICMS a menor na NF nº 0166 de 07/12/2007*, conforme inserção no campo “Dados adicionais/Informações Complementares”.

Destaca a responsabilidade da Autuada, por força do art. 370, § 22, do RICMS/97, vigente à época do fato gerador, conforme reproduz. (NF nº 166, de 07/12/07). Assim, diz que uma vez apurado pela Autuada a falta de destaque e recolhimento na citada operação de comercialização de energia elétrica, emitiu a nota fiscal nº 301, em 17/12/2013, complementando a operação com o ICMS não destacado, nem recolhido à época (R\$ 35.840,26).

Prossegue explicando, que ao interpretar a alteração nº 10, do RICMS/12, que acrescentou o inciso XVI, ao artigo 332, a Autuada entendeu, que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS da operação da nota fiscal nº 301 (fl.06), emitida em 07/12/2013, seria do adquirente. Assim, emitiu a nota fiscal de entrada nº 324, em 30/01/2015 (fl. 05), com CFOP 2207 - Anulação de valor relativo à venda de energia elétrica, com o único objetivo de estornar o valor do ICMS de R\$ 35.840,26.

Observa nos documentos de fls. 05 e 06 (cópia das notas fiscais) que o “*Valor Total da Nota*” é exatamente o “*Valor do ICMS SUBST.*” e não da base de cálculo ou valor do produto da operação. Aduz que o procedimento adotado pela Autuada, que ora utiliza como artifício para eximir-se de transgressão que culminou em falta de recolhimento do ICMS, foi um “*misto*” do que ensina o art.308 do RICMS/2012.

Explica que no caso concreto, a natureza da operação foi “NF de Anulação de Venda de Energia” ao invés de “Estorno de Débito”, sendo destacado no documento fiscal no campo V, “Total da Nota” o valor do ICMS Substituição Tributária Energia Elétrica. E ao invés de registrar o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto - Estorno de Débitos” creditou-se no livro de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, no campo “Crédito do Imposto”.

Ao contrário do que alega a defesa à fl.14, afirma que os demonstrativos apresentados na mídia de fl.40 não guardam relação com a matéria em discussão e, principalmente, a nota fiscal nº 324, regularmente emitida e escriturada. Faz, tão somente, referência ao faturamento de energia elétrica no período de janeiro a março de 2015.

Registra que como dito anteriormente, a nota fiscal nº 324, assim como a nota fiscal nº 301, tratam somente, do valor do ICMS Substituição Tributária não destacado e recolhido na nota fiscal de nº 166. O faturamento ocorreu em dezembro de 2013, exatamente em 07/12/2013.

Repete que todos os demonstrativos da mídia de fl. 40 referem-se a faturamento de energia elétrica do período de janeiro a março de 2015. Explica que a NF 324 de 30/01/2015 é de Entrada. O faturamento que a impugnante diz que estornou/cancelou, ocorreu em dezembro de 2013, através da NF nº 301. Destaca, ainda, o que expressa o artigo 307, do citado Decreto 13.780/12. Ou seja, frisa não haver dúvida quanto à transgressão cometida pela Autuada. A nota fiscal nº 324 (fl.05) é a anulação de “*valor constante em documento fiscal*”, que são os declarados na nota fiscal de nº 301 (fl. 06).

Esclarece que basta compararmos a data da emissão da nota fiscal de saída nº 301 (17/12/2013), fl. 06, e a nota fiscal de entrada nº 324 (30/01/2015), fl. 05, para que se tenha a certeza da irregularidade cometida pela Autuada.

Sintetiza a conduta ilícita afirmando que o Autuado cobrou do destinatário o ICMS não destacado na Nota Fiscal nº 166, não recolheu ao Estado da Bahia e depois o estornou/cancelou com a emissão da Nota Fiscal nº 324, vinte e cinco meses após sua emissão.

Pelo exposto e comprovado ao longo dos autos, requer a procedência da autuação.

VOTO

Preliminarmente, apesar de o autuado arguir nulidade do auto de infração, alegando que não houve violação ao disposto no art. 308 do RICMS-BA, esta arguição trata-se de mérito e como tal será apreciada oportunamente.

Analisando os elementos que compõem o presente processo, sobre os aspectos formais, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes a irregularidade imputada. Dessa forma, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, sem ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício.

No mérito, o Autuado foi acusado de falta de recolhimento de ICMS decorrente do estorno de débito em desacordo com a legislação deste imposto, referente a nota fiscal nº 301 de 17/12/2013, através da nota fiscal nº 324 de 30/01/2015, em desacordo com o que prescreve o art. 308 do RICMS/Ba. (Infração 01.06.01).

Consta dos autos que em ação fiscal se constatou que no exercício de 2015, o Autuado, estabelecido no Estado do Rio de Janeiro, com atividade principal Comércio atacadista de energia elétrica - CNAE 3513100, realizou estorno de débito de ICMS, em desacordo com o previsto na legislação tributária, especificamente no art. 308 do RICMS/12.

Compulsando os elementos que fazem parte do presente processo, verifico que cópia dos documentos fiscais (fls. 05/06), fazem prova de que o sujeito passivo emitiu a nota fiscal nº 301, em 17/12/2013, a título de complemento de preço “em virtude de destaque do ICMS a menor na nota fiscal nº 0166 de 07/12/2007, conforme registrado no campo “*Dados adicionais/Informações Complementares*”.

Assim, ao apurar a falta de destaque e recolhimento na citada operação de comercialização de energia elétrica, o defendente emitiu a nota fiscal nº 301, em 17/12/2013, complementando a operação com o ICMS não destacado, nem recolhido à época própria.

Posteriormente, o defendente emitiu a nota fiscal de entrada nº 324, em 30/01/2015 (fl. 05), com CFOP 2207 - *Anulação de valor relativo à venda de energia elétrica* -, estornando o valor do ICMS destacado na nota fiscal nº 301, emitida anteriormente.

Importante salientar, a previsão do art. 370, § 23, do RICMS/97 (vigente à época do fato gerador), que determina caber ao gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, nas operações interestaduais que promover, relativamente a energia elétrica destinada a consumidor situado neste Estado, quando essa não se destinar à comercialização ou industrialização (Conv. ICMS 83/00).

Nas razões defensivas, o Autuado limitou-se a negar o cometimento do ilícito tributário aqui discutido, alegando equívoco na emissão da nota de estorno. Aduziu que não deixou de recolher os valores devidos em razão da emissão da NF nº 301. Afirmou que esta nota fiscal foi emitida de forma complementar à NF nº 166 de 07/12/2007, e paga em conjunto com as demais notas complementares emitidas no período, concluindo pela ausência de violação ao art. 308 do Regulamento, e pela inexistência de prejuízo ao erário.

Não acato este argumento por falta de suporte fático e jurídico. Analisando os autos do processo resta claro, que o autuado realizou uma operação irregular ao não destacar o imposto de sua responsabilidade, quando da emissão da nota fiscal nº 166 no exercício de 2007, sem o destaque o ICMS devido. Regularizou esta situação seis anos depois, ao emitir a nota fiscal nº 301 em dezembro de 2013. Entretanto, voltou a cometer o ilícito fiscal, ao emitir a nota fiscal de entrada

nº 324, em 30/01/2015 (fl. 05), para estornar o débito fiscal realizado anteriormente de forma regular.

É de bom alvitre lembrar, que o art.308 do RICMS/2012, estabelece norma sobre escrituração fiscal de anulação de débito.

No caso concreto, conforme corretamente esclareceu o Autuante, a natureza da operação foi “*NF de Anulação de Venda de Energia*” ao invés de “*Estorno de Débito*”, sendo destacado no documento fiscal no campo “Valor Total da Nota” o valor do ICMS Substituição Tributária Energia Elétrica. E ao invés de registrar o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “*Crédito do Imposto - Estorno de Débitos*”, creditou-se no livro de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, no campo “Crédito do Imposto”.

Sendo assim, dúvida não há, que o Autuado com o referido procedimento, violou claramente o art.307 do RICMS/2012, Decreto 13.780/12, *in verbis*:

“Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado, quando não se referir a valor constante em documento fiscal.”

Neste cenário, registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, entendo que o auto de infração restou integralmente subsistente.

Por fim, o defendente, na hipótese desta JJF não deliberar pela improcedência do auto de infração, requereu o cancelamento ou mesmo a redução da multa aplicada, nos termos estabelecidos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

No que concerne ao pedido de redução da multa, deixo de acatá-lo, pois o contribuinte deve demonstrar a inexistência de dolo, fraude ou simulação e a ausência de prejuízo para o Fisco, o que não ocorreu, até porque, trata-se de descumprimento de obrigação principal que resultou na falta de recolhimento do imposto.

Ademais, é importante destacar, que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi revogado. (O § 7º do art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19). Sendo assim, evidencia-se também, a impossibilidade legal, para atendimento a este pleito do defendente.

De igual forma, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0011/18-1**, lavrado contra **NC ENERGIA S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$35.840,26**, acrescido da multa de 60%, prevista alínea ‘f’, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR