

A. I. N° - 269358.0017/20-5
AUTUADO - NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUÍS SOUZA SANTOS
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.08.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0277-06/21VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. **a)** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS TOTAIS PAGOS E OS INFORMADOS EM DOCUMENTOS, LIVROS FISCAIS, DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS E/OU ARQUIVOS ELETRÔNICOS. INFRAÇÃO 02. **b)** ERRO NA APURAÇÃO. INFRAÇÃO 03. 2. FALTA DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL NO LIVRO PRÓPRIO. OMISSÃO DE SAÍDA TRIBUTÁVEL. INFRAÇÃO 05. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 06. **b)** OPERAÇÕES EM GERAL. INFRAÇÃO 07. Acusações não impugnadas. Mantidas as infrações 02, 03, 05, 06 e 07. 4. IMPOSTO INCIDENTE SOBRE A ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA, ADQUIRIDA POR MEIO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA, FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO 01. O sujeito passivo, por operação, utilizou em duplicidade o benefício da redução de base de cálculo. Infração 01 caracterizada. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 04. O art. 287 do RICMS/12 dispõe que o diferimento é condicionado a que o adquirente requeira e obtenha, previamente, a sua habilitação para operar neste regime. Infração 04 caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado no dia 30/09/2020 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 145.498,39, sob a acusação do cometimento das 07 (sete) seguintes irregularidades:

Infração 01 – Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica, adquirida por meio de contrato de compra e venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL, estando o autuado conectado diretamente à rede básica de transmissão para o fim do seu próprio consumo, tendo sido as operações regularmente escrituradas. Consta que o sujeito passivo adquiriu em outra unidade da Federação energia elétrica via ACL, nos termos definidos nos artigos 268, XVII; 332, XVI, 400 e 403 do RICMS/12, omitindo-se parcialmente do pagamento do imposto incidente sobre tais operações (01/2017 a 12/2018, exceto 02, 04 e 05/2018). R\$ 111.876,84 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – Recolhimento a menor, em razão de divergências entre os totais pagos e os informados em documentos, livros fiscais, declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos (06, 08 e 10/2018). R\$ 335,77 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – Recolhimento a menor, em decorrência de erro na apuração (11 e 12/2017). R\$ 139,18 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – Recolhimento a menor, em razão de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas (01 a 09/2017). R\$ 1.990,33 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 05 – Omissão de saída tributável, em função do não lançamento de documento fiscal no livro próprio. Trata-se do DANFE (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 21.538, consignado como cancelado/ denegado na Escrituração Fiscal Digital (11/2017). R\$ 2.963,76 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 06 – Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 5.655,02, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Infração 07 – Entradas sem registro na escrita. Multa de R\$ 22.537,49, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

O contribuinte ingressa com defesa às fls. 81 a 89, na qual inicia informando que, por questões gerenciais, optou por realizar o pagamento dos valores atinentes às infrações 02, 03, 05, 06 e 07. Portanto, impugna apenas os itens 01 e 04 do Auto de Infração.

Quanto à primeira imputação, alega resultar de equívoco cometido pela Fiscalização na forma de aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 268, XVII, “a” do RICMS/12, benefício ao qual faz jus.

Mantendo a premissa de que o valor do imposto é calculado pelo produto entre a sua base de cálculo e a sua alíquota, conclui, por meio da equação de fl. 85 (ICMS *gross up* = base de cálculo X 48% X alíquota), que, para que seja respeitada a diminuição da base de cálculo estabelecida no art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA, a alíquota efetiva aplicada na correta recomposição da base de cálculo do imposto corresponde à alíquota nominal prevista na legislação reduzida de 52%. Isto é, equivale a 48% X 27%, resultando no percentual de 12,96%.

Aplicando-se a alíquota efetiva do imposto, de 12,96%, chega-se na equação de recomposição da base de cálculo, a qual se traduz na seguinte formulação: base de cálculo = valor da operação/(1-12,96%).

É com fulcro nessa equação que se deve calcular a base de cálculo do tributo que denomina de integral, pois, a seu ver, ainda se submete a mais uma redução, prevista no art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA.

No que diz respeito à infração 04, apresenta notas fiscais no documento 05 para sustentar a sua argumentação de que se trata de saídas internas de sucatas, cujo lançamento do ICMS é diferido, a teor do art. 286, XVI do RICMS/12.

Fornece endereço para correspondências processuais, protesta pela produção de provas e encerra requerendo o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 265 a 290, em relação à infração 01, o autuante alega que o defensor comete equívoco ao confundir alíquota com carga tributária e ao incidir duplamente o benefício de redução da base de cálculo.

Inicialmente, estipula nova alíquota a incidir nas operações e, em seguida, reconstitui a base de cálculo da operação com fundamento nesta alíquota, determinando erroneamente o valor da obrigação tributária.

Em referência à quarta imputação, diz que o art. 287 do RICMS/12 dispõe que o diferimento é condicionado a que o adquirente requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar neste regime.

No caso concreto, o estabelecimento destinatário é Ruth Pessoa & Reis Ltda., CNPJ nº 05.844296/0001-40, somente habilitado a operar com o regime de diferimento em 03/10/2017, conforme o documento de fl. 76. A autuação comprehende o período de 01 a 09/2017.

Os dois registros restantes são relativos aos documentos de nºs 20.481 e 20.456. Ambos são relativos a operações de saída com redução indevida das bases de cálculo. O primeiro cuida de uma operação interestadual e o segundo de baixa de estoque por perda (CFOP 5.927).

Junta planilha com as chaves eletrônicas das notas fiscais presentes no demonstrativo e mantém o Auto de Infração na sua íntegra.

Colacionado Relatório de Pagamento Parcial às fls. 293 a 297.

VOTO

As infrações 02, 03, 05, 06 e 07 foram expressamente acatadas pelo sujeito passivo. Por isso, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações 02, 03, 05, 06 e 07 mantidas.

A infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica, adquirida por meio de contrato de compra e venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL, estando o autuado conectado diretamente à rede básica de transmissão para o fim do seu próprio consumo, tendo sido as operações regularmente escrituradas.

Está dito que o sujeito passivo adquiriu em outra unidade da Federação energia elétrica via ACL, nos termos definidos nos artigos 268, XVII; 332, XVI, 400 e 403 do RICMS/12, omitindo-se parcialmente do pagamento do imposto incidente sobre tais operações

Segundo o art. 268, XVII, “a” do RICMS/12, é reduzida a base de cálculo nas operações com energia elétrica, no percentual de 52% quando destinada à classe de consumo industrial e rural.

Ocorre que, conforme o que se expôs no Relatório acima, o autuado reduziu a base de cálculo duplamente. A primeira ao determinar a alíquota efetiva e a segunda no cálculo do ICMS por dentro (*gross up*), o que não está de acordo com o dispositivo regulamentar acima citado.

“Mantendo a premissa de que o valor do imposto é calculado pelo produto entre a sua base de cálculo e a sua alíquota, conclui, por meio da equação de fl. 85 (ICMS gross up = base de cálculo X 48% X alíquota), que, para que seja respeitada a diminuição da base de cálculo estabelecida no art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA, a alíquota efetiva aplicada na correta recomposição da base de cálculo do imposto corresponde à alíquota nominal prevista na legislação reduzida de 52%. Isto é, equivale a 48% X 27%, resultando no percentual de 12,96%.

Aplicando-se a alíquota efetiva do imposto, de 12,96%, chega-se na equação de recomposição da base de cálculo, a qual se traduz na seguinte formulação: base de cálculo = valor da operação/(1-12,96%).

É com fulcro nessa equação que se deve calcular a base de cálculo do tributo que denomina de integral, pois, a seu ver, ainda se submete a mais uma redução, prevista no art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA”.

Infração 01 caracterizada.

No que diz respeito à quarta imputação, com efeito, o art. 287 do RICMS/12 dispõe que o diferimento é condicionado a que o adquirente requeira e obtenha, previamente, a sua habilitação para operar neste regime.

No caso concreto, o estabelecimento destinatário é Ruth Pessoa & Reis Ltda., CNPJ nº 05.844296/0001-40, somente habilitado a operar com o regime de diferimento em 03/10/2017, conforme o documento de fl. 76. A autuação comprehende o período de 01 a 09/2017.

Infração 04 caracterizada.

Com relação ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269358.0017/20-5**, lavrado contra **NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$117.305,88**, acrescido das multas de 60% sobre 114.342,12 e 100% sobre R\$ 2.963,76, previstas no art. 42, II, “a”, “b” e “f” e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$28.192,51**, prevista no art. 42, IX da referida Lei, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/05 e com a homologação dos valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2021

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR