

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 269358.0017/20-5
<b>RECORRENTE</b>	- NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0277-06/21-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT SUL / IFEP
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET: 19/04/2023

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0099-12/23-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA, ADQUIRIDA POR MEIO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA, FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. Na apuração de redução de base de cálculo, com carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponde à aplicação da referida carga tributária. Sujeito passivo, por operação, utilizou em duplidade o benefício da redução de base de cálculo prevista no art. 268, XVII, “a”, Item 1 do RICMS/BA. Infração caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. DIFERIMENTO. Documentos juntado aos autos comprova que o adquirente não possui habilitação para operar no regime de diferimento no período fiscalizado. Operação tributada. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte contra a decisão proferida pela 6ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, no dia 30/09/2020 para exigir ICMS totalizando R\$ 145.498,39, relativo a sete infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1 e 4 que acusam:

1. Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica, adquirida por meio de contrato de compra e venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL, estando o autuado conectado diretamente à rede básica de transmissão para o fim do seu próprio consumo, tendo sido as operações regularmente escrituradas. Consta que o sujeito passivo adquiriu em outra unidade da Federação energia elétrica via ACL, nos termos definidos nos artigos 268, XVII; 332, XVI, 400 e 403 do RICMS/12, omitindo-se parcialmente do pagamento do imposto incidente sobre tais operações (2017/2018) - R\$ 111.876,84 acrescido da multa de 60%.
4. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2017) - R\$ 1.990,33 acrescido da multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 298/301) a 6ª JJF apreciou que:

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

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

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

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

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

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

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

*Infração 01 caracterizada.*

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

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

*Infração 04 caracterizada.*

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

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

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

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

No recurso voluntário interposto (fls. 313 a 325), por meio dos advogados Marcelo Bez Debatin da Silveira, OAB/SP nº 237.120 e Patrícia Elizabeth Woodhead OAB/SP nº 309.128, inicialmente ressaltam a tempestividade do recurso, discorrem sobre a autuação informam que impugnaram apenas as infrações 1 e 4, julgadas procedentes e que devem ser reformadas.

No tocante a infração 1, destaca que no acórdão foi consignado que o estabelecimento autuado reduziu a base de cálculo duplamente, primeiro ao determinar a alíquota específica e depois calculou o ICMS por dentro.

Argumenta que a imputação resulta de equívoco cometido pela fiscalização na aplicação da redução de base de cálculo (RBC) prevista no art. 268, XVII, “a”, 1 do RICMS/12, que prevê RBC de 52% nas operações destinada a classe de consumo industrial, que faz jus.

Alega que não há dúvida de que o ICMS integra sua própria base de cálculo antes de aplicar a alíquota do imposto, há a necessidade de se recompor através da equação: BC = valor da operação/1 - Alíquota.

E que na situação presente por se tratar de entrada de energia no estabelecimento deve se aplicar a RBC de 52% para recompor o valor da operação calculando: ICMS gross up = BC x 48% x Alíquota, ou seja para uma RBC de 52%, tem se 48% x 27% = 12,96%.

Aplicando-se a alíquota efetiva do imposto, de 12,96%, chega-se na equação de recomposição da base de cálculo, a qual se traduz na seguinte formulação: base de cálculo = valor da operação/(1-12,96%), que resulta em BC = Valor da operação/0,8704.

Exemplifica que no mês de janeiro/2017 que contratou energia elétrica no valor de R\$ 135.737,85 que dividido por 0,8704 resulta em BC de R\$ 155.948,82 que aplicando a RBC de 52% resulta em valor de R\$ 74.855,43, que aplicando a alíquota de 27% resulta em ICMS devido de R\$ 20.210,97.

Argumenta que como recolheu neste mês o valor de R\$ 22.196,13, não houve dupla redução na base de cálculo e não há qualquer valor a recolher, tanto neste mês como nos demais autuados.

Ressalta que o TJ/BA já se manifestou no sentido de que o fisco estadual não pode escolher o “instante de aplicar a redução da base de cálculo das operações de energia elétrica” conforme apreciado na AÇÃO ANULATÓRIA FISCAL (ICMS) confirmada em remessa necessária do Auto de

Infração nº 298574.0005/12-7 anulado, cujo conteúdo transcreveu às fls. 320/322 julgado em 22/08/2017 pela 3ª Câmara Cível, Apelação nº 0513495-51.2014.05.0001.

Alega que a situação presente demonstra que houve violação ao texto legal em que a fiscalização se equivocou na aplicação da RBC, por não considerar a previsão contida no art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA, e inexiste qualquer valor a ser exigido na infração 1.

Quanto à infração 4, que acusa recolhimento a menor do ICMS diferido sobre as saídas internas de sucatas, contemplada pelo regime de diferimento, a teor do art. 286, XVI do RICMS/12, discorre sobre o instituto do diferimento, cuja incidência nas operações é transferida para os contribuintes que utilizam como matéria prima (substituto tributário) e nenhum valor devido ao vendedor.

Afirma que na situação presente, o acórdão recorrido apreciou que o estabelecimento destinatário é “*Ruth Pessoa & Reis Ltda., CNPJ nº 05.844296/0001-40, somente habilitado a operar com o regime de diferimento em 03/10/2017*”, conforme documento de fl. 76 e período autuado compreende de 01 a 09/2017.

Argumenta que o mencionado estabelecimento foi cadastrado como contribuinte do ICMS do Estado da Bahia em 20/01/2004, conforme consulta ao banco de dados da SEFAZ/BA, o que no seu entendimento afasta a responsabilidade da recorrente de verificar a vigência da habilitação para operar no regime de diferimento, conforme manifestação do TJ/BA de que possuindo o contribuinte cadastro válido não cabe verificar a cada operação a sua habilitação.

Alega que ao exigir da recorrente o ICMS relativo a saídas internas de sucatas sujeita ao regime de diferimento, promoveu um enriquecimento ilícito do Estado, pois o ICMS será recolhido pelo substituto tributário, ao aplicar as mercadorias na sua atividade produtiva e improcedente a exigência.

Requer provimento integral do recurso voluntário e indica endereço (fl. 325) para onde devem ser encaminhadas as intimações.

Em 24/02/2022 a 2ª CJF (fl. 330) deliberou pela realização de diligência fiscal à PGE/PROFIS, contextualizando que:

- I) Na decisão recorrida foi aplicado o entendimento consolidado na Súmula nº 06 do CONSEF;
- II) O recorrente afirmou que o TJ/BA se manifestou no sentido de que o fisco estadual não pode escolher o “*instante de aplicar a redução da base de cálculo das operações de energia elétrica*” conforme apreciado na AÇÃO ANULATÓRIA FISCAL do Auto de Infração nº 298574.0005/12-7 cujo conteúdo transcreveu às fls. 320/322 julgado em 22/08/2017 pela 3ª Câmara Cível, Apelação nº 0513495-51.2014.05.0001 (Ação interposta por outra empresa).

No Parecer PGE2022.064193-0 (fls. 334/335) foi manifestado o seguinte entendimento:

1. A decisão judicial referente ao Auto de Infração nº 298574.0005/12-7 (fls. 320/322) julgado em 22/08/2017 pela 3ª Câmara Cível (Apelação nº 0513495-51.2014.05.0001) “*não tem nenhuma repercussão formal e material sobre o presente expediente, por não se tratar deste lançamento e ser interposto por outra empresa, não se aplica o quanto disposto no art. 117 do RPAF/BA*”.
2. Aplica-se a matéria de fundo, o posicionamento contido na Súmula nº 06 do CONSEF.

A Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA acolheu o mencionado Parecer.

Presente na sessão de videoconferência, Dra. Anita de Paula dos Santos Araújo acompanhou o julgamento deste PAF.

## VOTO

O auto de infração acusa o cometimento de sete infrações. O Recurso Voluntário foi interposto apenas em relação às infrações 1 e 4, julgadas procedentes.

Quanto à infração 1, que acusa recolhimento a menos do ICMS relativo à aquisição de energia elétrica por meio de contrato firmado no ambiente de Contratação Livre (ACL), o sujeito passivo reapresentou o argumento defensivo de que a fiscalização cometeu equívoco na aplicação da RBC

de 52%, prevista no art. 268, XVII, “a”, 1 do RICMS/12, que prevê RBC nas operações destinada a classe de consumo industrial, que foi acolhida no julgamento proferido pela 6ª JJF.

Na decisão proferida foi fundamentado que a apuração do valor exigido está em conformidade com o disposto no art. 268, XVII, “a”, 1 do RICMS/BA, que estabelece:

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

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

*a) 52%, quando:*

*I - destinada às classes de consumo industrial e rural;*

Para deixar clara a interpretação da norma pelo contribuinte e autuante, tome se como exemplo a aquisição de energia pela Nota Fiscal-e nº 31.260 de 01/08/2017 relacionada no Anexo 1 (fl. 10), no valor de R\$ 135.737,85 que a empresa apurou e recolheu valor de R\$ 22.196,13 e a fiscalização o valor de R\$ 24.098,12 e exigiu a diferença de R\$ 1.901,99, evidenciado pela:

**EMPRESA:** RBC de 52%:  $100\% - 52\% = 48\% \times 27\% = 12,96\%$ .

*Base de cálculo = valor da operação/(1-12,96%), que resulta em BC = Valor da operação/0,8704.*

*R\$ 135.737,85 dividido por 0,8704 resulta em BC de R\$ 155.948,82 que aplicando a RBC de 52% resulta em valor de R\$ 74.855,43, que aplicando a alíquota de 27% resulta em ICMS devido de R\$ 20.210,97.*

E que não houve dupla redução no valor R\$ 22.196,13, nem valor devido nos demais autuados.

**FISCALIZAÇÃO:** BC = VALOR DA OPERAÇÃO SEM O ICMS/(1 – Aliq. Unit)

*Base de cálculo = R\$ 135.737,85/(1 – 0,27) = R\$ 185.942,26*

*RBC = R\$ 185.942,26 x 52% = R\$ 96.869,98*

*Base de cálculo reduzida = R\$ 185.942,26 – R\$ 96.869,98 = R\$ 89.252,28*

*RBC = R\$ 185.942,26 x 52% = R\$ 96.869,98*

*ICMS DEVIDO = R\$ 89.252,28 X 27% = R\$ 22.196,13.*

Observo que a Súmula nº 06 do CONSEF, aprovada em 29/08/2019 estabelece:

*Nos casos de redução de base de cálculo, com carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da referida carga tributária. Já nos casos de redução de base de cálculo, sem carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da alíquota prevista para a operação.*

*Jurisprudência Predominante do Conselho da Fazenda do Estado da Bahia. Referência Legislativa: Artigos 266, 267 e 268 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012*

**PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS:** Acórdãos CJF nºs: A- 0005-11/19, A-0175-11/19, A-0049-11/19, A-0012-12/17, A-0412-11/14, A-0081-12/18, A-0180.12/14, A-0056.11/14, A-0371-11/14, A-0027-21/09, A-0149-11/14

Neste contexto, constato que o art. 268, XVII, alínea “a” do RICMS/BA prevê uma RBC de 52%, específico para operações de energia elétrica destinadas ao consumo industrial.

Portanto, tendo a redução da base de carga tributária sido definida regularmente, o imposto deve ser incorporado à base de cálculo para corresponder à aplicação da referida carga tributária e assiste razão a fiscalização.

Com relação a decisão proferida pelo TJ/BA na AÇÃO ANULATÓRIA FISCAL do Auto de Infração nº 298574.0005/12-7, observo que conforme entendimento manifestado no Parecer PGE2022.064193-0 (fls. 334/335), o julgado pela 3ª Câmara Cível (Apelação nº 0513495-51.2014.05.0001) não tem repercussão formal e material, por não se tratar deste lançamento e foi interposto por outra empresa, não se aplicando o disposto no art. 117 do RPAF/BA

Observo ainda que de acordo com o disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade; questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida ou negar aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Considero correta a decisão de Primeira Instância. Mantida a procedência da infração 1.

No tocante à infração 4 (recolhimento a menor do ICMS deferido/saídas internas de sucatas), o recorrente contestou a fundamentação da decisão de que o destinatário das mercadorias só foi habilitado ao deferimento em 03/10/2017, argumentando que o art. 286, XVI do RICMS/BA prevê o deferimento do ICMS, e o cadastro do contribuinte foi feito a partir de 20/01/2004.

Observo que conforme fundamentado na decisão o art. 286, XVI do RICMS/BA estabelece:

*Art. 286. É deferido o lançamento do ICMS:*

*XVI - nas sucessivas saídas internas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, bem como nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias;*

Conforme DANFEs juntados com a defesa (fls. 114 a 262), as mercadorias objeto da autuação são sucatas diversas (papel, laminado, plástico, ferro), sendo que conforme esclarecido na informação fiscal, das 292 operações praticadas no período de 12/01/2017 a 22/09/2017 têm como destinatário a empresa “Ruth Pessoa & Reis Ltda., CNPJ nº 05.844296/0001-40, IE 063.049.812. Conforme Histórico de Habilitação de Diferimento juntado pela fiscalização, a mencionada empresa somente foi habilitada a operar com o regime de diferimento em 03/10/2017”.

Por sua vez, o art. 287 do RICMS/BA determina que:

*Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:*

Pelo exposto, considerando que o adquirente ou destinatário, só obteve habilitação para operar no regime de diferimento a partir de 03/10/2017 e os valores exigidos recaíram sobre operações ocorridas no período compreendido entre 01 a 09/2017, restou comprovado que tais operações não atendiam a condição regulamentar exigida e consequentemente correta a exigência fiscal.

Ressalto ainda que o § 1º do mesmo dispositivo e diploma legal elenca destinatário que são dispensados da habilitação ao diferimento que não contempla o estabelecimento que foi adquirente das mercadorias no período fiscalizado.

Considero correta a exigência fiscal. Fica mantida a decisão pela procedência da infração 4.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269358.0017/20-5, lavrado contra NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 117.305,88, acrescido das multas de 60% sobre 114.342,12 e 100% sobre R\$ 2.963,76, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 28.192,51, prevista no inciso 42, IX da referida Lei, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS