

PROCESSO - A. I. Nº 206833.0007/17-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TIGRE S. A. – TUBOS E CONEXÕES
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0014-05/19
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0338-11/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NULIDADE. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia. Trata-se de lançamento que se relaciona à falta de recolhimento do ICMS incidente sobre as operações de aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre, consubstanciado nas alterações do art. 400 do RICMS/BA, através do Decreto nº 15.371, de 14/08/14, que surtiu efeito a partir de 15/08/14, com sua publicação no DOE, atribuindo a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST não mais à empresa distribuidora, e sim ao consumidor da energia elétrica. Vê-se, entretanto, que o objeto da autuação decorre da aquisição, em ambiente de contratação livre (ACL), de energia elétrica da COMERC, estando o sujeito passivo conectado à Rede de Transmissão da Concessionária COELBA, tendo essas operações interestaduais sido aparelhadas pelas Notas Fiscais nºs 17658 e 17659, com data de emissão 05/05/2014, relativo a consumo de 01/04/14 até 30/04/14, na forma indicada no campo de dados adicionais das referidas notas. Como tal, a legislação do ICMS é bem clara em estabelecer que a ocorrência do fato gerador do imposto ocorre com o consumo do produto/mercadoria/serviço, e no caso em tela, não há controvérsia de que o consumo da energia elétrica ocorreu no período de 01/04/14 até 30/04/14. As disposições do art. 400, o qual está fundamentado a autuação, na época dos fatos geradores, vigia a redação anterior dada pela Alteração nº 20, através do Decreto nº 14.898, de 27/12/13, que atribuía a responsabilidade do recolhimento do imposto à concessionária de energia, ou seja, a empresa distribuidora, no caso a COELBA. Em sede de informação, o autuante, ao desenvolver Diligência Fiscal requerida pela 5ª JJF, atesta que ao analisar a fatura emitida pela COELBA, diz observar que realmente houve a cobrança de R\$29.928,45 e o respectivo recolhimento aos cofres do Estado, a título de ICMS-ST na forma do Decreto nº 14.898/13, remanescendo o valor de R\$111.324,83 da autuação, o que, essa circunstância, aliado ao disposto no inc. IV, art. 332 do RICMS/12 afasta qualquer espécie de dúvida de que a Concessionária COELBA era a responsável pelo recolhimento do imposto lançado, não só o valor de

R\$29.928,45, bem assim o valor remanescente de R\$111.324,83, vez que se trata de energia ocorrido no intervalo de 01/04/14 até 30/04/14. É nulo o lançamento de ofício em que se configure ilegitimidade passiva na forma do inc. IV, “b” do RPAF-BA/99. Assim, cabe a autoridade competente verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, na forma do art. 21 do mesmo diploma legal, relativo ao saldo remanescente de R\$111.324,83, tendo como sujeito passivo a concessionária COELBA, na forma da redação dada ao art. 400 do RICMS/BA, pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/13, vigente à época dos fatos geradores. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal Nº 0014-05/19, que por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 23/06/2017, para exigir ICMS o valor histórico de R\$141.253,28, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.24: Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS no valor de R\$141.253,28 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, relativo às notas fiscais nºs 17658 e 17659, emitidas em 05/05/2014 pela empresa COMERC COERCIALIZ ENERGIA ELÉTRICA LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, 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 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3ª do Convênio ICMS 77/2011..

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 13 a 17) e informação fiscal prestada pelo ilustre Auditor (fls. 71 a 74), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JJF que optou pela Nulidade do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$141.253,28, incidente sobre a entrada de Energia Elétrica no estabelecimento do sujeito passivo, 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, relativo às notas fiscais nºs 17658 e 17659, emitidas em 05/05/2014 pela empresa COMERC COERCIALIZ ENERGIA ELÉTRICA LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, 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 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3ª, do Convênio ICMS 77/2011.

Como tal, vê-se que a imputação de responsabilidade pelo pagamento do imposto foi fundamentada com base na violação do art. 400 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, sendo indispensável a análise da sua redação vigente em todo o período fiscalizado, ou seja, entre 01/01/2014 a 31/12/2014, conforme a seguir destacado:

- *Redação atual 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.*

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”.

- *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”.

Desta forma têm-se que o Estado da Bahia editou o Decreto nº 14.898/13 de 27/12/13, publicado no DOE de 28 e 29/12/13, efeitos a partir de 01/01/14 a 30/04/14, através da alteração nº 20, mudando a redação do art. 400 do RICMS/BA, atribuindo à empresa distribuidora de energia elétrica, no caso em tela a COELBA, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a circulação de energia, quando adquirido em outra Unidade da Federação, por força de contrato de compra e vendas firmado em ambiente de contratação livre – ACL (Conv. ICMS 77/11), que antes a responsabilidade era atribuída ao adquirente de energia elétrica, com a redação dada pelo Decreto nº 14.209, de 14/11/12, DOE de 15/11/12), efeitos a partir de 15/11/12 a 31/12/13.

Momento seguinte foi dada nova redação ao art. 400 do RICMS/BA, que é a redação atual dada pela Alteração nº 24, através do Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14, com efeitos retroativos a partir de 1º/05/2014, restabelecendo a atribuição de responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a circulação de energia, quando adquirido em outra unidade da Federação por força de contrato de compra e vendas firmado em ambiente de contratação livre – ACL ao adquirente da energia elétrica na entrada de seu estabelecimento.

Neste contexto, o Contribuinte Autuado destaca que adquiriu, em ambiente de contratação livre (ACL), energia elétrica da COMERC, tendo essas operações interestaduais sido aparelhadas pelas notas fiscais nºs 17658 e 17659, acostadas às fls. 25/26 dos autos, com data de emissão 05/05/2014, relativo a consumo de 01/04/14 até 30/04/14 na forma indicada no campo de dados adicionais das referidas notas. E como estava conectada à rede de distribuição operada pela COELBA para fins de recebimento da energia elétrica adquirida da COMERC, diz que o recolhimento do ICMS-ST incidente sobre as referidas operações era de responsabilidade da COELBA, nos termos do art. 400, I do RICMS/BA, com a redação dada pelo Decreto 14.898/13, acima reproduzida, vigente até 30/04/14.

Consigna, também, que em 14/5/2014 foi publicada a decisão do juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que deferiu medida liminar requerida pela COELBA para declarar suspensa a eficácia da norma do Decreto Estadual 14.898/2013, que conferiu nova redação ao art. 400 do RICMS do Estado da Bahia, estabelecendo a fornecedora como substituta tributária nas operações de venda de energia elétrica, mantendo vigente a legislação anterior, conforme cópia de decisão (doc. 5) às fls. 28/29 dos autos.

Por sua vez, pontua que em 15/8/2014, sobreveio a publicação da edição do Decreto 15.371, como acima destacado, alterando novamente o art. 400 do RICMS/BA com efeitos retroativos a partir de 1º/5/2014, atribuindo ao consumidor de energia elétrica a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a operação, objeto da autuação, “quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre”.

Destaca que, em 26/6/2017, foi notificada da lavratura do presente AIIM 2068330007/17-7, por meio do qual o fisco baiano lhe exige o recolhimento do ICMS incidente sobre as aludidas operações aparelhadas pelas Notas Fiscais 17658 e 17659, sob o fundamento constante da inicial de que teria infringido os termos do artigo 400 do RICMS, 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, produzindo efeitos retroativos a partir de 01/05/14, em que passou a responsabilidade do recolhimento do imposto decorrente da entrada de energia no estabelecimento do defendente, não mais para a concessionária, e sim para o adquirente.

Isto posto, a controvérsia cinge-se em saber se se afigura legítimo o auto de infração impugnado para exigir da defendente, a TIGRE S.A, o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações de aquisição de energia elétrica aparelhadas pelas NFs 17658 e 17659 da COMERC, ou da operadora COELBA detentora da rede de distribuição da energia elétrica consumida à época dos fatos geradores decorrentes das citadas notas fiscais emitidas em 05/05/2014, relativo a consumo de energia elétrica no período de 01/04/14 até 30/04/14 na forma

indicada no campo de dados adicionais das referidas notas.

Em pauta suplementar do dia 30/11/2017, a 5ª JF decidiu pela conversão do presente PAF em Diligência à Inspeção Fazendária de origem, encaminhando o presente PAF ao Fiscal Autuante, autor do feito, para verificar se a COELBA recolheu ou não o ICMS-ST referente às notas fiscais nºs 17658 (fl. 4) e 17659 (fl. 5), ambas emitidas em 05/05/2014 pela empresa COMER COMERCIALIZ. ENERGIA ELÉTRICA LTDA, CNPJ/MF 58.177.643/0001-95, estabelecida no Estado de São Paulo, tendo como destinatária do produto – Energia Elétrica - a TIGRE S.A, empresa autuada.

Voltando aos autos o Fiscal Autuante às fls. 80/81 dos autos apresenta todo o roteiro desenvolvido no cumprimento da Diligência requerida pela 5ª JF, para em seguida assim destacar: “ao analisar a fatura emitida pela COELBA (fl. 99 do PAF), observa-se que realmente houve a cobrança de R\$29.928,45, a título de ICMS-Subst. Trib Dec. 14.898/13, tal como discriminado na relação das empresas (fl. 87) e respectivos valores que compõem o valor do DAE total pago (fl.82) como código 1.006 – ICMS-ST CONTRIBUINTE SUBSTITUTO DO ESTADO E CÓDIGO 2.133 – ICMS-ST ADICIONAL DE POBREZA”

Todavia, considerando que foi reclamada da autuada, a TIGRE S.A., através do Auto de Infração em epígrafe a importância de R\$141.253,28 e a concessionária COELBA recolheu apenas o valor de R\$29.928,45, manifestou o d. agente Fiscal pela manutenção da autuação do saldo remanescente no valor de R\$111.324,83, com assim está posto na conclusão da sua Informação Fiscal às fls. 80/81 dos autos.

Voltando a se manifestar o defendente às fls. 113/115 dos autos, pontuou que o fato de a COELBA ter recolhido apenas R\$29.928,45, a título de ICMS incidente sobre as operações realizadas com a TIGRE S.A., relativo às operações de aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre (ACL) no período objeto da ação fiscal, não lhe afasta a condição de sujeito passivo da obrigação tributária; pelo contrário, diz que essa circunstância afasta qualquer espécie de dúvida no sentido de que a COELBA era responsável pelo recolhimento do tributo.

O fato é que, o autuante manteve o valor remanescente da autuação, no importe de R\$111.324,83, atribuindo à TIGRE S.A. a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST, consubstanciado nas disposições da alteração promovida pelo Decreto nº 15.371, datado de 15/08/2014, relativamente ao art. 400 do RICMS/BA, em que atribuiu ao consumidor de energia elétrica a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre esta operação, quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre (ACL), com efeitos retroativos a partir de 01/05/2014.

Na sessão de julgamento do dia 25/07/18, os membros da 5ª JF decidiram por pedir à PGE a emissão de Parecer Jurídico, abordando a questão relativa à retroatividade da norma tributária decorrente da alteração promovida pelo Decreto 15.371/14, de 14/08/14, publicado no DOE de 15/08/14, em relação a alteração da redação do art. 400 do RICMS/BA, com efeitos retroativos a partir de 1º/5/2014, voltando ao consumidor de energia elétrica a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de aquisição de energia, quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre (ACL), que é o objeto do saldo remanescente da autuação.

A PGE, através do Parecer PGE/PROFIS 20118377575-0, de 5/11/18, informa que não há que se falar em retroatividade no caso em epígrafe, mas, isto sim, da aplicação da regra do tempus regit actum, ou seja, de que os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram.

Neste contexto, no intervalo entre 1º/05/15 a 15/08/14 entendo que vigia as disposições do Decreto nº 14.898/13 de 27/12/13, dada à redação do art. 400 do RICMS/BA, atribuindo a empresa distribuidora de energia elétrica, no caso em tela a COELBA, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a circulação de energia, quando adquirido em outra unidade da Federação por força de contrato de compra e vendas firmado em ambiente de contratação livre – ACL (Conv. ICMS 77/11), e não ao defendente.

A alteração nº 24, dada à redação do art. 400 do RICMS/BA, com efeitos retroativos a partir de 1º/5/2014, atribuindo ao consumidor de energia elétrica a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de aquisição de energia, quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre (ACL), estando ele conectado à Rede Básica de transmissão da concessionária distribuidora, no caso em tela a COELBA, para fim de seu próprio consumo, que sobreveio com a edição do Decreto nº 15.371, de 14/08/14, publicado no DOE de 15/08/14, fere o princípio da irretroatividade tributária previsto no art. 150, III, “a” da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído

ou aumentado;(Grifos acrescidos)

Assim, a lei tributária não se aplica a fatos geradores anteriores à data de sua publicação, ou seja, a lei atinge somente a fatos presentes e futuros. Vejo, entretanto, que o princípio da irretroatividade tributária possui duas exceções previstas no artigo 106 do CTN: “(a) lei tributária retroagirá quando for interpretativa”, que não é o caso em análise e “(b) a lei tributária retroagirá quando for mais benéfica para o contribuinte (...)”, também, não é o caso em comento.

Portanto, não vendo presente, nos autos, quaisquer dessa duas exceções previstas, extraídas do artigo 106 do CTN, entendo ser vedado ao Estado baixar um ato jurídico, para cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes de sua promulgação, como as disposições da alteração nº 24, que sobreveio com a edição do Decreto nº 15.371, de 14/08/14, ao instituir os seus efeitos retroativos a 01/05/2014, passando a responsabilidade de cálculo e pagamento do ICMS incidente na entrada de energia elétrica, quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, ao consumidor e não mais a distribuidora de energia.

Não obstante esse meu entendimento, que também me apresenta ser o da PGE, através do Parecer PGE/PROFIS 20118377575-0 de 5/11/18 ao informar que não há que se falar em retroatividade no caso em epígrafe, mas, isto sim, da aplicação da regra do “tempus regit actum”, ou seja, de que os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram os fatos, e no caso em análise vigia a redação anterior dada ao art. 400 pela Alteração nº 20, através do Decreto nº 14.898, de 27/12/13, que atribuía a responsabilidade do recolhimento do imposto a concessionária de energia, no caso a COELBA, mesmo com a eficácia da norma suspensa por medida liminar concedida pelo Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, vejo que há um fato superveniente nos autos, que leva a autuação a ser decretada nula por ilegitimidade passiva, que é a ocorrência do fato gerador do imposto.

Neste sentido, vejo que o objeto da autuação decorre da aquisição, em ambiente de contratação livre (ACL), energia elétrica da COMERC, estando o sujeito passivo conectado à Rede de Transmissão da Concessionária COELBA, tendo essas operações interestaduais sido aparelhadas pelas notas fiscais nºs 17658 e 17659, acostadas às fls. 25/26 dos autos, com data de emissão 05/05/2014, relativo a consumo de 01/04/14 até 30/04/14 na forma indicada no campo de dados adicionais das referidas notas.

Como tal, a legislação do ICMS é bem clara em estabelecer que a ocorrência do fato gerador do imposto ocorre com o consumo do produto/mercadoria/serviço, e no caso em tela, não há controvérsia de que o consumo da energia elétrica ocorreu no período de 01/04/14 até 30/04/14 na forma indicada no campo de dados adicionais das notas fiscais nºs 17658 e 17659, acostadas às fls. 25/26 dos autos, que dão sustentação a autuação, e mais, ainda, em se tratando de energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, o recolhimento do imposto dar-se-á até o segundo mês subsequente ao da entrada de energia elétrica no estabelecimento do adquirente, como assim está posto no inc. XVI, do art. 332 do RICMS, com a redação vigente à época dos fatos geradores, a seguir destacada:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

XVI - tratando-se de energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da entrada da energia elétrica no estabelecimento do adquirente, inclusive em relação ao imposto devido pela conexão e uso do sistema de transmissão; Nota: O inciso XVI foi acrescentado ao caput do art. 332 pela Alteração nº 10 (Decreto nº 14.295, de 31/01/13, DOE de 01/02/13), efeitos a partir de 01/02/13.

Aliás, em sede de informação, o autuante, ao desenvolver Diligência Fiscal requerida pela 5ª JF, atesta que ao analisar a fatura emitida pela COELBA (fl. 99 do PAF), diz observar que realmente houve a cobrança de R\$29.928,45 e o respectivo recolhimento aos cofres do Estado, a título de ICMS-ST (Decreto nº 14.898/13), remanescendo o valor de R\$111.324,83 da autuação, o que, ao meu entender, essa circunstância, aliado ao disposto no inc. IV, art. 332, acima destacado, afasta qualquer espécie de dúvida de que a Concessionária COELBA era a responsável pelo recolhimento do imposto lançado, não só o valor de R\$29.928,45, bem assim o valor remanescente de R\$111.324,83, diferentemente do entendimento o i. agente Fiscal, vez que se trata de energia ocorrida no intervalo de 01/04/14 até 30/04/14 na forma indicada no campo de dados adicionais das notas fiscais nºs 17658 e 17659, acostadas às fls. 25/26 dos autos.

As disposições do art. 400, o qual está fundamentado a autuação, na época dos fatos geradores, vigia a redação anterior dada pela Alteração nº 20, através do Decreto nº 14.898, de 27/12/13, que atribuía a responsabilidade do recolhimento do imposto à concessionária de energia, no caso a COELBA. É de se destacar também, como se apresenta no trecho da manifestação de defesa do sujeito passivo à fl. 15 dos autos, que a COELBA noticiou aos seus clientes, com relação aos faturamentos ocorridos entre o período de 01/04/14 a 15/05/14, antes da concessão da liminar, efetuar a cobrança do ICMS ST conforme determinado pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/13, e repassaria para os cofres do Estado, o que vem a coadunar com o entendimento de que todo o imposto lançado, no presente auto, é de fato de competência da COELBA.

Logo, débitos tributários levantados decorrentes do consumo de energia ocorrido no intervalo de 01/04/14 até 30/04/14, na forma indicada no campo de dados adicionais notas fiscais nºs 17658 e 17659, tem-se como sujeito passivo a concessionária COELBA e não a defendente, como assim procedeu assertivamente a COELBA em relação ao valor de R\$29.928,45 pago. É nulo o lançamento de ofício em que se configure ilegitimidade passiva na forma do inc. IV, “b” do RPAF-BA/99. Assim, cabe a autoridade competente verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, na forma do art. 21 do mesmo diploma legal, relativo ao saldo remanescente de R\$111.324,83, tendo como sujeito passivo a concessionária COELBA, na forma da redação dada ao art. 400, do RICMS/BA, pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/13, vigente à época dos fatos geradores.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por inteligibilidade passiva do sujeito passivo, com a recomendação de refazimento do feito para cobrar o saldo remanescente da concessionária COELBA, sujeito passivo da obrigação tributária, na forma da redação dada ao art. 400 do RICMS/BA, pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/13, observando o disposto no inc. XVI, do art. 332 do RICMS/BA, quanto à data de pagamento do imposto, vez que, tratando-se de energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, o pagamento dar-se-á até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da entrada da energia elétrica no estabelecimento do adquirente.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, em razão da decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão nº 0014-05/19 que por UNANIMIDADE julgou NULO o Auto de Infração lavrado em 23/06/2017 que tinha como objeto exigir ICMS no valor histórico de R\$141.253,28, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de uma única infração, relativa a falta de recolhimento do “ICMS no valor de R\$141.253,28 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, relativo às Notas Fiscais nºs 17658 e 17659, emitidas em 05/05/2014 pela empresa COMERC COERCIALIZ ENERGIA ELÉTRICA LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, 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”, no período de 05/2014”.

Inconformado com a autuação, o autuado apresentou impugnação (fls. 13 a 17) ao referido Auto informando que em 5/5/2014, adquiriu, em ambiente de contratação livre, energia elétrica da COMERC, tendo essas operações interestaduais sido aparelhadas pelas Notas Fiscais nºs 17658 e 17659. E como estava conectada à rede de distribuição operada pela COELBA para fins de recebimento da energia elétrica adquirida da COMERC, diz que o recolhimento do ICMS incidente sobre as referidas operações era de responsabilidade da COELBA, nos termos do art. 400, I, do RICMS/BA, com a redação dada pelo Decreto nº 14.898/13.

Informa o autuado que em 14/5/2014 foi publicada a decisão do juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que deferiu medida liminar requerida pela COELBA para “*declarar suspensa a eficácia da norma do Decreto Estadual nº 14.898/2013, que conferiu nova redação ao art. 400 do RICMS do Estado da Bahia, mantendo vigente a legislação anterior, restabelecendo a fornecedora como substituta tributária nas operações de venda de energia elétrica*”.

Em seguida, no dia 15/8/2014 foi publicado o Decreto nº 15.371 que, alterando novamente o art. 400 do RICMS/BA com efeitos retroativos (a partir de 1º/5/2014), atribuiu ao consumidor de energia elétrica a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre esta operação “*quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre*”.

Diz que isso é verdade que, conforme se verificou, a COELBA ingressou com medida judicial para que fosse afastada a responsabilidade que lhe foi atribuída pelo Decreto nº 14.898/13, tendo obtido

medida liminar publicada somente em 14/5/2014.

Através da informação fiscal às fls. 71/74 o autuante, em síntese, destaca os termos da defesa, alegando que em relação ao Contribuinte Autuado não estar conectado diretamente à Rede Básica de Distribuição como indicado no Auto de Infração, e sim através de Distribuidora, de forma alguma invalida a autuação, tratando-se apenas de uma eventual incorreção, nos termos do parágrafo 1º, do art. 18 do RPAF/BA, já que foi perfeitamente determinada a natureza da infração, tanto é verdade que a Impugnante efetuou defesa referente à infração que lhe foi imputada.

Diz que, embora estivesse utilizando a rede de distribuição da COELBA esse fato não afasta sua condição de responsável tributário, tendo em vista o inc. IV, do §1º, do art. 5º da Lei nº 7.014/96, que destaca. Em seguida, destaca que o texto do art. 400 (Caput) do RICMS/BA foi alterado através do Decreto nº 15.371 de 14/08/2014, publicado no DOE em 15/08/2014, produzindo efeitos a partir de 01/05/2014.

Em pauta suplementar do dia 30/11/2017, a 5ª JJF decidiu pela conversão do presente PAF em Diligência à Inspetoria Fazendária de origem, encaminhando o presente PAF ao Fiscal Autuante, autor do feito, para verificar se a COELBA recolheu ou não o ICMS-ST referente às Notas Fiscais nºs 17658 (fl. 4) e 17659 (fl. 5), ambas emitidas em 05/05/2014 pela empresa COMER COMERCIALIZ. ENERGIA ELÉTRICA LTDA, CNPJ/MF 58.177.643/0001-95, estabelecida no Estado de São Paulo, tendo como destinatária do produto – Energia Elétrica - a TIGRE S.A, empresa autuada.

Porém, foi constatado pelo autuante que a COELBA recolheu apenas o montante de R\$29.928,45, que manteve a autuação no tocante à diferença no valor de R\$111.324,83.

Na sessão de julgamento do dia 25/07/18, os membros da 5ª JJF decidiram por pedir à PGE a emissão de Parecer Jurídico, abordando a questão relativa à retroatividade da norma tributária decorrente da alteração promovida pelo Decreto nº 15.371/14, de 14/08/14, publicado no DOE de 15/08/14, em relação a alteração da redação do art. 400 do RICMS/BA, com efeitos retroativos a partir de 01/5/2014, voltando ao consumidor de energia elétrica a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de aquisição de energia, quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre (ACL), que é o objeto do saldo remanescente da autuação.

A PGE, através do Parecer PGE/PROFIS 20118377575-0, de 5/11/18, informa que não há que se falar em retroatividade no caso em epígrafe, mas, isto sim, da aplicação da regra *do tempus regit actum*, ou seja, de que os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram.

Mister se faz analisar a redação vigente à época dos fatos.

A redação do Art. 400, vigente a partir da publicação da alteração nº 24, publicada pelo Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14), com efeitos a partir de 01/05/14, fala que o ICMS é devido pelo consumidor de energia elétrica: ***“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.

Porém, a 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, **com efeitos a partir de 01/01/14 a 30/04/14** atribuía 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 (Convênio ICMS 77/11) 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.

Verifica-se nos autos, às fls. 04 e 05 que apesar da nota fiscal ter sido emitida em 05/05/2014, os fatores geradores são de 01 a 30/04/2014 conforme consta no campo de observações dos aludidos documentos.

Ante todo o exposto, considerando que à época dos fatos geradores, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS cabia à distribuidora de energia, acompanho a decisão de Primeira Instância em considerar nulo o lançamento de ofício em que se configure ilegitimidade passiva na forma do inc. IV, “b” do RPAF-BA/99, razão pela qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206833.0007/17-3**, lavrado contra **TIGRE S. A – TUBOS E CONEXÕES**. Representa-se à autoridade competente, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha acima apontada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de Dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS