

A. I. N° - 206973.0070/23-7
AUTUADO - DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
AUTUANTES - IVANA MARIA MELO BARBOSA MENEZES e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24/02/2025

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0018-03/25-VD**

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou 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, inclusive o FCP. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/2023, refere-se à exigência de R\$ 16.033.000,82 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 002.001.024: 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 ele conectado diretamente à Rede Básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada. Período de janeiro a dezembro de 2019. Valor do débito: R\$ 1.987.669,90.

Consta na Descrição dos Fatos: Tendo adquirido energia elétrica em ambiente de Contratação Livre – ACL e tendo havido excedente, tal excedente foi objeto de cessão interestadual. O Demonstrativo de Operações com Energia Elétrica evidencia operações de aquisição interestadual de energia elétrica, utilização, revenda do excedente e recolhimento a menor por meio de Documento de Arrecadação Estadual – DAE emitido com código de receita 2036.

Trata-se dos dois pontos percentuais acrescidos à alíquota de 25% nas operações e prestações relativas a energia elétrica como determina o art. 16-A da Lei nº 7.014/96, cuja arrecadação é inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e conforme dispõe a Portaria nº 133 de 07 de fevereiro de 2002 e alterações posteriores, deverá ser recolhido em separado. O Demonstrativo contempla as infrações 01 e 02.

Infração 02 – 002.001.024: 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 ele conectado diretamente à Rede Básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada. Período de janeiro a dezembro de 2019. Valor do débito: R\$ 14.045.330,92.

Consta na Descrição dos Fatos: Tendo adquirido energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre – ACL e tendo havido excedente, tal excedente foi objeto de cessão interestadual. O Demonstrativo de Operações com Energia Elétrica evidencia operações de aquisição interestadual de energia elétrica, utilização, revenda do excedente e recolhimento a menor por meio de Documento de Arrecadação Estadual – DAE emitido com código de receita 741. O Demonstrativo contempla as infrações 01 e 02.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 20 a 58 do PAF. Informa que tem por objeto social, precípua mente, a fabricação de produtos químicos, petroquímicos, plásticos e resinas, produtos agropecuários, produtos farmacêuticos de uso humano, além de outras atividades correlatas, conforme previsto em seu Contrato Social.

Diz que mantém estabelecimento no Município de Candeias/BA, no Polo Industrial de Aratu, onde produz Óxido de Propileno e Propilenoglicol, Ácido Clorídrico, Cloro-Soda e Percloroetileno, sendo certo que o desenvolvimento de tais produtos demanda o consumo de energia elétrica, atraindo a incidência do ICMS.

Também informa que na consecução de suas atividades econômicas, adquire diversos produtos necessários ao seu processo industrial, dentre os quais a energia elétrica, essencial ao seu processo produtivo.

Especificamente no que se refere às regras de tributação pelo ICMS das aquisições de energia elétrica, registra que os Convênios ICMS nºs 117/04 e 77/11 determinam que o consumidor conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão que promover a entrada da energia elétrica no seu estabelecimento – no caso, o Impugnante – é o responsável pelo pagamento do ICMS devido pela conexão e pelo uso dos sistemas de transmissão e pela aquisição da energia elétrica que será destinada ao seu consumo próprio.

Menciona que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (“RICMS/BA”) determina em seu art. 332, XVI, que, tratando-se de energia elétrica adquirida em Ambiente de Contratação Livre (“ACL”), o recolhimento do ICMS será feito até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da entrada da energia elétrica no estabelecimento do adquirente, inclusive em relação ao imposto devido pela conexão e uso do sistema de transmissão.

Diz que o ICMS incidente sobre as operações de aquisição de energia elétrica e encargos pelo uso do sistema de transmissão e conexão é calculado pela aplicação da alíquota de 25% sobre uma base de cálculo reduzida em 52%, nos termos do art. 16, II, “i”, da Lei nº 7.014/96, e do art. 268, XVII, do RICMS/BA, que reproduziu.

Acrescenta que além da incidência do ICMS sobre as operações ora analisadas, também efetua o recolhimento do tributo sob alíquota correspondente a 2%, cujo respectivo valor é destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (“FECP”), conforme aduz o art. 16-A, da Lei nº 7.014/96.

Destaca que a legislação estadual da Bahia determina que o valor do ICMS e o valor destinado ao FECP devem ser recolhidos por meio de Documento de Arrecadação Estadual (“DAE”) em separado, com códigos de recolhimento diferentes.

Alega que ao revisar seus procedimentos fiscais, constatou que em março de 2022, por um lapso, vinha recolhendo o ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica e sobre os encargos, bem como o valor destinado ao FECP, em desacordo com o que determina a legislação estadual no que se refere ao preenchimento dos DAEs utilizados para o recolhimento das importâncias devidas.

Em síntese, verificou que:

(i) ao preencher o campo “referência” do DAE (campo nº 04), em vez de indicar a data de entrada da energia elétrica em seu estabelecimento, apontou o mês do pagamento do tributo. A título de exemplo, na hipótese de o Impugnante ter adquirido energia elétrica em setembro de 2019, teria até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da entrada da energia elétrica no seu estabelecimento para efetuar o recolhimento do imposto, ou seja, novembro de 2019. Entretanto, no mesmo exemplo, ao preencher o DAE, não indicou no campo “referência” o mês de setembro de 2019, mas o mês de novembro de 2019, data em que efetuou o pagamento do ICMS; e

(ii) ao efetuar o recolhimento do ICMS e do FECP, ao invés de realizá-lo em DAEs diferentes, sob códigos diferentes, recolheu o ICMS e o valor destinado ao FECP por meio de um único DAE com o código de receita 0741 (código específico para pagamento do “ICMS – Energia Elétrica”).

Informa que ao constatar que tais equívocos já vinham ocorrendo nos cinco anos anteriores a 2022 – os quais, frisa, não causam prejuízo ao Erário Estadual, visto que o tributo foi devidamente recolhido – apresentou denúncia espontânea perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (doc. 04), a respeito da qual nunca obteve resposta.

Em adição aos esclarecimentos fáticos acima detalhados, diz que foi intimado da Ordem de Serviço nº 503075/23, para prestar esclarecimentos a respeito do período de 01/01/2019 a 31/12/2021 (doc. 05). Entretanto, embora tenha respondido aos questionamentos formulados pela Fiscalização (doc. 06), não foi novamente intimado para prestar outros esclarecimentos.

Afirma que foi surpreendido pela lavratura do Auto de Infração em referência, por meio do qual a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia visa à cobrança de ICMS e multa, referentes ao período de janeiro de 2019 a dezembro de 2019, no montante total de R\$ 30.912.204,27, com o relato de que teria deixado de recolher (i) 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”), e (ii) o montante destinado ao FECP correspondente.

Alega que o lançamento fiscal consubstanciado no Auto de Infração não merece prosperar, pelas seguintes razões:

- (i) o Auto de Infração padece de nulidade, tendo em vista que (i.a) aponta dispositivo legal já revogado, bem como que (i.b) o demonstrativo indicado na autuação fiscal utiliza bases de cálculo distintas para cada infração, sem permitir ao Impugnante compreender quais rubricas foram efetivamente consideradas pelo Fisco estadual para fins de composição da base de cálculo da autuação;
- (ii) ainda que superada a preliminar de nulidade da autuação, a base de cálculo do ICMS utilizada pelo Fisco Estadual foi indevidamente alargada, uma vez que incluiu as rubricas referentes a (ii.a) ICMS-ST, e (ii.b) notas fiscais relativas a operações (ii.b.i) canceladas, (ii.b.ii) de energia elétrica não consumida e (ii.b.iii) não relacionadas ao período autuado; e
- (iii) o Impugnante informou à SEFAZ/BA, por meio de Processo de Denúncia Espontânea, que efetuou o pagamento do ICMS e do FECP de maneira equivocada. Embora tenha reportado tais informações ao Fisco, seus esclarecimentos foram completamente desconsiderados pela autuação.

Diante disso, ao levar em consideração a base de cálculo utilizada pelo Impugnante – que é aquela efetivamente correta – e as informações fornecidas em sua Denúncia Espontânea, entende restar evidente que não há tributo a ser recolhido, afirmando que o valor do ICMS e do FECP foi integralmente pago.

Preliminarmente, passa a demonstrar a nulidade do Auto de Infração, alegando completa obscuridade das informações constantes do respectivo Relatório Fiscal, o que, por certo, vulneram o exercício do contraditório e o acesso à ampla defesa.

Alega que ao capítular as infrações fiscais, o Auto de Infração apontou dispositivo legal para amparar o lançamento que não se aplica às operações em discussão, e sequer remetem ao período em que tal dispositivo estava vigente.

Afirma que ao fundamentar o lançamento com dispositivo legal que já foi revogado, o Fisco compromete o direito de defesa do Autuado, que não possui conhecimento dos dispositivos legais que efetivamente capitulam a conduta infratora a ele atribuída.

Também alega que o Auto de Infração é contraditório e obscuro em relação à composição da base de cálculo do ICMS e do FECP, posto que indica, para os mesmos períodos, valores divergentes na Autuação e no Anexo 03 do Auto de Infração.

Diz que a autuação aponta bases de cálculo diversas para a apuração do ICMS e do FECP, mas não esclarece a razão para tal divergência.

A título de exemplo, menciona que a planilha do Auto de Infração para a Infração nº 02 (ICMS) indica que a base de cálculo para janeiro de 2019 é de R\$ 6.410.771,80, enquanto na planilha anexa à Autuação consta, para o mesmo período, a base de cálculo no valor de R\$ 9.395.299,37 (mesma base utilizada na planilha da apuração do FECP).

Diz que não há qualquer esclarecimento por parte da Autoridade Lançadora para justificar tal diferença, de modo que o Impugnante não sabe qual base foi efetivamente tida por correta pelo Fisco.

Alega que o fato de não ter sido esclarecido o motivo de tal divergência compromete ao exercício do contraditório, e não deve ser obrigado a realizar exercício de imaginação para a construção de sua defesa, pois precisa saber com segurança o que está sendo efetivamente cobrado e a razão da cobrança.

Diz ser importante evidenciar que não conseguiu compreender o cálculo efetuado pelo Fisco estadual para apuração da base de cálculo. Isto porque, como será mais bem abordado nesta defesa, a base de cálculo do ICMS foi composta por (i) notas fiscais com destaque do ICMS-ST e por (ii) operações (ii.a) anuladas, (ii.b) de energia elétrica não consumida, e (ii.c) de períodos divergentes daquele autuado.

Também alega que constatou que o cálculo realizado pelo Fisco Estadual é diametralmente oposto àquele que entende devido. No Anexo 03 do presente Auto de Infração, a base de cálculo foi composta por todas as notas fiscais de entrada do período autuado (inclusive aquelas reportadas acima, que não deveriam compor essa apuração), com a subtração das notas fiscais de venda de energia elétrica.

Contudo, o procedimento correto seria o Fisco considerar apenas as notas fiscais de energia elétrica/encargos adquiridas no Ambiente de Livre Contratação que foram efetivamente consumidas. Entretanto, isso simplesmente não foi feito.

Menciona o Título II da CF/88 denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e ensinamentos de J. J. Gomes

Diz que o art. 5º, inciso XXII, da CF/88 preceitua que “é garantido o direito de propriedade”. Entretanto, em poucas palavras, o direito de propriedade, que não se resume apenas aos bens imóveis, alçado à condição de garantia fundamental pela CF/88, não é absoluto, tendo em vista o dever de cada cidadão contribuir para a manutenção do Estado. O dever de contribuir representa verdadeira mitigação da garantia de proteção à propriedade privada. Reproduz lição do Ministro Alexandre de Moraes a respeito do tema.

Destaca que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 608.426 assentou que “os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc)”.

Cita o art. 142, do CTN e afirma que apesar de ter apresentado todo o respaldo documental de sua apuração, inclusive por meio de denúncia espontânea, a autoridade fiscal não se esforçou para confirmar a ocorrência das operações, tendo lavrado o Auto de Infração com graves obscuridades e considerando valores indevidos para composição da base de cálculo.

Diz que a conduta da autoridade fiscal também viola o artigo 5º, LV, da CF/88, que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Afirma que o Estado da Bahia editou o Decreto Estadual nº 7.629/1999, que estabeleceu normas básicas do processo administrativo no âmbito estadual, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração Pública. O art. 2º do aludido decreto estabelece os princípios que devem nortear o procedimento administrativo.

Entende que não se deve alegar que a defesa apresentada é prova de que o direito de defesa está sendo exercitado em sua plenitude, pois cabe à Autoridade Fiscal realizar o lançamento com todas as exigências previstas na legislação de regência, de forma clara e objetiva, para que o Administrado – que tem seu direito de propriedade mitigado – possa ter todos os elementos

necessários à sua defesa e não apenas contar com poucos recortes e muita imaginação. A esse respeito reproduz ensinamento do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello.

Acrescenta que no caso sob análise, é patente que a autuação fiscal não descreveu de forma clara e satisfatória os fatos que constituíram a infração imputada ao Autuado e não é necessário esforço interpretativo para concluir que tal conduta viola o princípio da motivação administrativa, plenamente aplicável na seara tributária, segundo o qual os atos administrativos devem sempre ser motivados, com a indicação explícita, clara e coerente das razões que justificaram a adoção de determinada conduta pela Autoridade Lançadora.

Conclui que tal violação enseja a nulidade da autuação fiscal, conforme ensinamento de Hugo de Brito Machado Segundo, que transcreveu.

Friza que não basta a mera existência de lacônica e formal alegação de motivação, impondo-se que ela seja suficiente para a compreensão das razões do Administrador Público, bem como que guarde congruência com a realidade e seja amparada por premissas legalmente válidas.

Entende que não há outra conclusão senão pela completa nulidade do Auto de Infração.

Caso superada a alegação de nulidade, o que admite apenas para argumentar, diz ser imperioso que sejam reconhecidos os equívocos levados em consideração pela Autoridade Lançadora ao apurar a base de cálculo do ICMS para o período autuado.

Volta a mencionar que a base de cálculo deve considerar somente as notas fiscais de energia/encargos adquiridos no Ambiente de Contratação Livre (“ACL”) e efetivamente consumidos pelo Impugnante. Contudo, conforme se demonstrará, foram indevidamente consideradas as seguintes rubricas: (i) ICMS-ST e (ii) notas fiscais relativas a operações (ii.a) canceladas, (ii.b) referentes a período que não corresponde aquele ora autuado, e (ii.c) de energia elétrica revendida, que não foi efetivamente consumida pelo Impugnante.

Alega que, ao analisar o Anexo 01, acostado ao Auto de Infração ora sob análise, verificou que a Autoridade Lançadora, ao apurar a base de cálculo do ICMS, considerou operações tributadas com o destaque do ICMS-ST na Nota Fiscal, que não compõe o valor da operação.

Ao realizar o cruzamento das informações disponibilizadas pelo Fisco Estadual no Anexo 03 com as suas operações, verificou, por exemplo, que a Nota Fiscal nº 69.460, cuja chave de acesso é 26190133541368000116550010000694601813436095, não deveria ter sido considerada para fins de apuração da base de cálculo do ICMS, tendo em vista que se trata de operação com destaque do ICMS-ST.

Esclarece que o erro pontuado acima não ocorreu apenas para um mês do ano de 2019, mas para todos os meses daquele ano. A fim de comprovar sua alegação e possibilitar a conferência dos documentos, informa todas as Notas Fiscais do período autuado relativas a operações tributadas pelo ICMS-ST (doc. 07).

Entende não restar dúvida de que a Autoridade Lançadora aumentou, de forma indevida e ilegal, a base de cálculo do ICMS ao incluir as notas fiscais com destaque do ICMS-ST, razão pela qual o cálculo efetuado para a cobrança do imposto apurado, desde logo, está comprovadamente incorreto.

Além do equívoco acima apontado, alega que a Autoridade Lançadora também incluiu Notas Fiscais referentes a operações que foram canceladas na formação da base de cálculo do Auto de Infração.

Afirma que o cômputo indevido é comprovado por meio da anexa planilha que elaborou (doc. 08), para demonstrar, com clareza, as Notas Fiscais relativas a operações que foram anuladas.

Cita como exemplo, a NF (3519025817764300019555000000525811006408846) considerada pela Autoridade Lançadora no demonstrativo anexo ao Auto de Infração, entretanto, ela foi anulada pelo fornecedor.

Diante do exposto, afirma que diversas Notas Fiscais que foram anuladas pelo fornecedor foram contabilizadas pelo Fisco Estadual, o que comprova, uma vez mais, o equívoco na apuração da base de cálculo pelo Auto de Infração.

Diz que é importante mencionar que a base de cálculo apurada pelo Auto de Infração ora combatido inclui Notas Fiscais que sequer são referentes ao período de apuração autuado (2019).

Informa que colaciona parte da tabela constante no Anexo 01 da presente Autuação Fiscal, na qual é possível constatar que a apuração da base de cálculo do ICMS elaborada pelo Fisco levou em consideração Notas Fiscais referentes ao ano de 2022, o qual não compreende o período autuado. A Autoridade Lançadora considerou Notas Fiscais referentes a ano que sequer foi objeto da fiscalização realizada pela Ordem de Serviço nº 503075/23, e que não foi objeto do presente Auto de Infração.

Portanto, não há dúvida de que as Notas Fiscais que não dizem respeito ao período autuado devem ser desconsideradas da composição efetuada pelo Fisco Estadual.

Alega, ainda, que o cálculo realizado pelo Fisco Estadual é diametralmente oposto àquele efetivamente correto. No Anexo 01 do presente Auto de Infração, a base de cálculo foi composta por todas as notas fiscais de entrada do período autuado (inclusive aquelas reportadas acima, que não deveriam jamais compor essa grandeza), com a subtração das Notas Fiscais de venda de energia elétrica.

Diz que o procedimento correto seria considerar apenas as Notas Fiscais de energia elétrica/encargos adquiridas no Ambiente de Livre Contratação que foram efetivamente consumidas, como se passa a demonstrar.

Para melhor compreensão, afirma que é preciso entender corretamente as operações efetuadas, que preenchendo os requisitos constantes dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995, optou por atuar no mercado como consumidor livre. Nesta condição, pode escolher seu fornecedor de energia elétrica por meio de livre negociação.

Melhor explicando, com o advento da Lei nº 12.783/2013 e da Portaria MME nº 185/2013, os consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei 9.074/1995 foram autorizados a ceder, a preços livremente negociados, montantes de energia elétrica e de potência que sejam objeto de contratos de compra e venda registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”).

A parcela da energia elétrica adquirida e que terminou sendo cedida pelo Impugnante para empresas sediadas em outros Estados tem tratamento específico previsto no art. 155, § 2º, X, ‘b’, da CF/88.

Interpretando esta disposição, diz que o Supremo Tribunal Federal determinou que a não-incidência tem como objetivo favorecer o Estado de destino, de forma que a tributação sobre as operações interestaduais com petróleo, lubrificantes e energia elétrica estejam dentro da competência tributária dos Estados destinatários de tais mercadorias.

Diz que a interpretação da LC 87/96 é no sentido de que a não incidência do ICMS nas operações interestaduais terá aplicação quando a própria mercadoria for destinada à industrialização ou à comercialização.

Informa que no caso sob análise, houve a efetiva e real comercialização da própria energia elétrica, de modo que fica evidente que o excedente comercializado se encontra fora do âmbito da competência tributária do Estado da Bahia, que não pode exigir o ICMS sobre ele, seja na sua entrada, seja na subsequente saída, como pretende a Autoridade Lançadora.

Menciona que a regra do inciso III do parágrafo 1º do artigo 2º da LC nº 87/96 tem de ser interpretada em conjunto com o que dispõe o artigo 3º, III, da mesma LC, de modo que a incidência sobre a entrada de energia elétrica em seu estabelecimento está (como esteve e foi objeto de tributação pelo ICMS) restrita a parcela da energia elétrica efetivamente consumida no seu estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

Afirma que tal conclusão está amparada na previsão constante do inciso III do artigo 2º da Lei Estadual nº 7.014/96:

Considerando que não consumiu a totalidade da energia elétrica adquirida, tendo efetivado a revenda do excedente, entende que o Estado da Bahia não possui competência tributária para cobrar o ICMS na entrada da energia elétrica que foi revendida para destinatários localizados em outras unidades da Federação.

Afirma que é aplicável o inciso III do artigo 2º da Lei Estadual nº 7.014/96, segundo o qual não há incidência do ICMS nas entradas de energia elétrica no estabelecimento do Impugnante relativamente à parcela da energia revendida e, portanto, que não foi por ela consumida.

Do mesmo modo, uma vez que cedeu as sobras de energia elétrica para outras empresas, diz ser evidente que as vendas do excedente de energia elétrica estão fora do campo de incidência do ICMS, nos termos do inciso III do artigo 3º da Lei Estadual nº 7.014/96.

Diz que houve recolhimento espontâneo, em março de 2020, de valores devidos a título de ICMS e FECP relativos a fatos geradores ocorridos entre janeiro e setembro de 2019, conforme se verifica por meio dos DAEs e respectivos comprovantes de pagamento (doc. 10).

Ao efetuar os cálculos dos valores ora em cobrança, o Fisco não desconsiderou os montantes comprovadamente pagos, tendo descontado somente os valores pagos dentro do prazo, o que acarreta cobrança em duplicidade de tributo já recolhido.

Alega que devem ser considerados os valores já recolhidos, sob pena de cobrança de tributo em duplicidade.

Menciona que além do aumento indevido da base de cálculo do ICMS acima evidenciado, a Autoridade Lançadora ainda incorreu em equívoco na apuração do recolhimento do ICMS e do FECP.

Conforme se depreende da tabela constante no Anexo 02 do Auto de Infração, a Autoridade Fiscal destacou que o Impugnante (i) teria recolhido parcialmente o ICMS devido nos meses autuados, e (ii) não teria efetuado o recolhimento do FECP no mesmo período.

Relembra que, no ano de 2022 (muito antes, portanto, do início da Fiscalização que deu origem ao presente Auto de Infração), formalizou Processo Administrativo de Denúncia Espontânea perante a SEFAZ/BA, por meio do qual, como já explicado na presente defesa, demonstrou que:

(i) ao preencher o campo “referência” do DAE (campo nº 04), em vez de indicar a data de entrada da energia elétrica em seu estabelecimento, apontou o mês do pagamento do tributo. A título de exemplo, na hipótese de o Impugnante ter adquirido energia elétrica em setembro/2019, ela teria até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da entrada da energia elétrica no seu estabelecimento para efetuar o recolhimento do imposto, ou seja, novembro/2019. Entretanto, no mesmo exemplo, ao preencher o DAE, não indicou no campo “referência” o mês de setembro/2019, mas o mês de novembro/2019, data em que efetuou o pagamento do ICMS; e

(ii) ao efetuar o recolhimento do ICMS e do FECP, em vez de realizá-lo em DAEs diferentes, sob códigos diferentes, o Impugnante recolheu o valor do ICMS e o valor destinado ao FECP por meio de um único DAE, com o código de receita 0741 (código específico para pagamento do “ICMS – Energia Elétrica”).

Em outras palavras, em sua Denúncia Espontânea, destacou que realizou o recolhimento do tributo – evidenciando a ausência de prejuízo ao Erário Estadual –, contudo, ficou comprovado que o pagamento vinha sendo efetuado de forma incorreta, visto que no campo “referência”, no qual se reporta a data de entrada da energia elétrica no estabelecimento, foi indicada, na verdade, a data do recolhimento do tributo, enquanto o FECP, ao invés de ser recolhido com código próprio, estava sendo recolhido no mesmo código do ICMS.

Ressalta que embora a referida Denúncia Espontânea tenha sido apresentada muito antes do início da Fiscalização que deu origem à presente autuação, o Impugnante nunca obteve resposta da SEFAZ/BA.

Relata que ao ser surpreendido com a presente autuação fiscal, verificou que, no Anexo 03, ao final do cálculo elaborado pela Autoridade Lançadora, há a seguinte afirmação “obs.: Contribuinte cita em seus documentos Denúncia Espontânea, contudo, sem qualquer efeito na presente ação fiscal. Foram consideradas as saídas de energia elétrica, resultando devida redução dos valores devidos pelas respectivas entradas”. Ou seja, de maneira absolutamente indevida, a autuação descarta expressamente a denúncia espontânea apresentada.

Afirma que a desconsideração da Denúncia Espontânea reflete diretamente na apuração realizada pelo Fisco Estadual. Isso porque, ao desconsiderar parte dos valores do ICMS, por entender que o Impugnante não realizou o recolhimento, a autuação não se atenta para o fato de que os pagamentos abatidos não são aqueles devidos para o mês autuado, mas aqueles referentes aos dois meses anteriores.

Somado a isso, tem-se o fato de que a autuação afirma que não foi efetuado recolhimento do FECP em nenhum dos meses autuados, consideração esta evidentemente incorreta, tendo em vista que o Impugnante realizou o pagamento do FECP, todavia, os valores devidos foram recolhidos sob o código errado.

Para que se visualize melhor o que ocorreu no presente caso, informa que elaborou planilha indicando: (i) o mês autuado, (ii) a base de cálculo utilizada pelo Fisco Estadual, (iii) os valores recolhidos reconhecidos na autuação fiscal e os valores “a recolher”, (iv) a competência, base de cálculo e recolhimento corretos, considerando o relato fornecido na Denúncia Espontânea.

Destaca que a base de cálculo que utilizou que deve efetivamente ser levada em consideração, tendo em vista que aquela apurada pelo Fisco Estadual foi indevidamente aumentada.

Para que se possibilite a conferência da composição efetuada pela empresa – repete, que é a correta – diz que foi colacionada à Defesa planilha indicando a apuração efetuada ao longo do ano de 2019 (doc. 13).

Acrescenta que além da planilha contendo a apuração da base de cálculo efetuada pela empresa, também foram colacionados os DAEs e seus respectivos comprovantes de pagamento (doc. 14). Diz ser imprescindível relembrar que, por equívoco que foi reportado em Processo Administrativo de Denúncia Espontânea, recolheu o ICMS e o FECP sob o mesmo código, fato este que deve ser levado em consideração na análise da planilha de apuração e dos comprovantes de pagamento.

Diante do exposto, afirma não restar dúvida de que não houve recolhimento a menos do ICMS e do FECP, mas que apenas ocorreram equívocos no preenchimento dos DAEs para efetuar os pagamentos – os quais foram devidamente reportados em Denúncia Espontânea, a qual, sem razão, foi desconsiderada pelo Fisco Estadual quando da elaboração de seus cálculos.

Comenta sobre o Princípio da Verdade Material e a necessidade de conversão do feito em diligência.

Diz que a controvérsia em debate envolve questão fática probatória, que deve ser – inclusive em prestígio à verdade material – apreciada por diligência decretada pelos julgadores. No que se refere à documentação, destaca que em nítida demonstração de boa-fé, apresentou diversos elementos para respaldar suas alegações a respeito (i) do alargamento da base de cálculo efetuado pelo Fisco Estadual, (ii) da correta apuração da base de cálculo para o período autuado, e (iii) do recolhimento das rubricas a título de ICMS e FECP, os quais não foram corretamente considerados na apuração realizada pela Fiscalização, visto que não houve análise da Denúncia Espontânea, em clara violação à verdade material.

Diante de casos fáticos como o presente, afirma que é essencial a realização de diligência quando os julgadores/autoridades fiscais não visualizam, de pronto, o direito suscitado, com o objetivo de se prestigiar a verdade material. Por certo, ignorar as alegações e documentos apresentados pelo contribuinte não é a melhor solução para a lide.

Entende que a execução da diligência possibilitará que o Autuante tenha acesso aos documentos pertinentes, podendo solicitar informações e esclarecimentos diretamente ao Impugnante, com o intuito de bem delimitar os contornos fáticos do caso e amoldá-los ao perfeito enquadramento jurídico e tributário, tudo em linha com os princípios da legalidade e da verdade material.

Conclui que no caso sob análise, a conversão do feito em diligência é medida que se impõe e deve ser determinada, inclusive em prol do controle de legalidade do lançamento tributário, em clara observância ao art. 142, do CTN, que transcreveu.

Entende que, por força do artigo 142 do CTN, não pode simplesmente a Autoridade Lançadora dar de ombros à realidade e deixar de “*determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido*” corretamente, sob pena de vício no lançamento.

A conversão do feito em diligência vai ao encontro da legalidade da atuação e do princípio da verdade material, tão prestigiado pela doutrina e pelos Tribunais Pátrios, bem como pelo próprio SEFAZ da Bahia, conforme previsão do art. 2º do RPAF/BA.

Afirma que, seja de forma quantitativa, seja de forma qualitativa, a conversão do julgamento em diligência é medida que se impõe, a fim de que: (i) se apure a correta base de cálculo do ICMS para o período autuado, (ii) se leve em consideração as constatações apresentadas pelo Impugnante em sua denúncia espontânea, e (iii) os documentos ora apresentados, possibilitando a apuração da correta base de cálculo para o período autuado e dos respectivos valores devidos a título de ICMS e FECP, que foram integralmente recolhidos pelo Impugnante.

Diante do exposto, requer o conhecimento e provimento da Impugnação, para:

- (i) preliminarmente, que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, com o consequente cancelamento dos débitos fiscais, ante a ilegalidade da autuação, visto que aponta dispositivo legal já revogado, utiliza bases de cálculo distintas para cada suposta infração, sem permitir a efetiva compreensão de quais rubricas foram consideradas pelo Fisco Estadual, além do indevido alargamento da base de cálculo do ICMS cobrado;
- (ii) caso a nulidade não seja reconhecida de maneira imediata, e em benefício da legalidade da atuação da administração tributária, seja determinada a conversão do julgamento em diligência; e
- (iii) caso se entenda pela desnecessidade da conversão do julgamento em diligência, no mérito, seja reconhecida a insubsistência dos lançamentos fiscais do ICMS e do FECP, com o consequente cancelamento dos respectivos débitos fiscais.

A dupla de Autuantes presta informação fiscal às fls. 262 a 268 dos autos. Comenta sobre a tempestividade da defesa, faz uma síntese das alegações defensivas e diz que o Defendente declara que vinha recolhendo o ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica bem como o valor destinado ao FECP em desacordo com o que determina a legislação estadual e, por esta razão, fez denúncia espontânea. Entretanto, não informou o número para que fosse identificada.

Menciona que o Defendente apresenta preliminar de nulidade, alegando “completar obscuridade das informações constantes do Relatório Fiscal”, questionando também, o enquadramento legal, e afirmando que o Auto de Infração é obscuro por indicar valores divergentes na autuação e no anexo 03.

Quanto ao enquadramento legal, transcreve o § 1º do art. 18 e o art. 19, § 1º do RPAF-BA. Informa que em relação aos valores indicados no campo “base de cálculo” no Auto de Infração, diz que é um fato sistemico, vez que ao preencher o Demonstrativo de Débito no Sistema SEFAZ SLCT (Sistema de Lançamento de Crédito Tributário), lança apenas o valor devido, este sim, idêntico ao

valor encontrado no levantamento fiscal e apresentado conforme mídia (fl. 09). O próprio SLCT informa a base de cálculo sem que o Autuante possa interferir.

Afirma que não há razão para existência de dúvida. A autuação decorreu do recolhimento a menos do ICMS devido nas operações de aquisição interestadual de energia elétrica adquirida em Ambiente de Contratação Livre — ACL. Ressalta que o Defendente evidencia que entendeu plenamente os elementos que justificam a autuação para a qual apresentou a defesa em tela, contudo, não aceitou o resultado da ação fiscal amparada, em conformidade com a legislação em vigor.

Ressalta que apesar da minudente informação no demonstrativo elaborado pelo Fisco, o que, para uma empresa do porte do Autuado e que trabalha com aquisição e energia elétrica no mercado de contratação livre de energia elétrica, deveria ser fácil o entendimento. Passa a descrever cada rubrica a fim de elucidar o que o autuado não alcançou, apesar de não se saber o que não foi compreendido no cálculo, pois a planilha apresenta as fórmulas que identificam, exatamente, como cada valor foi obtido.

Informa que no demonstrativo completo, conforme mídia à fl. 09, se encontram:

Resumo: Planilha referente à Base de Cálculo apurada a partir do valor das notas das entradas de energia elétrica adquiridas em ambiente de contratação livre, calculado o ICMS "por dentro", aplicada a redução de BC de 52% e abatidas as saídas de energia elétrica (energia elétrica não consumida). Tudo conforme colunas "Y", "AA", "AB" e "AC" da pasta "page".

Saídas de Energia Elétrica: Apuradas através de documentos fiscais emitidos pelo Autuado com CFOP 6251, ou seja, energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, porém não consumida. Tais valores foram abatidos das entradas uma vez que apenas o ICMS relativo à energia elétrica consumida é da responsabilidade do Autuado.

Page: documento original fornecido pelo banco de dados oficial - Sistema SEFAZ. Informa todos os documentos fiscais com chave de acesso para que o contribuinte possa identificar cada um dos documentos fiscais relacionados. Não foi alterado qualquer dos registros originais contidos nas linhas ou colunas desta planilha oficial, entretanto, foram utilizados apenas os dados pertinentes ao cálculo da base de cálculo do ICMS devido pelo Autuado.

Arrecadação: Informação proveniente do banco de dados oficial - Sistema SEFAZ contendo todos os recolhimentos do Autuado no período. Nessa planilha constam os DAEs com códigos de receita 0741 e 2036 para serem abatidos dos valores devidos.

Informa que o "Resumo", foi impresso e anexado ao presente PAF (fl. 08) como "DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE - ACL - ICMS RECOLHIDO A MENOR". Nele se constata os seguintes dados:

Mês/Ano do Consumo de Energia Elétrica: Período no qual foi lançado o documento fiscal de aquisição da energia elétrica em ambiente de contratação livre na EFD do Autuado.

Base de Cálculo ICMS: Soma de todos os documentos fiscais de entrada de energia elétrica em ambiente de contratação livre no período, calculado o ICMS "por dentro", aplicada a redução de BC de 52% e abatidas as saídas de energia elétrica (energia elétrica não consumida). Tudo conforme colunas "Y", "AA", "AB" e "AC" da pasta "page".

Valor a recolher DAE 741 25%: Base de Cálculo aplicada a alíquota de 25%.

Valor recolhido DAE 741: Soma dos recolhimentos através de DAE com código de receita 0741 por período.

Valor devido DAE 741: Valor a recolher com código de receita 0741, menos valor recolhido com código de receita 0741.

Valor a recolher DAE 2036 2%: Base de Cálculo aplicada a alíquota de 2%.

Valor recolhido DAE 2036: Soma dos recolhimentos através de DAE com código de receita 2036 por período.

Valor devido DAE 2036: Valor a recolher com código de receita 2036 menos valor recolhido com código de receita 2036.

Também informa que o arquivo do "DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE - ACL - ICMS RECOLHIDO A MENOR" (arquivo em formato Excel, editável) encontra-se desbloqueado, com todos os registros utilizados para a apuração dos valores, bem como, com todas as fórmulas utilizadas.

Diz que o Defendente não contestou os documentos fiscais originais, constantes do citado demonstrativo, também não contestou os valores recolhidos conforme os registros oficiais e, por fim, apesar de irresignado, não contestou efetivamente os valores autuados.

Quanto ao mérito, afirma que o Autuado não analisou o demonstrativo completo, se o tivesse feito saberia que não foram utilizados valores não pertinentes ao cálculo do ICMS devido nas aquisições de energia elétrica em ambiente de contratação livre, apesar de constarem na planilha oficial recebida do banco de dados dos Sistemas SEFAZ. Diz que não alterou qualquer dos registros originais contidos nas linhas ou colunas desta planilha por ser a base oficial e, por princípio, optou por manter os dados como obtidos e utilizar os dados necessários e pertinentes.

Ressalta que, dos documentos fiscais que constam da planilha, caso o Defendente detectasse qualquer nota fiscal que não devia ter sido inserida no rol das notas cujo ICMS fosse devido deveria indicá-la, identificando-a através da chave de acesso que é a identidade do documento fiscal eletrônico e se, de fato, estivesse ali inserida por equívoco, seria e será prontamente excluída do demonstrativo da Fiscalização.

No que diz respeito a documentos fiscais cancelados, informa que os sistemas da SEFAZ fazem os batimentos devidos, entretanto é possível, apesar de pouco provável, que o sistema não identifique um documento fiscal cancelado. Nesse caso também, caberia ao Autuado apontar e comprovar o cancelamento do documento fiscal incluído por equívoco do sistema. Comprovado o equívoco, seriam e imediatamente referido(s) documento(s) do rol originalmente apresentado.

Com relação a documentos fiscais que não correspondem ao período autuado, esclarece que a data que considerou é a data do lançamento conforme consumo e não a data da emissão do documento fiscal. Portanto, caso haja qualquer documento cujo lançamento tenha sido fora do período autuado e, ainda assim, considerado pela fiscalização, necessário se faz a indicação pelo autuado para que na análise do caso concreto possa decidir pela inclusão (ou não) do referido documento na cobrança.

Quanto à cobrança por infração "fora" do período indicado na Ordem de Serviço, ressalta que cabe à Secretaria da Fazenda verificar os lançamentos do contribuinte e cobrar o que entender devido enquanto não extinto o prazo decadencial. A Ordem de Serviço não limita a autoridade fiscal no que se refere às infrações detectadas desde que seja legalmente possível o lançamento correspondente.

Diz que não houve, como insiste o Defendente, erro na apuração realizada pela autoridade lançadora. O Contribuinte, tendo adquirido energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre — ACL e tendo havido excedente, tal excedente foi objeto de cessão interestadual. O Demonstrativo "operações com energia elétrica" evidencia operações de aquisição interestadual de energia, utilização, revenda do excedente e recolhimento a menos por meio de Documento de Arrecadação Estadual - DAE. O Demonstrativo contempla as infrações 01 e 02.

Informa, ainda, que considerou todos os documentos fiscais de aquisição (entrada) de energia elétrica em ambiente de contratação livre (ACL), bem como todos os documentos fiscais de saídas de energia elétrica.

Das entradas devidas à aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre (ACL) foram subtraídos todos os valores das saídas de energia elétrica e, deste modo, apenas foram alcançadas as operações com energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre efetivamente consumidas pelo contribuinte uma vez que, enfatizando, foram abatidas das aquisições (entradas) de energia elétrica em ambiente de contratação livre (ACL) todas as operações de venda da energia elétrica (energia não consumida pelo contribuinte), resultando unicamente a parcela de energia elétrica em ambiente de contratação livre (ACL) efetivamente consumida pelo contribuinte, para a qual, foi calculado o valor de ICMS REGIME NORMAL ENERGIA ELETRICA e ICMS ADIC FUNDO POBREZA devido a cada mês.

Esclarece que não localizou nos registros da SEFAZ/BA qualquer Denúncia Espontânea referida pelo Defendente. Em assim sendo, não pode considerar denúncia inexistente. A defesa afirma (fl. 50) que foi descartada de maneira expressa e absolutamente indevida a denúncia espontânea. Pergunta, qual denúncia espontânea? As Denúncias espontâneas são numeradas, porque a defesa não identificou a denúncia que informa da mesma forma que não o fez no curso da ação fiscal? Por esta razão não considera a citada denúncia quando da ação fiscal e não pode considerá-la também nesta fase processual uma vez que o autuado não a identifica e sem a referida identificação não consegue encontrá-la nos Sistemas SEFAZ.

Sobre o Princípio da Verdade Material, menciona o pedido do Defendente para conversão do feito em diligência. Entende desnecessária diligência posto vislumbrar-se seu caráter meramente protelatório.

Afirma restar evidenciado pelo próprio contribuinte que o mesmo entendeu plenamente os elementos que justificam a presente autuação, fato que não justifica seu pedido. Cita o art. 18, § 1º e o art. 19 do RPAF-BA.

Diz que nenhuma alegação apresentada na peça de defesa deixou de ser atentamente verificada. Do mesmo modo, não houve qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido verificado e considerado. O Contribuinte, em sua defesa, produziu todas as provas que entendeu necessárias e suficientes para alcançar suas pretensões pois não foi estabelecido qualquer obstáculo e, desta forma, garantiu seu amplo direito de defesa.

Menciona que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do auto de infração em tela, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de direito de defesa.

Finalmente, diz que se percebe o caráter meramente protelatório da argumentação defensiva, sem qualquer resultado útil. Não há motivos, nem mesmo a mera expectativa, que justificaria imaginar a improcedência do lançamento.

Ante a todo o exposto, pede aos membros do CONSEF que o presente Auto de Infração, com valor histórico de R\$ 16.033.000,82 seja julgado integralmente procedente.

Em relação ao julgamento do Auto de Infração 206973.0072/23-0, o Patrono do Autuado encaminhou *e-mail* para essa Junta de Julgamento Fiscal informando: “De acordo com as informações da DOW, à época dos fatos, foi realizada diligência presencial para explicar que o sistema SIGAT não estava adaptado com uma capitulação específica para recepção da denúncia espontânea. Em que pese a questão sistêmica, o servidor estadual da SEFAZ/BA informou sobre a impossibilidade de receber a petição em forma física, o que, de fato, não gerou um número de protocolo”.

As fls. 274/275 essa Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Repartição Fiscal de origem solicitando que o Autuante intimasse o Defendente, concedendo o prazo de dez dias, para apresentar planilha acompanhada dos respectivos DAEs indicando a data de entrada da energia elétrica e o respectivo mês de pagamento do ICMS – Energia Elétrica. Também indicasse o ICMS e o valor destinado ao FECP recolhido por meio de um único DAE com o código de receita 0741.

Apresentada a planilha solicitada, fosse refeito o levantamento fiscal considerando os recolhimentos comprovados pelo Defendente na época própria, inclusive em relação ao FCEP.

Também analisasse a alegação defensiva de que foram incluídas do levantamento fiscal operações referentes a: (i) ICMS-ST, (ii) notas fiscais relativas a operações canceladas, (iii) energia elétrica não consumida e (iv) operações não relacionadas ao período autuado.

O Defendente apresenta petição às fls. 281 a 284 do PAF, informando que em cumprimento à intimação recebida, apresenta (i) os DAEs relativos ao pagamento de energia elétrica que entrou em seu estabelecimento ao longo do ano de 2019, bem como planilha contendo as discriminações solicitadas.

Para que se possibilite a conferência da composição efetuada pela empresa, informa que foi colacionada planilha indicando a apuração efetuada ao longo do ano de 2019. (doc. 13 que acompanha a impugnação).

Afirma não existir dúvida de que não houve recolhimento a menos do ICMS e do FCEP, mas que apenas ocorreram equívocos formais por parte do Contribuinte no preenchimento dos DAEs para efetuar os pagamentos, os quais foram devidamente reportados em Denúncia Espontânea.

Também informa que se coloca à disposição para prestar esclarecimentos ou apresentar documento considerado necessário, bem como reitera que seja reconhecida a insubsistência dos lançamentos fiscais do ICMS e FCEP, com o consequente cancelamento dos respectivos débitos fiscais.

A dupla de Autuantes presta Informação Fiscal às fls. 318/319, afirmando que não podem refazer o lançamento, conforme solicitado, considerando os recolhimentos comprovados pelo Defendente em desacordo com a forma regulamentar, por falta de competência para transformar código de receita 0741 em código de receita 2036.

Registraram que o próprio Defendente, caso queira, poderá pleitear a correção que entenda pertinente por meio do canal disponível.

A título de curiosidade, ressaltam que os valores recolhidos em onze dos doze meses com o código de receita 0741 não foram suficientes para quitar os respectivos valores devidos com esse mesmo código, conforme demonstrativo à fl. 08.

No que se refere à análise de eventuais operações indevidamente consideradas no lançamento fiscal, informam que não foram incluídas operações de ICMS-ST, documentos fiscais cancelados, energia elétrica não consumida ou operações não relacionadas ao período.

Salientam que a descrição da infração em tela evidencia esse cuidado, contudo caberia ao Defendente apontar eventual equívoco, caso identificasse.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Renato Lopes da Rocha – OAB/SP Nº 302.217-S.

VOTO

O Defendente alegou que o presente Auto de Infração padece de nulidade, tendo em vista que aponta dispositivo legal já revogado.

Observo que prevalece neste órgão julgador o entendimento de não se aplicar a legislação de forma retroativa, em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária vigente à época, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural. Mesmo que tenha sido indicado pelo autuante algum dispositivo do RICMS-BA já revogado, tal fato não significa que houve aplicação de legislação que não estava em vigor, existindo apenas mero equívoco na indicação do dispositivo legal, tendo sido indicados outros dispositivos não revogados.

Portanto, quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal das infrações, entendo que não implica nulidade da autuação, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF-BA/99.

O Impugnante também alegou que o demonstrativo indicado na autuação fiscal utiliza bases de cálculo distintas para cada infração, sem permitir compreender quais rubricas foram efetivamente consideradas pelo Fisco estadual para fins de composição da base de cálculo da autuação.

Afirmou que a autuação aponta bases de cálculo diversas para a apuração do ICMS e do FECP, mas não esclarece a razão para tal divergência.

A título de exemplo, mencionou que a planilha do Auto de Infração para a Infração nº 02 (ICMS) indica que a base de cálculo para janeiro de 2019 é de R\$ 6.410.771,80, enquanto na planilha anexa à Autuação consta, para o mesmo período, a base de cálculo no valor de R\$ 9.395.299,37 (mesma base utilizada na planilha da apuração do FECP).

Disse que não há qualquer esclarecimento por parte da Autoridade Lançadora para justificar tal diferença, de modo que o Impugnante não sabe qual base foi efetivamente tida por correta pelo Fisco.

Analizando o levantamento fiscal, não foi constatado erro na determinação da base de cálculo, considerando que o imposto foi apurado segundo a alíquota cabível para cada item do lançamento realizado (Infração 01 e Infração 02), como se pode constatar no demonstrativo de fl. 08, em confronto com o demonstrativo de débito do Auto de Infração. Entretanto, ao serem transportados os valores apurados para o mencionado demonstrativo de débito, por uma limitação técnica do SLCT (Sistema de Lavratura do Crédito Tributário), a alíquota indicada nesses demonstrativos (25% para a Infração 02 e 2% para a Infração 01) apresenta uma base de cálculo a partir do valor do débito. Ou seja, a indicação da alíquota no demonstrativo de débito do Auto de Infração, por imposição do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, não onerou o sujeito passivo, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal com o referido demonstrativo de débito. Neste caso, os valores apurados foram divididos por 0,25 (Infração 02) ou 0,02 (Infração 01), calculando-se a partir daí a base de cálculo para efeitos de demonstração na peça do lançamento.

Dessa forma, entendo que deve ser superada a alegação defensiva e não se decretar a nulidade da autuação, haja vista que não foi constatado prejuízo à defesa, o autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo o alegado cerceamento ao direito de defesa, e o contribuinte tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação aos itens do presente Auto de Infração.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, encontrando-se definidos, o autuado, 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, ficando rejeitada a preliminar de nulidade do Auto de Infração.

O Autuado apresentou o entendimento de que a execução de diligência possibilitará que o Autuante tenha acesso aos documentos pertinentes, podendo solicitar informações e esclarecimentos diretamente ao Impugnante, com o intuito de bem delimitar os contornos fáticos do caso e amoldá-los ao perfeito enquadramento jurídico e tributário, tudo em linha com os princípios da legalidade e da verdade material.

Observo que conforme previsto no art. 127 do RPAF-BA, “*o autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal*”. No caso em exame, foi prestada Informação Fiscal, fls. 126 a 130 dos autos, tendo sido analisadas as alegações defensivas.

O presente processo foi encaminhado em diligência por essa Junta de Julgamento Fiscal, não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/BA, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pelos autuantes.

Dessa forma, não acato o pedido de diligência, com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos.

Quanto ao mérito, as infrações 01 e 02, serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de exigência do imposto decorrente da entrada de energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre.

Infração 01 – 002.001.024: 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 ele conectado diretamente à Rede Básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada. Período de janeiro a dezembro de 2019.

Consta a informação de que o Demonstrativo de Operações com Energia Elétrica evidencia operações de aquisição interestadual de energia elétrica, utilização, revenda do excedente e recolhimento a menor por meio de Documento de Arrecadação Estadual – DAE emitido com código de receita 2036.

Trata-se dos dois pontos percentuais acrescidos à alíquota de 25% nas operações e prestações relativas a energia elétrica como determina o art. 16-A da Lei nº 7.014/96, cuja arrecadação é inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e conforme dispõe a Portaria nº 133 de 07 de fevereiro de 2002 e alterações posteriores, deverá ser recolhido em separado. O Demonstrativo contempla as infrações 01 e 02.

Infração 02 – 002.001.024: 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 ele conectado diretamente à Rede Básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada. Período de janeiro a dezembro de 2019. Valor do débito: R\$ 14.045.330,92.

Consta na Descrição dos Fatos: Tendo adquirido energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre – ACL e tendo havido excedente, tal excedente foi objeto de cessão interestadual. O Demonstrativo de Operações com Energia Elétrica evidencia operações de aquisição interestadual de energia elétrica, utilização, revenda do excedente e recolhimento a menor por meio de Documento de Arrecadação Estadual – DAE emitido com código de receita 0741. O Demonstrativo contempla as infrações 01 e 02.

O Defendente alegou que ao revisar seus procedimentos fiscais, constatou que em março de 2022, por um lapso, vinha recolhendo o ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica e sobre os encargos, bem como o valor destinado ao FECP, em desacordo com o que determina a legislação estadual no que se refere ao preenchimento dos DAEs utilizados para o recolhimento das importâncias devidas.

Explicou que ao preencher o campo “referência” do DAE (campo nº 04), em vez de indicar a data de entrada da energia elétrica em seu estabelecimento, apontou o mês do pagamento do tributo.

Disse que ao efetuar o recolhimento do ICMS e do FECP, ao invés de realizá-lo em DAEs diferentes, sob códigos diferentes, recolheu o ICMS e o valor destinado ao FECP por meio de um

único DAE com o código de receita 0741 (código específico para pagamento do “ICMS – Energia Elétrica”).

Além dessa alegação, o Defendente afirmou que na base de cálculo do ICMS utilizada pelo Fisco Estadual foram indevidamente consideradas as seguintes rubricas: (i) ICMS-ST e (ii) notas fiscais relativas a operações (ii.a) canceladas, (ii.b) referentes a período que não corresponde aquele ora autuado, e (ii.c) de energia elétrica revendida, que não foi efetivamente consumida.

Afirmou que o procedimento correto seria o Fisco considerar apenas as notas fiscais de energia elétrica/encargos adquiridas no Ambiente de Livre Contratação que foram efetivamente consumidas.

Disse que é possível constatar que a apuração da base de cálculo do ICMS elaborada pelo Fisco levou em consideração Notas Fiscais referentes ao ano de 2022, o qual não compreende o período autuado. A autuação não se atenta para o fato de que os pagamentos abatidos não são aqueles devidos para o mês autuado, mas aqueles referentes aos dois meses anteriores. Em relação ao pagamento do FCP, os valores devidos foram recolhidos sob o código errado.

Observo que as alíquotas do ICMS estão previstas nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96; as multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, “c” do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Na presente autuação houve a indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos e da multa aplicada, e não se constatou equívocos na apuração do débito.

Na Informação Fiscal, a dupla de Autuantes apresentou esclarecimentos que possibilitam o deslinde dos questionamentos do Autuado em sua Impugnação.

Inicialmente, mencionou que a autuação decorreu do recolhimento a menos do ICMS devido nas operações de aquisição interestadual de energia elétrica adquirida em Ambiente de Contratação Livre — ACL e que a Base de Cálculo foi apurada a partir do valor das notas das entradas de energia elétrica adquiridas em ambiente de contratação livre, calculado o ICMS “por dentro”, aplicada a redução de BC de 52% e abatidas as saídas de energia elétrica (energia elétrica não consumida). Foi elaborado o “DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE - ACL - ICMS RECOLHIDO A MENOR” e no arquivo em formato Excel (editável), encontra-se desbloqueado, com todos os registros utilizados para a apuração dos valores, bem como, com todas as fórmulas utilizadas (Infrações 01 e 02).

Quanto ao argumento defensivo de que foram consideradas notas fiscais de energia elétrica não consumida, foi informado que os documentos fiscais emitidos pelo Autuado com CFOP 6251, ou seja, energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, porém não consumida, tais valores foram abatidos das entradas uma vez que apenas o ICMS relativo à energia elétrica consumida é da responsabilidade do Autuado.

Em relação aos DAEs emitidos, foi informado que foram utilizados os dados provenientes do banco de dados oficial - Sistema SEFAZ contendo todos os recolhimentos do Autuado no período. No levantamento fiscal constam os valores correspondentes aos DAEs com códigos de receita 0741 e 2036 para serem abatidos dos valores devidos. Portanto, se foram considerados integralmente os valores constantes nos DAEs e apurado que houve recolhimento a menos do ICMS, não houve prejuízo para o Defendente.

Sobre a alegação referente aos documentos fiscais cancelados, foi informado que os sistemas da SEFAZ fazem os batimentos devidos, entretanto, considerando a possibilidade, apesar de pouco provável, de o sistema não identificar um documento fiscal cancelado, nesse caso cabia ao Autuado apontar e comprovar o cancelamento do documento fiscal incluído por equívoco do sistema, o que não se constatou no presente PAF.

Quanto a alegação de documentos fiscais que não correspondem ao período autuado, a dupla de Autuantes informou que a data que considerou é a data do lançamento conforme consumo e não a data da emissão do documento fiscal. No caso de documento cujo lançamento tenha sido fora do período autuado e, ainda assim, considerado pela fiscalização, o autuado não indicou para que na análise do caso concreto pudesse decidir pela inclusão (ou não) do referido documento na cobrança.

Sobre o argumento defensivo de que houve cobrança por infração "fora" do período indicado na Ordem de Serviço, os Autuantes ressaltaram que se deve cobrar o que é devido enquanto não extinto o prazo decadencial, e a Ordem de Serviço não limita a autoridade fiscal no que se refere às infrações detectadas desde que seja legalmente possível o lançamento correspondente.

Vale destacar que ao fiscalizar o período indicado na ordem de serviço, se a Fiscalização se depara com uma infração relativa a outro período e procede à autuação, neste caso, não é motivo para decretar a nulidade da autuação, tendo em vista que Ordem de Serviço é um instrumento de controle interno e administrativo da SEFAZ, inexistindo qualquer ofensa à legalidade. Esse fato não prejudica o Autuado em relação ao contraditório e ao entendimento das irregularidades arroladas na autuação fiscal.

Quanto ao argumento defensivo de que não foram consideradas as denúncias espontâneas, a dupla de Autuantes informou que não foi localizado nos registros da SEFAZ/BA qualquer Denúncia Espontânea referida pelo Defendente. Disse que as Denúncias espontâneas são numeradas, a Defesa não identificou a denúncia, da mesma forma que não o fez no curso da ação fiscal e na Impugnação apresentada.

Conforme estabelece o art. 95 do RPAF/BA, no caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, a repartição fazendária deve orientar o sujeito passivo e a denúncia espontânea será devidamente protocolizada, tendo em vista que a denúncia espontânea exclui a aplicação de multa por infração a obrigação tributária principal ou acessória a que corresponda a falta confessada (art. 98 do RPAF/BA). Entretanto, não se constatou no presente PAF o protocolo registrando a alegada denúncia espontânea.

Sobre a aquisição de energia elétrica, objeto da autuação, conforme relatado pelos Autuantes, o levantamento fiscal foi realizado com base nas notas fiscais de aquisição da energia elétrica, restando comprovando que os documentos fiscais se encontram identificados no demonstrativo elaborado pelos Autuantes na apuração do imposto devido.

Por outro lado, não há dúvidas quanto ao tratamento dado pelo Defendente à energia elétrica adquirida, no AMBIENTE DE CONTRAÇÃO LIVRE – ACL, constatando-se que as operações autuadas se enquadram em autêntica hipótese de incidência, sendo correta a exigência de recolhimento do ICMS no presente lançamento.

Os Autuantes esclareceram que na definição da base de cálculo utilizou o valor constante nas notas fiscais emitidas pelo remetente da energia elétrica adquirida pelo Impugnante. A Base de Cálculo foi apurada a partir do valor das notas das entradas de energia elétrica adquiridas em ambiente de contratação livre, calculado o ICMS "por dentro"; considerou, unicamente, a parcela de energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre (ACL) efetivamente consumida pelo contribuinte, para a qual, foi calculado o valor de ICMS REGIME NORMAL ENERGIA ELETRICA e ICMS ADIC FUNDO POBREZA.

Na última Informação Fiscal Informação Fiscal às fls. 318/319, em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, foi esclarecido que os recolhimentos comprovados pelo Defendente estão em desacordo com a forma regulamentar, e a Fiscalização não pode transformar código de receita 0741 em código de receita 2036.

A título de curiosidade, foi registrado que os valores recolhidos em onze dos doze meses com o código de receita 0741 não foram suficientes para quitar os respectivos valores devidos com esse mesmo código, conforme demonstrativo à fl. 08.

No que se refere à análise de eventuais operações indevidamente consideradas no lançamento fiscal, foi informado que não foram incluídas operações de ICMS-ST, documentos fiscais cancelados, energia elétrica não consumida ou operações não relacionadas ao período.

O Defendente apresentou planilha (fl. 283 do PAF) contendo colunas referentes à data de entrada da energia, data de pagamento, campo de referência preenchido – “NÃO” e o valor do ICMS. Às fls. 289 a 312, cópias de DAEs e respectivos comprovantes de pagamento – Código de Receite 0741.

Constata-se que o Defendente não apresentou elementos suficientes para o cumprimento da diligência solicitada ou documentos capazes de modificar os valores originalmente lançados e a Fiscalização manteve as informações prestadas anteriormente, acrescentando o fato de que os recolhimentos com o código de receita 0741 não foram suficientes para quitar os respectivos valores devidos com esse mesmo código.

Sobre a decisão deste CONSEF citado pela Defesa, observo que não há conexão dos PAFs, o que não tem previsão no RPAF/BA, e os fatos devem ser analisados no contexto de cada processo, o que foi efetuado para a decisão dessa 3^a Junta de Julgamento Fiscal.

Considerando que o cálculo do imposto foi efetuado com base no que estabelece a legislação tributária deste Estado, este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99. Portanto, mantida a exigência fiscal.

Vale salientar que nesta fase processual não há possibilidade de a Junta de Julgamento Fiscal promover à compensação de imposto recolhido a mais ou indevidamente, mas o contribuinte pode requerer essa compensação, mediante requerimento próprio à Repartição Fazendária, que deve examinar as comprovações, homologando o valor recolhido.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206973.0070/23-7, lavrado contra **DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 16.033.000,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2025

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA