

N. F. Nº - 298633.0029/23-7
NOTIFICADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
NOTIFICANTE - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.01.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0253-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. MERCADO LIVRE. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. Improcede a cobrança de imposto na entrada de Energia Elétrica oriunda de outros Estados, a Notificada trouxe aos autos que já efetuou o recolhimento do imposto devido. Infração insubsistente. Afastada a nulidade suscitada. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em **15/03/2023** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 19.829,38 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 11.897,74 e acréscimo moratório no valor de R\$ 5.907,74 perfazendo um total de R\$ 37.634,75 em decorrência do cometimento de uma única infração cujo o período apuratório se fez em março, maio, junho e setembro de 2018:

Infração 01 – **002.001.024**: Deixou, o contribuinte, **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.

Enquadramento Legal: Artigos 400 e 401 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/2012, alínea “i” do inciso II do art. 16, art. 16-A, inciso V e § 1º do art. 17 e inciso III do art. 34 da Lei de nº 7.014/96 c/c Cláusula 3ª do Convênio ICMS de nº 77/2011.

Multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei de nº 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 22 a 41), protocolizada na SAT/DAT METRO/CPAF na data de 30/08/2023 (fl. 21).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou alegando a tempestividade e no tópico “**Dos Fatos que Ensejaram a Notificação**” descreveu a infração lhe imputada, os artigos do enquadramento legal, onde finalizou observando que o lançamento:

- 1) Está eivado de nulidade porquanto é impossível vislumbrar com precisão e a clareza indispensável a um ato administrativo a documentação e as razões que sustentam a pretensão creditícia, a indicação dos documentos fiscais – elemento essencial a acusação -, bem como o registro e enquadramento temporal dos valores impedem o perfeito exercício do direito de defesa da Notificada;
- 2) Por outro lado, é totalmente improcedente, posto que a Notificada não deixou de efetuar quaisquer recolhimentos com respeito ao ICMS incidente nas entradas de aquisição de energia elétrica, efetuando, inclusive, recolhimento a maior do exigido, razão pela qual a suposta falta de recolhimento não corresponde a realidade da documentação fiscal da Notificada e deve ser o fundamento para a total improcedência da acusação fiscal.

- 3) Por fim, tem-se a total improcedência da multa culminada, posto que desrespeita os princípios constitucionais.

Tratou no tópico “*Da Nulidade da Notificação Fiscal em Razão da Preterição do Direito de Defesa*” que a Notificação Fiscal está eivada de nulidade uma vez que os dados e documentos anexos à Notificação Fiscal não é possível vislumbrar quais operações estão sendo notificadas e questionadas pela Notificante e que a planilha disponibilizada como exame analítico da exigência fiscal, os documentos fiscais indicados, em especial a numeração das notas fiscais são completamente desconhecidos pela Notificada (fl. 26).

Destacou que as Notas Fiscais Eletrônicas mencionadas pelo Notificante, quais sejam as de nºs. 9.042, 9.030, 9.043, 9.031, 9.045, 9.033, 9.048 e 9.036 simplesmente não são reconhecidas pela Notificada, não sendo possível localizar dentro da operação da Notificada que documentos são esses.

Explicou que a situação se agrava quando a Notificante não promoveu a juntada dos referidos documentos fiscais, ou seja, a Notificante faz menção a notas fiscais eletrônicas, sem juntar qualquer referência ou mesmo o DANFE dessas notas – o que por si já é matéria de nulidade da Notificação Fiscal, já que se faz necessário que a Notificação Fiscal disponha dos elementos suficientes para fundamentar a acusação fiscal e mesmo superando a falta de comprovação por parte do Notificante, não foi possível localizar e identificar as notas fiscais referenciadas no banco de dados da Notificada.

Enfatizou que as inconsistências da acusação fiscal não terminam aí; ao observar com mais acuidade a planilha disposta pela Notificante é possível observar que há flagrante e insuperável divergência entre o número das notas fiscais indicadas pela Notificante e as Chaves de Acesso correspondentes.

Destacou que as consultas às chaves de acesso indicadas pela Notificante o resultado é completamente incompatível com a nota fiscal referenciada pelo mesmo (fl. 27). Tem-se como exemplo a chave de acesso nº 31180506981176000158550010000931861478351030, a qual quando indicada na pesquisa pública de NF-e indica o documento fiscal de nº. 93.186, completamente diverso do apresentado pela Notificante. De mais a mais, chama atenção o caso da chave de acesso de nº. 31180106981176000158550010000868561093783228, a qual, quando pesquisada na consulta pública, indica como data de emissão o dia 10/01/2018, e essa mesma nota fiscal eletrônica é referenciada pela Notificante no período de setembro/2018 (fl. 28).

Alertou que como é possível que uma nota fiscal com data de emissão em 10/01/2018 possa ser referenciada como montante devido no período de 09/2018, não sendo este um caso isolado, mas apenas um exemplo dentre tantos.

Apontou que nesse diapasão, questiona-se: quais são os documentos efetivamente analisados pelo Notificante? Quais são os elementos probatórios que indicam e comprovam as operações notificadas? O valor de referência para identificação da operação é a numeração da nota fiscal ou a chave de acesso? Por quais motivos há divergência entre a data de emissão dos documentos fiscais e o período no qual há cobrança?

Complementou que como não é possível responder aos questionamentos acima, resta patente que a Notificante não se desincumbiu do ônus da comprovação dos fatos por ele alegados, perfilhando sentido contrário à Verdade Material e aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, **impedindo também, que o órgão julgador formule um juízo de valor sobre a matéria posta em julgamento**, o que não pode ser concebido por essa Corte Administrativa.

Assinalou que o art. 18, II, do Decreto de nº. 7.629/99, preconiza a nulidade dos atos administrativos que importem em preterição do direito de defesa, e como não há como a Notificada defender-se de um crédito tributário do qual sequer sabe a origem, pois **a informação fiscal não retrata com precisão os documentos fiscais**.

Concluiu que por esses equívocos que o lançamento efetivado carece de exatidão, não restando comprovado o suposto cometimento de infração por parte da Notificante, devendo se declarado TOTALMENTE NULO, em alinhamento com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade material, em consonância com o art. 18, II, do Decreto de nº 7.629/99.

Explicou no subtópico “***Dos Fundamentos de Mérito – Do Perfeito Adimplemento dos Valores Exigidos***” que a Notificada, olvidando-se da numeração do documento fiscal indicado pelo Notificante, voltou-se o olhar tão somente para a chave de acesso (DOC. 03), dada a consulta em relação aos documentos fiscais apenas com a chave de acesso o que foi possível observar foi a higidez da operação da Notificada e o adimplemento de todos os valores perquiridos pelo Fisco Estadual.

Explanou que como exemplo a NF-e de nº. 88.410, cuja chave de acesso está relacionada na planilha do Notificante (chave de acesso nº. 31180206981176000158550010000**88410**1945968238), tem o valor segregado de R\$ 18.280,97 a título de energia ativa e R\$ 548,49 a título de perda energética (fl. 31) e segundo a Notificante o valor devido com relação ao documento fiscal supramencionado seria o montante de R\$ 6.260,61 a título de ICMS – energia e R\$ 500,85 a título de ICMS – Fundo de Pobreza (fl. 32)

Garantiu que em contrapartida, ao observar os recolhimentos efetuados pela Notificada vê-se que em relação ao respectivo documento fiscal foi recolhido por DAE (doc. 04 e 05) o valor de R\$ 6.448,45 a título de ICMS-energia elétrica e R\$ 515,88 a título de ICMS-Adicional Fundo de Pobreza (fl.32), e ressaltou que mesmo cenário finda por repetir-se em **todas** as operações, sempre com o recolhimento promovido pela Notificada **superior** ao exigido pela Notificante (fls. 33 a 34).

Frisou que dados estes elementos, o que está sendo exigido pela Notificante seria o ICMS devido no valor total das perdas de energia, contudo, tais valores já foram recolhidos – novamente – pela Notificante, posto que fora realizado o recolhimento considerando o montante integral da nota fiscal sendo que apenas a título de reforço argumentativo, tem-se que demonstrar que o montante das perdas foi incluído no valor recolhido. Para tanto, considera-se que o valor total da Nota Fiscal de nº. 89.883 é de R\$ 5.835,84, aplicando os acréscimos legais pela fórmula utilizada pela Notificante:

Valor total / (1 – 27%); ou seja, R\$ 5.835,84/ (1-0,27) = R\$ 7.994,30 de base de cálculo do ICMS-Energia.

BC * 25%; ou seja, R\$ 7.994,30 * 0,25 = R\$ 1.998,58 a título de ICMS-Energia e R\$ 159,88 (R\$ 7.994,30 * 0,02) a título de ICMS-FP.

Diante disso, resta evidente o adimplemento promovido pela Notificada até mesmo quando a Notificante exigiu o montante destacado a título de perda energética, uma vez que a Notificante efetuou recolhimento do ICMS considerando o valor total da nota fiscal.

Enfatizou que nesse ínterim, é cediço que o pagamento dá fim ao crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso I do CTN, *in verbis*:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – O pagamento;

Proferiu no tópico “***Da Exorbitância da Multa Aplicada***” que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal vez que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e *erga omnes*), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Finalizou no tópico “***Dos Pedidos***” que ante o exposto, requer a Notificada a declaração de nulidade da Notificação Fiscal e/ou o reconhecimento da improcedência do crédito tributário

exigido diante da impropriedade da exigência fiscal, e que sucessivamente caso não seja acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

A Notificante prestou Informação Fiscal às folhas 141 e 142 onde descreveu a infração imputada e informando que a Notificada em sua defesa arguiu a nulidade da Notificação Fiscal em lide, argumentando que não havia documentação comprobatória da infração imputada, porém está anexada à Notificação Fiscal o demonstrativo, onde constam as chaves das Notas Fiscais, sendo que com esta informação se tem acesso às Notas Fiscais sem nenhuma dificuldade, portanto, esta arguição não procede.

Tratou que a Notificada de posse das chaves de acesso não somente acessou as Notas Fiscais constantes no demonstrativo que compõe a Notificação em lide, como também as anexou às folhas 73 a 80, tendo, também, anexado os DAES e os comprovantes de recolhimento do ICMS referente à aquisição de energia elétrica conforme as Notas Fiscais de compra (fls. 73 a 80), sendo que dois deles foram trazidos aos autos na Informação Fiscal uma vez que a Notificada não os anexou em sua defesa.

A seguir segue o Demonstrativo do Crédito Reclamado e do ICMS Recolhido pela Notificada:

VALOR (R\$) CRÉDITO RECLAMADO	VALOR (R\$) RECOLHIDO	DIFERENÇA (R\$) ICMS RECOLHIDO – CRÉDITO RECLAMADO
19.828,38	38.129,04	18.300,66

Salientou que o valor do ICMS Recolhido pela Notificada com relação ao Crédito Reclamado nesta Notificação Fiscal foi ocasionado visto que a Notificada efetuou o cálculo considerando o Valor Total das Notas Fiscais, ou seja, o valor referente à Energia mais o Valor referente às perdas de energia, sendo que na planilha que nos fora enviada consta tão somente o valor referente à energia.

Assegurou que após a análise realizada pela Notificante ficou comprovado pela Notificada **que o crédito reclamado fora todo recolhido em 11/05/2020**, não havendo assim diferença de ICMS a recolher.

Finalizou que diante do exposto **acata a improcedência da Notificação Fiscal**.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em **15/03/2023** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 19.829,38 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 11.897,74 e acréscimo moratório no valor de R\$ 5.907,74 perfazendo um total de R\$ 37.634,75, em decorrência do cometimento de uma única infração (002.001.024) de **deixar o contribuinte, 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, cujo período apuratório se fez em março, maio, junho e setembro de 2018.

O enquadramento legal utilizado baseou-se nos artigos 400 e 401 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/2012, alínea “i” do inciso II do art. 16, art. 16-A, inciso V e § 1º do art. 17 e inciso III do

art. 34 da Lei de nº 7.014/96 c/c **Cláusula 3ª do Convênio ICMS de nº 77/2011** e multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei de nº 7.014/96.

Inicialmente, necessário se enfrentar a preliminar suscitada na peça recursal consistente na **alegação de nulidade** da Notificação Fiscal pelo fato de que é impossível vislumbrar com precisão e a clareza indispensável a documentação e as razões que sustentam a pretensão creditícia, a indicação dos documentos fiscais – elemento essencial a acusação, bem como o registro e enquadramento temporal dos valores, destacando que as Notas Fiscais Eletrônicas mencionadas pelo Notificante, quais sejam as de nºs. 9.042, 9.030, 9.043, 9.031, 9.045, 9.033, 9.048 e 9.036 simplesmente não são reconhecidas pela Notificada, não sendo possível localizar dentro da operação da Notificada que documentos são esses, observando que há flagrante e insuperável divergência entre o número das notas fiscais indicadas pelo Notificante e as Chaves de Acesso correspondentes.

Neste sentido, compulsando os autos averiguo acostado às folhas 05 e 06 a citada planilha, conforme disposto a seguir, bem como gravada no formato xls na mídia CD à folha 08, donde, apesar do equívoco do Notificante em preencher a coluna Número com referências não dispostas na chave de acesso, pela diminuta quantidade de Notas Fiscais a serem examinadas, no montante de 08, a simples consulta das chaves no Portal da Nota Fiscal Eletrônica pela Notificada conectaria essas notas à exigência da presente notificação, tal qual fora feito pela Notificada trazendo aos autos cópia dos DANFES às folhas 73 a 80 do equívoco do Notificante de trazer na referenciada.

Número	Data de Emissão	ANO	MÊS	DIA	Chave de Acesso
9042	20180309	2018	03	09	31180506981176000158550010000931861478351030
9030	20180309	2018	03	09	31180706981176000158550010000964701960714587
			03 Total		
9043	20180509	2018	05	09	31180306981176000158550010000898831415003479
9031	20180509	2018	05	09	31171206981176000158550010000852321363707907
			05 Total		
9045	20180611	2018	06	11	31180206981176000158550010000884101945968238
9033	20180611	2018	06	11	31171006981176000158550010000821051354552617
			06 Total		
9048	20180911	2018	09	11	31180106981176000158550010000868561093783228
9036	20180911	2018	09	11	31180906981176000158550010000995041902668897
			09 Total		

Assim as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o notificado e o montante do débito tributário, observando essa Relatoria que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração da defesa da Notificada lhe foram apresentados e pelo teor de sua peça de impugnação, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que a Notificada entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu.

Infiro, portanto, que a capitulação legal constante da infração é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, desta forma concluo que à Notificada foi garantida a ampla defesa, tendo exercido livremente o exercício do contraditório, inexistindo na Notificação Fiscal qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que ensejasse sua nulidade.

No mérito em apertada síntese, a Notificada consignou que efetuou os recolhimentos exigidos, trazendo aos autos dos Demonstrativos de Arrecadação – DAES, sendo que observando os recolhimentos efetuados pela Notificada se fizeram de em DAES apartados o **ICMS-Energia Elétrica e o ICMS-Adicional Fundo de Pobreza**, sendo que o Σ destes valores excedem aos valores exigidos na presente Notificação Fiscal, ressaltando que a Notificante está exigindo o ICMS devido no valor total das perdas de energia, contudo, tais valores já foram recolhidos, **posto que fora realizado o recolhimento considerando o montante integral das nota fiscal.**

No arrazoado da Informação Fiscal a Notificante salientou que o valor do ICMS Recolhido pela Notificada com relação ao Crédito Reclamado nesta Notificação Fiscal foi ocasionado visto que a Notificada efetuou o cálculo considerando o Valor Total das Notas Fiscais, ou seja, o valor referente à Energia mais o Valor referente às perdas de energia, sendo que na planilha que nos fora enviada consta tão somente o valor referente à energia, e que após a análise realizada ficou comprovado que o crédito reclamado fora todo recolhido não havendo assim diferença de ICMS a recolher.

Constatando que a lide desta notificação se tratou no discernimento da Notificante de ter deixado a Notificada de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento para fim de seu próprio consumo, tendo a Notificada trazido aos autos às folhas 73 a 80 os DANFES exigidos com os respectivos comprovantes de recolhimentos e seus DAEs às folhas 83 a 137 não restando à lide nenhum valor a ser exigido, tal qual a acertada revisão efetuada pela Notificada.

Sendo assim, que em face ao exposto considero insubsistentes os motivos da corrente exigência de modo a julgar o presente lançamento em sua inteireza IMPROCEDENTE.

Acrescento que o pedido de mitigação ou cancelamento da multa fica prejudicado devido ao julgamento da Improcedência da Notificação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar, em instância ÚNICA, **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **298633.0029/23-7**, lavrada contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR