

A. I. Nº - 298574.0001/21-0
AUTUADO - VALE MANGANÊS S.A.
AUTUANTE - JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/06/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0084-01/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO FISCAL. A glosa do crédito fiscal de que cuida o Auto de Infração em lide não diz respeito à inidoneidade do documento fiscal, ou seja, isto não está em discussão, portanto, descabendo estabelecer-se qualquer relação com a Súmula 009 do STJ, conforme aduzido pelo impugnante. Na realidade, o que se discute é o creditamento levado a efeito pelo autuado em total desconformidade com a legislação de regência. O Autuado elide parcialmente a autuação, ao apresentar parte dos comprovantes de recolhimentos do ICMS efetuados pelos seus fornecedores de energia elétrica. O próprio autuante, na Informação Fiscal, acolheu as alegações defensivas e excluiu do levantamento os valores comprovadamente recolhidos. Contudo, mesmo com a realização de diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de que o autuado trouxesse aos autos os demais comprovantes de recolhimentos, não houve o atendimento da solicitação, sendo, desse modo, parcialmente procedente a infração. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 8.438.201,08, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.*

Consta adicionalmente o seguinte registro: *Verifica-se a irregularidade pela falta de apresentação do documento comprobatório de arrecadação do ICMS para fazer jus ao uso do crédito fiscal consignado na coluna “Crédito Fiscal de Uso Indevido” do DEMONSTRATIVO DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DECORRENTE DA AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA.*

Período de ocorrência: janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls.24 a 34). Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta a insubsistência da autuação.

Afirma que inexiste previsão legal para se exigir da empresa a apresentação do comprovante de arrecadação do ICMS realizado pelo seu fornecedor.

Salienta que a Lei nº. 7.014/96 garante ao Contribuinte o direito de creditar-se do ICMS cobrado em operações anteriores, condicionando esse direito apenas à idoneidade da documentação fiscal que acoberta a operação e a sua escrituração adequada e tempestiva. Neste sentido, reproduz os

artigos 29 e 31 do referido diploma legal.

Assevera que não há, portanto, qualquer dispositivo legal que condicione o direito ao crédito fiscal de ICMS à apresentação do comprovante de recolhimento do imposto pago pelo fornecedor.

Alega que no presente caso, todas as aquisições de energia elétrica foram acompanhadas da respectiva documentação fiscal idônea, com destaque do ICMS incidente na operação e tempestivamente escriturada pela empresa, razão pela qual descabe se falar em creditamento indevido.

Ressalta que no intuito de afastar qualquer dúvida acerca do seu direito ao crédito fiscal, apresenta todas as notas fiscais de aquisição de energia elétrica no período autuado da CHESF, que é fornecedor substituto, que procedeu a retenção do ICMS destacado nas notas fiscais que emitiu (Doc.03), nos termos dos artigos 8º e 10º da Lei n. 7.014/96. Reproduz os referidos dispositivos legais.

Quanto às demais aquisições dos outros fornecedores de energia elétrica, apresenta os respectivos comprovantes de recolhimentos do ICMS incidente nas operações (Doc.04), conforme tabela que apresenta às fls.27 a 29.

Conclusivamente, diz que diante da documentação fiscal idônea e da ausência de previsão legal para exigir da empresa a apresentação do comprovante de arrecadação do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelos seus fornecedores para fazer jus ao crédito fiscal do ICMS, resta patente a total insubsistência da autuação.

No tocante à multa aplicada de 60%, afirma que faz jus ao cancelamento da penalidade imposta em excesso, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não-confisco (art. 150, IV, da CF). Neste sentido, reproduz trecho do voto proferido no Acórdão Eletrônico DJ-e234 da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Acrescenta que o CONSEF/BA vem determinando a redução das multas desproporcionais e aplicadas sem qualquer fundamentação, reproduzindo diversas ementas e excertos de votos para fundamentar a sua alegação.

Frisa que a decisão colacionada corrobora o seu direito, haja vista que, além de dever obediência aos princípios da estrita legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, é vedado à administração promover tratamento desigual entre os Contribuintes, conforme determinado pelo princípio da impessoalidade.

Conclusivamente, diz que mister se faz o cancelamento da multa aplicada ou, quando menos, sua redução ao percentual de 20%.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração com o cancelamento da multa aplicada. Protesta por todos os meios de prova admitidos, requerendo a juntada dos documentos anexados à peça defensiva e a realização de diligência com a notificação da CHESF para carrear aos autos todos os comprovantes de recolhimento do ICMS via DAE ou GNRE no período autuado, referente a aquisição de energia elétrica pela empresa, a fim de assegurar o devido processo legal, com o efetivo contraditório e ampla defesa, sem prejuízo de quaisquer outras provas que se entenda como necessária ao deslinde da controvérsia.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 90 a 96). Contesta as alegações defensivas. Afirma que a obrigatoriedade de pagamento do ICMS com vistas ao direito de uso do respectivo crédito fiscal está disciplinada na Lei nº 7.014/96, nos seus artigos 28 e 29. Reproduz referidos dispositivos legais.

Afirma que do mesmo modo, existe previsão normativa para submeter o sujeito passivo à responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS decorrente de operação interestadual de aquisição de energia elétrica, no caso aos artigos 6º 10 e 11, mais seus incisos e parágrafos, da Lei nº. 7.014/96, cujo teor reproduz; Convênios ICMS 117/04 e 77/11 nas suas cláusulas primeiras que também transcreve; e artigo 400, § 2º, do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, que também

reproduz.

Assevera que o impugnante não comprova a condição de Substituto Tributário dos seus fornecedores de energia elétrica, nem discrimina as operações fiscais sujeitas à referida situação jurídica, a exemplo da empresa Companhia Hidroelétrica do São Francisco, CNPJ Nº 33.541.368/0001-16, no levantamento fiscal realizado – DEMONSTRATIVO DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DECORRENTE DA AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA.

Salienta que existe permissivo legal para realização do lançamento de ofício em questão, na hipótese de o remetente da mercadoria estar inscrito no Estado da Bahia na condição de Substituto Tributário, no caso os artigos 6º, § 3º, e 8º, § 5º, da Lei nº. 7.014/96.

Consigna que ao analisar as razões defensivas no tocante aos valores pagos, porém não computados no levantamento fiscal, apresenta novo demonstrativo do procedimento fiscal no qual não há alteração de valores, em determinados meses, cujo total histórico é de R\$ 8.370.961,02, mantendo-se os valores a título de “Estorno _de_Crédito_na EFD” e do “Crédito Fiscal Utilizado” do demonstrativo original da autuação, subsistindo em parte a autuação.

Quanto à alegação defensiva atinente à multa aplicada, diz que o entendimento do impugnante não deve prosperar em virtude de:

1. A multa imposta ter previsão no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº. 7.014/96;
2. A declaração de constitucionalidade por órgãos julgadores do CONSEF ser vedada nos termos do art. 167 do RPAF/BA/99
3. Os Acórdãos da 1ª e 2ª Instâncias do CONSEF estarem relacionados com redução de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, com permissivo regulamentar previsto no art. 158 do RPAF/BA/99;
4. O artigo 176, II, do RPAF/BA/99 fixar competência à Câmara Superior para julgar pleito do sujeito passivo referente à multa imposta no presente Auto de Infração, de modo a impedir julgamento dos órgãos de 1ª e 2ª Instância do CONSEF no contexto da multa por descumprimento de obrigação tributária principal.

Diz que assim sendo, o pedido de redução da multa imposta na autuação não deve ser acolhido.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração no valor devido de R\$ 8.370.961,02.

O autuado, científico da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 101 a 109) reiterando os termos da defesa inicial e requerendo a total improcedência do Auto de Infração.

O autuante, científico da manifestação do impugnante, se pronunciou (fls. 116 a 122) reafirmando o conteúdo da Informação Fiscal de fls. 90 a 96, dizendo que não existe fato novo a ensejar nova Informação Fiscal.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão, deliberou por unanimidade pela conversão do feito em diligência à IFEP INDÚSTRIA, a fim de que o AUTUANTE ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

1. INTIMASSE o autuado no sentido de que apresentasse os elementos comprobatórios dos recolhimentos do ICMS destacados nas Notas Fiscais emitidas pela CHESF mencionadas pelo impugnante;
2. Após o atendimento da intimação por parte do impugnante, verificasse e analisasse se, efetivamente, os elementos apresentados correspondiam às Notas Fiscais arroladas na autuação aduzidas pelo impugnante. Caso houvesse comprovação dos recolhimentos do ICMS destacados nas referidas Notas Fiscais, excluísse os valores exigidos. Elaborasse novos demonstrativos contendo, se fosse o caso, os valores porventura remanescentes.

O autuado foi intimado via DT-e para apresentação dos elementos comprobatórios dos recolhimentos do ICMS destacados nas Notas Fiscais emitidas pela CHESF, conforme mencionara, se manifestou (fls.131 a 134). Alega que demonstrara a total insubsistência da autuação, haja vista que não existe previsão legal para a exigência de apresentação do documento comprobatório do recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada/aquisição para fazer jus ao crédito fiscal.

Observa que a 1^a JJF deliberou pela conversão do feito em diligência para que a empresa fosse intimada para apresentar os comprovantes de recolhimentos do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pela CHESF.

Reitera que não há previsão legal para que se exija da empresa a apresentação do comprovante de arrecadação do ICMS realizado pelo seu fornecedor.

Afirma que a Lei nº. 7.014/96 garante ao Contribuinte o direito de creditar-se do ICMS cobrado em operações anteriores, condicionando esse direito apenas à idoneidade da documentação fiscal que acoberta a operação e a sua escrituração adequada tempestiva. Neste sentido, invoca e reproduz os artigos 29 e 31 do referido diploma legal.

Alega o autuado que no presente caso, todas as aquisições de energia elétrica foram acompanhadas da respectiva documentação fiscal idônea, com destaque pela CHESF do ICMS incidente na operação e que tempestivamente escriturou, descabendo, desse modo, se falar em creditamento indevido.

Pontua que a fim de afastar qualquer dúvida acerca do seu direito ao crédito, apresentou todas as notas fiscais de aquisição de energia elétrica da CHESF, que é fornecedor-substituto, no período objeto da autuação, nas quais houve a retenção do ICMS destacado nas Notas Fiscais emitidas pela referida empresa (CST 070), nos termos dos artigos 8º e 10 da Lei Estadual n. 7.014/96. Reproduz os mencionados dispositivos legais.

Assevera que mesmo que houvesse dúvida quanto à inidoneidade das notas fiscais emitidas pela CHESF, possui legitimo direito ao crédito de ICMS informado no referido documento fiscal, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 509, estabelecendo que é lícito ao Contribuinte de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.

Finaliza a manifestação reiterando a improcedência do Auto de Infração ou, sucessivamente, seja determinada a notificação a CHESF (substituto tributário), com Inscrição Estadual Única sob o n. 000.623.513 NO (Doc.02), para carrear aos autos todos os comprovantes de recolhimentos do ICMS via DAE ou GNRE no período objeto da autuação notadamente em razão do destaque do imposto nas notas fiscais que emitiu, a fim de assegurar o devido processo, com o efetivo contraditório e ampla defesa, sem prejuízo de quaisquer outras provas que se entenda como necessárias ao deslinde da controvérsia.

O autuante, cientificado da manifestação do autuado, se pronunciou (fls. 141/142). Observa que o autuado mantém o entendimento expresso na peça impugnatória acerca da falta de previsão legal para exigir o documento comprobatório relativo à operação junto a CHESF.

Diz que o autuado destaca a reiteração ao direito de uso do crédito fiscal referente às operações de entrada junto à CHESF, inclusive, em face à Súmula n. 509 do STJ, indicando que seja notificada a CHESF, inscrição estadual n. 000.623.513, considerada pelo autuado como Substituto Tributário, cujo extrato de consulta básica de cadastro do ICMS/BA encontra-se acostado às fls. 137 a 139.

Afirma que o autuado não cumpriu os termos da diligência, portanto, não se desincumbiu do ônus probatório diante do fato modificativo ao seu entendimento manifestado.

Finaliza dizendo que o autuado não apresenta comprovação de realização de operações fiscais com o estabelecimento da CHESF, e que além disso, a condição da CHESF é Normal, conforme

Doc. 02 do autuado, acostado à fl. 138.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do autuado, o Advogado Dr. João Paulo Brito Maia. OAB/ BA 61.912.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O crédito fiscal objeto de glosa, diz respeito à aquisição interestadual de energia elétrica pelo autuado, conforme discriminado no demonstrativo elaborado pelo autuante, denominado “DEMONSTRATIVO DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DECORRENTE DA AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA”, na coluna “Crédito Fiscal de Uso Indevido”.

Inicialmente, observo que o presente Auto de Infração foi lavrado em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, notadamente pelo seu artigo 39, tendo sido preservado o direito à ampla defesa a ao contraditório do autuado, que o exerceu plenamente conforme a peça impugnatória apresentada, inexistindo qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade.

O impugnante formulou pedido de realização de diligência no sentido de que, seja determinada a notificação da Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF), que considera substituto tributário, com Inscrição Estadual Única sob o n. 000.623.513 NO, para carrear aos autos todos os comprovantes de recolhimentos do ICMS via DAE ou GNRE no período objeto da autuação, notadamente em razão do destaque do imposto nas notas fiscais que emitiu.

O referido pedido resta indeferido, haja vista que o fornecedor da energia elétrica adquirida pelo autuado, emitente das notas fiscais arroladas na autuação, não é o estabelecimento mencionado pelo impugnante localizado no Estado da Bahia, mas sim o estabelecimento da Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF), localizado na rua Delmiro Gouveia, 333, San Martin, Recife, Estado de Pernambuco, inscrição estadual nº 000558400 e CNPJ nº.33.541.368/0001-16, conforme se verifica nas notas fiscais emitidas pelo citado estabelecimento.

Na realidade, esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de alcançar a verdade material, converteu o feito em diligência, a fim de que o autuado fosse intimado a apresentar os elementos comprobatórios dos recolhimentos do ICMS destacados nas notas fiscais arroladas na autuação emitidas pela CHESF, no intuito de que fosse possível legitimar o creditamento realizado.

Ocorre que o impugnante não atendeu à solicitação, reiterando que não existe previsão legal para a exigência de apresentação do documento comprobatório do recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada/aquisição para fazer jus ao crédito fiscal.

Alega que a Lei nº. 7.014/96, garante ao Contribuinte o direito de creditar-se do ICMS cobrado em operações anteriores, condicionando esse direito apenas à idoneidade da documentação fiscal que acoberta a operação e a sua escrituração adequada tempestiva, consoante os artigos 29 e 31 do referido diploma legal.

Alega ainda, que no presente caso, todas as aquisições de energia elétrica foram acompanhadas da respectiva documentação fiscal idônea, com destaque pela CHESF do ICMS incidente na operação e que tempestivamente escriturou, descabendo, desse modo, se falar em creditamento indevido.

Sustenta o impugnante, que apresentou todas as notas fiscais de aquisição de energia elétrica da CHESF, que é fornecedor-substituto, no período objeto da autuação, nas quais houve a retenção do ICMS destacado nas Notas Fiscais emitidas pela referida empresa (CST 070), nos termos dos artigos 8º e 10 da Lei Estadual n. 7.014/96.

Afirma que mesmo que houvesse dúvida quanto à inidoneidade das notas fiscais emitidas pela CHESF, possui legítimo direito ao crédito de ICMS informado no referido documento fiscal, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 509, estabelecendo que é lícito ao Contribuinte de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.

De fato, assiste razão ao impugnante quando alega que inexiste previsão legal para a exigência de apresentação do documento comprobatório do recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada/aquisição para fazer jus ao crédito fiscal. Quanto a isto não existe dúvida. Certamente que se assim fosse, caberia a decretação de improcedência da autuação.

Entretanto, no presente caso, a exigência de comprovação do recolhimento do ICMS para admissibilidade do crédito fiscal torna-se imprescindível, em face às operações realizadas entre o fornecedor CHESF e o autuado estarem em desconformidade com a legislação de regência.

O art. 155, inciso II da Constituição Federal, atribui aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Já o § 2º, inciso X, alínea “b” do mesmo dispositivo constitucional acima referido, dispõe que o imposto previsto no inciso II, não incidirá sobre operações que destinem a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica:

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

X - não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

Portanto, as operações que destinem a outros Estados energia elétrica, estão amparadas pela não incidência do ICMS:

A Lei Complementar nº 87/96, que dispõe sobre o ICMS, em obediência ao regramento constitucional, estabelece no seu art. 3º, inciso III, o seguinte:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

[...]

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

Por sua vez, o artigo 2º da mesma Lei Complementar n. 87/96 estabelece:

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

§ 1º O imposto incide também:

[...]

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Estabelece ainda a referida Lei Complementar n. 87/96, nos seus artigos 11 e 12, quem é o sujeito passivo, onde ocorre o fato gerador e o local da operação, no caso da energia elétrica, conforme

reproduzido abaixo:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

[...]

g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;

Verifica-se, portanto, que a Lei Complementar n. 87/96 dispõe de forma clara sobre a incidência do ICMS sobre as operações de entrada no território do Estado destinatário, de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

A Lei nº 7.014/96, em conformidade com a Lei Complementar n. 87/96 dispõe no seu art. 2º, inciso III, o seguinte:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

[...]

III - a entrada, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00); [...].

Vale observar que a Lei nº. 7.014/96, em sintonia com a norma constitucional e a lei complementar, dispõe sobre a ocorrência do fato gerador no seu art. 4º, inciso VIII e sobre o contribuinte no seu artigo 5º, § 1º, inciso IV, conforme abaixo reproduzido:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

VIII - da entrada, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00)

Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

[...]

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

[...]

IV - adquira de outra unidade da Federação lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e energia elétrica, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00)

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS), Decreto n. 13.780/12, em consonância com todos os ditames acima referidos, dispõe no seu artigo 400 o seguinte:

Art. 400. O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.

A conclusão a que se chega após a leitura dos dispositivos normativos acima reproduzidos, é de que o primeiro equívoco existente nas operações realizadas entre a CHESF e o autuado, é que o fornecedor da energia elétrica, no caso a CHESF, localizada em Pernambuco, não é Contribuinte Substituto, conforme aduzido pelo impugnante.

O autuado alega que a CHESF é fornecedor substituto, e que procedeu a retenção do ICMS

destacado nas notas fiscais que emitiu, nos termos dos artigos 8º e 10 da Lei n. 7.014/96.

Ocorre que o aduzido art. 10 da Lei n. 7.014/96, estabelece que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim, celebrado entre a Bahia e as Unidades da Federação interessadas, sendo que inexiste norma pactual (convênio ou protocolo) neste sentido.

O segundo, porque tratando-se de aquisição interestadual de energia elétrica para consumo do destinatário, não incide o ICMS, sendo, na realidade, o imposto devido na entrada neste Estado - princípio do destino físico -, situação que impõe ao adquirente, no caso o autuado, a obrigação de pagamento do imposto e não ao fornecedor.

Vale reiterar, que a glosa do crédito fiscal de que cuida o Auto de Infração em lide não diz respeito à inidoneidade do documento fiscal, ou seja, isto não está em discussão, portanto, descabendo estabelecer-se qualquer relação com a Súmula 009 do STJ, conforme aduzido pelo impugnante. Em verdade, o que se discute é o creditamento levado a efeito pelo autuado em total desconformidade com a legislação de regência.

Verifica-se nas notas fiscais que serviram de base à autuação, referentes à aquisição de energia elétrica, relacionadas no demonstrativo elaborado pelo autuante acostado às fls. 13 a 15, assim como gravadas pelo próprio autuado em mídia – CD, acostada aos autos à fl. 87, que as operações de aquisição oriundas da CHESF, localizada no Estado de Pernambuco, inscrição estadual nº 000558400 e CNPJ nº.33.541.368/0001-16, tiveram o destaque do imposto, no campo ICMS-ST.

Vale assinalar, que apesar de o remetente/fornecedor de energia elétrica CHESF não estar legalmente na condição de sujeito passivo por substituição - situação na qual estaria obrigado a efetuar a retenção e recolhimento do imposto - considerando que o autuado apresentara os comprovantes de recolhimento do ICMS referentes às aquisições de energia elétrica junto aos demais fornecedores, o que elidiu parcialmente a autuação, esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de permitir ao autuado trazer aos autos os demais comprovantes, converteu o feito em diligência que não foi atendida.

Diante do exposto, a infração é parcialmente subsistente com ICMS devido no valor de R\$ 8.370.961,02, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante na Informação Fiscal, acostado à fl. 95 dos autos.

No tocante à alegação defensiva atinente ao caráter confiscatório da multa imposta de 60%, vale consignar, que a referida multa encontra-se prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei n. 7.014/96, existindo um óbice intransponível à apreciação de sua constitucionalidade por parte deste órgão julgador administrativo de primeira instância, no caso a determinação do artigo 167, I do RPAF/BA/99, o qual vedava a apreciação de constitucionalidade e negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme abaixo:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores

I - a declaração de constitucionalidade:

[...]

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Vale observar, que a multa de 60% apontada no Auto de Infração foi indicada como prevista no art. 42, VII, alínea “a”, quando no presente caso, a multa de 60% é a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei n. 7.014/96, razão pela qual, retifico a multa aplicada. Quanto à dispensa ou redução da multa aduzida pelo impugnante, cumpre observar, que mesmo antes da revogação do art. 158 do RPAF/BA/99 - que autorizava o órgão julgador de primeira instância deste CONSEF a apreciar pedidos desta natureza, exclusivamente no tocante à multa por descumprimento de obrigação acessória -, no presente caso, a multa aplicada de 60% diz respeito a descumprimento de obrigação principal, portanto, matéria que é vedada à apreciação por parte desta Junta de Julgamento Fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298574.0001/21-0**, lavrado contra **VALE MANGANÊS S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 8.370.961,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE /RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR