

A. I. N° - 281228.0004/20-1

AUTUADO - BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

AUTUANTE - ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO

ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS

PUBLICAÇÃO- INTERNET - 26/12/2021

ACÓRDÃO JJF N° 0192-03/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. Devidamente comprovado que a energia elétrica adquirida é para fins de consumo por parte da empresa autuada/adquirente da mesma, a operação deve sofrer incidência do ICMS. Em sede de informação fiscal foi excluída do levantamento fiscal exigência que já tinha sido objeto de outro Auto de Infração. Infração parcialmente subsistente. Afastada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 29 de setembro de 2020, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$5.827.878,05, acrescido de multa de 60%, pela constatação da Infração 01 - 02.01.14 - Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2018, janeiro a novembro de 2019 e janeiro a junho de 2020. Demonstrativo à fl. 06 a 08 e CD à fl. 12.

O Autuado, tempestivamente, por seus advogados, procuração às fls. 70 a 75, apresenta Impugnação ao lançamento constante às fls. 19 a 44, no qual, após observar a sua tempestividade e resumir a acusação fiscal, alinha os argumentos a seguir resumidos.

Revela tratar-se de Auto de Infração lavrado visando a exigência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, referente a operação de fornecimento de energia elétrica escriturada nos livros fiscais próprios, conforme se pode depreender da descrição da suposta infração constante do lançamento fiscal.

Destaca que a exigência de ICMS se refere ao período de janeiro de 2018 a junho de 2020, totalizando o valor histórico (nominal) de R\$5.827.878,05, cujo montante, acrescido dos encargos legais de multa e juros, corresponde a R\$9.770.849,05.

Assevera que a autuação padece de manifesta ilegalidade dado o evidente equívoco quanto à prática do fato jurídico descrito na infração, posto que não tem como atividade o fornecimento de energia elétrica, mas, a título informativo, apenas realiza a sua aquisição para utilização na industrialização de suas mercadorias.

Observa que a descrição da infração é clara ao consignar que teria deixado de pagar o imposto (ICMS) no “fornecimento de energia elétrica”, o que, todavia, nem sequer está inserido o espoco da sua atividade, não tendo, inclusive, em nenhuma oportunidade no período relacionado no auto de infração realizado operações de fornecimento, diga-se, comercialização, de energia elétrica.

Registra que, conforme consta da própria capitulação do Auto de Infração, o ICMS devido na operação de fornecimento de energia elétrica, deveria ter sido pago na forma do art. 305, do RICMS-BA/12 o qual prevê o pagamento do imposto apurado por intermédio de conta corrente fiscal.

Ressalta que, no entender da fiscalização, realizou operações de fornecimento de energia elétrica, cujo ICMS incidente sobre a referida operação deveria ter sido lançado no Livro de Apuração do referido imposto, efetuando-se, assim, o seu pagamento dentre uma das hipóteses previstas nos §§1º e 2º, do art. 305, do RICMS-BA/12, ou seja, com os créditos de entrada e, na hipótese de identificação de saldo positivo a pagar, mediante recolhimento desta diferença. Prossegue assinalando que as operações relacionadas pela fiscalização não se referem à operações de fornecimento de energia elétrica, pelo que se pode concluir que não praticou o fato gerador do tributo, tal como exigido pela fiscalização.

Esclarece que as operações de compra de energia elétrica não são objeto da autuação fiscal, cumpre informar que vem regularmente procedendo com o recolhimento do ICMS devido nestas operações, conforme, inclusive, atesta o Laudo Técnico anexo.

Afirma que o Auto de Infração padece de nítida nulidade, posto que lhe atribui a prática de fato gerador relacionado ao fornecimento de energia elétrica, sem sequer comprovar a sua realização, dado que as notas fiscais mencionadas no Auto de Infração não demonstram a realização do fato jurídico tributário relacionado ao fornecimento, diga-se, comercialização, de energia elétrica.

Informa ser pessoa jurídica de direito privado, e, conforme verifica-se de seu contrato social, tem como objeto social as seguintes atividades: Fabricação de pneumáticos e de câmaras-de-ar; Comércio por atacado de pneumáticos e câmaras-de-ar; Comércio a varejo de pneumáticos e câmaras-de-ar; Testes e análises técnicas e; Serviços combinados de escritório e apoio administrativo.

Menciona, conforme verifica-se na descrição da infração, que deixou de recolher ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica, escrituradas nos próprios livros fiscais.

Assevera que não atua como fornecedora de energia elétrica, mas sim adquirente de energia elétrica em seu processo de industrialização de pneumáticos e sequer poderia ser diferente, posto que para o fornecimento de energia elétrica deveria atuar como distribuidora ou concessionária, o que, evidentemente, não constitui objeto da sua atividade.

Revela que, conforme se pode observar do quanto disposto no próprio Auto de Infração, as notas fiscais relacionadas, por intermédio das quais a fiscalização identificou o suposto valor devido de ICMS se referem às operações de aquisição de energia elétrica. Continua destacando que a simples análise dos arquivos digitais das notas fiscais eletrônicas por intermédio do código de acesso se constata que o fornecimento de energia elétrica, no caso, ocorreu pela empresa NC Energia S.A., inscrita no CNPJ nº 04.023.261/0001-88, conforme se pode depreender do resumo de uma das notas fiscais que reproduz, à fl. 24. Remata, assinalando que se pode concluir que as notas fiscais mencionadas no Auto de Infração são efetivamente relacionadas ao fornecimento de energia elétrica, porém, o fato jurídico apontando como pressuposto na exigência fiscal não praticou, mas sim a empresa NC Energia S.A., inscrita no CNPJ nº 04.023.261/0001-88.

Assevera que se tratando de exigência sobre o fornecimento de energia elétrica, não há falar-se na prática do fato gerador, que figura como adquirente.

Menciona que não há outra interpretação à expressão “fornecimento de energia elétrica”, senão aquela relativa às operações de saída da mercadoria, conforme, inclusive, se pode observar nos artigos 114, 115, 117 e 264, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Observa que os diversos dispositivos legais indicam que o fornecimento de energia elétrica constitui fato jurídico praticado por aquele que efetivamente a fornece, não podendo ser atribuído a prática deste fato jurídico pelo adquirente de energia elétrica, como no caso em tela.

Declara que a própria autuação fiscal se refere ao fornecimento de energia elétrica - e não em eventual aquisição dado que se utiliza do dispositivo legal referente ao pagamento do tributo juntamente com as demais operações - de venda de energia elétrica, ou seja, por intermédio da conta corrente, conforme art. 305, do RICMS-BA/12.

Pondera que se pode concluir que o objeto da autuação fiscal tem como fato gerador o “fornecimento de energia elétrica”, logo, o critério material da regra matriz de incidência tributária apontado como praticado não encontra suporte nas operações efetivamente ocorridas, dado que houve a aquisição de energia elétrica e não o seu fornecimento.

Lembra que o lançamento tributário, na forma do art. 142, do CTN, constitui o “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Com efeito, diz verificar que o fato gerador apontado como ocorrido “fornecimento de energia elétrica”, nem sequer foi praticado, o que, de plano, afasta a exigência fiscal sobre a ocorrência do referido fato gerador.

Acrescenta que a própria atribuição do pagamento via conta corrente fiscal, ou seja, débitos e créditos, comprova que, de fato, a autuação fiscal está se referido ao fato gerador relacionado ao fornecimento de energia elétrica, dado que, caso a autuação compreendesse a atividade diversa ou mesmo o fato jurídico de adquirir energia elétrica - o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade - a capitulação legal seria outra, dado que o RICMS-BA/12 contempla norma específica sobre o tema.

Arremata frisando que, o quanto exposto acima, corrobora no sentido de que se trata, de fato, de exigência fiscal pautada no fato jurídico tributário relacionado ao fornecimento de energia elétrica, o fato de que as competências objeto deste auto de infração já terem sido exigidas quando da lavratura do Auto de Infração nº 2989430002/19-0 (Doc. 04), que tem por objeto a cobrança do ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica.

Revela que o Auto de Infração nº 2989430002/19-0 comprehende as competências relativas ao exercício de 2018, as quais também não objeto da presente autuação fiscal, o que, evidentemente, comprova que, naquele auto de infração a exigência tem por base o fato jurídico relacionado à aquisição de energia elétrica, enquanto o presente Auto de Infração tem por objeto o fornecimento de energia elétrica.

Observa que são as mesmas competências, razão qual se pode concluir que os Autos de Infração possuem pressupostos fáticos diversos, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Diz restar evidente que o Auto de Infração tem por pressuposto o fato jurídico relacionado ao fornecimento de energia elétrica, ou seja, a comercialização da mercadoria, fato este, todavia, não praticou, sendo, portanto, indevida a exigência fiscal.

Pondera que, embora a sua responsabilidade - na qualidade de adquirente da mercadoria - não seja objeto de presente Auto de Infração, não é demasiado destacar pontos relevantes da operação.

Registra que, conforme se pode depreender do Auto de Infração, o lançamento tributário tem por objeto o fornecimento de energia elétrica, cujo ICMS deveria ter sido recolhido - pelo fornecedor - mediante lançamento do débito do ICMS na conta corrente fiscal, na forma do art. 305, do RICMS-BA/12.

Revela que as notas fiscais emitidas pelo fornecedor da energia elétrica - sobre o qual deveria, inclusive, recair a exigência fiscal diante da descrição do Auto de Infração, restaram desprovidas de destaque do imposto, razão pela qual o procedimento que adotou está em consonância com o art. 305, do RICMS-BA/12, mediante lançamento da mercadoria no livro fiscal, passando a tributar o valor sobre o valor agregado.

Declara que esta orientação, aliás, advém do entendimento segundo o qual o ICMS adquirido em operações de energia elétrica deve ser pago quando da saída das mercadorias, nos termos do racional aplicado pela decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066, julgado em 23.01.2019.

Observa que a decisão confirmada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão que transcreve que não admitiu o Recurso Especial, Agnt no AREsp 1205132/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 10/12/2018.

Observa que a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com o procedimento que adotou, dado o recolhimento do tributo, sobre o valor agregado da mercadoria, na forma da conta corrente fiscal, conforme dispõe o art. 305, do RICMS-BA/12.

Salienta que tal entendimento vem sendo aplicado pela Junta de Julgamento deste Conselho de Fazenda, como se pode aferir do conteúdo da decisão proferida nos autos do processo nº 278868.3001/13-1, cuja decisão explicitou a própria racionalidade da sistemática do ICMS para fins de interpretação dos dispositivos legais relativos à matéria, reconhecendo que o pagamento do ICMS ocorre sobre o valor agregado da mercadoria.

Afirma que os precedentes judiciais estão em consonância com a sua posição, no tocante à aplicação da racionalidade do ICMS, pela conta corrente fiscal.

Assinala que, mesmo confiante que o Auto de Infração será anulado, em razão do erro da capitulação mencionado acima, o Auto de Infração ainda padece de inconstitucionalidade pelo fato da alíquota de 27% afrontar o princípio da seletividade, disposto no art. 155, § 2º, inciso III, da CF/88.

Destaca que, a energia elétrica é uma mercadoria essencial para a atividade industrial e, diante da regra constitucional de aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, quanto maior for a essencialidade da mercadoria menor deve ser a tributação. Sobre o tema traz a colação lições de juristas pátrios Hugo de Brito Machado e outros.

Diz ser de fácil constatação que tal princípio não foi observado quando da exigência fiscal, dado que o Estado da Bahia submeteu às operações à tributação de 27%, composta pela alíquota ordinária de 25% e 2% relativo ao Fundo de Combate à Pobreza, nos termos Lei Estadual n.º 7.014/19%.

Assevera que deve ser aplicado o princípio da seletividade também em relação às operações de energia elétrica, sendo defeso a aplicação da alíquota majorada, conforme entendimento do próprio Tribunal de Justiça da Bahia - APELO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0548841-63.2014.8.05.0001 Rel. JOSE OLEGÁRIO MONCAO CALDAS, Publicado em: 15/05/2019).

Menciona ainda que o tema acerca da aplicação da seletividade é objeto de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida no RE 714.139/SC.

Revela haver precedentes favoráveis pela aplicação do princípio da seletividade nas aquisições de energia elétrica no próprio Estado da Bahia, sendo certo que a questão ainda deverá ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, caso seja mantido o Auto de Infração, que ao menos seja respeitado o princípio da seletividade, diminuindo o percentual da alíquota de 27%.

Observa que a multa aplicada no presente Auto de Infração corresponde a R\$3.496.672,23, ou seja, valor demasiadamente excessivo, considerando que o valor foi devidamente recolhido mediante o lançamento na conta corrente fiscal, conforme atesta o Laudo Técnico supracitado.

Menciona, no tocante ao princípio da proporcionalidade, que o mesmo decorre do princípio do devido processo legal no seu aspecto material, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do alcance da expressão “ninguém será privado da liberdade ou se seus bens sem o devido processo legal” prevista no art. 5º, inciso LIV, da CF/88. Continua frisando que a referida exegese decorre da análise de constitucionalidade de multa tributária, quando o Exmo. Ministro Carlos Veloso, ao apreciar a medida liminar na ADI 1.511-MC.

Afirma que o legislador ordinário deve ater-se ao comando do princípio do processo legal substantivo para (materialmente) produzir textos normativos em consonância com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, assim entendido como um real e substancial nexo de adequação e necessidade do conteúdo do ato legislativo.

Destaca, depois de reproduzir ensinamentos de jurista pátrios, que se pode concluir que as penalidades pecuniárias impostas pela legislação fiscal também estão sob o crivo do princípio do devido processo legal substantivo, razão pela qual deve ser afastada a aplicação de qualquer infração que não atenda aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Pondera que, considerando que se trata de multa de 60% sobre o valor indicado na nota fiscal de compra de energia, para fins de análise da aplicação do postulado da proporcionalidade, deve-se verificar a compatibilidade entre o bem jurídico perquirido e a violação ao direito fundamental, no caso, a vedação ao confisco, amparado constitucionalmente pelo art. 150, inciso IV, da CF/88.

Questiona se o grau de importância da finalidade da lei, que consiste em evitar condutas em descompasso com a legislação tributária, em especial, no caso em tela, eventual conduta no sentido de ludibriar o Estado e, assim, reduzir a carga tributária, deve prevalecer em detrimento da injusta apropriação estatal de parte relevante do patrimônio da companhia. Afirma que, evidentemente, a resposta é proibitiva, ou seja, não se justifica a aplicação da multa de 60% (sessenta por cento) sobre o valor da operação, diante da manifesta vedação ao princípio do não confisco, expressamente amparado no texto constitucional.

Salienta ainda, que o referido princípio se encontra alocado dentro das limitações ao direito de tributar, previstas no art. 150, da CF/88, sendo que a vedação ao confisco constitui evidente oposição ao Estado à instituição de regras tributárias que impliquem injusta apropriação estatal no patrimônio do contribuinte, funcionando como uma ordem de dever de abstenção.

Em face de sua relevância dentro do sistema constitucional tributário, sustenta não se justificar a sua violação em favor de fatores arrecadatórios como pretende o Estado da Bahia ao aplicar uma penalidade de 60% do valor da operação, o que, supera de forma demasiada a própria tributação na operação.

Destaca, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 551-1, afastou a aplicação de multa excessiva por identificar a existência de falta de proporcionalidade entre a violação ao bem jurídico e a imposição da multa confiscatória.

Observa que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a multa não deve exceder o próprio valor do tributo, com fundamento dos princípios do não confisco, proporcionalidade e capacidade contributiva, o que se aplica ao caso em tela de forma mais incisiva, devido ao fato do pagamento do tributo por intermédio do lançamento na escrita fiscal.

Diz não se tratar de afastar a lei por inconstitucionalidade, mas sim aplicar a racionalidade do julgado de acordo com o caso em julgamento, devido a situação diversa que se encontra que procedeu com o pagamento do tributo, todavia, supostamente de forma diversa da prevista na legislação, o que a diferencia dos demais contribuintes em relação à gravidade da multa imposta.

Aduz que, diante do pagamento do imposto, deve ser reconhecida a desproporcionalidade da multa aplicada, declarando, assim, a sua insubsistência.

Reitera seu pleito para que quaisquer intimações e notificações nestes autos sejam encaminhadas, além da recorrente, exclusivamente aos cuidados dos seguintes patronos; Thiago Cerávolo Laguna, inscrito na OAB/SP sob o nº 182.696 e Luiz Henrique Dellivenneri Manssur, inscrito na OAB/SP sob o nº 176.943, no seguinte endereço: Rua Tenente Negrão, nº 140, «andar, Itaim Bibi, São Paulo (SP), CEP: 04.530-030, Tel.: + 55 11 2129-8184.

Por fim, caso não sejam acolhidas as razões acima, ou seja, na hipótese de subsistência integral do lançamento fiscal, ainda sim deve ser reconhecida a manutenção do direito de crédito do

ICMS exigido no presente Auto de Infração, na forma do art. 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 87/96.

Menciona que, tal como a própria validade da exigência fiscal que se concretiza com o encerramento da fase administrativa, o direito de crédito apenas se dará com a constituição do crédito tributário, não havendo falar, assim, em decadência do exercício ao direito de crédito.

Requer sejam acolhidos os fundamentos da presente defesa para julgar improcedente o Auto de Infração, pela sua manifesta nulidade, tendo em vista (i) que não praticou o fato gerador descrito no lançamento fiscal, qual seja; o fornecimento da mercadoria; (ii) as competências autuadas são objeto do 2989430002/19-0; (iii) que foi aplicada alíquota do imposto em descompasso com o princípio da seletividade, além de restar caracterizado o excesso na penalidade, mesmo diante do pagamento do imposto.

Pugna que, na hipótese de manutenção da exigência fiscal, deve, ainda, ser reconhecido o direito de crédito sobre eventual imposto pago quando devidamente constituído o crédito tributário.

Às fls. 81 e 82, o Autuado se manifesta para a juntada de Laudo Técnico Contábil, fls. 83 a 87, referente à contabilização de energia elétrica atribuída ao seu custo das mercadorias vendidas, para ilustrar a operação realizada por seu estabelecimento com o fito de comprovar o pagamento do ICMS sobre a energia elétrica, já que no seu entendimento compõe o preço de venda de seus produtos.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 112 a 115. Inicialmente, destaca que o Impugnante alega que o lançamento fiscal não pode prosperar pelos seguintes motivos:

- a) Que a infração se refere ao fornecimento de energia elétrica escriturada nos livros fiscais, alega que não fornece energia elétrica (item 6), mas que realiza a sua aquisição para utilização na industrialização de suas mercadorias (8);
- b) Fornecimento de energia elétrica não está inserido na sua atividade;
- c) As operações relacionadas pela fiscalização não se referem ao fornecimento de energia elétrica, mas sim a aquisição da energia elétrica (12);
- d) Em 21/01/21, Incluiu um laudo técnico juntado no processo SIPRO Nº 004553/2021-4, onde alega que apesar de não praticar a operação de Fornecimento de Energia elétrica, contudo faz a defesa da infração de aquisição de energia elétrica, junta o Laudo Contábil onde, segundo ele, demonstra que o valor da energia elétrica utilizada na produção de seus produtos é incorporado como custo dos referidos produtos, compondo o seu preço de venda e, portanto, sendo tributado na operação final de venda dos respectivos produtos. E que a tributação da mesma estaria incorrendo em dupla tributação;
- e) Argui a nulidade, pois não pratica a operação de fornecimento de energia elétrica, a qual foi imputada no presente Auto de Infração;
- f) No item 18 o Impugnante afirma que não atua como fornecedora de energia elétrica, mas sim como adquirente de energia elétrica em seu processo produtivo.
- g) Alega que o fornecimento foi realizado pela empresa NC Energia, conforme NF dos relatórios;
- h) No item 29 admite que pelo princípio da eventualidade a capitulação seria outra, admitindo que a infração é de aquisição de energia elétrica no ACL;
- i) Alega (30) que o período já foi objeto de outro Auto de Infração de nº 2989430002/19-0, no mesmo valor do exercício de 2018, sobre o Fornecimento de energia, o que seria bis in idem;
- j) Aduz que nas suas notas fiscais de entrada vem sem o destaque do imposto, porém a hipótese de incidência é a entrada no estabelecimento de energia elétrica para industrialização, realizando o registro nos livros fiscais sem o crédito do ICMS sobre a aquisição da energia elétrica;
- k) Princípio da Seletividade do ICMS e a alíquota de 25% do imposto exigido pelo estado da Bahia (41);

- l) Inaplicabilidade da Multa - princípio do não confisco, segundo a Impugnante valor demasiadamente excessivo e
- m) Do direito de crédito na hipótese de subsistência do lançamento fiscal (73).

Em relação ao mérito destaca:

Quanto a alegação de que houve um equívoco no preenchimento do Auto de Infração foi omitido texto da complementação que é colocada na descrição da infração: “Deixou de recolher o ICMS das aquisições estaduais de energia elétrica oriundas do mercado livre, conforme art. 400, do RICMS-BA/12, demonstrativo em anexo”. Assinala ser um texto padrão colocado no complemento da infração dos Autos lavrados pela aquisição de energia elétrica Mercado Livre, porém nesse Auto de Infração, não constou no campo.

Frisa que houve um equívoco no preenchimento de apenas um carácter do campo de código da infração do AI, no terceiro dígito foi trocado o valor de 02 para 01, onde deveria ser digitado a infração, 02.01.24, foi digitado 02.01.14, mudando a infração de aquisição da energia para fornecimento de energia elétrica, uma coincidência de produtos:

02.01.14 - Deixou de Recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações no fornecimento de energia elétrica escriturada nos livros fiscais próprios, quando na verdade a infração correta seria a:

02.01.24 - 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.

Grupo 002 Falta de Recolhimento do ICMS

SubGrupo 001 – Operações com Mercadorias

Infração 024 – Entrada de Energia Elétr. – Ambiente de Contratação Livre – Operação escriturada

Texto Padrão Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato e Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL. Estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fins]]m de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada.

Enquadramento – Artigos 400 e 401 do RICMS aprovado pelo Dec. 13.780/12, alínea “i” do inciso II do art. 16, art. 16-A, inciso V e § 1º do art. 17 e inciso III da art. 34 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3ª do Conv. ICMS 77/2011.

Tipificação: Alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96 - Multa 60%

Sustenta que mesmo com a omissão não trouxe qualquer prejuízo a defesa do contribuinte que se pronunciou na sua defesa sobre o tema, pois já tem conhecimento do objeto da autuação, tanto que juntou um Laudo Contábil, agora em 21/01/2021, demonstrando que o custo do ICMS, apesar de não destacado na Nota fiscal de aquisição, pois no seu entendimento a tributação da energia é na saída do produto final acabado.

Frisa que a infração corretamente identificada é: 02.01.24 - 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, obedecendo assim o respeito ao amplo direito de defesa, mesmo que o mesmo não tenha sido violado pelo fato do Impugnante ter apresentado suas alegações de defesa, seja na juntada do Laudo, quando admite que cometeu outra infração “h”, item 29, em “c”, item, 12, e que as NFE não tem destaque do ICMS em “j”.

Menciona que a norma matriz de incidência, data, local, alíquota, base de cálculo, valor da operação, foram apresentadas nos demonstrativos que em seu título tem perfeitamente a descrição correta da infração e de todos os dados necessários a sua compreensão e defesa da infração imputada, não havendo prejuízo algum ao seu direito de defesa.

Assinala que foi acatada a alegação de que o exercício de 2018, já havia sido objeto de autuação, no Auto de Infração nº 2989430002/19-0, e retirado do demonstrativo o período já autuado.

Observa que o Auto de Infração de nº 2989430002/19-0 lavrado no exercício de 2018, fundamenta a presente autuação sobre a tributação da aquisição de energia elétrica, pois foi lavrado sobre a Infração 02.01.24 - 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, comprovando o cometimento da mesma infração no exercício de 2019, objeto da presente autuação.

Informa que foi acatada a alegação defensiva de que o período autuado de 2018 já havia sido objeto de um Auto de Infração e foi retirado do demonstrativo reduzindo o valor do presente Auto de Infração, resultando numa redução do valor histórico do débito de R\$5.827.878,05, para o valor final de R\$3.252.875,31, conforme demonstrativo que acosta à fl. 113v.

Na alegação de nulidade do Auto por não ter trocado a capitulação das operações de aquisição do mercado livre, pela de fornecimento, porém observa-se que no Título do demonstrativo acostado aos autos consta detalhadamente a operação de “Aquisição de energia no ACL sem o recolhimento do ICMS”, fl. 06, demonstrando que apesar do equívoco não restou qualquer prejuízo ao contribuinte por ter apresentado todos os argumentos probatórios que o mesmo tivesse que produzir.

Destaca que em vários julgados o CONSEF, já declarou que não causando prejuízo a defesa, tendo o contribuído se manifestado e acostado Laudo Contábil e se pronunciado sobre a autuação pelo não recolhimento do ICMS oriundo de suas aquisições no mercado livre de energia, a exemplo do Acórdão CJF Nº0384-12/17.

Revela que a indicação incompleta do dispositivo regulamentar não implica nulidade se, pela descrição dos fatos, ficar evidente seu enquadramento legal, tendo em vista que no demonstrativo estão relacionadas as notas fiscais de aquisição de energia elétrica, todas elas devidamente identificadas e relacionadas, bem como indica o título do demonstrativo “Demonstrativo de notas fiscais de aquisição de Energia Elétrica do ACL Ambiente de Contratação Livre de 2018 a 2020 sem recolhimento do ICMS” e “Relatório anual de notas fiscais de aquisição de Energia Elétrica do ACL Ambiente de Contratação Livre de 01 de janeiro de 2020 até 30 de junho de 2020.”, indicam que são as notas de aquisição de energia elétrica sem recolhimento do ICMS, bem como pela oferta de defesa por parte da empresa a todas as alegações da infração correta de aquisição de energia no mercado livre.

No que diz respeito à alegação da inaplicabilidade da multa, destaca que o foro competente para apreciar tal alegação é o do Julgamento do CONSEF.

Informa que a alínea “b”, do inciso IV, do art. 309, do RICMS-BA/12, responde à questão, quanto ao alegado direito ao crédito desde que haja o recolhimento do ICMS e o respeito a legislação específica do setor da atividade econômica.

Assinala, no tocante à alegação de que não deve pagar pela entrada, pois a energia se agrega ao custo do produto, fere o art. 2º, III, pois a energia elétrica foi adquirida para consumo interno na confecção de seus produtos, caindo na hipótese de incidência do ICMS sobre a aquisição de energia elétrica para consumo próprio.

Observa que o RICMS-BA/12, em seu art. 2º, III, estabelece a incidência do ICMS nas operações de entrada de energia elétrica para consumo, pois no processo de industrialização de produto diverso de energia, a mesma é consumida no processo fabril, portanto, assevera ser a incidência decorrente da operação anterior de aquisição na entrada da energia elétrica quando entra no estabelecimento.

Menciona que na operação seguinte, de saída do produto industrializado, não há que se falar na incidência do ICMS sobre a energia elétrica, mas sim sobre a comercialização do produto, cabendo apenas o crédito do ICMS sobre a energia adquirida, proporcional ao índice de saídas tributadas a ser abatido do total de ICMS sobre a saída do produto no final do mês na apuração do ICMS.

RICMS-BA/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:

IV - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento:

b) quando consumida no processo de industrialização;

Assinala que, em consequência o argumento do Impugnante de que há bitributação da energia, pois ela já é tributada como insumo no valor do produto de saída, quando este é tributado pelo ICMS, não prospera, tendo em vista que a incidência já ocorreu na operação anterior, onde já houve a ocorrência do fato gerador pela entrada do produto no estabelecimento com a finalidade de consumo, nesse momento já é devido o valor do ICMS.

Esclarece ainda que no Termo de Intimação da empresa lavrado via DTe em 31/7/2020, fl. 10, foi especificado exatamente a fiscalização das aquisições do mercado livre de energia elétrica, bem como foi solicitado os comprovantes de recolhimento do imposto da entrada dessa energia elétrica.

Em relação à alegação de que a fornecedora da energia é a NC Energia, na alínea “g”, afirma não proceder, pois a operação tributada é a entrada no estabelecimento da energia elétrica para o consumo na produção, conforme art. 2º, inciso III, do RICMS-BA/12 e não a saída interestadual da energia.

Assevera que mantém em parte, a ação fiscal e a infração imputada, devendo ser acrescidas das devidas multas e acréscimos moratórios, devendo ser dado ciência ao requerente e ofertado prazo de dez dias do RPAF-BA/99, para complementação da defesa e/ou tréplica desta Informação fiscal, para que possa se pronunciar e juntar os documentos probantes dos seus argumentos quanto a infração corretamente identificada que é:

02.01.24 - 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.

02.01.24 - 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.

Grupo 002 - Falta de Recolhimento do ICMS.

SubGrupo 001 - Operações com Mercadorias.

Infração 024 - Entrada de Energia Elétrica - Ambiente de Contratação Livre - Operação escriturada.

Texto Padrão - Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato e Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre - ACL. Estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fins de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada.

Enquadramento - Artigos 400 e 401 do RICMSBA/12, 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 7.014/96 c/c Cláusulas 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3ª, do Conv. ICMS 77/2011.

Tipificação: Alínea “f”, do inciso II do art. 42, da Lei 7.014/96 Multa 60%.

Assinala que, obedecendo ao princípio do direito a ampla defesa, mesmo que o mesmo não tenha sido violado pelo fato de o Defendente ter apresentado suas alegações de defesa, seja na juntada do Laudo, quando admite que cometeu outra infração “h”, fl. 29, em “c”, fl., 12, e que as NFE não tem destaque do ICMS em “j”, bem como pela completa descrição dos fatos nos demonstrativos do Auto de Infração, e pelas explicações que foram dadas ao preposto da empresa durante a

realização os trabalhos de fiscalização, pelo acolhimento de documentos até o presente momento, onde a recorrente entregou até um Laudo Técnico contábil em 21/01/21, se defendendo da infração correta, podendo até juntar elementos da defesa no prazo regulamentar da ciência dessa informação fiscal, que sendo válida será acatada.

Conclui assinalando que os valores lançados deverão ser corrigidos de acordo com o demonstrativo elaborado, opina pela procedência parcial do Auto de Infração para o valor histórico de R\$3.252.875,31.

O Autuado se manifesta acerca da informação fiscal às fls. 131 a 142, destacando que, devidamente intimado, apresentou defesa demonstrado a nulidade da exigência fiscal, dada a inexistência de prática do fato gerador por parte da empresa Bridgestone do Brasil, a qual, conforme informado, apenas adquire energia para utilização no seu processo produtivo.

Menciona que, não bastasse a própria descrição da infração apontada no Auto de Infração, há outros elementos que comprovam que a autuação tem por base a prática do fato gerador o fornecimento de energia elétrica, quais sejam:

- (i) Apontamento do Auto de Infração que o ICMS deveria ter sido pago mediante a sistemática da conta corrente fiscal (próprio da atividade de fornecimento de energia elétrica)
- (ii) Cobrança de valores relacionados ao mesmo período do Auto de Infração lavrado em face da Impugnante (2989430002/19-0), indicando que, de fato, se refere a outro fato gerador, sob pena de bis in idem.

Observa que não há outra interpretação senão a que o Auto de Infração teve por objeto a atividade de fornecimento de energia elétrica, na forma da descrição da capitulação, do dispositivo de recolhimento (conta corrente fiscal) tido por violado e a própria cobrança das mesmas competências de outro lançamento fiscal, demonstrado que se trata de questão diversa do referido auto de infração, ou seja, enquanto o Auto de Infração n° 2989430002/19-0 se refere à aquisição de energia, o presente tem por objeto o seu fornecimento.

Prossegue destacando que, no âmbito da sua defesa, demonstrou que em relação às operações de aquisição de energia, mencionadas na autuação, os valores haviam sido pagos, reforçando o fundamento de que o Auto de Infração se refere ao fornecimento de energia, mas que, neste caso, não praticou o fato gerador.

Depois de resumir o teor da informação fiscal declara que a proposta da fiscalização padece de total ilegalidade e constitucionalidade, pois, diante da manifesta revisão do lançamento, com o estabelecimento de nova descrição da infração e inclusão de novo dispositivo legal tido como violado, concede apenas o prazo de 10 dias para defesa, quando o prazo regular para impugnação é de 60 dias.

Afirma não há que se falar em complementação da defesa, mas sim nulidade da exigência fiscal, tendo em vista que restou caracterizada a hipótese de revisão de lançamento, sendo necessária a concessão de novo prazo para impugnação, nos termos da legislação do processo administrativo do âmbito do Estado da Bahia, no caso, 60 dias.

Sustenta que não pode ser tolhido do exercício da ampla defesa e contraditório em prazo demasiado exíguo, quando o reconhecido equívoco foi praticado pela própria fiscalização, sob pena de negar vigência a um dos mais comezinhos princípios de direito, qual seja, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Destaca que, ao contrário do mencionado pela Fiscalização, há sim prejuízo em sua defesa, bem como é dever da Fiscalização se atentar ao preenchimento correto das informações, quando da lavratura do auto de infração, pois tal ato caracteriza o lançamento tributário.

Lembra que o lançamento tributário, na forma do art. 142, do CTN, constitui o “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente,

determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Registra que, quando do recebimento da intimação do Auto de Infração se deparou com a seguinte infração: “Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios”.

Revela que, a luz do art. 142, do CTN, o fato gerador deste Auto de Infração foi o fornecimento de energia elétrica, atividade esta, não realizada pelo estabelecimento autuado. Tanto é assim que, em toda a sua impugnação há apenas argumentos de que não presta tal atividade.

Requer sejam acolhidos os fundamentos da presente defesa para julgar improcedente o lançamento fiscal objeto do Auto de Infração nº 2812280004/20-1, pela sua manifesta nulidade, tendo em vista (*i*) que não praticou o fato gerador descrito no lançamento fiscal, qual seja; o fornecimento da mercadoria; (*ii*) as competências autuadas são objeto do AI nº 2989430002/19-0; (*iii*) que foi aplicada alíquota do imposto em descompasso com o princípio da seletividade, além de restar caracterizado o excesso na penalidade, mesmo diante do pagamento do imposto.

Afirma que toda a sua defesa é pautada na descrição de fornecimento de energia elétrica, gerando, portanto, prejuízo para a sua defesa quanto ao erro na capitulação do Auto de Infração. Prossegue frisando que os demais argumentos foram apenas acessórios a cobrança, tais como a alíquota afrontar o princípio da seletividade e a multa exigida, com exceção da própria cobrança de forma duplicada pela Fiscalização, fato que foi devidamente reconhecido.

Assinala ser fato incontrovertido nos autos que a própria fiscalização reconheceu que o Auto de Infração possui descrição e capitulação diversa da operação que se pretende exigir o ICMS.

Menciona que, ao invés de adotar o procedimento correto, cancelando o Auto de Infração, procura - em manifesta violação ao princípio da ampla defesa, contraditório e a própria legislação do PAT - lhe coagir para que, no exíguo prazo de 10 dias, ante 60 para impugnação, complemente a defesa, lhe transferindo o ônus do equívoco da fiscalização.

Afirma que tal erro não pode ser sanado apenas mediante a prestação de informações pela Fiscalização, uma vez que o art. 18, inciso II, do RPAF-BA/99 dispõe que será considerado nulo os atos praticados com preterição de direito de defesa.

Isto porque, conforme mencionado, toda a defesa do Impugnante foi pautada na suposta infração cometida pelo fornecimento de energia elétrica.

Declara, ainda, que na forma do supracitado art. 142, do CTN, o lançamento tributário deve contemplar todos o racional da regra matriz de incidência tributária, é dizer, além do critério material, há, ainda, o critério espacial, temporal e o critério quantitativo.

Registra que no caso do lançamento tributário em questão, os dispositivos legais citados no lançamento demonstram que a exigência fiscal está pautada objetivamente na atividade de fornecimento de energia elétrica, tanto que o dispositivo citado no lançamento se refere à apuração do ICMS com base na conta corrente fiscal, na forma do art. 305, do RICMS-BA/12.

Afirma tratar-se de questão relevante dado que a cobrança deve refletir o dispositivo tido como violado e, neste aspecto, a manifestação fiscal simplesmente deixa de se manifestar acerca da incompatibilidade da cobrança com o referido dispositivo regulamentar.

Revela que, como qualquer ato administrativo, o lançamento tributário possui requisitos legais, os quais devem ser obrigatoriamente seguidos, sendo nulo o processo iniciado em desacordo com os parâmetros legais.

No que concerne ao argumento da Fiscalização de que a juntada de Laudo Técnico, teria o condão de demonstrar que não houve prejuízo no erro da capitulação, menciona que também não merece guarida. Uma vez que o Laudo Técnico visou justamente comprovar que não se sujeita a operação de fornecimento de energia elétrica. Continua destacando que a apresentação do Laudo

Técnico, visou esclarecer que a energia elétrica é adquirida e não fornecida, bem como que compõe o preço das vendas efetuadas pela Bridgestone, havendo, portanto, o pagamento de ICMS sobre o referido montante.

Assevera que o erro da Fiscalização não pode ser sanado, sendo anulado o presente auto de infração sob pena de atentar contra a Magna Carta, em seu art. 5º, LV, que garante ao litigante, inclusive, em processo administrativo o seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Repisa asseverando que a presente defesa se prestou apenas a demonstrar que não é fornecedora de energia elétrica, não se insurgindo, portanto, quanto a ausência de recolhimento de ICMS quando da aquisição de energia elétrica.

Desta forma, afirma ser a presente manifestação para refutar os argumentos apresentados pela Fiscalização, inadmitindo veementemente a possibilidade de inovação no ato administrativo, impondo unicamente ao Impugnante o ônus do equívoco realizado e reconhecido pela própria fiscalização.

Conclui assinalando que restam refutados os argumentos trazidos pelo Autuante, razão pela qual requer o acolhimento dos fundamentos demonstrados na defesa para julgar improcedente o lançamento fiscal objeto do Auto de Infração, decretando a insubsistência do crédito tributário.

O Autuante presta nova informação acerca da manifestação do Impugnante, reafirmando os argumentos alinhados na informação prestada anteriormente.

Observa que após ciência da informação fiscal, o Defendente no prazo regulamentar de 10 dias, juntou réplica alegando os mesmos fatos já alegados na defesa, acrescentando a alegação de que o prazo para prestar a defesa da tipificação da infração foi de 10 dias, quando o correto deveria ser de 60 dias.

Por se tratar de matéria de mérito do julgamento, deixamos para que o Egrégio CONSEF se pronuncie e decida sobre as referidas alegações, no que pese o já informado na informação fiscal.

Afirma seu entendimento de não ter havido qualquer prejuízo para a Defesa, pois não houve violação do direito de Defesa consoante resumo:

- a) Diz ter aceito, desde o início da ação fiscal, com a lavratura do AI em 30/10/2020, até a presente data 29/07/2021, todo documento juntado no processo, Laudos técnico e informações, já conta com quase um ano de período para juntar contestações documentos e informações sobre o presente PAF e que podem ser aceitos até a data do julgamento do PAF, a fim de garantir o direito de ampla defesa do Defendente, pois busca, tão-somente, o que é legalmente devido ao erário;
- b) pelo fato de que o equívoco da tipificação foi reconhecido e corrigido na informação fiscal com a correta tipificação da infração;
- c) a abertura do prazo regulamentar de 10 dias para juntar informações foi observada;
- d) que no Termo de Intimação já consta a solicitação de documentos referentes a aquisição de energia no ACL - sem o recolhimento do ICMS;
- e) pelo fato de o Impugnante já ter sido autuado pela prática da mesma infração no exercício de 2018, no AI nº 298943000/19-0, inclusive reconhecido e retirado da Base presente PAF os valores correspondentes ao período de 2018;
- f) a tipificação da multa é a mesma: Tipificação: Alínea "F", do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96, multa 60%;
- g) apenas a tipificação legal do art. 305 mudou para o art. 400, do RICMS-BA/12, de fornecimento para aquisição de energia elétrica, o que não justifica a nulidade segundo o (RPAF-BA/99, arts. 18 e 19);
- h) Os elementos da regra matriz: Valor da operação, base de cálculo, alíquota, local, data da ocorrência do fato gerador;

- i) com o demonstrativo anexo ao AI contendo os documentos fiscais objetos de autuação é possível determinar claramente a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário (RPAF-BA/99, arts. 18 e 19);
- j) Foram sanadas as incorreções (exclusão do exercício 2018 já autuado, alterada a tipificação da infração, reaberto prazo legal para manifestação, no ato da intimação foi fornecido cópia dos novos elementos);
- k) Tudo foi informado ao Sujeito passivo.

Registra que por esta réplica da Informação Fiscal não acrescentar fato novo, além de impugnar o prazo regulamentar do RPAF-BA/99, de 10 dias para manifestação, mantém todo o teor da informação Fiscal abaixo já proferida e deixa a cargo desse CONSEF, por competência, se pronunciar sobre o pleito, mantendo a mesma informação fiscal aqui transcrita.

Afirma que mantém em parte, a ação fiscal e a infração imputada, devendo ser acrescidas das devidas multas e acréscimos moratórios, devendo ser dado ciência ao requerente e dado prazo de 10 dias para complementação da defesa e réplica desta Informação fiscal, para que possa se pronunciar e juntar os documentos probantes dos seus argumentos quanto a infração corretamente identificada que é:

02.01.24 - 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.

Diz que foi obedecido o princípio da ampla defesa, mesmo que o mesmo não tenha sido violado pelo fato de o Impugnante ter apresentado suas alegações de defesa, seja na juntada do Laudo, quando admite que cometeu outra infração “h”, fl. 29, em “c”, fl. 12, e que as NFE não tem destaque do ICMS em “j”, bem como pela completa descrição dos fatos nos demonstrativos do Auto de Infração, e pelas explicações que foram dadas ao preposto da empresa durante a realização os trabalhos de fiscalização, pelo acolhimento de documentos até o presente momento, tendo o Autuado entregue um Laudo Técnico contábil se defendendo da infração correta, podendo até juntar elementos da defesa adicionais no prazo de regulamentar da ciência dessa informação fiscal, que sendo válida, serão acatados.

Conclui reafirmando que os valores lançados deverão ser corrigidos de acordo com o demonstrativo elaborado, opinando pela procedência parcial do Auto de Infração para o valor histórico de R\$3.252.875,31.

Em pauta suplementar, essa 3ª JJF, converte os autos em diligência, fl. 158, para que fosse intimado o Impugnante para fornecer cópia da informação fiscal prestada pelo Autuante às fls. 146 a 155, concedendo prazo de 10 dia para manifestação.

O Autuado se manifesta às fls. 163 e 164, reiterando os termos de sua manifestação protocolada em 21/06/2021, a qual refuta os argumentos trazidos pelo Autuante, razão pela qual requer o acolhimento dos fundamentos demonstrados na defesa para julga improcedente o Auto de Infração.

O Autuante registra que, tendo em vista não ter o Defendente agregado qualquer fato novo mantém o teor da informação fiscal às fls. 146 a 155. Arremata concluindo pela manutenção da procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$3.252.875,31.

VOTO

Inicialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente sob o fundamento de que a acusação fiscal diz respeito ao fornecimento de energia elétrica e o seu estabelecimento não fornece energia, haja vista que somente adquire energia elétrica utilizada em seu processo produtivo. Alegou que não praticou o fato gerador - fornecimento de energia elétrica - uma vez que figura como adquirente.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que o que ocorreu foi um equívoco no preenchimento do campo do código da infração do presente Auto de Infração que, em vez de preencher com o código **02.01.24** que seria o correto e se refere a “*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.*”, digitou no quinto dígito como sendo **1**, gerando o código, **02.01.14** em vez de digitar **2**, gerando, assim uma descrição e um enquadramento relativo a esse código.

Ao compulsar os autos e contextualizar as peças que integram a acusação fiscal, constato que diante de todos os demais elementos que constituem e fundamentam a irregularidade cometida pelo Autuado não deixam dúvida de que a ocorrência se refere, inequivocamente, a entrada de energia elétrica adquirida pelo Impugnante no ambiente de Contratação Livre - ACL, cujo estabelecimento se encontra conectado diretamente à Rede Básica. Operação essa praticada mensalmente pelo Autuado e expressamente reconhecida em sua peça de Defesa.

Tanto é assim que, mesmo em fase antecedente à lavratura do Auto de Infração, ora em lide, o Autuado já tinha conhecimento de que estava sendo fiscalizado sobre as aquisições de energia elétrica no mercado livre - ACL, ao ser intimado para apresentação de planilha contendo demonstrativo do pagamento do ICMS, referente à aquisição de energia elétrica. É o que verifica expresso no Termo de Intimação à fl. 10.

O demonstrativo de apuração que lastreia a exigência fiscal, acostado às fls. 06 a 08, cuja cópia foi entregue ao Autuado, também, além de discriminar todas as notas fiscais de aquisição de energia elétrica no período fiscalizado e que resultaram na exigência fiscal, ostenta em seu título claramente “Demonstrativo de Notas Fiscais de Aquisição de Energia Elétrica do ACL - Ambiente de Contratação Livre de 2018 a 2020 sem o recolhimento do ICMS”. Fato expressamente citado na Defesa, ao se referir que as Notas Fiscais arroladas no levantamento fiscal a fornecedora de energia é a empresa NC Energia S.A, sem destacar que o adquirente é o seu estabelecimento, ora autuado.

Verifico também que o equívoco foi explicado pelo Autuante em sua informação fiscal e concedido o prazo de dez dias para manifestação do Autuado e, em seguida em 3^a JJF, em diligência para dar ciência de nova informação fiscal prestada, foi concedido mais dez dias para manifestação.

Assim, entendo restar evidenciado nos autos, precipuamente pela desenvoltura com que o sujeito passivo, ao abordar o mérito da autuação, articulou suas razões de defesa, que, o equívoco de digitação no código da autuação no SEAI, não se constituiu em óbice algum para o perfeito entendimento do Autuado de que estava sendo autuado pela falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a aquisição de energia no mercado livre, única operação com energia elétrica que pratica em seu estabelecimento fabril.

Considero que o referido equívoco na digitação do código da infração não acarreta nulidade do Auto de Infração, ante a clareza dos demais elementos que compõem e explicitam a acusação fiscal, pois, consoante previsão contida no § 1º, do art. 18, do RPAF-BA/99, se constituiu em incorreção ou omissão que não prejudicou a determinação da natureza da infração, do autuado e do montante do débito tributário, tendo sido o fato comunicado ao sujeito passivo, e fornecido os esclarecimentos cabíveis, inclusive o enquadramento legal e tipificação da multa, através de competente intimação com a indicação do prazo de 10 dias para manifestação do Autuado. Logo, não acato a preliminar de nulidade suscitada.

Nestes termos, consigno que o presente processo se afigura revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o lançamento.

No mérito, de acordo com o demonstrativo acostado aos autos, às fls. 06 a 08, e os esclarecimentos prestados pelo Autuante em sede de informação, a acusação fiscal imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do 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.

Saliento restar patente nos autos, que a aquisição interestadual de energia elétrica, objeto da autuação, se destina à utilização no processo fabril do Autuado, que não industrializa a energia elétrica adquirida e nem vende ou transfere para terceiro, atuando o estabelecimento autuado exclusivamente como consumidor final da energia adquirida.

As notas fiscais de aquisição da energia elétrica que serviram de base para a autuação, comprovando a aquisição de energia elétrica sem tributação do Rio de Janeiro, fl. 24, se encontram identificadas no demonstrativo de apuração, no qual se observa que as operações de aquisição de energia elétrica, não sofreram qualquer tributação, e o demonstrativo de débito se encontra às fls. 06 e 08 dos autos.

A acusação fiscal, conforme esclareceu o Autuante na informação fiscal, fl. 113, se alicerça no art. 155 da CF/88, nos artigos 2º, 3º, 11 e 12, da Lei Complementar nº 87/96, nos artigos 2º, 4º e 5º da Lei 7.014/96, e tem como fundamento legal na legislação baiana do ICMS o art. 400, do RICMS-BA/12.

Ao se defender do mérito da autuação, além de sua alegação, já enfrentada em sede de preliminar de que não praticou o fato gerador de fornecimento de energia elétrica e sim de aquisição de energia elétrica sendo indevida a exigência, observou que o Auto de Infração de nº 298943.0002/19-0, também lavrado contra o mesmo estabelecimento, comprehende competência do exercício de 2018, as quais são objeto da presente autuação, e tem por base o fato jurídico relacionado à aquisição de energia elétrica, enquanto o presente tem por objeto o fornecimento de energia elétrica, aduziu que por se tratar da mesma competência deve se concluir que esses Autos de Infração possuem pressupostos fáticos distintos sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Ao proceder a informação fiscal o Autuante acatou a alegação da defesa de que o período de 2018 já havia sido objeto de lançamento de ofício através do Auto de Infração de nº 298943.0002/19-0, promoveu a exclusão dos valores correspondente a 2018 e refez o demonstrativo de débito, fl. 113v, reduzindo o valor da exigência para R\$3.252.875,31.

Constatou assistir razão ao Autuante no que diz respeito a aludida exclusão dos valores que já haviam sido objeto de exigência em outro Auto de Infração lavrado anteriormente ao presente feito.

No que concerne ao Laudo Técnico Contábil colacionado às fls. 83 a 87, constato que faz prova contra ao próprio Autuado, na medida em que expressamente reconhece que adquire energia elétrica no mercado livre.

Quanto ao entendimento apresentado pelo Autuado de que não deve pagar o imposto sobre aquisição de energia elétrica nas entradas, sob o argumento de que a energia é utilizada em seu processo produtivo e se agrega ao custo do produto também não deve prosperar, haja vista que a legislação de regência [inciso III, do art. 2º, do RICMS-BA/12] é clara ao exigir o imposto expressamente na entrada, no território deste Estado de energia elétrica quando consumida no processo fabril do adquirente.

O Impugnante requereu que fosse respeitado o princípio da seletividade para reduzir o percentual da alíquota de 27%, questionando a alíquota de 2%, relativo ao Fundo de Combate à Pobreza. Descabe o atendimento do pedido da Defesa, tendo em vista que as operações com energia elétrica estão alcançadas pelo acréscimo da alíquota de 2%, nos termos da Lei 7.014/96.

No que diz respeito ao direito ao crédito do ICMS exigido na presente autuação, entendo que o direito ao crédito somente poderá ser exercido após a quitação do Auto de Infração.

Assim, nos termos expendidos, entendo restar evidenciado nos presentes autos, o cometimento pelo Autuado, da infração veiculada na acusação fiscal, objeto da autuação no período de janeiro a setembro e novembro de 2019, e janeiro a junho de 2020 no valor de R\$3.252.875,31 - Demonstrativo à fl. 113v.

No que concerne à multa aplicada no Auto de Infração, consigno que está prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e foi corretamente indicada pelo Autuante.

No quanto pertinente às alegações da Defesa de desproporcionalidade, confiscatoriedade e inconstitucionalidade da multa aplicada, observo que falece de competência na seara Administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do art. 127 da Lei Estadual nº 3.956/81 - COTEB, além do que, a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no art. 42, da Lei nº 7.014/96, e no art. 102, § 2º, inciso II, do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

O Impugnante solicitou que as intimações e notificações nestes autos fossem encaminhadas aos cuidados dos patronos: Thiago Cerávolo Laguna, inscrito na OAB/SP sob o nº 182.696 e Luiz Henrique Dellivenneri Manssur, inscrito na OAB/SP sob o nº 176.943, no seguinte endereço: Rua Bandeira Paulista, 726, cjs. 91/92, São Paulo - SP, CEP 04532-002, Telefone: + 55 11 2129-8184.

Observo que, nada obsta que o pleito do Impugnante seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado em sua Impugnação. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada com endereçamento ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos artigos 108 e 109, do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações e notificações do presente feito.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação.

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281228.0004/20-1, lavrado contra **BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.252.875,31, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea “a”, do inciso I, do art. 169, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA