

PROCESSO - A. I. N° 269274.0002/19-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MAKRO ATACADISTA S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acordão 5ª JJF nº 0070-05/20-VD
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/04/2021

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL.

ACÓRDÃO CJF N° 0021-12/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO POR CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. Documentos juntados com a defesa, comprovam que parte dos valores exigidos foi recolhida 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Ofício previsto no 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, impetrado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acordão nº 0070-05/20, quando o montante da exoneração for superior a R\$ 200.000,00, haja vista que o crédito tributário original atualizado é de R\$ 472.413,64, (fls. 116).

O Auto de Infração lavrado em 29/03/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$ 262.861,10, mais multa de 60%, tendo como período fiscalizado de 01/01/2016 a 31/12/2017, sendo objeto do lançamento a seguinte acusação:

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 presente Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte em decisão unânime pela 5ª JJF em 09/07/2020 (fls. 111 a 114), consoante exposto a seguir:

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 Venc	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 Venc	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.

Como a redução do crédito tributário for superior ao limite fixado com fulcro, no art. 169, I, “a” do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 a 5ª JJF recorreu de ofício da própria decisão, contida no Acordão nº 0070-05/20-VD.

O conselheiro Henrique Silva de Oliveira declarou impedimento no julgamento deste PAF.

É o relatório.

VOTO

Verifica-se que o sujeito passivo se opôs ao lançamento afirmando em sua defesa que não existiu clareza, e implicou no cerceamento de defesa, implorando pela nulidade do auto. Observa-se 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).

Resta comprovado que a infração é clara, e 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. Desde já rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, a fim de não restar dúvidas quanto à exigência fiscal, a autuada juntou às fls. 54 a 91, cópias dos DAEs para comprovar a regularidade do ICMS exigido relativo à aquisição de energia elétrica.

Confirma-se que 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.

Afirmou 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 pelo Autuante, 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 nº 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. 06.

Após análise, confirma-se 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, reconhecendo o demonstrativo de débito de fls. 100 a 101, refeito pelo autuante, o que implicou na redução do débito da infração 01 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

D. ocorrência	D. Vencimento	B. de Cálculo	Alíq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico
31/10/2017	30/12/2017	7.043,86	27,00	60,00	1.901,84
TOTAL DA INFRAÇÃO					1.901,84

Infração 02 – 02.01.24

D. ocorrência	D. Vencimento	B. de Cálculo	Alíq. (%)	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					4.545,97

Diante de tais considerações, concluo em manter a decisão de piso.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269274.0002/19-9, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o recorrido, 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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 1º de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA BARRETO LEMOS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS