

A. I. Nº - 298922.0006/18-0
AUTUADO - CONDOMINIO CIVIL SHOPPING CENTER PARALELA
AUTUANTE - LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/02/2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0007-05/18

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 a defendente argui em ação declaratória combinada com repetição de indébito, junto a Vara de Fazenda da Comarca de Salvador, através do Processo nº 0571738-85.2014.8.5.05.001, 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 DARC (Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle), 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 da Bahia, dado resultado da decisão do Processo de 0571738-85.2014.8.05.0001. Infração subsistente. **PREJUDICADA** defesa quanto ao exame do mérito. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/08/2018, constitui crédito tributário no valor de R\$2.562.332,36, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

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 3ª, do Convênio ICMS 77/2011.

O sujeito passivo, às fls. 24/27 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Diz que o Auto de Infração nº 2989220006/18-0, em tela, visa constituir pretensos débitos de ICMS referentes às operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre, na parcela pertinente às alíquotas superiores a 17%, acrescida de 2% relativa ao Fundo de Combate à Pobreza, que teve sua exigibilidade suspensa por determinação nos autos do Processo nº 0571738-85.2014.8.05.0001.

E, conforme disposto na descrição dos fatos do mencionado Auto de Infração, descreve que sua lavratura objetiva apenas evitar eventual decadência do direito de lançamento do crédito tributário. Confira-se:

A empresa não recolheu o ICMS incidente sobre as operações de aquisição de energia no Mercado Livre, conforme disposto no artigo 400 e seguintes do RICMS-BA.

Este auto de infração complementa o auto 2989220003/18-1, lavrado em 20/06/2018, no qual foi cobrada a alíquota de 17%, acrescida de 2% relativo ao Fundo de Pobreza, em obediência à decisão judicial exarada no processo número 0571738-85.2014.8.05.0001. Assim, de forma a totalizar a alíquota de 27% prevista para as referidas operações, sendo 25% de ICMS energia elétrica e 2% do Fundo da Pobreza, e com o objetivo de evitar a decadência do direito, é cobrada a diferença no presente lançamento.

Observe-se que o presente processo tem a sua exigibilidade suspensa em função da decisão judicial mencionada.

Assim, diz que, considerando que há decisão suspendendo a exigibilidade do tributo discutido e que a ação foi julgada procedente, atualmente sobrestada aguardando decisão final pelo STF sobre a questão, deverá ser mantida a suspensão da cobrança do pretense débito de ICMS ora lançado, até o desfecho final do Processo nº 0571738-85.2014.8.05.0001.

Diz que, em 2014, ingressou com Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito (nº 0571738-85.2014.8.05.0001) em face do Estado da Bahia, na qual objetiva seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue o Autor 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% (vinte e cinco por cento) e 26% (vinte e seis por cento), atraindo-se, assim, a aplicação da alíquota geral 17% (dezessete por cento), prevista no art. 1527, I, da Lei 7.014/1996, ante à notória inconstitucionalidade daqueles dispositivos (doc. 04).

Consigna que a ação 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 do indébito da diferença do imposto pago.

Considerando a omissão quanto ao pedido de tutela, diz que opôs embargos declaratórios, que restaram providos pelo Juiz da 11ª Vara de Fazenda Pública para deferir 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% (doc. 04).

Interposta apelação pelo Estado, registra que 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.

Com efeito, instado a se manifestar, diz que o Estado requereu a suspensão do processo até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 714.139/SC pelo STF, 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.

IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA –

SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17% .(RE 714139 RG / SC. Relator Min. Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal)

Observa que o Desembargador Relator indeferiu o pedido, o que ensejou a interposição de agravo interno pelo Estado. Posteriormente, o Relator reconsiderou a decisão e determinou o sobrestamento do processo até o julgamento do RE nº 714.139/SC (doc. 04).

Assim, aduz que, enquanto não julgados definitivamente o caso supracitado, continuará sobrestado não só a arguição de Inconstitucionalidade nº 0008227-08.2016.8.05.0000, como também 0571738-85.2014.8.05.0001, razão pela qual a cobrança do pretense débito de ICMS em voga, deverá continuar com sua exigibilidade suspensa.

Desta forma, diz que não resta outra alternativa senão aguardar o desfecho final do Processo nº 0571738-85.2014.8.05.0001.

Diante de todo o exposto, considerando que há decisão suspendendo a exigibilidade do tributo discutido, requer que mantenha em suspenso a cobrança do pretense débito de ICMS ora lançado, até o desfecho final do Processo nº 0571738-85.2014.8.05.0001.

A Autuante, em sua informação fiscal, às fls. 95/96 dos autos, assim expõe:

Diz que a autuada apresentou defesa tempestiva ao Auto de Infração em epígrafe, fls. 24 a 27, em conformidade com os artigos 123 e seguintes do RPAF.

Observa que o presente auto de infração complementa o Auto de Infração nº 2989220003/18-1, lavrado em 20/06/2018, e objeto de pedido de parcelamento para pagamento, no qual foi cobrada a alíquota de 17%, acrescida de 2% relativo ao Fundo da Pobreza, em obediência à decisão judicial exarada no Processo de número 0571738-85.2014.8.05.0001.

Assim, de forma a totalizar a alíquota de 27% prevista para as referidas operações, sendo 25% de ICMS energia elétrica e 2% do Fundo da Pobreza, e com o objetivo de evitar a decadência do direito, foi cobrada neste auto de infração a diferença.

Registra que, no corpo do próprio Auto de Infração, foi consignado que o presente processo tivesse a sua exigibilidade suspensa até decisão judicial definitiva do processo referido.

Diz que na sua defesa, o autuado informa a situação do Processo 0571738-85.2014.8.05.0001 e reforça o pedido de suspensão da cobrança do presente crédito tributário pelo Estado, até que haja decisão judicial definitiva.

Assim, reitera o pedido formulado pela empresa e reafirma a necessidade de manter suspensa a cobrança do presente auto de infração.

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 CONDOMINIO 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 3ª 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 conectado 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 conectado 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 Infrações.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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 DARC, para fins de inscrição do débito na Dívida Ativa.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA- JULGADOR