

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0008/18-2
RECORRENTE - LOJAS RIACHUELO S. A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0004-03/20
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.12.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0254-11/20-VD

EMENTA: ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Proceda a cobrança de imposto na entrada de energia elétrica oriunda de outros Estados, relativa a aquisições por meio de Contrato de Compra e Venda no Ambiente de Contratação Livre – ACL, quando utilizada como insumo no processo industrial do adquirente ou consumida na sua área administrativa. Indeferido o pedido de perícia/diligência. Acolhida a alegação de decadência. Embora o texto regulamentar atribua efeitos retroativos à responsabilidade tributária do consumidor livre, afigura-se inviável operacionalmente tal efeito jurídico, à luz dos negócios jurídicos já concretizados, no passado. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração lavrado em 04/07/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$601.670,64, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.01.24: “Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre - ACL. Estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada”.

“Falta de recolhimento do ICMS devido nas operações de entradas de energia elétrica em seu estabelecimento, adquirida através de contrato de compra e venda, firmado no ACL – Ambiente de Contratação Livre (...)”.

Período: janeiro de 2013 a dezembro de 2017. Enquadramento Legal: artigos 400 e 401 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 c/c alínea “i” do Inciso II do art. 16; art. 16-A, Inc. V; § 1º do art. 17 e Inciso III, do art. 34, da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas 1ª, 2ª e Inciso I, da Cláusula 3ª do Convênio ICMS 77/2011. Multa de 60%: art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Após a devida instrução processual, a 3ª JF decidiu pela Procedência, por unanimidade, pelos seguintes argumentos abaixo colacionados:

VOTO

Inicialmente, apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido de perícia/diligência, as manifestações recíprocas das partes contribuíram para elucidar os pontos controvertidos, suprimindo a necessidade de qualquer providência nesse sentido. Rejeito, assim, a solicitação de perícia ou diligência, com base no art. 147, inciso I, “a” e II, “b”, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da

lide.

Em relação à alegação de decadência suscitada, não há dúvida que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação, contudo, a contagem do prazo decadencial relativamente aos fatos geradores constantes neste Auto de Infração, não pode ser feita com base no critério previsto no § 4º do artigo 150 do CTN, pois os valores que estão sendo cobrados neste lançamento de ofício não foram pagos e nem lançados em documento próprio, pelo recorrente, para este tipo de operação, conforme dispõe o § 1º e § 2º, do art. 400, do RICMS/12. O critério previsto no § 4º do artigo 150 do CTN só se aplicaria se os citados valores tivessem sido apurados e pagos, ainda que parcialmente, conforme o entendimento firmado neste CONSEF e também através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, exarado pela Procuradoria Estadual.

Diante das circunstâncias acima relatadas, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o previsto no artigo 173, inciso I, do CTN, “o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2013, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/18 para constituir o crédito tributário e, tendo em vista que o crédito tributário foi constituído em 06/07/18 (data de ciência da autuação), afasto a preliminar de decadência arguida pelo recorrente.

No mérito, o presente lançamento de ofício refere-se à exigência de imposto pela falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica no estabelecimento autuado, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmada em ambiente de Contratação Livre - ACL, omitindo-se do pagamento do imposto.

O impugnante, em sede defesa, refutou a acusação fiscal, sustentando que as operações de aquisição interestadual de energia elétrica em ambiente de contratação livre não estão sujeitas ao recolhimento do imposto, alegando que o Convênio ICMS nº 77/2011 estabeleceu a possibilidade de atribuição de condição de sujeito passivo tributário por substituição ao destinatário de energia elétrica somente se o destinatário estiver conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão.

Negou tal condição, dizendo ser classificada como unidade consumidora, e entendendo que está desonerada no Estado da Bahia do recolhimento do imposto em lide.

Destarte, o cerne da autuação se concentra no deslinde da seguinte questão: se um adquirente, estranho ao ramo energético, deve pagar o ICMS incidente nas compras interestaduais de energia elétrica, quando da entrada em seu estabelecimento, mesmo que ela seja utilizada na condição de consumidor final.

Da análise da legislação pertinente ao assunto em voga, registro o equívoco dos argumentos defensivos, por desconsiderar o verdadeiro alcance do regime constitucional da tributação da energia elétrica, conforme disposto no artigo 155, parágrafo 2º, X, "b", da CF/88:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;”

Como o objetivo da imunidade é transferir a titularidade da sujeição ativa para a unidade federativa de destino, seria preciso fixar em qual momento e condições isto se daria.

Consciente desta excepcionalidade constitucional, o legislador complementar resolveu considerar tal momento como sendo a entrada no território do Estado destinatário da energia elétrica, dentre outras mercadorias, desde que não adquirida para comercialização ou industrialização.

Esta é a inteligência do art. 2º, §1º, III, da LC 87/96, verbis:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao

Estado onde estiver localizado o adquirente (grifos nossos).

(...)

Portanto, estar ou não o destinatário da energia elétrica, contribuinte do imposto em tais operações, ligado à rede básica é irrelevante para se determinar a ocorrência do fato gerador.

O tema levado a efeito pelo STF, no RE 198.088/SP, não deixa dúvida que o benefício fiscal instituído pelo dispositivo constitucional, mais acima transcrito, não foi fundado em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos ali definidos, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Esse peculiar tratamento conferido pela Constituição às operações interestaduais com energia elétrica e outros produtos, segundo este importante julgado, apenas indica que o ICMS, não incidindo na origem, nas operações que destinem esses produtos a outros Estados, deve ser exigido no Estado de destino, ocorrendo então o fato gerador da obrigação tributária com a entrada no Estado destinatário e não na saída do Estabelecimento gerador.

A controvérsia relativa à exigibilidade do ICMS nas operações que destinem, a outros Estados, petróleo (inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados) e energia elétrica (CF, art. 155, § 2º, X, “b”), mesmo tratando-se de consumidor final, portanto, foi dirimida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 198.088/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO). Esse entendimento jurisprudencial tem sido observado por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (RE 224.951-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM, v.g.): “ICMS. Operações interestaduais. Artigo 155, § 2º, X, b, da Constituição:

O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 198.088, assim decidiu: ‘TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Consequente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo. (...)’.” (RE 201.703/ES, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei) A decisão ora questionada em sede recursal extraordinária ajusta-se à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte fixou no exame do tema em referência. Sendo assim, pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento. Publique-se. Brasília, 07 de abril de 2010. Ministro CELSO DE MELLO Relator

Coerente, inclusive, com este entendimento é o artigo 4º, Parágrafo Único, Inciso IV, da LC nº 87/96 que define como contribuinte do imposto quem adquira, de outro Estado, energia elétrica, elegendo sua entrada no território do Estado de destino como o momento em que se reputa nascida a obrigação tributária (artigo 12, XII). Com isso o legislador infraconstitucional absorveu a essência da não incidência prevista no texto constitucional.

De maneira alguma se pode deduzir, das normas que envolvem o assunto em lide, que operações interestaduais que destinem tais itens a consumo final por parte de outras indústrias ou outros comércios estejam a salvo da tributação. Pensar assim seria admitir que o legislador atribuiu tratamento tributário desigual para mercadorias em função da sua origem. Quem adquirisse energia elétrica em operações internas sofreria tributação, mas quem adquirisse a mesma energia elétrica em outra unidade da federação estaria imune.

A regra da não incidência na entrada ocorreria se o autuado fosse industrializar a energia elétrica ou comercializar, pois a tributação ocorreria na saída do produto, no entanto o sujeito passivo ao utilizá-la como consumidor final, deve pagar o ICMS na entrada conforme os mandamentos contidos no inciso VIII do art. 4º, c/c o §1º do art. 5º, ambos da Lei nº 7014/96:

*Art. 4º. Considera-se **ocorrido o fato gerador** do imposto no momento:*

(...)

*VIII - da **entrada**, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica **oriundos de outra unidade da Federação**, quando **não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração** (LC 87/96 e 102/00)*

(...)

Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

*§ 1º É também **contribuinte** a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:*

(...)

*IV - **adquira** de outra unidade da Federação lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e **energia elétrica**, quando **não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração** (LC 87/96 e 102/00) (grifos nossos).*

Assim, concluo pela subsistência da infração em comento.

Cabe ainda mencionar que a arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não subsiste. Não há

que se falar da violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas.

Ademais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA, além do que, as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso com base no que segue abaixo resumido:

Inicialmente tece um breve relato dos fatos e informa a tempestividade da peça recursal.

Cita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com a apresentação de impugnação administrativa, regra do art. 151, III do CTN.

Como prejudicial de mérito, alega a decadência dos créditos inerentes ao período anterior a 04/07/2013, tendo em vista que o contribuinte apresentou apuração do ICMS e pagou o tributo de múltiplas formas, de modo que é essa apuração e recolhimento que açambarca tudo o que deveria ter sido autuado pelo Fisco no prazo de cinco anos de cada fato gerador.

Tem-se que no caso em tela, com que o Auto de Infração foi lavrado no dia 04/07/2018, relativamente a supostos débitos de fatos geradores ocorridos entre 30/01/2013 e 31/12/2017, razão pela qual quaisquer débitos anteriores a 04/07/2013, encontram-se alcançadas pela decadência.

No mérito, explica o que vem a ser “rede básica de transmissão” à qual a recorrente deveria estar conectada diretamente para fins do CONVÊNIO ICMS Nº 77/2011, resolução normativa ANEEL Nº 67/2004 e art. 110 do CTN.

Informa que da análise das contas de energia juntadas na impugnação, e que infelizmente a primeira instância administrativa se olvidou, para se verificar que a defendente é classificada como unidade consumidora “subgrupo A4”, ou seja, que recebem energia elétrica com tensão de fornecimento entre 2,3 kV a 25 kV, e, portanto, ligada à rede de distribuição de média tensão indicada no art. 4º da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, o que descaracteriza a própria autuação.

Segue informando que das demais notas fiscais anexadas na impugnação (sem prejuízo das notas que eventualmente tenham ficado de fora), fica absolutamente claro que as unidades da Suplicante utilizam tensão nominal inferior a 13,8Kv, fora, portanto, do padrão da Rede Básica de Transmissão, conforme estabelecido na REN ANEEL nº 67/2004.

Assim, estabelece a recorrente, com base na REN ANEEL nº 67/2004, a primeira premissa fundamental ao deslinde da celeuma: a Contribuinte não está conectada “diretamente à Rede Básica de transmissão”, ponto nodal explicitamente determinado no Convênio ICMS nº 77/2011 para imposição do ICMS-ST “para trás” na forma desejada pela Autoridade Impetrada.

Salienta que, com base no art. 9º da LC nº 87/1996, em 2011 foi celebrado o Convênio Confaz ICMS nº 77, que estabeleceu a possibilidade de atribuição de condição de sujeito passivo tributário por substituição ao destinatário de energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, desde que o destinatário esteja conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão.

Deste modo, assevera que a Defendente não está conectada diretamente à Rede Básica de Transmissão, já que seu fornecimento se dá por intermédio de linhas de média tensão ($\leq 13,8$ kV), classificadas como “Demais Instalações de Transmissão” na forma do art. 4º da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004. Assim, se não há conexão direta à Rede de transmissão Básica, não há qualquer justificativa que torne razoável a cobrança da Fazenda Estadual Baiana, lançada no caso em apreço, de constranger o contribuinte ao pagamento do ICMS-ST, sem qualquer razão lícita de ser, que teria sido não recolhido nas operações de aquisição de energia no “mercado livre” realizadas entre janeiro/2013 a dezembro/2017.

Discorre sobre o princípio da verdade material, requerendo a realização de perícia técnica.

Ratifica a suplicante que efetuou o registro fiscal regular de suas operações e, o lançamento a partir do estorno de diversas rubricas da base de cálculo apurada pela Autuante, sendo imprescindível a produção de prova pericial a fim de averiguar-se a correção dos atos praticados.

Segue apontando o caráter confiscatório da multa aplicada e por fim, requer:

a) seja recebido o presente Recurso Voluntário, posto que tempestivo, em seu efeito suspensivo da exigibilidade de todo montante do presente Auto de Infração, para que surta todos os efeitos de direito;

b) seja deferida a prova pericial/diligência fiscal requerida, visto que imprescindível para o deslinde da questão suscitada e em harmonia com a complexidade do caso em epígrafe, tudo em nome do princípio da verdade real que rege o processo administrativo fiscal;

c) que seja apreciada e acolhida a preliminar de decadência, na forma do art. 150, §4º do CTN, haja vista que o contribuinte apresentou apuração do ICMS e pagou o tributo de múltiplas formas, de modo que é essa apuração e recolhimento que açambarcam tudo o que deveria ter sido autuado pelo Fisco no prazo de cinco anos de cada fato gerador;

d) no mérito, que seja JULGADO PROCEDENTE o Recurso ora apresentado, reformando INTEGRALMENTE o combatido Acórdão nº 0004-03/20, declarando-se a improcedência do Auto de Infração, visto nunca terem ocorrido os alegados recolhimentos a menor e/ou o não recolhimento de ICMS, atestando a conduta da Requerente absolutamente de acordo com a legislação de regência;

e) caso estes Eméritos Julgadores não entendam pela total procedência do presente Recurso Voluntário, requer a ora Recorrente a minoração da multa aplicada, para que este Juízo, determine sua diminuição a um patamar razoável, assim considerado não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor do débito, em consonância com inúmeras outras legislações tributária pertinentes.

Requer ainda que seja deferido o pedido para que a Recorrente realize sustentação oral com fundamento no art. 163 do Dec. nº 7.629, de 09 de julho de 1999, bem como intimação dos patronos da causa para tanto, no endereço: Rua Frederico Simões, nº 85, sala 601, Caminho das Árvores, Salvador - BA, CEP 41.870-774 (Dr. Gustavo Britto), acerca da data a ser designada a sessão de julgamento da presente Recurso.

Por derradeiro, requer-se provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente apresentação de novos documentos, diligências e perícia técnica, já requerida, cuja assistente será a Sra. Andréa Saraiva da Silva, com domicílio igual ao da Recorrente.

Por aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal, do art. 425, IV do Novo Código de Processo Civil (2015), os causídicos que subscrevem o presente petítório declaram, sob as penas da lei, que as cópias que por eles foram anexadas aos autos são todas autênticas, por idênticas aos documentos originais.

VOTO VENCIDO

Inicialmente informo que descabe o pedido de perícia fiscal formulado pela recorrente, uma vez que o presente Auto de Infração encontra-se devidamente instruído, sendo os elementos contidos nos autos suficientes para análise do mérito da autuação.

Quanto à prejudicial de mérito da decadência aventada, entendo pela ilegitimidade do sujeito passivo no período questionado, conforme restará demonstrado a seguir.

No mérito, informo que nos cabe uma análise mais depurada da legislação estadual que trata sobre a matéria em debate.

A empresa recorrente, conforme demonstrado no recurso interposto, utiliza a energia adquirida em suas lojas, sendo consumidora final da energia elétrica adquirida em ambiente livre de contratação. Assim, não há a discussão de não incidência que se trava em relação à energia elétrica adquirida por empresas que a utilizam em seu processo produtivo de industrialização.

Deste modo, adentremos a análise da norma do art. 400 do RICMS/12, que discorre justamente sobre o tratamento das operações interestaduais com energia elétrica destinada ao Estado da Bahia adquirida em ambiente de contratação livre.

Em relação aos períodos do ano de 2013, observo que a redação do art. 400 determinava como sujeito passivo da obrigação tributária: a) **adquirente de energia elétrica em ambiente de contratação livre, conectado diretamente à Rede Básica de transmissão** ou b) **à empresa distribuidora**. Vejamos:

*“Art. 400. Fica atribuída ao **adquirente de energia elétrica em ambiente de contratação livre, conectado diretamente à Rede Básica de transmissão ou à empresa distribuidora**, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as sucessivas operações internas e interestaduais, correspondentes à circulação de energia elétrica, desde a sua importação ou produção até a última operação da qual decorra a sua saída com destino a estabelecimento ou domicílio onde deva ser consumida (Conv. ICMS 77/11).”*

Restou demonstrado no processo que a empresa recorrente, adquirente de energia elétrica em ambiente de contratação livre, não está conectada diretamente à rede básica de transmissão, mas sim a uma rede de distribuição.

Em processo de matéria idêntica (PAF 206955.0009/18-1), a questão foi objeto de diligência à PGE/PROFIS, onde o i. Procurador José Augusto Martins Júnior entendeu que não se pode confundir a rede de transmissão com a rede de distribuição. Explicou, ainda, que distribuição e transmissão são elos distintos da corrente de circulação econômica da energia elétrica e citou a Resolução da ANEEL 245/98, a qual em seu art. 2º, §2º afirma que:

“As instalações destinadas à conexão de linhas de transmissão e de distribuição, para atendimento de um concessionário de distribuição, não serão incluídas na Rede Básica, sendo tratadas como ativos de conexão.”.

Deste modo, pelo exposto, não restam dúvidas de que no período autuado de 01/01/2013 até 31/12/2013, o contribuinte não era sujeito passivo da exação tributária.

Em relação ao período de 01/01/2014 a 30/04/2014, considerando a redação do art. 400 do RICMS/BA vigente no período, observa-se que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS é da empresa distribuidora de energia elétrica, no caso, à COELBA.

Diz a norma que:

“Art. 400. Fica atribuída a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as sucessivas operações internas e interestaduais, correspondentes à circulação de energia elétrica, desde a sua importação ou produção até a última operação da qual decorra a sua saída com destino a estabelecimento ou domicílio onde deva ser consumida por destinatário que a tenha adquirido por meio de contrato de compra e venda firmado em ambiente de contratação livre a (Conv. ICMS 77/11):

I - empresa distribuidora que praticar a última operação em referência por força da execução de contratos de conexão e de uso da rede de distribuição por ela operada, firmados com o respectivo destinatário que deva se conectar àquela rede para fins do recebimento, em condições de consumo, da energia elétrica por ele adquirida de terceiros; (grifo nosso)

II - destinatário que, estando conectado diretamente à Rede Básica de transmissão, promover a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio para fins do seu próprio consumo.”

Saliento que tal entendimento estende-se até 14/08/2014, tendo em vista que a legislação somente foi editada nesta data, conforme dispõe o Decreto nº 15.371/2014, que altera o art. 400 do RICMS/BA. Indo além, levando em consideração que a norma alterada onerou a tributação ao consumidor final, pelo princípio da anterioridade, tal dispositivo começa a vigorar a partir de 01/01/2015, razão pela qual o período compreendido entre 14/08/2014 até 31/12/2014 deve ser também retirado da autuação.

No pertinente aos períodos de 01/01/2015 até 31/12/2017, a legislação estadual já atribui ao consumidor final a responsabilidade de pagamento do imposto razão pela qual deve permanecer a cobrança do imposto relativa a estes períodos.

Em relação ao caráter confiscatório da multa aplicada aduzido pela recorrente, informo que este órgão administrativo não tem competência para apreciar a matéria, conforme dispõe o art. 167, I, ‘a’ do RPAF/99, devendo aplicar a penalidade imposta pela legislação estadual.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Quero pedir vênica à nobre Relatora para apresentar entendimento divergente, especificamente naquilo que se refere à vigência da alteração nº 24 do RICMS/12, promovida por meio do Decreto

nº 15.371, de 14/08/14 (DOE de 15/08/14), nos termos a seguir.

Entendeu, a nobre Relatora, que a alteração regulamentar introduzida no art. 400 somente poderia produzir efeitos a partir do exercício seguinte (2015), por força do princípio da anualidade, ou da anterioridade.

É importante frisar, todavia, que a alteração regulamentar, ocorrida em agosto de 2014, limitou-se a operar a transferência da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as aquisições de energia elétrica, antes atribuída à empresa distribuidora e depois, à empresa consumidora livre de energia elétrica, conforme abaixo.

“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.

Nota: A redação atual do art. 400 foi dada pela Alteração nº 24 (Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14), produzindo efeitos a partir de 01/05/14.

Redação anterior dada ao art. 400 pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14 a 30/04/14:

“Art. 400. Fica atribuída a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as sucessivas operações internas e interestaduais, correspondentes à circulação de energia elétrica, desde a sua importação ou produção até a última operação da qual decorra a sua saída com destino a estabelecimento ou domicílio onde deva ser consumida por destinatário que a tenha adquirido por meio de contrato de compra e venda firmado em ambiente de contratação livre a (Conv. ICMS 77/11): I - empresa distribuidora que praticar a última operação em referência por força da execução de contratos de conexão e de uso da rede de distribuição por ela operada, firmados com o respectivo destinatário que deva se conectar àquela rede para fins do recebimento, em condições de consumo, da energia elétrica por ele adquirida de terceiros; II - destinatário que, estando conectado diretamente à Rede Básica de transmissão, promover a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio para fins do seu próprio consumo.”

Ora, tendo se limitado a transferir a responsabilidade tributária para o consumidor livre de energia elétrica, nenhum conflito ocorre com o princípio da anualidade, uma vez que tal garantia constitucional somente atua para vedar a criação ou aumento de tributo, conforme se extrai da leitura do art. 150, inciso III, alínea “b” da CF/88, abaixo reproduzido.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

III - cobrar tributos:

...

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

...”

Assim, como não vejo viabilidade de aplicação da norma alterada, retroativamente a maio/14, vez que os fatos geradores respectivos já haviam se materializado, com a cobrança e recolhimento do ICMS por parte das distribuidoras, entendo que deve ser dada operatividade à norma regulamentar a partir do mês de agosto/14, momento a partir do qual se afigura como legítima a exigência do tributo à empresa autuada.

Assim, dou PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reduzir o valor lançado ao montante de R\$422.386,07, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS	
ago/14	R\$	10.063,61
set/14	R\$	9.355,15
out/14	R\$	9.814,89
nov/14	R\$	9.965,03
dez/14	R\$	10.226,03
jan/15	R\$	10.691,52
fev/15	R\$	11.312,98

mar/15	R\$	9.613,48
abr/15	R\$	10.492,97
mai/15	R\$	10.535,53
jun/15	R\$	10.397,06
jul/15	R\$	9.646,09
ago/15	R\$	9.920,14
set/15	R\$	9.966,82
out/15	R\$	9.312,23
nov/15	R\$	9.966,82
dez/15	R\$	10.091,49
jan/16	R\$	11.036,54
fev/16	R\$	10.147,96
mar/16	R\$	9.366,70
abr/16	R\$	9.530,46
mai/16	R\$	9.259,68
jun/16	R\$	9.603,92
jul/16	R\$	9.666,89
ago/16	R\$	11.440,02
set/16	R\$	11.376,49
out/16	R\$	10.803,81
nov/16	R\$	11.041,44
dez/16	R\$	16.553,58
jan/17	R\$	14.651,68
fev/17	R\$	14.267,40
mar/17	R\$	11.600,05
abr/17	R\$	14.595,36
mai/17	R\$	15.682,93
jun/17	R\$	7.328,04
jul/17	R\$	6.785,27
ago/17	R\$	7.117,41
set/17	R\$	7.214,59
out/17	R\$	6.733,18
nov/17	R\$	7.352,38
dez/17	R\$	7.858,45
TOTAL	R\$	422.386,07

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0008/18-2**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S. A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$422.386,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Evalda de Brito Gonçalves, Fernando Antonio Brito de Araújo, Claudio José Silveira Pinto e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheira: Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS