

A. I. N° - 207090.0005/20-5
AUTUADO - ITALSOFA NORDESTE S.A.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/02/2025

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0018-06/25-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. APROPRIAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. As razões defensivas não se mostram aptas a elidir os termos da acusação fiscal. Comprovado que os valores dos créditos fiscais apropriados pela empresa foram maiores do que os previstos na legislação em vigor, vez não observada a condição de consumidor de classe industrial da autuada, sujeita a redução de base de cálculo nas aquisições de energia elétrica. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrada em 25 de setembro de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 222.281,94, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 01.02.41. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2017 e janeiro a agosto de 2018.

Consta a seguinte **informação complementar** da autuante na descrição dos fatos: “*Exercícios de 2017 e 2018 – Contribuinte usuário de EFD, utilizou-se no Livro Registro de Entradas, nos exercícios à epígrafe, de ICMS destacado a maior no Documento Fiscal, contrariando o art. 309, Parágrafo 7, e art. 268, XVII, a, 1, do Dec. 13.780/12 – RICMS.*”

Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – Utilização Indevida/a maior de Crédito Fiscal.

Ainda em anexo, cópia do Livro Registro de Entradas, conforme lançado na EFD, das NF Energia Elétrica, no Levantamento elencadas e de Laudo Técnico de percentual de utilização, conforme fornecido pela empresa fiscalizada.

Ressalto que embora o contribuinte apure o ICMS utilizando o benefício do Crédito Presumido – Resolução 20/2008 e 185/2012 (veja Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS/Fundo de Pobreza, em anexo a este Auto e também entregue em cópia ao contribuinte) ele também está obrigado a recolher, desde setembro/2016, valor para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (Lei 7988/01 e Dec. 16.970/16), que abate do Crédito Presumido Apurado, o valor do Crédito Renunciado. Desta forma, qualquer maneira de inflar o Crédito Renunciado, tem repercussão financeira para o Estado, pelo que, deve ser Autuado”. (Mantida a grafia original).

A autuada, por representante legal devidamente constituída nos termos do documento de fl. 148, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 136 a 146, onde, preambularmente, requer que todas e quaisquer notificações e intimações sejam expedidas em nome da pessoa jurídica no endereço indicado.

Fala não ser incomum que Autos de Infrações que instruem os Processos Administrativos Fiscais sejam inválidos por não preencherem as condições de validade previstas em lei.

Nesse sentido, elucida que, no que refere aos requisitos imprescindíveis para a lavratura do Auto

de Infração Fiscal, o artigo 39 do RPAF/99 (reproduzido), determina os elementos que devem constar no Auto de Infração.

Partindo da intelecção dos requisitos postos acima, verifica que o legislador impôs a autoridade fazendária requisitos prévios a lavratura de um Auto de Infração, estes que, de acordo com as disposições transcritas do Decreto Regulamentador em epígrafe, garantem ao contribuinte o conhecimento total face a suposta infração e a possibilidade do exercício do seu direito ao contraditório e ampla defesa.

Neste diapasão, considerando o ideal de justiça como um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, mostra estar evidente a importância da garantia da ampla defesa e do contraditório como fundamental em qualquer processo, seja ele administrativo ou judicial.

Aduz que a luz da legislação supra e dos princípios constitucionais basilares que garantem a efetividade da ampla defesa e contraditório, torna-se clarividente o dever de a autoridade administrativa lavrar de forma clara e objetiva o Auto de Infração, com todas as informações necessárias para tanto, de modo a possibilitar ao contribuinte autuado a defesa ampla, através de todos os meios que lhe sejam inerentes.

Reputa imprescindível que o Auto de Infração contenha de forma clara e objetiva o demonstrativo de débito tributário, conforme artigo 39, inciso IV, do RPAF/1999 transcrito e destacado, para que haja a devida e clara caracterização dos fatos como uma infração tributária (subsunção).

E foi justamente em relação ao Demonstrativo de Débito Tributário que a autuante se absteve de prestar informações claras e precisas para o entendimento por parte do contribuinte, pois apresentou demonstrativos ilegíveis, de impossível compreensão, obstaculizando a defesa por parte deste Defendente, conforme se pode ver nas planilhas anexas ao Auto de Infração (Doc. 01), arremata.

Apresenta plotagem do demonstrativo que acompanha o lançamento.

Constata que os trechos do demonstrativo que dispõem acerca das menções a que se deve ser transcritas no bojo do Auto de Infração para garantia de sua legalidade se encontram ilegíveis, de modo a privar a autuada do real detalhamento e conhecimento da suposta infração.

Informa que a maneira em que foi disponibilizado os autos fora única e tão somente por endereço eletrônico (e-mail), de modo a não ter outros meios para visualizar o Demonstrativo de Débito de forma clara para conhecimento dos motivos que ensejaram a lavratura do Auto em epígrafe.

Neste sentido, diante do fato de que os demonstrativos de débito tributário se encontrarem com suas disposições ilegíveis, obstaculizando o direito de defesa, invoca o quanto disposto no artigo 18, inciso II do RPAF/1999, copiado.

Considera claro e inequívoco que restando evidente que o demonstrativo de débito tributário, ora requisito indispensável para a lavratura do Auto de Infração, se encontra com suas disposições obscuras, sendo perceptível a impossibilidade de se ter plena ciência acerca do detalhamento da suposta infração posta, é indiscutível a nulidade que o emanta.

Uma vez que o demonstrativo se encontra com suas disposições ilegíveis não podendo fazer uso, entende que este é inexistente no corpo do Auto de Infração, portanto, frisa ser tal requisito inexoravelmente descumprido pela autuante.

Conclui que é nulo de pleno direito o referido Auto de Infração, pois padece de requisitos indispensáveis para sua validade, conforme determinação legal. Assim, patente se mostra a necessidade de declaração de nulidade do Processo Administrativo Fiscal posto a ausência de requisitos para sua lavratura nos termos dos artigos 18, inciso IV, alínea "a" e 39 do RPAF/99.

Além disso, diante da suposta utilização indevida, assevera ter havido repercussão no que condiz ao recolhimento do valor destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Argumenta que razões totais não assiste a autuante, na medida em que ao realizar auditoria contábil interna, verificou que os débitos assinalados na infração supradita são inverídicos, de modo que, consoante restará demonstrado doravante, passa a impugná-los.

A fim de descaracterizar por completo a infração 01 do Auto de Infração lavrado, passa a expor acerca das razões que consubstanciam a descaracterização das disposições infracionais e afastar, consoante assegurado por normas regulamentadoras em vigência neste estado, a infração que se segue.

Diz que a infração não merece em hipótese alguma prosperar, uma vez que na conta de energia elétrica não possuía o percentual de redução da base de cálculo do ICMS, logo, não lhe cabe o ônus de uma possível dedução em razão de parâmetros equivocados, vez que a correta disposição do *quantum* a ser deduzido é exclusiva do emissor da prestação de serviço de energia elétrica, no caso, a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA.

Invoca as disposições do artigo 119, § 1º, inciso I da Resolução Normativa nº 414 de 09 de setembro de 2010 que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica de forma atualizada e consolidada, copiado.

Sustenta ser visível a intelecção posta no supradito artigo acerca do dever do emissor da fatura de energia elétrica dispor sobre os tributos incidentes sobre seu faturamento de forma clara e inteligível, de modo que seja visível ao contribuinte saber quais percentuais este deve arcar, o que não aconteceu no presente caso.

Logo, uma vez que, a fim de não possuir nenhum débito perante a receita estadual, confirma que deduziu por conta própria e mediante boa-fé o percentual de redução que haveria por incidir a título de ICMS, não cabendo a esta o ônus de seu equívoco, tendo em vista que tal percentual não possui previsão na conta de energia emitida, de modo a ir de encontro ao quanto preconizado nos moldes da citada Resolução Normativa nº 414/10.

Deste modo, tal infração resta incabível, garante, tendo em vista que, conforme já informado, o dever de apresentar o percentual correto a ser deduzido é da própria emissora da conta de energia, e uma vez esta não dispo de boa-fé, apresentado percentual que achava devido, não pode ser penalizado por um possível equívoco, vez que cumpriu com seu dever de contribuinte ao adimplir o valor de ICMS que achava ser incidente.

Explicita que mesmo se fosse entendido serem as parcelas devidas, o que não são, há claro e evidente erro material em suas disposições que restou verificado por profissional expertise na área contábil contratado, conforme amplamente será delineado.

Neste sentido, acosta a presente defesa, Relatório de Análise de Registros Fiscais (Doc. 02) elaborado pelo renomado profissional citado, o qual após analisar as infrações descritas no aludido Auto de Infração em espeque, chegou à conclusão de que a presente infração resta eivada de vícios.

Aponta que o primeiro erro material que aqui será exposto diz respeito a operação aritmética de apuração do valor da multa, face a este, cumpre dispor que a multa aplicada corresponde ao artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 reproduzido.

Contudo na demonstração da tabela de valores que instruiu a penalidade, assevera ter a autuante indicado no campo de valores históricos o valor da base de cálculo do ICMS e não a multa de 60% (sessenta por cento) consoante disposições legais, na forma da plotagem apresentada.

Consigna restar verificado, para tanto, que se trata de um erro material, pois o exame da planilha anexa ao Auto de Infração denominado “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – FISCALIZAÇÃO ESTABELECIMENTO”, traz consignado o valor corretamente, ou seja, base x alíquota x multa, e neste sentido apresenta plotagem do mesmo.

Diante disso, pontua que após a retificação do erro material na operação aritmética o valor total da multa passa a equivaler a R\$ 133.369,20 (cento e trinta e três mil, trezentos e sessenta e nove

reais e vinte centavos), conforme tabela que colaciona.

Ademais, argui que o segundo equívoco verificado se trata da base de cálculo da multa, face a este, uma vez que a motivação da penalidade é o destaque de imposto a maior, a base de cálculo da penalidade deve corresponder apenas e tão somente a parcela do crédito de ICMS indevidamente escriturado e não a integridade do imposto, conforme inteligência do artigo 268, inciso XVII, alínea “a” do RICMS, copiado.

Face a isto, entendo que a base de cálculo deve limitar ao imposto, ou seja, a 52% do valor da operação, passando a penalidade, após a correção do vício ser R\$ 69.351,98, conforme planilha apresentada.

Por fim e diante de tudo quanto exposto, requer, *prima facie*, que seja reconhecida a ausência de ônus desta requerente quanto a apuração da base de cálculo do ICMS, tendo em vista que, conforme já informado, o dever de apresentar o percentual correto a ser deduzido é da própria emissora da conta de energia, o que não ocorreu *in casu*.

Caso não seja acatado o pleito acima, o que não espera, requer, de forma subsidiária, que os valores que consubstanciam o Auto de Infração em epígrafe sejam, de plano, retificados conforme Relatório de Análise de Registros Fiscais (Doc. 02) elaborado por profissional com expertise na área contábil, de modo a constar como quantia devida o valor de R\$ 133.369,20.

Diante do quanto exposto e com base na documentação colacionada a presente, pugna pelo acolhimento da preliminar processual suscitada, no sentido de que seja anulado o Auto de Infração em epígrafe, vez que carece de informações essenciais para sua validade, estando em desacordo com os requisitos do artigo 39, do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF), o que o torna nulo de pleito direito, nos termos do artigo 18, II, do aludido Decreto.

No mérito, pugna pela improcedência da infração 01, com seu conseqüente arquivamento em definitivo, em razão da demonstração de sua insubsistência, consoante comprovações que atestam o dever de apresentar o percentual correto a ser deduzido ser da própria emissora da conta de energia, de modo a afastar a responsabilidade quanto a apuração do aludido ICMS, logo, deve ser, de plano, afastada a responsabilidade face a tal infração;

Subsidiariamente, caso não seja entendido pela improcedência da infração supra, o que não espera, requer que os valores que consubstanciam o Auto de Infração sejam retificados, de modo a considerar o Relatório Técnico anexado a presente Defesa (vide Doc. 02) elaborado por profissional com total expertise na área contábil;

Requer, ainda, que sejam devidamente fundamentadas todas as decisões exaradas no bojo deste processo administrativo, sob pena de nulidade processual insanável.

Por fim, pugna pela intimação pessoal na pessoa do representante desta pessoa jurídica, acerca de qualquer ato proferido no referido procedimento fiscal.

Informação Fiscal prestada pela autuante às fls. 161 a 164, em relação a ilegitimidade do demonstrativo de débito, arguido pela defesa, esclarece que apenas o cabeçalho do documento de fls. 04 e 05, digitalizado e encaminhado para o contribuinte, realmente está ilegível, mas apenas ele.

Relata que todo o corpo do Auto de Infração, feita tal ressalva, se encontra intacto e legível, como se observa às fls. 01 a 05, sendo que a ilegitimidade verificada não impediu o contribuinte de se manifestar válida e tempestivamente, se defendendo da acusação.

Reproduz o teor do artigo 188 do Código de Processo Civil (CPC), invocando o § 1º, do artigo 18 do RPAF/99, transcrito, para garantir que o demonstrativo de débito legível será entregue ao contribuinte, em meio digital, para que ele se manifeste, querendo, no prazo de dez dias.

Após repisar as informações adicionais prestadas quanto a infração, quando da lavratura do Auto de Infração, registra que os demonstrativos elaborados foram entregues, e sobre o mérito da

acusação, ressalta que embora o autuado apure ICMS com o benefício do Crédito Presumido, na forma das Resoluções nºs 20/2008 e 185/2012, inseridas na mídia que acompanha e compõe o Auto de Infração, a empresa está obrigada a recolher, desde setembro de 2016 o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), previsto na Lei nº 7.988/01 e Decreto nº 16.970/16, que abate do crédito presumido apurado, o crédito renunciado.

Explica que dessa forma, qualquer maneira de inflar o crédito renunciado, tem repercussão financeira para o Estado, pelo que, foi autuado.

Ao assim agir, o sujeito passivo foi de encontro ao disposto no artigo 40, § 2º da Lei nº 7.014/96, que prevê que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Ressalta que ao pretender se creditar validamente de valores de ICMS em percentuais superiores aos previstos em Lei, o sujeito passivo viola o princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no artigo 31 da Lei nº 7.014/96.

Registra que ao alegar desconhecimento do artigo 268, inciso XVII, alínea “a”, item 1 do RICMS/12, que trata da redução da base de cálculo das operações com energia elétrica em 52%, quando destinada a classe de consumo industrial fere também o princípio geral do Direito, consignado no artigo 3º do Decreto-Lei nº 4657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), que apregoa “ninguém se escusa de cumprir a Lei alegando o seu desconhecimento”.

Fala atingir, ainda, o artigo 309, § 7º do RICMS/12, que afirma que se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem, fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.

Passa a listar os equívocos que conteria a impugnação apresentada.

O primeiro equívoco, seria relativo a afirmativa defensiva de constar a multa aplicada, inserida no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, que trata de imposto não retido pelo sujeito passivo por substituição, entretanto, pode ser verificado na fl. 01, que a penalidade aplicada foi a do artigo 42, inciso VII, alínea “a” da mencionada Lei.

Assinala que na qualidade de preposta fiscal, no exercício de atividade vinculada, não lhe cabe descrever as infrações, sequer determinar a multa aplicável, competência da Lei.

Explicita que a base de cálculo é apurada em conformidade com o artigo 17 da Lei nº 7.014/96, de forma automática pelo Sistema de Lavratura do Crédito Tributário (SLCT), não possuindo o agente fiscal, qualquer ingerência sobre o seu cálculo ou sobre o “layout” do Auto de Infração.

Diz ser passível de verificação o cálculo do ICMS devido, observando o levantamento fiscal de fls. 38 a 40, pontuando que ao se prestar atenção à coluna “B” (52% de redução da base de cálculo), se constata que a mesma já ocorreu, e, portanto, não poderia ocorrer novamente, consoante pleito defensivo na tabela da fl. 145.

Aponta que os valores da multa constantes do demonstrativo de débito do Auto de Infração (fl. 04), são exatamente iguais aos calculados pelo contribuinte (fl. 144), qual seja, R\$ 133.369,20, com base nos valores creditados indevidamente, estando corretos.

Assegura nunca ter afirmado que a multa seria R\$ 222.281,94, sendo este valor o correspondente ao somatório de vinte parcelas do valor histórico do débito, constando na fl. 02 dos autos como total da infração 01, aparecendo na reprodução parcial, na tabela apresentada pelo contribuinte, na fl. 43, coluna “valor do ICMS”.

Indica que o levantamento fiscal que embasou a infração, constante do processo, está didaticamente apresentado como se chegou aos valores creditados a mais pela empresa, estando

apensadas também as Notas Fiscais de Energia Elétrica e o Laudo apresentado pela autuada às fls. 41 a 45.

Relativamente ao pedido para que o levantamento fiscal e o demonstrativo de débito, efetuados com embasamento legal, fossem modificados, com a redução dos valores, a fim de atender ao relatório apresentado pelo sujeito passivo, se posiciona que não deve ser atendido, uma vez que, como fartamente demonstrado, estão em desacordo com a Lei.

Ante a inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da infração, mantém a mesma em todos os seus termos e valores.

Em relação aos pedidos formulados pelo autuado, não podem prosperar, garante, vez não se tratar de Auto de Infração nulo, sequer improcedente, conforme demonstrado e embasado.

Também entende que os valores autuados sequer podem ser reduzidos, por faltar lastro jurídico ao Parecer anexado às fls. 155 a 158, o que também afasta o pleito para parcial procedência do lançamento, sendo desnecessário requerer fundamentação para as decisões exaradas, pois tal procedimento já faz parte do rito processual administrativo.

Assim, após verificação minuciosa das razões do contribuinte, roga ao órgão julgador que julgue o Auto de Infração ora examinado, como procedente.

Tendo a autuada e sua procuradora sido comunicadas da informação fiscal, com concessão de prazo de dez dias, pela autuante, por e-mail, em 26/01/2021 (fl. 167), o contribuinte retorna ao feito em manifestação (fls. 170 a 174), na qual, argumenta que no caso concreto houve erro da concessionária de energia elétrica por não discriminar a redução da base de cálculo do ICMS, assim como, conforme parecer de profissional renomado no setor contábil, contratado pela defendente, houve erro material na operação do valor da multa, bem como também obscuridade nos cálculos que demonstram a redução da base de cálculo.

Lembra que em sede de defesa, sustentou que na infração houve um equívoco na operação aritmética que confronta a base de cálculo, a alíquota e a multa. Diante disso, o especialista contábil contratado, apresentou novos cálculos, em conformidade com o artigo 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, pelo que encontrou valor diverso da autuante, conforme quadro apresentado.

Fala se tratar, inequivocamente, de erro material, pois o exame da planilha anexa ao Auto de Infração, denominada “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – FISCALIZAÇÃO ESTABELECIMENTO”, traz consignado o valor correto (base x alíquota x multa), conforme plotagem acostada.

Diante disso, após a correção do erro material, o valor total da multa passa a equivaler a R\$ 133.369,20, e no que se refere especificamente à multa, a autuante, em sede de informação fiscal, limitou-se a mencionar não possuir qualquer ingerência sobre o seu cálculo ou sobre o layout do Auto de Infração, pelo que ressaltou que os valores foram calculados pelo SLCT.

Diante de tal omissão, reitera os temas da sua defesa para impugnar as tabelas acostadas no bojo da infração, isso porque os valores dessa planilha não guardam concordância com os valores aplicados na planilha denominada “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – FISCALIZAÇÃO ESTABELECIMENTO” que apresentam valores corretos.

Ressalta mais uma vez que seu erro aconteceu exclusivamente por falha da COELBA, que não descreveu na conta de energia elétrica que já havia aplicado a redução da base de cálculo do ICMS. Sobre isso, nos mesmos termos da infração, a fiscalização menciona apenas que a conduta do contribuinte afronta o artigo 40, § 2º da Lei nº 7.014/96, que prevê a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independer da intenção do agente ou beneficiário.

Sendo assim, reputa necessário mais uma vez que impugnar a referida sustentação com alegações de responsabilidade objetiva, caracteriza-se deslealdade processual, visto que um dos princípios basilares do direito sustenta que ninguém poderá se beneficiar da própria torpeza, o que fica plenamente caracterizado no processo em epígrafe, tendo em vista que o que deu causa ao erro do contribuinte foi justamente um erro da concessionária.

Ademais, o segundo equívoco verificado se trata da base de cálculo da multa, face a este, uma vez que a motivação da penalidade é o destaque de imposto a maior, a base de cálculo da penalidade deve corresponder apenas e tão somente a parcela do crédito de ICMS indevidamente escriturado e não a integridade do imposto, conforme inteligência do artigo 268 do RICMS, reproduzido.

Face a isto, entende que a base de cálculo deve limitar ao imposto, ou seja, há 52% do valor da operação, passando a penalidade, após a correção do vício ser R\$ 69.351,98 conforme planilha que apresenta.

Por fim e diante de tudo quanto exposto, requer, seja reconhecida a ausência de ônus da autuada quanto a apuração da base de cálculo do ICMS, tendo em vista que, conforme já informado, o dever de apresentar o percentual correto a ser deduzido é da própria emissora da conta de energia, o que não ocorreu no presente caso.

Conclui, requerendo seja reconhecida a total improcedência da autuação objeto da presente impugnação, com seu conseqüente arquivamento em definitivo, em razão da demonstração de sua insubsistência, consoante comprovações que atestam o dever de apresentar o percentual correto a ser deduzido é da própria emissora da conta de energia, de modo a afastar a sua responsabilidade quanto a apuração do aludido ICMS, logo, deve ser, de plano, afastada a responsabilidade da autuada face a tal infração.

Por fim, reitera o pedido formulado em defesa para que sejam devidamente fundamentadas todas as decisões exaradas no bojo deste processo administrativo, sob pena de nulidade processual insanável.

Em 30/04/2021 a Junta de Julgamento Fiscal determinou a realização de diligência, dirigida à empresa autuada, com o fito de apresentar, nos termos do artigo 8º do RPAF/99, mídia contendo não somente a impugnação, como, igualmente, a manifestação apresentada, com posterior encaminhamento a autuante para se manifestar pela via de nova informação fiscal, acerca da manifestação apresentada (fl. 186).

Em 31/05/2021, pelo Domicílio Tributário Eletrônico, foi o sujeito passivo devidamente intimado quando ao cumprimento da diligência (fls. 190 e 191).

A empresa autuada tem como cumprida a diligência, através dos documentos de fls. 193 a 224.

Nas fls. 231 e 232, diante da aposentadoria da autuante, estranho ao feito designado, presta informação fiscal nos seguintes termos, após sucinto resumo da autuação.

Aponta que o demonstrativo de fls. 38 a 40 e demais comprovantes às fls. 41 a 66 dão suporte à acusação, complementados pelos demonstrativos de fls. 87 a 133.

Em relação à manifestação do contribuinte de fls. 170 a 182, aduz que a autuada nada alterou em relação ao crédito tributário lançado originalmente, bem como não apresentou fato novo que não tenha sido apreciado pela autuante na informação fiscal.

Considera que a autuada, a partir dos seus argumentos defensivos, não faz referência ao disposto no artigo 268, inciso XVII do Decreto nº 13.780/12, reproduzido, presume que não procedeu na forma ali expressa.

Diante do fato de que não foi apresentada nenhuma prova capaz de elidir a acusação fiscal, retorna o Processo Administrativo Fiscal para que se encaminhe ao CONSEF para fins de instrução.

De tal informação, a empresa autuada foi cientificada pelo Domicílio Tributário Eletrônico em 14/05/2024, com a concessão de prazo de dez dias para manifestação (fls. 234 e 235), entretanto, em documento de fl. 237, apenas ratifica todos os termos anteriormente apresentados, tendo o estranho ao feito tomado ciência da mesma, registrando, mais uma vez, a ausência de fato novo a ser apreciado (fl. 241-v).

Foram os autos remetidos ao CONSEF pelo órgão preparador em 20/08/2024 (fl. 243), recebidos no órgão julgador em 22/08/2024 e encaminhados a este relator sem qualquer despacho (fl. 243-v), tendo sido devidamente instruídos e considerados aptos para julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização relativa à cobrança de ICMS, objeto de impugnação pela empresa autuada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se verifica que a formalização do procedimento de fiscalização se deu em cumprimento à Ordem de Serviço nº 503223/20.

Os elementos que suportam a acusação se encontram às fls. 09 a 132 dos autos, bem como na mídia de fl. 133.

A ciência do lançamento ocorreu em 29/09/2020, através do Domicílio Tributário Eletrônico, da Intimação para Tomar Ciência e Efetuar Pagamento de Auto de Infração ou Contestação (fl. 06).

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da imputação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender sustentariam suas teses defensivas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva peça de impugnação apresentada, além de manifestação posterior.

Inexiste, pois, qualquer insegurança jurídica em relação ao lançamento, que, conforme visto, seguiu rigorosamente a legislação quando de sua confecção, atentando para os princípios do processo administrativo fiscal, e assegurando o direito à ampla defesa do sujeito passivo, bem como o exercício do contraditório.

Assim, a acusação foi provada, e se encontra devidamente embasada em elementos da própria documentação acostada, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, estando preenchidos todos os requisitos de validade e eficácia do lançamento, e a possibilidade de atender aos elementos previstos na legislação em vigor.

Enfrentando inicialmente as questões postas a título de preliminar, relativamente ao não atendimento dos incisos III e IV, alínea “e”, do artigo 39 do RPAF/99, esclareço de logo se constatar ser a acusação suficientemente clara, estando a sua demonstração e forma de apuração devidamente explicitada no demonstrativo elaborado pela autuante, bem como na robusta documentação acostada aos autos às fls. 09 a 132.

Além disso, em extensa explanação quando da indicação da infração, a autuante prestou ampla e completa justificativa para a lavratura do Auto de Infração, o que desacredita a sustentação defensiva.

Quanto ao argumento defensivo de que teriam sido desatendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório, esclareço ser o direito de ampla defesa uma importante garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito insculpido no corpo constitucional quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivos, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta que:

“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

- Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;
2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;
3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;
4- direito de apresentar defesa escrita”*

E tanto tal direito foi garantido ao contribuinte, que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas sem qualquer restrição para a infração lançada, evidentemente após o exame dos elementos do feito, desfiou os argumentos a seu favor, pode contraditar a informação fiscal prestada, após a sua ciência, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição, o que sepulta o argumento posto.

Também foi obedecido o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Néelson Nery Costa assim entendido:

“O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela”.

Da mesma maneira, não se pode avaliar ter sido violado o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, o qual possui a sua gênese no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que reza: *“ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.*

Em complemento a tal comando, de forma específica, ao abordar o sistema tributário, a Carta Magna, no seu artigo 150, inciso I, veda os entes federados: *“sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”*, o que torna tal princípio um dos mais importantes de nosso sistema tributário.

O crédito fiscal e a sua apropriação, cerne da infração arrolada na presente autuação, se encontra regido pela Lei Complementar nº 87/96, e no estado da Bahia, pela Lei nº 7.014/96, o que significa dizer que a matéria possui a necessária e essencial base legal, descabendo argumentação em sentido contrário.

Em relação ao argumento defensivo relativo a ilegibilidade do demonstrativo de débito do Auto de Infração, tal situação, reconhecida pela autuante, foi devidamente sanada, pelo reenvio do demonstrativo sem que o cabeçalho estivesse ilegível, com prazo para a manifestação da defesa, embora tal fato não impedisse o conhecimento, a conferência e a leitura plena dos dados ali inseridos, de forma que a arguição do sujeito passivo fica prejudicada quanto a tal tema.

Assim, apreciadas e rejeitadas as argumentações do contribuinte autuado, pelos motivos acima expostos, o que de logo, atende ao requerimento defensivo de *“para que sejam devidamente fundamentadas todas as decisões exaradas no bojo deste processo administrativo, sob pena de nulidade processual insanável”*, o que soa estranho, à vista do fato de não somente ao longo dos mais de oitenta anos deste Conselho, o segundo mais antigo do país, tem se pautado no decorrer dos anos pelas decisões não somente fundamentadas, mas também, pela consistência da fundamentação, sendo reconhecido por toda a sociedade e em especial pelos que aqui militam pela qualidade do trabalho, sua isenção e senso de justiça, como de igual modo, pelo teor do

artigo 18, inciso III do RPAF/99, que considera nulas as decisões não fundamentadas, o que não é o caso presente.

Analisando o mérito, antes de mais nada, verifico que a sistemática de crédito fiscal se encontra na norma legal do estado da Bahia, insculpida nos artigos 28 e 29, *caput* da Lei nº 7.014/96, na seguinte redação:

“Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior”.

Dito isso, e tendo em vista que não se discute aqui o fato de ter ou não direito a apropriação do crédito de energia elétrica, inclusive a autuante faz menção na descrição da autuação do fato de a empresa possuir laudo técnico a respeito, o qual, inclusive segrega os percentuais de uso na indústria e no setor administrativo (fls. 41 a 45), mas sim, o montante apropriado em seus livros fiscais a título de ICMS, em montante maior do que o devido,

Para comprovar tal fato, a autuante acostou farta documentação, especialmente as Notas Fiscais de Energia Elétrica emitidas no período autuado pela concessionária de energia elétrica (Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA), constantes às fls. 46 a 66, nas quais, inclusive, consta a indicação de ser a autuada classificada na condição de “industrial”, não negando o fato de ter se apropriado do crédito fiscal correspondente ao montante integral do ICMS indicado na conta de energia elétrica, ainda que erroneamente, sem qualquer redução.

Desta maneira, há de se aplicar a regra contida no artigo 268, inciso XVII, alínea “a” do RICMS/12, pela qual:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XVII - das operações com energia elétrica, de acordo com os seguintes percentuais:

a) 52%, quando:

1 - destinada às classes de consumo industrial e rural”.

Não remanesce qualquer dúvida quanto ao fato da autuada ser estabelecimento industrial e, conseqüentemente, tais operações estarem sujeitas à redução de base de cálculo, fato não considerado pela autuada ao tomar e escriturar os créditos de energia elétrica, ao argumento de que o erro teria sido cometido pela empresa concessionária ao emitir a Nota Fiscal.

Nos termos do artigo 40, § 2º da Lei nº 7.014/96, temos, como aliás, bem lembrado pela autuante:

“Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

(...)

§ 2º A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

Tal comando, se encontra em plena consonância com o artigo 136 do CTN, como se vê:

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

Segundo a melhor doutrina, tal dispositivo deve ser analisado de forma subjetiva, como se vê no pensamento de Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 271) ao afirmar a irrelevância de dolo ou, até mesmo, de culpa na configuração da infração tributária, e, conseqüentemente, seja imputada a responsabilidade àquele que o comete. Em nada modificaria, tampouco, a inexistência de dano ou prejuízo à

Fazenda Pública que seja resultante daquele ato.

Na mesma trilha, Paulo de Barros Carvalho (Direito Tributário: Linguagem e Método. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 888.) vê no dispositivo “*uma declaração de princípio em favor da responsabilidade objetiva*”, ainda que não em termos absolutos.

Ao seu turno, José Eduardo Soares de Melo, (“Sanções tributárias”. In Hugo de Brito Machado (Coordenador). Sanções administrativas tributárias. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ICET, 2004, p. 255.) entende que “*as sanções administrativas, dentre as quais as tributárias, decorrem de responsabilidade objetiva*”.

Tal entendimento contraria a tese da defesa. Até pelo fato de que a COELBA possa, ao ter percebido o erro cometido, ao não aplicar a redução de base de cálculo em tais operações, requerido a Fazenda Pública a repetição do indébito.

Ainda nesta seara, o contribuinte também violou o artigo 309, § 7º do RICMS/12:

“Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação”.

Ou seja: independentemente do eventual erro da concessionária de energia elétrica, a autuada tem por obrigação não somente conhecer a legislação do imposto a qual está submetida, como, de igual modo, verificar os documentos fiscais que adentram no seu estabelecimento, a fim de evitar situações como a que se apresenta, fazendo os cálculos corretos dos valores a que tem direito a título de crédito fiscal.

Fato é que na forma devidamente demonstrada através dos livros fiscais da empresa autuada, igualmente apensados aos autos pela autuante, fato incontroverso é o de que o crédito fiscal tomado pela mesma se apresenta de maneira cristalina como indevido, vez que escriturado a maior do que o previsto na legislação.

Quanto ao Laudo apresentado pela defesa às fls. 155 a 158, com o devido respeito ao profissional que o elaborou, talvez pela razão de sendo do estado do Espírito Santo, não está afeito ao documentos e procedimentos adotados pelo estado da Bahia quanto aos lançamentos tributários, contém algumas impropriedades.

Em relação ao erro material na operação aritmética de apuração do valor da multa, o qual, indevidamente enquadrado como a do artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, que corresponde a:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente

(...)

e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição”.

Entretanto, o dispositivo correspondente a multa aplicada no lançamento, como pode ser observado na fl. 02 do Auto de Infração aplicado pela autuante é o inciso VII, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Lembrando que a acusação formulada na autuação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, não tendo sido aventado em momento algum do lançamento, falta de retenção do ICMS pelo sujeito passivo a título de substituição, como fala o Laudo.

Outra observação que confirma a falta de familiaridade do profissional com os procedimentos fiscais na Bahia, diz respeito a observação de ser o valor do ICMS devido pelo contribuinte, o valor da base de cálculo da multa, como consta, inclusive na tabela colacionada à fl. 156.

A bem da verdade, o Auto de Infração se compõe em sua tabela de valores (fl. 01), das seguintes colunas:

Data da ocorrência; data de vencimento; base de cálculo do imposto; alíquota; percentual de multa e valor do imposto.

Assim, para a ocorrência de 27/01//2017, com vencimento em 09/02/2017, o imposto é calculado da seguinte maneira: R\$ 35.783,85 (base de cálculo) x 27% (alíquota) = R\$ 9.661,64 (imposto devido).

Desta forma, a coluna em que o Laudo indica ser a base de cálculo da multa, em verdade é o valor do imposto devido.

Isso pode ser confirmado pela leitura do demonstrativo de débito de fls. 04 e 05, no qual constam as colunas de número de ordem, infração, data da ocorrência, data do vencimento, base de cálculo do imposto, alíquota, valor do imposto, multa percentual a ser aplicada sobre o valor do imposto (60%), valor do imposto devido, que se apresenta igual ao da coluna débito, acréscimo moratório, valor da multa, valor total, que corresponde a soma do valor do imposto, valor do acréscimo moratório e valor da multa, além dos valores sujeitos a redução, caso haja pagamento, conforme explicitado em pequena tabela na fl. 05, em função do percentual de redução da multa (90%, 70%, 35% e 25%).

Assim, tomando o mesmo exemplo acima indicado, se observa que os valores lançados estão perfeitamente corretos, sem qualquer erro ou equívoco que macule o lançamento, eis que feitos de forma automática pelo sistema de elaboração do Auto de Infração, apenas com a indicação do valor devido e da data em que seria devido.

Exatos, pois, os valores lançados, que devem ser mantidos, esperando este julgador ter esclarecido suficientemente todos os quadros de dados indicados no Auto de Infração.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de sua procuradora, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato de o processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido, não se podendo alegar qualquer cerceamento do direito de defesa ou nulidade processual.

Ante o exposto, tendo enfrentado todas as questões defensivas postas, devidamente embasado na legislação e nas provas colacionadas aos autos, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, tal como lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n° 207090.0005/20-5, lavrado contra **ITALSOFA NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 222.281,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2025.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVIERA - JULGADOR

