

A. I. N° - 298943.0003/20-0
AUTUADO - PROQUIGEL QUÍMICA S.A.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO MOURA CRISÓSTOMO e MARCÍLIO JOSE AMORIM DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/06/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0097-03/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126, do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 905.040,60 acrescido da multa de 60%, em razão da Infração 01- 02.01.14. Falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho de 2016 a novembro de 2019.

Consta como complemento que “Referente a parcela do Fundo de Pobreza, vinculado ao recolhimento a menor do ICMS exigido através do Auto de Infração nº 298943.0002/20-3 - Infração 02.01.24, abaixo descrita, conforme demonstrativo em anexo. *“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 a Rede Básica de Transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada”*”.

O Autuado ingressa com defesa tempestiva fls. 23 a 39, através de advogados, procuração às fls. 35 a 43. Depois observar a tempestividade e discorrer acerca da acusação fiscal alinha os argumentos que se seguem.

Depois de reproduzir o teor da acusação fiscal, informa que ingressou com a Ação Ordinária nº. 0527648-21.2016.8.05.0001 (Doc. 05) objetivando a redução da alíquota total do ICMS-energia elétrica de 27% (25% + 2% para o Fundo de Combate à Pobreza) para 18%, em razão do princípio da essencialidade, obtendo decisão que antecipou a tutela em junho/2016 e sentença favorável em outubro/2017.

Registra que, em janeiro/2019 o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJ/BA, proferiu acórdão reformando a sentença e cassando a liminar (Doc. 06); ato contínuo, interpôs Recurso Extraordinário (vide Doc. 05) para discutir a questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu sua repercussão geral através do Tema 745.

Observa que em razão da decisão do TJ/BA, o Fisco entendeu por efetivar uma cobrança retroativa da diferença do ICMS que não foi paga sob tal escopo, precisamente referente ao período de junho/2016 a novembro/2019. Tal cobrança, no que toca particularmente ao adicional de alíquota, está sendo feita através do Auto de Infração ora impugnado.

Diz se constatar de pronto a necessidade de suspensão do presente PAF até que haja decisão

definitiva no âmbito do Poder Judiciário; com efeito, a finalização do presente processo e a eventual imposição da obrigação de pagamento poderá ensejar severo prejuízo financeiro, mesmo com a pendência de decisão definitiva sobre o tema no Judiciário.

Pondera que, caso essa decisão judicial definitiva eventualmente lhe seja favorável, somente terá como alternativas, para restituição dos valores, duas tortuosas vias que certamente não repararão os prejuízos imediatos ao seu caixa: a expedição de Precatório ou a utilização do procedimento para aproveitamento extemporâneo de crédito de ICMS.

Assinala que, ultrapassada tal questão, demonstrar-se-á que o Auto de Infração não merece ser totalmente acolhido, por conta de erros na apuração realizada, vez que:

- i. Se valeu de metodologia equivocada para cálculo do valor lançado, que elevou indevidamente o montante devido;
- ii. Não descontou pagamento realizado, como restará comprovado adiante.

Roga que o presente feito seja suspenso até a decisão definitiva no bojo da Ação Ordinária nº. 0527648-21.2016.8.05.0001 e, lhe sendo esta eventualmente favorável, que o Auto de Infração seja julgado improcedente por força da coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário.

Frisa que, caso não seja deferida a suspensão ou, alternativamente, sobrevenha decisão definitiva desfavorável, requer o acolhimento desta Impugnação para redução dos valores cobrados, por conta do erro quanto à metodologia de cálculo utilizada e da desconsideração de pagamentos/revendas/devoluções realizados.

Primeiramente, pugna pela suspensão do presente feito até que haja decisão definitiva na Ação Ordinária nº. 0527648-21.2016.8.05.0001.

Diz que conforme demonstrado através dos Docs. 05 e 06, a referida ação discute, no judiciário, a necessidade de redução da alíquota do ICMS-energia elétrica, de 27% (25% + 2% do FCP) para 18%, sob a ótica do princípio da essencialidade (art. 155, § 2º, III da CF/88).

Registra ser justamente essa diferença que está sendo cobrada no bojo deste Auto de Infração, após a cassação da liminar que lhe autorizava a deixar de recolhê-la. Continua destacando que, caso este feito prossiga normalmente e seja ultimado com uma decisão de manutenção do lançamento, terá de desprender elevadíssima quantia para pagamento da obrigação imposta através do Auto de Infração, com sério comprometimento do seu caixa.

Revela que apesar da cassação da liminar, o processo judicial ainda segue pendente de julgamento definitivo após a interposição, de Recurso Extraordinário ao STF, que inclusive já reconheceu a repercussão geral da questão por meio do Tema 745. Destaca que o referido tema já conta, no âmbito do STF, com parecer do Ministério Público Federal em sentido favorável à tese dos contribuintes, conforme documento em anexo (Doc. 07).

Aduz ser razoável que o Recurso Extraordinário interposto na referida Ação Ordinária venha a ser provido, hipótese na qual este lançamento restaria completamente desconstituído, haja vista a prevalência da decisão judicial sobre a discussão administrativa.

Pondera que, caso o trâmite do presente PAF prossiga e seja obrigada a pagar a quantia lançada, mas após sobrevenha decisão definitiva favorável à Autuada no bojo da Ação Ordinária 0527648-21.2016.8.05.0001, o valor terá de lhe ser devolvido, na íntegra e com atualização, pelo Estado da Bahia.

Destaca que, como se sabe, a restituição desse valor, que corresponde a ICMS, somente é feita pelo Estado da Bahia através da emissão de Precatório (art. 33, § 1º da Lei 7.014/1996) ou do creditamento extemporâneo (art. 315, do RICMS-BA/12), formas que, por essência, não trarão alívio para o caixa da empresa autuada.

Observa que os Precatórios emitidos pelo Estado da Bahia não contam, atualmente, com qualquer previsão factível de pagamento, fazendo-se incerto o seu recebimento, que pode levar décadas. Já

o creditamento extemporâneo há de ser feito de forma parcelada, dividindo-se o pagamento pela quantidade de meses a que se referem, o que, no caso sob análise, implicaria em 04 (quatro) anos para utilização de um crédito pago de uma só vez, com acréscimo de multa e juros.

Prossegue destacando que tais hipóteses, portanto, em muito pouco aliviariam o seu caixa, que restaria severamente combalido em função de uma cobrança que se revelaria indevida.

Frisa que a suspensão ora requerida não acarreta qualquer dano para o Fisco, vez que, ao realizar o lançamento, já preveniu a decadência; e, ao mesmo tempo, caso a decisão na Justiça lhe seja favorável, agregará a atualização monetária ao valor lançado por todo o tempo que perdurar a suspensão.

Pugna pela suspensão da tramitação do presente PAF até que haja decisão definitiva no bojo da Ação Ordinária nº. 0527648-21.2016.8.05.0001.

Registra que conforme art. 268, XVII, “a”, 1 do RICMS-BA/12, o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida por estabelecimentos industriais conta com uma redução de 52% na sua base de cálculo.

Observa da planilha integrante do Auto de Infração que o Autuante, para apuração do tributo, se valeu da fórmula que explicita às fls. 29 e 30, para demonstrar uma diferença significativa entre o valor cobrado e o valor efetivamente devido.

Observa que proceder da forma perpetrada pelo Autuante implica neutralização de parte significativa do benefício estabelecido em lei, ao tempo em que se desborda da finalidade real da norma incentivadora e se contraria ato emanado desta própria SEFAZ.

Frisa que este CONSEF já adota a forma de cálculo ora requerida em seus precedentes, como se colhe, por exemplo do Acórdão 4ª JJF 0062-04/18 (Doc. 08), proferido no bojo do Auto de Infração 269354.3009/16-4, referendado a unanimidade pelo Acórdão 0175/19, de lavra da 1ª CJF.

Observa que, por consequência, impõe-se o recálculo integral do lançamento, a fim de que a base de cálculo “por dentro” seja apurada considerando-se a alíquota efetiva da operação, e não a alíquota cheia do ICMS, conforme Parecer DITRI 01587/2012.

Registra que além da utilização de método de cálculo equivocado para apuração do tributo devido, o Autuante desconsiderou indevidamente recolhimentos de ICMS feitos, os quais implicam exclusões que totalizam R\$ 48.490,18 (valor histórico).

Observa que se colhe do “DEMONSTRATIVO RESUMO” carreado pelo Autuante, este considerou que:

- não houve pagamento de qualquer parcela de ICMS-energia elétrica referente aos meses de setembro e outubro de 2016; e
- houve pagamento de apenas R\$ 5.711,97 a título de ICMS-energia elétrica referente ao mês de novembro/2016.

Afirma que tal apuração está equivocada, por ter realizado um pagamento a mais em DAE COD 2036 no valor de R\$ 66.204,88, datado de 31/10/2016 e referente ao mês de agosto/2016, quando deveria ter pago apenas R\$ 17.714,70, a Autuada, através de carta de correção, direcionou o saldo excedente para quitação integral do adicional do ICMS-energia elétrica dos meses de setembro/2016 (R\$ 17.193,91) e outubro/2016 (R\$ 18.817,13), além da quitação parcial do mês de novembro/2016 (R\$ 12.479,14), o qual foi complementado por um pagamento em DAE COD 2036 no valor de R\$ 5.711,97 datado de 30/01/2017.

Afirma que dadas informações são comprovadas através da carta de correção em anexo (Doc. 09), bem ainda dos resumos de recolhimentos de ICMS para os anos de 2016 e 2017 (Doc. 10).

Registra que, os montantes redirecionados, que totalizaram o valor histórico de R\$ 48.490,18 devem ser excluídos do lançamento, baixando-se também as multas e os juros respectivos.

Requer, inicialmente, seja suspenso o trâmite do presente PAF até que seja proferida decisão definitiva no bojo da Ação Ordinária nº. 0527648-21.2016.8.05.0001, por meio da qual questiona a diferença do ICMS-energia elétrica cobrada através deste Auto de Infração.

Deferida a suspensão e lhe sobrevindo decisão favorável na referida Ação Ordinária, requer seja desconstituído na íntegra o lançamento realizado através do Auto de Infração ora impugnado, ante a prevalência da decisão judicial sobre a discussão administrativa.

Caso deferida a suspensão e lhe sobrevindo decisão desfavorável no bojo da Ação Ordinária, ou ainda em caso de indeferimento da suspensão, pugna pelo acolhimento da presente Impugnação, reduzindo-se o valor do lançamento tendo em vista:

- i. A necessidade de aplicação do método de cálculo previsto no Parecer DITRI 01587/2012, o qual determina que a base de cálculo do imposto “por dentro” seja definida considerando-se a alíquota efetiva da operação (12,96%, considerada a redução de 52% prevista para indústria), e não a alíquota cheia do ICMS, como fez o Autuante;*
- ii. O desconto do valor de R\$ 48.490,18 a título de ICMS, em decorrência de pagamentos indevidamente desconsiderados pelo Autuante na apuração.*

Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como diligências, perícias, juntada posterior de documentos, pareceres e decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova e revisão do lançamento.

Os Autuantes prestam a informação fiscal às fls. 128 a 132, depois de resumir as razões de Defesa do Impugnante articulam os argumentos que se seguem.

Inicialmente esclarecem que o presente lançamento é referente a parcela do Fundo de Pobreza, vinculado ao recolhimento a menor de energia elétrica exigida através do Auto de Infração 298943.0002/20-3. Logo, por prudência o presente PAF deverá ser julgado em conjunto com o Auto de Infração nº 298943.0002/20-3.

Frisam que o lançamento tributário é uma atividade estatal plenamente vinculada que independe da existência ação judicial, até porque se o fisco não constituir o crédito tributário corre o risco da incidência do instituto da decadência.

Ademais, sem entrar nesta razão meritória, já que o tema está judicializado, a expressão “poderá ser seletivo”, prevista no art. 153, § 3º, inciso I, da CF/88, confere discricionariedade ao legislador estadual para optar por seguir ou não a seletividade nas alíquotas do ICMS.

Afirmam que o legislador baiano optou pela alíquota de 25% nas operações com energia elétrica, de acordo com a alínea “i”, do inciso II, do art. 16, da Lei 7.014/96.

Registraram que o doutrinador José Eduardo Soares de Melo entende como uma faculdade dos Estados e do Distrito Federal ao dizer que “*constitui princípio constitucional a ser rigorosamente obedecido no âmbito do IPI, e de modo permitido no caso do ICMS*”.

Dizem que, apesar da discricionariedade prevista na Carta Magna, ao reduzir a base de cálculo nas aquisições destinada às classes de consumo industrial e rural, prevista no RICMS-BA/12, em 52%, a legislação estadual observou o critério da essencialidade pois praticou uma alíquota bem menor que a alíquota geral que é de 18%.

No que tangem às razões meritórias, assinalam ser cediço que as operações tributadas pelo ICMS, de energia elétrica consumida pelos estabelecimentos industriais, possuem alíquota de 25% e redução de 52% da base de cálculo, de acordo com o item 1, da alínea ‘a’, do inciso XVII, do art. 268, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Observam que, para se efetuar a apuração do ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica deverá se dividir o valor da operação por 73% (100% - 27%), para efeito de se chegar ao valor da base de cálculo, aplicar a redução supracitada, e posteriormente aplicar a alíquota 25%, já que o legislador baiano não definiu a carga tributária.

Asseveram ser esse também o entendimento definido na Súmula 06 do CONSEF, cujo teor transcreve.

Por isso, afirmam estar devidamente de acordo com a legislação o demonstrativo de cálculo elaborado pelos Autuantes.

Quanto a alegação de pagamento a mais do ICMS energia elétrica no período de 08/2016, destacam ser importante registrar que o referido mês não faz parte do lançamento em apreço e que possível pagamento a mais tem que ser objeto de pedido de restituição de indébito nos moldes definidos no RPAF-BA/99, já que inexiste previsão legal de utilização como crédito fiscal.

Assim sendo, rogam pela procedência do Auto de Infração em apreço.

Essa 3ª JJF converte os autos em diligência à PGR-PROFIS, fl. 136 e 137, para emissão de opinativo jurídico acerca da real situação processual do Recurso Extraordinário impetrado pelo Autuado relativo à Ação Ordinária nº 0527648-21.2016.8.05.0001, para subsidiar a decisão, esclarecendo se remanesce, vigendo, de fato, a opção pela via judicial do presente feito, consoante previsão preconizada no inciso IV, do art. 122, do RPAF-BA/99.

Às fls. 139 e 139v, em Parecer da PGE/PROFIS/Núcleo Judicial, da lavra do i. Procurador Dr. José Augusto Martins Junior conclui que no presente caso se impõe a aplicação dos artigos 117 e 122, V, do RPAF-BA/99, extinguindo-se a lide administrativa, com a efetiva inscrição em dívida ativa do crédito tributário lançado até o deslinde da demanda judicial, devidamente acompanhada pela PGE/PROFIS.

Registro a presença, na assentada do julgamento, do Patrono do Autuado Dr. Luiz Fernando Sande Mathias - OAB-BA nº 29.391, que em sustentação oral reafirmou suas razões de defesa alinhadas na Impugnação.

VOTO

O presente lançamento de ofício constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização e objeto de defesa por parte da empresa autuada.

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que a Autuante, descreveu a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no art. 39 do RPAF/99.

Dessa forma, concluo que ao Autuado foi garantida a ampla defesa, que exerceu livremente o exercício do contraditório, inexistindo no auto de infração qualquer das hipóteses previstas no art. 18, do RPAF-BA/99 que ensejasse sua nulidade.

No mérito, o sujeito passivo foi acusado de falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho de 2016 a novembro de 2019.

Consta nos autos fl. 24, que o Autuado, em momento anterior ao início da ação fiscal, ingressou com a Ação Ordinária nº. 0527648-21.2016.8.05.0001 (Doc. 05) objetivando a redução da alíquota total do ICMS-energia elétrica de 27% (25% + 2% para o Fundo de Combate à Pobreza) para 18%, em razão do princípio da essencialidade, obtendo decisão que antecipou a tutela em junho/2016 e sentença favorável em outubro/2017.

Em janeiro/2019 o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJ/BA, proferiu acórdão reformando a sentença e cassando a liminar (Doc. 06); ato contínuo, o Impugnante interpôs Recurso Extraordinário conforme Doc. 05 para discutir a questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu sua repercussão geral através do Tema 745.

No entanto, observo que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142, do CTN. Significa dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência.

O art. 117, do RPAF-BA/99 dispõe que:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.”

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

[...]

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

[...]

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298943.0003/20-0, lavrado contra **PROQUIGEL QUÍMICA S.A.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento do valor de **R\$ 905.040,60**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais. Diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, deve o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126, do COTEB.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA