

A. I. N ° - 298624.0052/12-4
AUTUADO - DIFERENCIAL COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACÊDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 12.02.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-01/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. ENERGIA ELÉTRICA. A base de cálculo a ser reduzida em 52% é a que contém nela integrado o imposto calculado com a alíquota para energia elétrica (27%). A metodologia de cálculo adotada pelo autuado, efetivamente, resultou em retenção e, por conseguinte, em recolhimento a menos do imposto. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/09/2013, exige do autuado crédito tributário em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de retenção a menos do ICMS relativo à venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este Estado, nos meses de março, abril e julho de 2010, maio e junho de 2011, maio de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$85.459,02, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 23 a 42) consignando que se trata de pessoa jurídica de direito privado, dedicada às atividades de (i) comercialização de energia elétrica, por sua própria conta ou por conta de terceiros, (ii) intermediação de operações de comercialização de energia elétrica entre terceiros, (iii) participação como agente de comercialização de energia elétrica junta à Câmara de Comercialização de energia Elétrica (“CCEE”), (iv) representação de terceiros junto à CCEE, (v) prestação de serviços de consultoria em energia elétrica e (vi) participação em outras sociedades, como quotista ou acionista, conforme se infere de seu contrato social, acostado aos autos (Doc. 02).

Diz que, apesar de fiel cumpridor de seus deveres fiscais, foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, que tem como base a ausência de recolhimento do ICMS decorrente de operações com energia elétrica não destinada à comercialização/industrialização, conforme a descrição dos fatos e o enquadramento legal.

Afirma que a autuação é absolutamente improcedente, uma vez que o procedimento que adotou se encontra em perfeita sintonia com a legislação e jurisprudência pátria acerca da matéria.

Preliminarmente argui a nulidade do Auto de Infração, por ausência de fundamentação legal, dizendo que cabe às autoridades fazendárias demonstrar, de forma absolutamente minuciosa, que a legislação tributária foi ofendida e, simultaneamente, quantificar os débitos fiscais dali decorrentes, sendo tal demonstração, além de requisito de validade do lançamento, corolário do princípio da ampla defesa, na medida em que é indispensável ao contribuinte o pleno conhecimento da conduta ofensora para que dela possa se defender à saciedade. Aduz que nesse sentido o legislador fiscal houve por bem inserir dispositivo no Código Tributário Nacional –

CTN, diretamente dirigido às autoridades fazendárias, que elenca os requisitos para o válido lançamento, no caso, o artigo 142 do mencionado diploma, cuja redação reproduz.

Alega que, no presente caso, a Fiscalização deixou de apontar o dispositivo legal acerca da base de cálculo do ICMS, razão pela qual restou impedido de se defender de forma ampla, haja vista que foi impossível identificar como fora apurada a base de cálculo da infração que lhe esta sendo imposta e consequentemente o valor total exigido pela suposta infração.

Aduz que lhe é impossível identificar como foi apurada a base de cálculo do débito apontado na autuação em razão da omissão do respectivo dispositivo legal, restando evidente que o autuante violou expressamente o artigo 142 do CTN, motivo pelo qual o lançamento é totalmente nulo por inobservância dos requisitos formais de constituição do crédito tributário. Diz que tal equívoco dificulta a identificação da exata natureza da dívida supostamente contraída junto ao Fisco estadual, inviabilizando o seu direito de defesa, expressamente previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Salienta que não há que se falar que a ausência da capitulação da base de cálculo do ICMS pode ser superada, pois sem a correta mensuração desta resta impraticável saber se o valor total consignado no Auto de Infração está correto, ou seja, se o Fisco do Estado da Bahia está exigindo o ICMS de forma adequada e nos moldes do que dispõe a legislação acerca da matéria.

Tece amplo comentário sobre a observância pela Administração Pública dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, também por força do disposto no art. 2º da Lei nº 9.784/99, cuja redação transcreve. Invoca e reproduz, também, decisões proferidas pelos Egrégios Tribunais pátrios nesse sentido. Menciona, ainda, a título exemplificativo, a Lei nº 6.830/80, que dispõe acerca da execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados e Municípios, que diz corroborar com o seu entendimento, conforme análise do conteúdo do seu artigo 2º, cujo teor transcreve. Reproduz entendimento de Clélio Chiesa, sobre o tema.

Conclui afirmando que se faz necessário anular o Auto de Infração em lide, uma vez que, desprovido de seus requisitos essenciais de validade, em decorrência única e exclusivamente da omissão da Autoridade Administrativa, o que lhe impede de exercer o seu direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa.

Prosseguindo, reporta-se sobre o mérito da autuação, sustentando que na sistemática adotada para apuração e recolhimento do ICMS sob exame, foram observados todos os requisitos previstos no Decreto Estadual nº 6.284/97, regulamento do ICMS (RICMS/BA) vigente à época dos fatos geradores ocorridos até 2011, bem como o que dispõe o Decreto Estadual nº 13.780/12, em vigor a partir de 1º de abril de 2012.

Observa que o ICMS Substituição Tributária (“ICMS-S”) está previsto no artigo 370 do RICMS/BA, atualizado pelo Convênio ICMS nº 83/00, cuja redação transcreve.

Diz que se depreende da legislação colacionada, que no caso de operação interestadual com energia elétrica destinada ao Estado da Bahia, cabe ao agente comercializador, na condição de substituto tributário, o pagamento do ICMS na modalidade de retenção, sendo que, o valor do ICMS-ST será calculado mediante a *“aplicação da alíquota prevista para as operações internas sobre o preço praticado na operação final”*.

Assevera que, desse modo, nos exatos termos do Convênio ICMS 83/00 e do RICMS/BA efetuou o recolhimento do ICMS-ST para o Estado da Bahia, que, no presente caso, é o Estado destinatário de operação interestadual com energia elétrica não destinada à comercialização ou industrialização.

Aduz que considerando que o ICMS-ST será calculado através da aplicação da alíquota interna sobre o preço efetivamente praticado, cumpre-lhe demonstrar de que forma e com que base apurou e efetuou a retenção do imposto estadual destinado ao Estado da Bahia.

No que tange à alíquota do ICMS nas operações internas com energia elétrica, transcreve as disposições contidas no RICMS/BA, nos artigos 50 e 51, II, “i”, para afirmar que a alíquota do ICMS nas operações e prestações internas relativas à energia elétrica é de 25%. Acrescenta que, todavia, a alíquota interna é acrescida de 2%, em razão do Fundo Estadual de Combate a Pobreza (“FECP”), previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, cuja regulamentação está amparada na Portaria nº 133/2002.

Diz que, dessa forma, a alíquota total efetiva do ICMS-ST nas operações internas com energia elétrica é de 27%, a qual, por expressa previsão contida no RICMS/BA, também deve ser aplicada aos casos de substituição tributária com energia elétrica, exatamente como realizou nas retenções objeto da autuação.

Quanto à base de cálculo das operações com energia elétrica, diz que o RICMS/BA é cristalino ao prever uma redução quando a energia for destinada às classes de consumo industrial e rural, conforme o art. 80, I, “a”, cujo teor reproduz.

Salienta que em breve análise das notas fiscais selecionadas pelo autuante é possível verificar através dos respectivos Códigos Fiscais de Operações e Prestações – CFOP, que as operações em tela foram destinadas ao consumo industrial, motivo pelo qual se aplica ao presente caso a redução mencionada no dispositivo regulamentar acima referido.

Frisa que, desse modo, nos termos do RICMS/BA, a apuração do ICMS-ST incidente nas operações analisadas pelo Fisco Estadual só poderia se dar pela forma como procedeu, ou seja, com redução da base de cálculo de 52%, sobre a qual foi aplicada a alíquota de 27%, resultando no valor do ICMS devido, conforme demonstrativo que apresenta.

Assinala que, em razão de um equívoco não identificado, aplicou um percentual [44,85%] de redução da base de cálculo menor do que o legalmente devido para as operações consignadas nas Notas Fiscais nº 497 e nº 525, resultando em uma retenção do ICMS-ST maior do que o efetivamente devido, conforme demonstrativo que apresenta.

Alega que, dessa forma, não só não há que se falar na exigência de ICMS-ST supostamente recolhido a menos, mas ainda é credora do Estado da Bahia, pois, ao aplicar uma redução na base de cálculo do imposto em comento, terminou, em verdade, por promover a retenção do ICMS-ST em valor superior ao efetivamente devido.

Aduz que, não obstante o equívoco apontado, o qual não representa prejuízo para o Tesouro Estadual, é possível extrair do quadro apresentado que cumpriu literalmente a legislação de regência da matéria, razão pela qual não há que se falar em recolhimento a menos do ICMS.

Observa que ao revés do procedimento que adotou, o Fisco Estadual apurou o ICMS-ST de forma diversa do previsto no RICMS/BA, ou seja, com redução da base de cálculo de 34,25%, sobre a qual foi aplicada a alíquota de 27%, resultando no ICMS apontado como devido, conforme demonstrativo que apresenta.

Esclarece que o percentual de redução da base de cálculo apontado no quadro que apresentou foi calculado manualmente, a partir das informações contidas no Demonstrativo de Débito que acompanha o Auto de Infração, tão somente para demonstrar o equívoco promovido pela Fiscalização, haja vista que, como já mencionado, não consta na presente autuação a base legal referente à base de cálculo do imposto em comento.

Assevera que ao aplicar uma redução da base de cálculo menor do que a prevista no RICMS/BA, a Fiscalização terminou por indevidamente lhe exigir ICMS-ST que não possui amparo na legislação estadual, razão pela qual a presente autuação não merece prosperar, pois se afigura totalmente ilegal.

Consigna que nesse cenário, tem-se que o valor original do Auto de Infração decorre da diferença entre o ICMS-ST indevidamente calculado pela Fiscalização e o que calculou corretamente, conforme quadro comparativo que apresenta.

Diz que se cumpriu rigorosamente a legislação que dispõe a respeito da substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica, bem como efetuou a retenção do respectivo ICMS para o Estado da Bahia, como se pode notar das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE (Doc. 02), não há que se falar na retenção a menos do ICMS, como pretende o Fisco Estadual.

Assinala que, desse modo, considerando que a apuração do ICMS-ST se deu conforme previsto no RICMS/BA, bem como o equívoco promovido pela Fiscalização na apuração e lavratura da autuação, resta evidente a necessidade de cancelamento do Auto de Infração.

Ressalta que não é somente isso, haja vista que em relação à Nota Fiscal nº 830, emitida em 31/05/2012, não há previsão para substituição tributária em operações interestaduais com energia elétrica no Decreto Estadual nº 13.780/12 [RICMS/BA/12], em vigor a partir de 1º de abril de 2012.

Alega que o Decreto Estadual nº 13.780/12 revogou expressamente o Decreto Estadual nº 6.284/97, inclusive, por óbvio, os artigos que tratavam da substituição tributária por antecipação nas operações interestaduais com energia elétrica, no caso, o art. 370 e seguintes do antigo RICMS/BA, sem, contudo, editar novos artigos para regulamentar a referida operação, ou seja, inexistente no atual RICMS, previsão para exigência do ICMS-ST incidente sobre operações interestaduais com energia elétrica, inclusive qualquer menção ao Convênio ICMS nº 83/00.

Questiona como pode o Estado da Bahia exigir um tributo sem que haja na regulamentação deste referido tributo previsão para sua exigência. Responde que, por óbvio, não pode.

Conclui afirmando que não restam dúvidas acerca da improcedência do Auto de Infração, razão pela qual o respectivo crédito tributário deve ser integralmente anulado.

Continuando, consigna que na remota hipótese de entendimento diverso pela total e absoluta insubsistência do Auto de Infração, o que admite apenas por amor ao debate, cabe, ainda, com relação à penalidade imposta, tecer comentários acerca do caráter confiscatório desta e da necessidade de seu afastamento total, tendo em vista a violação ao artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988, bem como à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Reproduz o art. 150, IV, da Constituição Federal, consignando que a Lei Maior veda ao Poder Público o confisco, muitas vezes “camuflado” sob a forma de arrecadação de tributos e multas. Alega que a multa imposta na autuação no percentual de 60% do valor da operação, corresponde a mais da metade do valor do imposto devido, sendo certo de que a capitulação deste absurdo percentual é um explícito ato confiscatório.

Assinala que os contribuintes buscam, no Poder Judiciário, o afastamento destes descomedimentos, sendo o resultado obtido a caracterização e o repúdio ao confisco, conforme, exemplificativamente, a ementa do acórdão proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo teor reproduz, inclusive trechos de votos dos Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

Registra que, recentemente, notícia veiculada na imprensa especializada, o ministro Celso de Mello considerou inconstitucional a multa de 25% cobrada pelo Estado de Goiás de empresas que falsificam ou prestam informações erradas em notas fiscais do ICMS, destacando trecho do voto proferido.

Afirma que, no caso do presente Auto de Infração, não se vê justificativa na sua conduta para a aplicação desta severa penalidade, o que revela ser a multa absolutamente desproporcional, verificando-se, por outro lado, o risco efetivo de grave lesão ao patrimônio da empresa.

Aduz que demonstrado o caráter confiscatório da multa, requer a sua total extinção ou, caso assim não entendam os Julgadores, seja a penalidade diminuída ou reenquadrada, na forma da argumentação apresentada.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 87/88) mantendo integralmente a autuação.

Frisam que, conforme se observa no corpo do Auto de Infração, há todo um enquadramento legal dentro do SEAI (Sistema de Emissão de Auto de Infração), além de memória de cálculo a fl. 06, explicando de maneira clara como deveria ter sido calculado o ICMS ST.

Observam que o contribuinte calcula o ICMS ST fazendo uma simples redução de 52% em cima do valor do produto, não embutindo o valor de 27% na base de cálculo, gerando consequentemente um ICMS ST menor.

Dizem que nas hipóteses de substituição tributária, previstas no Convênio 83/00, o substituto tributário deverá incorporar ao valor do produto – na determinação da base de cálculo da operação – o montante correspondente à alíquota prevista no Estado de destino, que é de 27% no caso da Bahia. Acrescentam que após tal incorporação do valor do ICMS à operação original, far-se-á a redução da base de cálculo estabelecida no convênio de 52% para, finalmente, calcular-se o ICMS devido na operação subsequente.

Observam também que o STF no julgamento do RE 212209, firmou jurisprudência, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, o que o contribuinte não fez.

Salientam que notaram que o impugnante entende o teor do Convênio 83/00, tanto que recolhe parcialmente o imposto. Consignam que o Convênio 83/00 quando diz: “*quando esta não destinar-se a comercialização ou industrialização,*” está se referindo a comercialização ou industrialização de energia. Reiteram que o que o contribuinte fez foi calcular o ICMS ST sem inserir na base de cálculo a alíquota de 27%.

Contestam a alegação defensiva sobre o caráter confiscatório da multa, dizendo que esta tem previsão na Lei 7.014/96. Registram que o contribuinte através da Lei nº 12.903/13, “Refis Bahia”, podia se isentar da multa, já que foi avisado desse benefício com antecedência. Acrescentam que alguns contribuintes que cometeram esse erro de cálculo resolveram aproveitar o Refis realizando confissão de dívida, quitando o débito da diferença sem o ônus da multa, a exemplo do PAF 2986240053120, lavrado conta Comerc Comercializadora de Energia Ltda., dentre outros.

VOTO

Inicialmente, quanto à arguição de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de ampla defesa, em face da ausência de fundamentação legal acerca da base de cálculo do ICMS, por ser impossível identificar como fora apurada a base de cálculo da infração que lhe está sendo imposta e, consequentemente, o valor total exigido pela suposta infração, não acolho a pretensão defensiva, pois, claramente se verifica na descrição dos fatos e nas planilhas de cálculos elaboradas pela Fiscalização que a autuação diz respeito a retenção a menos do ICMS relativo à venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este Estado, em face da metodologia de cálculo do imposto utilizada pelo autuado.

Noto que o próprio autuado na peça defensiva diz que *nesse cenário, tem-se que o valor original do Auto de Infração decorre da diferença entre o ICMS-ST indevidamente calculado pela Fiscalização e o que calculou corretamente*, portanto, sabe claramente do que está sendo acusado e, principalmente, sobre o que está se defendendo.

Não vislumbro no presente Auto de Infração qualquer vício ou falha capaz de invalidar o lançamento, portanto, a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, é conveniente registrar que não está em discussão, no presente caso, qualquer aspecto atinente à aplicação da legislação do ICMS referente à energia elétrica, especialmente ao agente de comercialização de energia elétrica junto à Câmara de Comercialização de energia Elétrica (“CCEE”) conforme diversas autuações e julgamentos já ocorridos no âmbito deste CONSEF.

Em verdade, conforme dito acima, toda a discussão reside no fato de se identificar qual a metodologia correta aplicável para apuração do ICMS-ST, ou seja, a metodologia utilizada pelo autuado ou a metodologia utilizada pela Fiscalização, considerando a condição do autuado de responsável pelo pagamento do imposto na qualidade de substituto tributário, nas operações que realizar, relativamente a energia elétrica destinada a consumidor situado neste Estado, quando essa não destinar-se à comercialização ou industrialização, conforme previsto no art.370, §2º, do RICMS/BA/97, abaixo reproduzido:

Art. 370. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93).

(...)

§ 2º Cabe ao gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, nas operações interestaduais que promover, relativamente a energia elétrica destinada a consumidor situado neste Estado, quando essa não destinar-se à comercialização ou industrialização (Conv. ICMS 83/00).

No presente caso, o autuado calculou o ICMS-ST aplicando a redução de 52% sobre o valor da mercadoria, não integrando o valor correspondente ao imposto calculado à alíquota de 27% na base de cálculo, o que, segundo a Fiscalização gerou o valor do ICMS- ST a menos.

Já a Fiscalização calculou o ICMS-ST entendendo que o substituto tributário – autuado - deveria incorporar ao valor do produto, na determinação da base de cálculo da operação, o montante correspondente à alíquota de 27%, prevista no Estado da Bahia, por ser o destinatário, e após a incorporação do valor do ICMS à operação original, aplicar a redução da base de cálculo em 52%, para, finalmente, calcular o ICMS devido na operação subsequente.

Examinando as razões defensivas e contestação dos autuantes, concluo que assiste razão aos autuantes, haja vista que, efetivamente, o valor do ICMS integra a base de cálculo do imposto, o que significa dizer que somente após apurada a base de cálculo é que a norma regulamentar, no caso, o art. 80, I, do RICMS/BA/97 manda reduzir em 52%, o que passa a base de cálculo para apuração do ICMS-ST para 48%, valor tributável com a alíquota de 27% que, no caso, já se encontra integrado ao valor do tributo. Portanto, pode ser dito que primeiro se apura essa base de cálculo para, sobre ela aplicar a redução de 52% relativa ao benefício fiscal.

Importante observar que o dispositivo regulamentar ao se referir a “redução da base de cálculo”, por óbvio, está se reportando a redução da base com o imposto já integrado.

Certamente que a metodologia adotada pelo autuado reduz o valor do ICMS-ST, conforme se verifica na diferença projetada do imposto com obtenção de redução maior que os 52% previsto no art. 80, I, do RICMS/BA, comparando-se com a correta metodologia de cálculo utilizada pela Fiscalização.

Relevante consignar que a Procuradoria Geral do Estado - PGE/PROFIS, assim como a Diretoria de Tributação da SEFAZ – DITRI, em pareceres sobre caso semelhante ao tratado no presente Auto de Infração, se manifestaram nessa mesma linha de entendimento.

Também a segunda instância deste CONSEF ao analisar questão de mérito, acerca da mesma matéria, decidiu nesse sentido, conforme o Acórdão CJF Nº. 0483-13/13, cujo Voto Vencedor é reproduzido abaixo a título ilustrativo:

(...)

VOTO VENCEDOR

(...)

No mérito, observo que, em apertada síntese, a questão está em saber se devemos: a) incluir o valor do ICMS na base de cálculo para, em seguida, aplicar a redução da base de cálculo prevista no art. 80, I, do RICMS-BA/97 – como fizeram os autuantes; ou, b) aplicar a redução da base de cálculo prevista no art. 80, I, do RICMS-BA, antes mesmo de se incluir o ICMS na base de cálculo – como entende o recorrente. Sabemos que a base de cálculo constitui elemento essencial da regra matriz de incidência do ICMS, servindo, juntamente com a alíquota, para fixar o critério quantitativo desse citado tributo. Vê-se, portanto, a importância que tem a perfeita determinação da base de cálculo para fins de apuração do ICMS devido. O disposto no art. 80, I, do RICMS-BA/97, prevê uma redução da base de cálculo nas operações com energia elétrica em 52%. Considerando que o ICMS integra a base de cálculo do próprio imposto, sou forçado a concluir que a base de cálculo só estará completa quando o montante do imposto nela tiver incluído.

Ao aplicar ao caso concreto o regramento contido no art. 80, I, do RICMS-BA/97, considero razoável entender que essa redução deve ser aplicada sobre a base de cálculo completa, cheia, pois seria um contrassenso a legislação determinar a redução de uma base de cálculo que ainda não esteja completamente constituída. Assim, não há como se reduzir a “base de cálculo” antes da inclusão do ICMS, como pleiteia o recorrente.

Em face ao acima exposto, não vislumbro reparo a fazer no procedimento adotado pelos autuantes, que primeiro incluíram o ICMS na base de cálculo do imposto para, em seguida, aplicar a redução da base de cálculo prevista no art. 80, I, do RICMS-BA/97.

(....)

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

Diante do exposto, não resta dúvida que a metodologia de cálculo utilizada pelos autuantes se apresenta correta.

Quanto à alegação defensiva de que, em razão de um equívoco não identificado, aplicou um percentual [44,85%] de redução da base de cálculo menor do que o legalmente devido para as operações consignadas nas Notas Fiscais nº 497 e nº 525, o que resultou em retenção do ICMS-ST maior do que a efetivamente devida, razão pela qual descabe falar-se em exigência de ICMS-ST supostamente recolhido a menos, pois, é credor perante o Estado da Bahia, certamente que havendo um pagamento indevido ou a maior do imposto, cabe restituição do indébito por parte do ente tributante, sujeito ativo da relação jurídico-tributária.

Entretanto, no caso aduzido pelo impugnante, não há como simplesmente se fazer uma compensação entre débito/crédito, haja vista que, por ser o ICMS um imposto indireto, o ônus financeiro do tributo, especialmente em se tratando do ICMS-ST, é suportado pelo adquirente sendo indispensável que este autorize o pedido de restituição a ser formulado pelo autuado, na forma do art. 73 do RPAF/99.

No que concerne à alegação defensiva de que descabe a exigência fiscal atinente à Nota Fiscal nº 830, emitida em 31/05/2012, por não haver previsão para substituição tributária em operações interestaduais com energia elétrica no Decreto Estadual nº 13.780/12 [RICMS/BA/12], constato que no não procede a argumentação defensiva, haja vista que, somente a partir de 1º de setembro de 2012, com a alteração introduzida pelo Convênio ICMS 99/12, as disposições contidas na cláusula primeira do Convênio 83/00 não mais se aplicam ao Estado da Bahia.

Assim dispõe a cláusula primeira, parágrafo único, do referido Convênio ICMS 99/12:

Cláusula Primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades

federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

Parágrafo único. As disposições deste convênio não se aplicam às operações interestaduais relativas à circulação de energia elétrica destinada a estabelecimentos ou domicílios localizados nos Estados da Bahia, Goiás, Maranhão, São Paulo, Mato Grosso e Santa Catarina, para neles ser consumida pelos respectivos destinatários que a tenham adquirido por meio de contratos de compra e venda firmados com terceiros em ambiente de contratação livre.

Portanto, cabível a exigência fiscal atinente à Nota Fiscal nº 830, emitida em 31/05/2012, tendo em vista que nesse período o autuado ainda se encontrava na condição de responsável por substituição tributária na venda de energia elétrica para o Estado da Bahia.

Diante do exposto, a autuação é integralmente subsistente.

Quanto à arguição de que a multa é confiscatória, esclareço que esta foi corretamente aplicada ao caso da lide, estando prevista na Lei 7.014/96. Quanto à sua dispensa ou redução, requerida pelo autuado, observo que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298624.0052/12-4**, lavrado contra **DIFERENCIAL COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.459,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de janeiro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR