

N. F. Nº - 279266.0010/24-8
NOTIFICADO - HOSPITAL ESPERANCA S.A.
NOTIFICANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/01/2025

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0234-03/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE/ACL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte apresenta elementos com o condão de ilidir parcialmente a acusação fiscal. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal lavrada em 22/03/2024, exige crédito tributário no valor de R\$ 16.610,25, acrescido de multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01. 002.001.024 – deixou 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. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte baixado, alcançado na Operação Malha Fiscal de Energia Elétrica adquirida no ambiente de contratação livre, nos meses de janeiro a junho de 2023.

O Notificado impugna o lançamento fls.11/25. Diz que vem, através do seu representante legal, na forma do RPAF/99, oferecer tempestivamente, a impugnação ao presente Notificação Fiscal, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas. Sintetiza os fatos. Reproduz a irregularidade apurada.

Afirma que é pessoa jurídica dedicada à exploração de atividades médico-hospitalares em todas as modalidades, foi intimado da lavratura da notificação fiscal de lançamento no dia 04.04.2024. Diz que por ser consumidor livre de energia elétrica, nos termos do art. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95, adquire, no Ambiente de Contratação Livre, energia elétrica de geradores de energia elétrica, notadamente daqueles situados em outros Estados e que a Fiscalização lavrou a Notificação Fiscal para exigir supostos débitos de ICMS incidentes sobre a aquisição interestadual de energia elétrica por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre. A Fiscalização ainda destaca que o imposto seria devido, porque o estabelecimento incorporado estaria conectado à Rede Básica de Transmissão e a energia teria sido adquirida para seu próprio consumo.

Aduz que irá demonstrar, detidamente, as razões de fato e direito pelas quais a Notificação Fiscal de Lançamento deve ser integralmente cancelada.

Explica que a Lei nº 10.433, de 24.04.2002, instituiu o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada com o objetivo de viabilizar as operações com energia elétrica nos sistemas interligados. O MAE foi sucedido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE (Lei nº 10.848, de 15.03.2004), associação civil sem finalidade lucrativa, que foi integrada por geradores, produtores independentes, autoprodutores, distribuidoras, comercializadoras, importadoras e exportadoras de energia elétrica, além de consumidores livres e especiais de todo o país (agentes).

A comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional - SIN pode ser realizada em diferentes ambientes de negociação (art. 1º da Lei nº 10.848/04), quais sejam, o Ambiente de

Contratação Livre e o Ambiente de Contratação Regulada, havendo, ainda, o Mercado de Curto Prazo.

Explica que no Ambiente de Contratação Livre, participam as geradoras, comercializadoras, consumidores livres e especiais, os quais têm liberdade para negociar a energia elétrica, estabelecendo, a seu critério, volumes, preços e prazos de suprimento. Já no Ambiente de Contratação Regulada, são necessariamente realizadas operações entre os agentes vendedores e agentes de distribuição, mediante leilões promovidos pela CCEE, em que não há possibilidade de alteração pelas partes. Tanto no Ambiente de Contratação Livre quanto no Regulado, as operações de compra e venda de energia elétrica são pactuadas por meio de contratos bilaterais celebrados por compradores e vendedores, sendo a liquidação financeira efetuada diretamente pelas partes contratantes.

Destaca que é consumidor livre de energia elétrica e adquire essa mercadoria de geradores e comercializadoras no Ambiente de Contratação Livre.

Feitas essas breves considerações, passa ao exame das normas gerais de ICMS relativas às operações de energia elétrica no ambiente de contratação livre.

Aponta a Constituição Federal que dispõe que o ICMS incide sobre operações com energia elétrica, salvo nas operações interestaduais, cabendo à lei complementar definir os contribuintes do imposto e os responsáveis pelo seu recolhimento na qualidade de substitutos tributários.

Por sua vez, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu que as empresas distribuidoras de energia elétrica seriam as responsáveis pelo recolhimento do imposto incidente sobre todas as operações antecedentes à distribuição, ou seja, desde a sua produção ou importação até a última operação.

A Lei Complementar (LC) n° 87, de 13.09.1996, manteve essa disciplina na sua essência, mas estabeleceu que a substituição tributária nas operações com energia elétrica seria disciplinada por lei estadual ou por convênio entre os Estados, conforme se tratasse de operação interna ou interestadual.

Assim, em 05.08.2011, foi celebrado o Convênio ICMS n° 77, o qual estabeleceu que, no ambiente de contratação livre, a responsabilidade pelo recolhimento de todo o ICMS, desde a geração até a última operação com destino ao consumidor final, é atribuída (i) à distribuidora que praticasse a última operação por força de contratos de conexão e de uso da rede de distribuição ou (ii) ao destinatário que, estando diretamente conectado à rede básica de transmissão, promovesse a entrada da energia elétrica para consumo próprio. Reproduz a Cláusula Primeira.

Assim, conclui-se que as aquisições interestaduais de energia elétrica, celebradas no ambiente de contratação livre por consumidores sediadas no Estado da Bahia, devem estar sujeitas às regras de substituição tributária previstas no Convênio ICMS n° 77/11, as quais preveem que a responsabilidade pelo pagamento do imposto fica atribuída à distribuidora de energia elétrica. Essa interpretação é reforçada pelos arts. 10 e 11 da Lei n° 7.014/96, que transcreve.

Observa, no entanto, que o art. 400 do Decreto n° 13.780/12 (RICMS/12) dispôs sobre a incidência de ICMS na aquisição interestadual de energia elétrica. Afirma que embora o referido dispositivo pudesse sugerir a transferência da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS aos consumidores de energia, é certo que tal posição não poderia prevalecer, uma vez que, por evidente, o Regulamento de ICMS (previsto em Decreto) não poderia contrariar as normas estabelecidas na Lei n° 7.014/96 e no Convênio ICMS n° 77/11.

Assim, a única interpretação passível de ser extraída do referido art. 400 que compatibiliza os diferentes atos normativos é a de que os consumidores de energia elétrica somente serão responsáveis pelo recolhimento do ICMS caso estejam conectados à rede básica de transmissão.

Esse, inclusive, é o entendimento da Fiscalização, a qual exigiu ICMS sob a justificativa de que esse teria promovido a aquisição interestadual de energia elétrica, no ambiente de contratação

livre, "estando ele, conectado diretamente à rede básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo".

Ocorre que, ao contrário do afirmado pela Fiscalização, não está conectado à rede básica de transmissão. Com efeito, tal como ocorre com a maioria esmagadora de consumidores livres, o Impugnante está conectado à Rede Básica de distribuição. De fato, a conexão de consumidores livres diretamente à rede básica de transmissão é hipótese absolutamente excepcional prevista apenas para contribuintes com tensão igual ou superior a 230 kV (aplicável a grandes indústrias) e nas circunstâncias previstas no Decreto Federal nº 5.597/05 e no Módulo 5 da Resolução Aneel nº 1.001/22, devendo ser precedida, entre outros documentos, de autorização específica da ANEEL, Portaria do Ministério de Minas e Energia, fundamentada em parecer técnico, parecer de acesso emitido pelo Operador do Sistema Nacional (ONS).

Aponta o contrato de uso do sistema de distribuição celebrado com a distribuidora de energia, o qual comprova sua conexão à rede básica de distribuição. Esse, evidentemente, não é o seu caso, empresa prestadora de serviços dedicada ao atendimento médico-hospitalar.

Ressalta, inclusive, que a Fiscalização não juntou qualquer elemento que amparasse a sua afirmação (completamente dissociada da realidade) de que estaria conectado à rede básica de transmissão, violando, assim, o seu dever de fundamentação do lançamento tributário.

Em suma, (i) a legislação federal, do Confaz e do Estado da Bahia estabelecem que, nas aquisições interestaduais de energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS somente pode ser atribuída ao consumidor caso esse esteja conectado à rede básica de transmissão e (ii) no presente caso, ao contrário do consignado na Notificação Fiscal, o Impugnante não está conectado à rede básica de transmissão, mas à rede básica de distribuição.

Dessa forma, deve ser cancelada a Notificação Fiscal ora impugnada, porque, independentemente dos recolhimentos de ICMS efetuados durante os fatos geradores objeto dessa notificação fiscal, a legislação tributária veda que seja exigido de contribuinte não conectado à rede básica de transmissão (como o Impugnante), o valor do imposto incidente na aquisição interestadual de energia elétrica celebrada no ambiente de contratação livre.

Registra que como visto, o art. 400 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 13.780/12) assim dispõe sobre a incidência de ICMS na aquisição interestadual de energia elétrica, conforme reproduz.

Por sua vez, o art. 268, XVII, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, em sua redação original, estabelecia que a base de cálculo das operações com energia elétrica destinadas à atividade de atendimento hospitalar era reduzida em 52%.

Aponta que o Decreto nº 21.494/2022, com efeitos a partir de 23.06.2022, alterou a redação do inciso "XVII" do *caput* do art. 268 do Decreto nº 13.780/2012, para que passasse a constar que a base de cálculo das operações com energia elétrica destinadas à atividade de atendimento hospitalar é reduzida de forma que a carga tributária corresponda a 15,08%.

Registra que, apesar de o *caput* da nova redação do art. 268 fazer referência à redução da base de cálculo, não há (como existia antigamente) qualquer menção ao percentual da nova base de cálculo que deve ser adotada para as operações com energia elétrica. O legislador buscou facilitar a aplicação da norma e, agora, previu expressamente a carga tributária (15,08%) que deve incidir sobre a energia elétrica adquirida no ambiente de contratação livre.

Não obstante, conforme se verifica do "Anexo A" desta Notificação Fiscal, a Fiscalização adotou a seguinte interpretação para cobrança do ICMS em questão: (1) apuração da base de cálculo com o acréscimo, ao valor da nota fiscal, do imposto supostamente incidente na operação sob a alíquota de 15,08%, mediante o "cálculo por dentro" do ICMS (Doc. 04), (2) aplicação da alíquota de 15,08%

sobre o valor da base de cálculo apurada, após a inclusão do próprio imposto e (3) dedução dos valores de ICMS que teriam sido pagos pelo contribuinte (Doc. 05).

Ocorre que a metodologia de cálculo adotada pela Fiscalização está equivocada, pois importa na exigência de ICMS em montante superior àquele correspondente à carga tributária de 15,08%, prevista no art. 268, XVII, do Regulamento de ICMS.

Em primeiro lugar, observa que a operação interestadual de energia elétrica realizada no ambiente de contratação livre é realizada sem a incidência de ICMS, conforme se verifica das notas fiscais que fundamentaram a presente autuação (Doc. 04), de modo que não há razão para inclusão, na base de cálculo do imposto de ICMS que não incidiu no caso.

Em linha com esse raciocínio, registra que a Cláusula 1ª, Parágrafo Primeiro, do Convênio ICMS nº 77/11, ao dispor sobre as operações interestaduais de energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre, prevê a inclusão de diversas parcelas na base de cálculo do ICMS, mas, em nenhum momento, estabelece que deve ser nela incluído o montante do próprio imposto (visto que não incidiu na operação).

Por outro lado, é fato incontroverso e de senso comum, que, ao se incluir o valor do próprio imposto na base de cálculo do ICMS, as autoridades fiscais acabam por impor carga tributária maior do que a mera aplicação da alíquota sobre o valor total da nota fiscal. Confira-se, o exemplo, no qual resta comprovado que a aplicação da alíquota de 18% sobre nota fiscal no valor de R\$ 100,00, mediante o "*cálculo por dentro*", gera carga tributária de 21,95%.

Com efeito, afirma que ao comparar o cálculo demonstrado e a constatação sobre a carga tributária efetiva, percebe-se que a Fiscalização confunde "*redução de alíquota de ICMS para 15,08%*" com a previsão de "*redução de base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 15,08%*". Ora, caso o benefício concedido aos hospitais fosse de redução de alíquota para 15,08% (e fosse possível a inclusão do próprio imposto quando não há incidência na operação), não haveria dúvidas de que o cálculo elaborado pela Fiscalização nesta Notificação Fiscal estaria correto.

No entanto, entende que ao repetir a fórmula de "*cálculo por dentro*" em benefício que trata de carga tributária efetiva, a Fiscalização acaba por impor carga tributária incidente sobre a aquisição de energia elétrica correspondente 17,76%, violando, assim, o disposto no art. 268, XVII, do Regulamento de ICMS (que estabelece carga tributária de 15,08%).

Ora, a interpretação literal do art. 268, XVII, do Regulamento de ICMS (conforme exige o art. 111 do CTN) impõe que o ICMS devido nas aquisições interestaduais de energia elétrica celebrada no ambiente de contratação livre esteja limitado aos seguintes valores que descreve.

Assim, deduzidos desses valores, os montantes de ICMS efetivamente recolhidos, conclui que é absolutamente improcedente esta Notificação Fiscal, na medida em que a totalidade do ICMS incidente na aquisição interestadual de energia elétrica no ambiente de contratação livre integralmente recolhido (há, inclusive, crédito em seu favor nesses períodos).

Sustenta, pois, que deve ser cancelada esta notificação de lançamento, porque a metodologia de apuração de carga tributária efetiva realizada pela Fiscalização contraria a interpretação literal do art. 268, XVII, do Regulamento de ICMS, sendo certo que, aplicado corretamente o dispositivo, verifica-se que os débitos exigidos foram integralmente recolhidos.

Conforme relatado, afirma que a Fiscalização lavrou o presente Notificação Fiscal para exigir supostos débitos de ICMS incidentes sobre a aquisição interestadual de energia elétrica, referentes ao período de apuração de janeiro a junho de 2023.

Não obstante, mesmo dispondo de todos os meios para realizar esta conferência, o auditor fiscal ignorou o fato de que já havia realizado o pagamento de quase a totalidade da diferença exigida com relação ao período de apuração de junho de 2023. Conforme comprovantes de pagamento anexados ao "Doc. 05", é possível depreender que, além do pagamento do montante de R\$ 33.364,57

identificado pela Fiscalização, já havia quitado o montante adicional de R\$ 2.669,17, o qual corresponde a praticamente todo o montante exigido para aquele período de apuração.

Diante do exposto, deve ser reconhecida a extinção do montante de R\$ 2.669,17 referentes ao crédito tributário exigido para o período de junho de 2023, por força do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional, com o respectivo cancelamento parcial da Notificação Fiscal (Doc. 06).

Diante de todo o exposto, requer que seja julgada procedente a impugnação para que seja cancelada a integralidade dos débitos de ICMS, acrescidos dos respectivos acréscimos moratórios (correção monetárias, juros de mora e multa de mora) e da multa de infração, exigidos por meio desta Notificação Fiscal de Lançamento.

Por fim, para melhor análise dos documentos anexados a impugnação, ou na eventualidade destes virem a ser considerados insuficientes para a demonstração do seu direito, o que se admite apenas para argumentar, protesta, desde já, nos termos dos arts. 144 e 145 do Decreto nº 7.629/99, pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, em especial prova documental suplementar e pericial contábil.

O Notificante presta informação fiscal fl.237/238. Reproduz a irregularidade apurada. Afirma que o contribuinte apresentou tempestivamente defesa à Notificação Fiscal.

Diz que a defesa tece uma série de comentários sobre a incidência do ICMS na aquisição de energia elétrica no ambiente de contratação livre, culminando com a transcrição do artigo 400 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto 13.780/12, que estabelece as normas legais a serem seguidas pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre.

Comenta que neste artigo 400 do RICMS/Ba encontramos a determinação da base de cálculo em seu parágrafo 1º, item I, alínea a) *“como base de cálculo, o valor cobrado pelo gerador ou comercializador de energia elétrica e por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, ao qual deve ser integrado o montante do próprio imposto.*

Assim, não há nenhuma condição do adquirente estar conectado a uma rede de transmissão ou distribuição de energia, nem tampouco uma distinção entre consumidores com energia fornecida a tensões abaixo ou acima de 230KV. A todos é devido o recolhimento do ICMS Energia.

Ao alegar em sua defesa, que por estar conectada à rede básica de distribuição, não está sujeita à cobrança do ICMS de consumidor de energia elétrica, a autuada procura evadir-se da obrigação tributária instituída com toda clareza no artigo 400 do RICMS/Ba. Na Notificação Fiscal, a simples citação na descrição da infração 01-002.001.024 do termo transmissão quer se referir a uma definição abrangente de transmissão de energia elétrica entre o fornecedor e o consumidor da energia elétrica. O enquadramento legal da infração, conforme consta nesta Notificação Fiscal, é o artigo 400 do RICMS/Ba, transcrito à folha 17 deste PAF, que não estabelece nenhuma distinção entre consumidores conforme a rede de conexão de energia.

Por sua vez, a base de cálculo do ICMS devido está definida no parágrafo 1º, item I, alínea a, do artigo 400 do RICMS/Ba. Dessa forma, não há como se questionar a inclusão do imposto na base de cálculo.

Por outro lado, o Decreto 21.494/22 estabeleceu nova redação para a redução da base de cálculo, com efeitos a partir de 23/06/22, do item XVII do artigo 268 do RICMS/Ba. Assim, ficou estabelecida uma base de cálculo correspondente a uma carga tributária de 15,08% à qual, conforme determina o parágrafo 1º, inciso I, alínea “a” do artigo 400 do RICMS/Ba, deve ser integrado o montante do próprio imposto.

Por fim, a autuada, manifestando o seu entendimento de que está correta a cobrança de ICMS pela aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre nos termos que foi autuada, traz

cópia de DAE e comprovantes de recolhimentos de ICMS Energia Elétrica referentes ao período de janeiro a junho de 2023.

Comprovados todos os valores apresentados, elabora novo demonstrativo de débito, reduzindo o valor da autuação para R\$ 13.940,88.

VOTO

Preliminarmente, verifico que o presente lançamento fiscal se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que a notificação Fiscal foi lavrada em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base a exigência fiscal, demonstrativo fls.04/08, comprovante de entrega de intimação e seus anexos no dia 04/04/2024 fl.08, via AR, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com os fatos descritos no corpo da Notificação Fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura da presente Notificação Fiscal, encontrando-se definidos, o Notificado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da notificação.

No mérito, a Notificação Fiscal trata de 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 o contribuinte conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada, nos meses de janeiro a junho de 2023.

O Defendente alegou, que as aquisições interestaduais de energia elétrica, celebradas no ambiente de contratação livre por consumidores sediados no Estado da Bahia, devem estar sujeitas às regras de substituição tributária previstas no Convênio ICMS nº 77/11, e a responsabilidade pelo pagamento do imposto fica atribuída à distribuidora de energia elétrica. Disse que embora o disposto no art. 400 do RICMS/2012, sobre a incidência nas aquisições interestaduais de energia elétrica, pudesse sugerir a transferência da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS aos consumidores de energia, é certo que tal posição não poderia prevalecer, uma vez que, por evidente, o RICMS/BA não poderia contrariar as normas estabelecidas na Lei nº 7.014/96 e no Convênio ICMS nº 77/11.

Acrescentou que não está conectado à rede básica de transmissão, mas como ocorre com a maioria esmagadora de consumidores livres, está conectado à Rede Básica de distribuição.

Sobre a matéria, assim estabelece a legislação de regência, arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

"Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

§ 1º A responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, é também atribuída:

(...)

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, relativamente ao pagamento do imposto desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento à unidade da Federação onde deva ocorrer essa operação.

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta, automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento".

Já o art. 400 do Decreto nº 13.780/12 RICMS/BA, assim dispôs sobre a incidência de ICMS na aquisição interestadual de energia elétrica:

"Art. 400. O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 49 e no inciso IV do § 19 do art. 59 da Lei nº 7.014/96, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras, pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.

Da leitura dos citados dispositivos reproduzidos, verifica-se claramente, que a responsabilidade pelo pagamento do imposto ora em discussão fica atribuída à distribuidora de energia elétrica e tanto aos consumidores de energia conectados à rede básica de transmissão, como aqueles conectados à rede básica de distribuição, como é o caso do Notificado.

Impende registrar que este Órgão Administrativo Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

O defendente afirmou, que conforme se verifica do "Anexo A" desta Notificação Fiscal, que o valor apurado pelo fisco se encontra equivocado, tendo em vista o erro de cálculo aritmético efetuado pela Fiscalização, levando a exigência de ICMS em montante superior àquele correspondente à carga tributária de 15,08%, prevista no art. 268, XVII, do Regulamento de ICMS.

Apresentou entendimento que a Cláusula 1ª, parágrafo primeiro, do Convênio ICMS nº 77/11, ao dispor sobre as operações interestaduais de energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre, prevê a inclusão de diversas parcelas na base de cálculo do ICMS, mas, em nenhum momento, estabelece que deve ser nela incluído o montante do próprio imposto.

Acrescentou que a fórmula de "cálculo por dentro" em benefício que trata de carga tributária efetiva, a Fiscalização acaba por impor carga tributária incidente sobre a aquisição de energia elétrica violando o disposto no art. 268, XVII, do RICMS/12 que estabelece carga tributária de 15,08%.

Na informação fiscal, o Notificante esclareceu o motivo da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo. Explicou que a base de cálculo do ICMS devida está definida no parágrafo 1º, item I, alínea a, do artigo 400 do RICMS/Ba. Dessa forma, não há como se questionar a inclusão do imposto na base de cálculo.

Por outro lado, o Decreto 21.494/22 estabeleceu nova redação para a redução da base de cálculo, com efeitos a partir de 23/06/22, do item XVII do artigo 268 do RICMS/Ba. Assim, ficou estabelecida uma base de cálculo correspondente a uma carga tributária de 15,08% ao qual, conforme determina o parágrafo 1º, item I, alínea "a" do artigo 400 do RICMS/Ba, deve ser integrado o montante do próprio imposto.

Assim dispõe o § 1º, art. 17 da Lei 7.014/96:

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos VI, XI e XI-A do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Por sua vez, a base de cálculo do ICMS devida, é assim definida no parágrafo 1º, item I, alínea a, do

artigo 400 do RICMS/Ba:

(...)

a) como base de cálculo, o valor cobrado pelo gerador ou comercializador da energia elétrica e por todas as empresas de transmissoras, pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, ao qual deve ser integrado o montante do próprio imposto”.

Neste cenário, dúvidas não há do acerto da fiscalização, no que diz respeito ao cálculo do *quantum* devido pelo defendente neste processo.

Por fim, o defendente afirmou que deveriam ser excluídos do levantamento fiscal, os valores referentes ao período de janeiro a junho de 2023, visto que recolheu de forma tempestiva os citados valores. Apensou documentos comprobatórios.

Em sede de informação fiscal o Notificante afirmou que a Notificada, manifestando o seu entendimento de que está correta a cobrança de ICMS pela aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre nos termos que foi autuada, trouxe cópia de DAE e comprovantes de recolhimentos de ICMS Energia Elétrica referentes ao período de janeiro a junho de 2023. Disse que comprovados todos os valores apresentados, elaborou novo demonstrativo de débito, reduzindo o valor da notificação, conforme demonstrativo que elabora na própria informação fiscal.

Dessa forma, entendo restar evidenciado nos presentes autos o cometimento pelo Notificado da infração veiculada na acusação fiscal objeto da notificação, e nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a notificação fiscal, que remanesce em R\$ 13.940,88, em consonância com os ajustes realizados pela fiscalização.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **279266.0010/24-8**, lavrada contra **HOSPITAL ESPERANÇA S.A.**, devendo ser intimado o Notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.940,88**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea "f", do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR