

PROCESSO - A. I. Nº 298922.0006/18-0
RECORRENTE - CONDOMÍNIO CIVIL SHOPPING CENTER PARALELA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0007-05/18
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0194-12/19

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO À AQUISIÇÃO POR CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. A questão que se opõe nos autos diz respeito ao acréscimo da alíquota geral de 17% para 25% (“i”, inc. II, do art. 16, da Lei nº 7.014/96), a qual o sujeito passivo argui em ação declaratória combinada com repetição de indébito, junto a Vara de Fazenda da Comarca de Salvador, através do Processo nº 571738-85.2014.8.5.05.001, afronta da legislação estadual ao princípio da seletividade, dado ter instituído ônus fiscal excessivamente gravoso e desproporcional sobre as operações em exame, cuja essencialidade diz ser patente no desenvolvimento das suas atividades, cujo resultado foi prolatado em desfavor do Estado da Bahia. Interposta apelação pelo Estado da Bahia do resultado da decisão, após requerimento de ambas as partes formulados no agravo, que resultou na instauração do Processo nº 0008227-08.2016.8.05.0000/5000, o Desembargador Relator determinou a suspensão do processo até o julgamento do Recurso Extraordinário RE 714.139/SC pelo STF. Mantida a autuação, aplicando o disposto no art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, devendo os autos serem remetidos à PGE/PROFIS, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até o desfecho final do Processo nº 0008227-08.2016.8.05.0000/5000 decorrente da interposta apelação pelo Estado da Bahia, perante o Poder Judiciário da Bahia, dado resultado da decisão do Processo de 0571738-85.2014.8.05.0001. Mantida Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, contra a decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou por unanimidade Procedente, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/08/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$2.562.332,36, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01 – 02.01.25 – Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS no valor de R\$2.562.332,36 incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, não tendo sido a operação regularmente escriturada, relativo as notas fiscais constantes do demonstrativo de débito de fls. 9, 10, 11, 12 e 13 dos autos, nos anos de 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, com enquadramento nos artigos 400 e 401 do RCIMS, publicado pelo Decreto nº

13.780/12, alínea “i”, do inc. II, do art. 16, art. 16-A, inc. V e § 1º, do art. 17 e inc. III, do art. 34, da Lei 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3º, do Convênio ICMS 77/2011.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 24 a 27) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 95 a 96), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JF que julgou Prejudicada a peça apresentada pelo sujeito passivo, votando pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$2.562.332,36, incidente sobre a entrada de Energia Elétrica no CONDOMÍNIO CIVIL SHOPPING CENTER PARALELA, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, estando ela conectada diretamente à Rede Básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, relativo às notas fiscais constantes do demonstrativo de débito de fls. 9, 10, 11, 12 e 13 dos autos, nos anos de 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, com enquadramento nos artigos 400 e 401 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12: alínea “i”, do inc. II do art. 16, art. 16-A, inc. V e § 1º do art. 17 e inc. III, do art. 34 da Lei nº 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I, da Cláusula 3º do Convênio ICMS 77/2011.

Vê-se que a imputação de responsabilidade pelo pagamento do imposto, ora arguido, foi fundamentado com base na violação do art. 400 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, com a redação atual dada pela Alteração nº 24, através do Decreto nº 15.371, de 14/08/14, publicado no DOE de 15/08/14, conforme a seguir destacado:

“Art. 400. O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.” (Grifos acrescidos)

Tem-se, também, que a redação do art. 400 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, sofreu várias alterações entre 01/01/2013 a 31/12/2017, período fiscalizado, sendo indispensável a análise da sua redação, o que foi desenvolvido por este relator, não encontrando qualquer restrição de sujeição passiva ao autuado, de responsabilidade pelo pagamento do imposto lançado no presente PAF, que diz respeito à entrada de energia elétrica adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, estando conectada diretamente à Rede Básica de transmissão, para fins do seu próprio consumo, fato este em nenhum momento arguido na defesa.

Aliás, a arguição da defesa do presente PAF centra especificamente na aplicação da alíquota do débito constituído, que visa cobrar débitos de ICMS referentes às operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre, na parcela pertinente à alíquota superior a 17%, acrescida de 2%, relativo ao Fundo de Combate à Pobreza.

Sobre tal arguição, a aplicação da alíquota do débito constituído está fundamentada nas disposições da alínea “i”, do inc. II, do art. 16, c/c art. 16-A da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, conforme a seguir destacado:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

i) energia elétrica;
(...)

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Como bem destaca o sujeito passivo em sede de defesa, a empresa não recolheu o ICMS incidente sobre as operações de aquisição de energia no Mercado Livre, estando conectada diretamente à Rede Básica de transmissão, para fins do seu próprio consumo, conforme disposto no artigo 400 e seguintes do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, entre o período fiscalizado de 01/01/2013 a 31/12/2017, que resultou na lavratura de dois Autos de Infração.

Este Auto de Infração complementa o Auto de Infração nº 298922.0003/18-1, lavrado em 20/06/2018, no qual foi cobrada a alíquota de 17%, acrescida de 2% relativo ao Fundo de Pobreza, de forma a totalizar a alíquota

de 27%, prevista para as referidas operações, sendo 25% de ICMS na aquisição de energia elétrica na forma do que dispõe a alínea “i”, inc. II, do art. 16 da Lei nº 7.014/96 e 2% do Fundo de Pobreza, como assim está descrito no art. 16-A, do mesmo diploma legal.

O Auto de Infração nº 298922.0003/18-1, anteriormente citado, lavrado em 20/06/2018, no qual foi cobrada a alíquota de 17%, acrescida de 2%, relativo ao Fundo de Pobreza, incidente sobre as operações de aquisição de energia no Mercado Livre, entre o período fiscalizado de 01/01/2013 a 31/12/2017, encontra-se em fase de pagamento, através de processo de parcelamento, com o reconhecimento do débito levantado na sua inteireza pelo sujeito passivo.

Neste contexto, a questão que se opõe nos autos, relativo ao Auto de Infração nº 298922.0006/18-0 em lide, diz respeito ao acréscimo da alíquota geral de 17% para 25% (“i”, inc. II, do art. 16), a qual a defendente argui em Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, junto à Vara de Fazenda da Comarca de Salvador, através do Processo nº 0571738-85.2014.8.5.05.001, por afronta da legislação estadual ao princípio da seletividade, dado ter instituído ônus fiscal excessivamente gravoso e desproporcional sobre as operações em exame, cuja essencialidade diz ser patente no desenvolvimento das suas atividades.

Isto posto, o Auto de Infração, em análise foi lavrado de forma a totalizar a alíquota de 27%, prevista para as operações em comento, sendo 25% de ICMS sobre aquisição de energia elétrica (“i”, inc. II), e 2% do Fundo da Pobreza (art. 16-A), vez que é a alíquota estabelecida na legislação, sendo que o Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional, em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia à época dos fatos geradores.

Todavia, sabe-se que a impugnante ingressou com ação declaratória com repetição de indébito nº 0571738-85.2014.8.05.0001, na qual objetivou que seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária, que a obrigue a recolher o ICMS incidente sobre energia elétrica de acordo com a alíquota de 25%, cujo resultado foi prolatado (fls. 83/91), em desfavor do Estado da Bahia.

Interposta apelação pelo Estado da Bahia do resultado da decisão, após requerimento de ambas as partes formulados no agravo, que resultou na instauração do Processo nº 0008227-08.2016.8.05.0000/5000 (fl. 92), o Desembargador Relator determinou a suspensão do processo até o julgamento do Recurso Extraordinário RE 714.139/SC pelo STF.

Neste sentido, na forma do art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, o que resta prejudicado o exame do mérito da presente lide. Sabe-se, também, na forma do § 2º do citado dispositivo legal, que a ação proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário.

Ante o exposto, entendo PREJUDICADA a defesa referente ao exame de seu mérito, restando o Auto de Infração PROCEDENTE, em que, aplicando o disposto no § 1º, do art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, deve os autos serem remetidos à DARC, para fins de inscrição do débito na Dívida Ativa, porém, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até o desfecho final do Processo nº 0008227-08.2016.8.05.0000/5000, decorrente da interposta apelação pelo Estado da Bahia perante o Poder Judiciário, dado o resultado da decisão do Processo de 0571738-85.2014.8.05.0001.

Inconformado com a decisão proferida pela 5ª JJF, o autuado através de seus advogados apresentou Recurso Voluntário tempestivo às fls. 122 a 127, pelos motivos que expôs.

Alega a Recorrente que a renúncia do direito de recorrer se verifica quando a lavratura do auto de infração precede o ajuizamento da medida judicial, o que não ocorreu no presente caso.

Entende que somente nessa hipótese é feita a opção pelo contribuinte por se defender na esfera judicial.

Explica que o citado processo judicial refere-se a uma ação anulatória c/ repetição de indébito em face do Estado da Bahia, ajuizada em 2014 (nº 0571738-85.2014.8.05.0001), na qual se objetiva a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a Recorrente a recolher o ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e a prestação de serviços de telecomunicações de acordo com a alíquota majorada de 25% e 26%, respectivamente, atraindo-se, assim, a aplicação da alíquota geral à época dos fatos de 17% prevista no Art. 15, I, da Lei 7.014/96, ante à notória inconstitucionalidade daqueles dispositivos.

Explica que, embora a cobrança discutida tenha sido constituída em razão da liminar deferida naqueles autos, por meio da qual o juízo determinou a cobrança do ICMS pela alíquota geral, dando origem à diferença ora cobrada entre as alíquotas de 17% e 27%, a ação judicial não foi

proposta com a finalidade de afastar este auto de infração, até porque, a ação foi distribuída em 2014 e o auto de infração foi lavrado em 2018.

Diz ser incontroverso o fato do Auto de Infração ser lavrado justamente em decorrência da liminar deferida na ação judicial citada, tanto que consta em seu relato o objetivo de evitar a decadência em razão da decisão judicial. Desta forma, entende que a medida judicial precede a lavratura do auto e conseqüentemente, não é minimamente lógico alegar que a impugnação apresentada estaria prejudicada sob o fundamento de que a Recorrente optou por apresentar sua defesa na esfera judicial.

Pede, portanto, que a decisão seja reformada para reconhecimento da validade da defesa apresentada, devendo-se ser mantido suspenso o auto de infração em epígrafe até o desfecho final do Processo nº 0571738-85.2014.8.05.0001 e como consequência, entende que não há o que se falar em eventual inscrição do débito em dívida ativa, uma vez que, estando a cobrança suspensa, descabida a imposição de adicionais punitivos decorrentes da inscrição.

Reforça que independentemente do acolhimento da defesa, fato é que, dada a natureza da autuação de prevenção de decadência, a remessa do valor para dívida ativa revela-se, de qualquer forma, indevida, motivo pelo qual a Recorrente pugna, também nesse caso, pela manutenção da suspensão perante a SEFAZ/Ba, sem remessa dos autos à Procuradoria.

Explica também a Recorrente que a ação declaratória citada foi julgada procedente para determinar que o Estado da Bahia aplique a alíquota de 17% em relação ao ICMS, sem prejuízo do adicional de 2% relativo ao Fundo de Combate à Pobreza, assegurando, ainda, o direito à repetição de indébito da diferença do imposto pago, tendo sido, ainda, ali deferida a tutela para determinar que o Estado se abstenha de praticar qualquer ato voltado à exigência do crédito tributário, inclusive de negar o fornecimento da certidão positiva de débito com efeito de negativo, bem como expedição de ofícios às concessionárias de energia para que passem a cobrar nas faturas vincendas o ICMS incidente sobre as operações de acordo com a alíquota geral de 17%.

Aduz que após a interposição de apelação pelo Estado, o Tribunal suscitou incidente de inconstitucionalidade nos termos do voto do Relator, o que resultou na instauração do processo nº 0008227-08.2016.8.05.0000 e que diante da situação, o Estado requereu a suspensão do processo até o julgamento do RE nº 714.139/SC, com repercussão geral reconhecida, que trata sobre a aplicação do princípio da seletividade em relação às alíquotas de ICMS incidentes sobre o consumo de energia.

Detalha, por fim, que o desembargador Relator indeferiu o pedido, o que ensejou a interposição de agravo interno pelo Estado e que posteriormente, o mesmo Relator reconsiderou a decisão e determinou o sobrestamento do processo até o julgamento do RE nº 714.139/SC.

Portanto, reforça que não resta alternativa senão aguardar o desfecho final do processo nº 0571738-85.2014.8.05.0001.

VOTO

Temos sob análise o Recurso Voluntário contra a Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir ICMS do sujeito passivo, no valor histórico de R\$2.562.332,36, em decorrência do cometimento de uma única infração, referente a ausência de recolhimento do imposto incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, não tendo sido a operação regularmente escriturada.

O autuado localiza-se na Bahia, porém não é inscrito neste Estado. Neste PAF, foi considerado contribuinte não inscrito por ter adquirido energia elétrica 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.

Isso porque o Art. 400 do RICMS/Ba, diz que o consumidor de energia elétrica fica responsável

pelo pagamento do imposto quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, devendo tomar por base para o tributo o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio ICMS.

E assim teve origem o Auto de Infração epigrafado, este que acabou complementando o Auto de Infração nº 298922.0003/18-1, lavrado em 20/06/2018, no qual foi cobrada a alíquota de 17%, acrescida de 2%, relativo ao Fundo de Pobreza, dessa forma, totalizando a alíquota de 27%, prevista para as referidas operações, sendo 25% de ICMS na aquisição de energia elétrica na forma do que dispõe a alínea “i”, inc. II, do art. 16 da Lei nº 7.014/96 e 2% do Fundo de Pobreza, como assim está descrito no art. 16-A, do mesmo diploma legal.

Todavia, o sujeito passivo ingressou com Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, junto à Vara de Fazenda da Comarca de Salvador, através do Processo nº 0571738-85.2014.8.5.05.001, por entender que a cobrança do ICMS sobre a energia no patamar de 27% é uma afronta da legislação estadual ao princípio da seletividade, tendo inclusive o resultado prolatado (fls. 83/91) sido desfavorável ao Estado da Bahia.

Nessa senda, foi interposta apelação pelo Estado da Bahia, o que resultou na instauração do Processo nº 0008227-08.2016.8.05.0000/5000 (fl. 92), tendo o Desembargador Relator determinado a suspensão do processo até o julgamento do Recurso Extraordinário RE 714.139/SC pelo STF, este que tratará da mesma matéria, inclusive com repercussão geral.

Analisando a sentença, observo que o período abarcado na medida judicial coincide com os fatos descritos nesse lançamento de ofício. Desta forma, de acordo com o exposto, com base no Art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, (*“a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”*), tendo o sujeito passivo optado pela via judicial antes ou depois da autuação, entendo irrelevante a análise do mérito, portanto, mantenho a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de infração. NEGÓCIO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **DAR POR PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298922.0006/18-0**, lavrado contra **CONDOMÍNIO CIVIL SHOPPING CENTER PARALELA**. Fica suspensa a exigibilidade, com a aplicação do art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, correspondente ao valor de **R\$2.562.332,36**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, incisos III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo os autos serem remetidos à PGE/PROFIS.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS