

A. I. Nº - 269193.0013/20-7
AUTUADO - LOJAS RIACHUELO S.A.
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/11/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0195-04/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Procede 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 não utilizada como insumo no processo industrial do adquirente ou consumida na sua área administrativa. Indeferido o pedido de perícia/diligência. Afastada a preliminar de decadência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2020, exige ICMS no valor histórico de R\$350.069,08, 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”.*

O contribuinte através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 50 a 72 e inicialmente faz um breve resumo sobre a acusação fiscal e assevera que ter recolhido o ICMS de suas operações nos percentuais corretos, com as deduções e isenções a que faz jus, observando fielmente as legislações pertinentes, o Fisco Estadual Baiano entendeu que esta defendente teria deixado de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio do Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre - ACL, como se a Impugnante fosse conectada à Rede Básica de transmissão, o que nem de perto é verdade.

Entretanto, de forma a demonstrar que a Autuada efetuou os recolhimentos com os cálculos escorreitos, conforme determinado pela legislação de regência é que se apresenta esta Impugnação para que reste rechaçada qualquer dúvida a respeito da legalidade na conduta da empresa e ao final seja julgado improcedente *in totum* o presente auto, impedindo a efetivação da cobrança pretendida pelo Estado da Bahia.

Prossegue, requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com base no art. 151, III e art. 206, do CTN, que transcreve em sua peça.

Fala sobre a tempestividade da apresentação da defesa e em seguida pede a aplicação da suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 206 do CTN, sob pena de vilipêndio aos arts. 5º, LV, e 146 da Constituição Federal de 1988.

No mérito, considera que o cerne da questão é decidir se a contribuinte/defendente está diretamente conectada ou não à Rede Básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, dizendo ser essa a *“conditio sine qua non”* para que a imputação da Fazenda Estadual, que se lastreia em tese no Convênio nº 77/2011, esteja correta.

Apresenta conceitos da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, a qual estabelece os critérios

necessários para que uma instalação de transmissão de energia elétrica possa ser considerada integrante da Rede de Transmissão Básica do Sistema Interligado Nacional (SIN).

Explica que, após trafegar na Rede Básica de Transmissão, a energia elétrica chega às subestações de distribuição e a tensão é transformada para um nível intermediário, mais adequado para a rede de distribuição local, que, por sua vez alimenta os clientes de média tensão e os postos de transformação de serviço público.

Traz à colação alguns artigos da Resolução Normativa acima mencionada, bem como imagem de sua conta na Coelba, com o intuito de demonstrar que a defendente é classificada como unidade consumidora.

Traz, ainda, alguns conceitos do Direito Civil, tudo isso objetivando estabelecer a premissa de que o autuado não está conectado “diretamente à Rede Básica de transmissão”, fator que entende ser o ponto nodal determinado no Convênio ICMS nº 77/2011 para imposição do ICMS-ST “para trás” na forma desejada pela Autoridade fiscal.

Fala sobre o instituto do regime da substituição tributária, arrematando que tal regime de apuração, todo o tributo será recolhido pelo produtor da mercadoria no momento da saída (substituição ‘para frente’) ou pelo destinatário da mercadoria quando da efetivação da entrada no estabelecimento (substituição ‘para trás’), e com a energia elétrica não é diferente.

Transcreve artigos da Lei Complementar nº 87/1996, aduzindo que os mesmos estabelecem a possibilidade de incidência do ICMS sobre a entrada de energia elétrica proveniente de outro estado da federação, quando não destinado à comercialização ou à industrialização, ficando a cargo de convênio específico a deliberação sobre a substituição tributária.

Assevera que, cumprido o determinado na 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, conforme cláusula primeira que transcreve:

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir 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:

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.

Volta a enfatizar 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, classificadas como “Demais Instalações de Transmissão” na forma do art. 4º da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004.

Argumenta que se não há conexão direta à Rede de Transmissão Básica, não há qualquer justificativa que torne razoável a cobrança da Fazenda Estadual Baiana, obrigando 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/2016 a dezembro/2018.

Desse modo entende que deve ser julgado procedente a presente Impugnação, de modo a impedir

a cobrança do débito ora exigido e julgar improcedente o Auto de Infração.

Destaca o princípio da verdade material, trazendo a colação ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, Paulo Celso Bonilha, Ives Gandra Martins e Alberto Xavier, afirmando que não ocorreu a necessária apuração fiscal, pelo que solicita que seja deferida a realização de perícia técnica, visando comprovar suas alegações.

Acrescenta que por aplicação do Princípio Processual da Eventualidade, adverte que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direto às garantias constitucionais do contribuinte.

Cita algumas decisões do STF, visando amparar sua argumentação de que, por mais que assuma caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ela ser antes proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) Seja recebida a presente Impugnação, posto que tempestiva, 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) No mérito, que seja JULGADA PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO ora apresentada, 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.

Reitera o pedido de realização de diligências e perícias técnicas.

O autuante presta informação fiscal à fl.86, nos seguintes termos:

“1 – Não estaremos sendo reducionistas se dissermos que o cerne da questão, do ponto de vista da defesa, é o conceito do que seria RESE BÁSICA DE TRANSMISSÃO. Que não estaria conectado a tal rede e, por isso, não estaria obrigado ao gravame que lhe foi imputado. Para desincumbir-se de tal missão apresenta toda uma linha argumentativa conceitual sobre o assunto.

Cremos que esta egrégia corte já tem este tema como pacificado, de modo que entendemos não ter o que acrescentar ao já posto no corpo do auto, tendo em vista que as planilhas demonstrativas do ilícito não foram questionadas pelo insurgente.

A partir da fl. 43 do PAF, requer que seja deferido o pedido de perícia técnica, para comprovação do quanto apresentado pela defesa.

Manifestam-nos contrários a este pleito, por absoluta desnecessidade. Os elementos suficientes ao convencimento do(a)s nobres julgadores(as) estão todos postos no PAF. A nosso juízo, obviamente.

Tendo em vista o quanto relatado acima, propomos que este Auto de Infração seja considerado TOTALMENTE PROCEDENTE”.

VOTO

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.

Em relação à perícia requerida, informo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual, fica indeferida, com

fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito também fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

O impugnante, na apresentação da defesa, argumentou, em resumo, 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 no seu entender estaria desonerada no Estado da Bahia, do recolhimento do imposto em lide.

Portanto, 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, registro que as operações interestaduais com energia elétrica, encontram-se abarcadas pela imunidade por expressa determinação contida 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;”

Assim é que a incidência do imposto ocorre, no momento da entrada neste Estado, da energia elétrica, desde que não tenha sido adquirida para comercialização ou industrialização, conforme disposto no 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.

A regra da não incidência na entrada, ocorreria se o autuado fosse industrializar a energia elétrica ou comercializá-la, pois a tributação ocorreria na saída do produto, no entanto, ao utilizá-la como consumidor final, o fato gerador ocorre no momento da 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 - **adquirir** 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, resta definir de quem seria a responsabilidade pelo pagamento do imposto 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.

De acordo com o disposto no art. 400 do RICMS, que fundamentou o presente lançamento, redação dada pela Alteração nº 24, através do Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14, verifico que dúvidas inexistem, de que a responsabilidade recai sobre o adquirente/ consumidor da energia elétrica, no caso o autuado, conforme a seguir transcrito:

“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.

Assim, concluo pela subsistência da infração em comento.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada encontra-se prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo, a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, em conformidade com o disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de dispensa da multa de 60%, cumpre observar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269193.0013/20-7**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$350.069,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR