

PROCESSO	- A. I. N° 269193.0013/20-7
RECORRENTE	- LOJAS RIACHUELO S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0195-04/21-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 22/08/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0196-11/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 26/06/2020, o qual exige imposto no valor histórico de R\$350.069,08, acrescida de multa de 60%, em face da seguinte infração:

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".

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 4ª JJF (fls. 116 a 120):

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 n° 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 - 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, 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 inexistentes, de que a responsabilidade recaia sobre o adquirente/ consumidor da energia elétrica, no caso o autuado, conforme a seguir transcrita:

“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 constitucionalidade 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.”

Irresignada com a decisão de piso a Autuada impetrou Recurso Voluntário (fls. 131 a 151) ora apreciado, para apresentar as razões de fato e de direito que ao seu ver devem ser acolhidas.

A peça defensiva foi apresentada pelos Advogados: Dr. Celso Luiz de Oliveira (OAB/BA 17.279), Dr. Aldemir Ferreira de Paula Augusto (OAB/BA 44.087), e Dr. Gustavo de Pinho Brito (OAB/BA 23.356).

Na peça recursal, solicita que os casuísticos que a subscrevem sejam intimados para o comparecimento da sessão de julgamento do presente feito, de modo a apresentar sustentação oral.

Faz breve síntese fática do PAF, descreve a acusação da qual se defende. Menciona a decisão de piso ora recorrida que foi julgada procedente, aduzindo que demonstrará a injustiça da acusação que pretende que seja cancelada.

Preliminarmente aduz da tempestividade do Recurso Voluntário nos termos do artigo 169, “b” do RPAF, c/c art. 171, do mesmo diploma legal, e desta forma merece ser acolhido.

Ainda nas razões preliminares pede que seja declarada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, socorrendo-se ao artigo 151, III e 206 do CTN.

Prequestiona as razões de direito, pois afirma que a acusação fiscal foi alicerçada na exigência do ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica por meio de contrato de compra e venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre (ACL), estando o adquirente conectado diretamente à Rede Básica e Transmissão.

Esclarece que condição *sine qua non* para a cobrança do ICMS é que recorrente estivesse diretamente conectado à Rede Básica de Transmissão, nos termos do Convênio ICMS nº 77/11, base legal utilizada para enquadramento da exação fiscal. Para apoiar sua tese transcreve o artigo 3º da Resolução da ANEEL nº 67/2004, na 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 Integrado Nacional.

Nesse diapasão se socorre o artigo 4º da mesma Resolução para esclarecer que as Demais Instalações de Transmissão não integram a rede básica, senão vejamos:

Art. 4º Não integram a Rede Básica e são classificadas como Demais Instalações de Transmissão, as Instalações de Transmissão que atendam aos seguintes critérios:

I - linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação, em qualquer tensão, quando de uso de centrais geradoras, em caráter exclusivo ou compartilhado, ou de consumidores livres, em caráter exclusivo;

II - instalações e equipamentos associados, em qualquer tensão, quando de uso exclusivo para importação e/ou exportação de energia elétrica e não definidos como instalações de transmissão de energia elétrica destinadas a interligações internacionais; e (Redação dada ao inciso pela Resolução Normativa ANEEL nº 442, de 26.07.2011, DOU 05.08.2011)

III - linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação, em tensão inferior a 230 kV, localizados ou não em subestações integrantes da Rede Básica.

Coleciona aos autos, Nota Fiscal da COELBA, onde afirma que é classificada como unidade consumidora subgrupo 4A, ou seja, que recebe energia elétrica considerada de média tensão, portanto, ligada à rede de distribuição de média tensão indicada no artigo 4º da Resolução ANEEL nº 67/2004.

Afirma que o direito tributário é um direito de sobreposição, cita os artigos 109 e 110 do CTN que mencionam que a lei tributária não pode alterar a definição conteúdo e alcance de institutos conceitos e formas do direito privado. Arremata aduzindo do todo o exposto, que com base na Resolução ANEEL nº 67/2004, a Recorrente não está diretamente conectada a Rede Básica de Transmissão, ponto importante para se determinar a cobrança do ICMS-ST da operação antecedente, na forma desejada pela fiscalização.

Após assentar os conceitos e a legislação (Convênio ICMS 77/2011 e a Resolução ANEEL nº 67/2004), A Recorrente afirma que o ICMS da operação não é exigível e que a 4ª JJJ não acatou os seus argumentos.

A Recorrente faz referência ao art. 2º, inciso III, que traz a possibilidade de tributação da energia elétrica, o art. 6º que concede atribuição a lei estadual para a instituição do ICMS – ST e o art. 9º que prevê acordo entre os estados para a sua instituição, todos da Lei Complementar nº 87/96.

A Recorrente repisa seus argumentos de que o Convênio ICMS 77/2011, que estabeleceu está possibilidade de atribuição de condição do sujeito passivo por substituição tributária ao destinatário de energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, desde que o destinatário esteja conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão. Nesse ponto reafirma que se o contribuinte não está conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão não teria atribuição do pagamento do ICMS hora cobrado.

A Defendente súplica ainda, com base nos institutos da verdade material e do contraditório, que seja realizada diligência/perícia para afastar todas as infrações apontadas e notadamente para verificar que a mesma não está diretamente ligada à Rede Básica de Transmissão.

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 material 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.

Ao final pede que seja julgado improcedente o Auto de Infração ora guerreado.

VOTO

Acuso a tempestividade do Recurso Voluntário nos termos do art. 171 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), desta forma cabe a sua apreciação.

Preliminarmente a Recorrente pede a suspensão do crédito tributário nos termos do artigo 151, III e 206 do CTN.

Sobre o assunto o art. 169, inciso I, “b” do RPAF, prevê efeito suspensivo ao Recurso Voluntário, conforme abaixo:

“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

- a) ...*
- b) recurso voluntário do sujeito passivo contra a decisão da primeira instância em processo administrativo fiscal relativo a auto de infração;*
- c) revogada*
- d) ...”*

Desta forma, a suspensão já está conferida quando da interposição Recurso Voluntário.

Nego também o pedido de diligência/perícia, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e por ser desnecessária em vista de outras provas produzida nos mesmos (art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF).

Como já relatado, a Autuada se defende da acusação fiscal, aduzindo que para a cobrança do ICMS - ST, mister se faz o atendimento a duas premissas:

- a) A primeira:** a energia elétrica seja adquirida por meio de contrato de compra e venda, firmado em ambiente de contratação livre (ACL), e,
- b) A segunda:** que a Autuada estivesse interligada à Rede Básica de Transmissão Básica.

Nesse ponto peço vênia a reproduzir o art. 1º do Convênio ICMS 67/2011:

“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.”

Observe que à luz do artigo 155, parágrafo 2º, X, “b” da CF/88, não haverá a incidência do ICMS sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

O legislador deslocou a incidência do imposto para o momento da entrada neste Estado, da energia elétrica, desde que não tenha sido adquirida para comercialização ou industrialização, nos termos do art. 2º, § 1º, III da LC 87/96.

Em razão da base legal esposada pouco importa se o destinatário da energia elétrica, contribuinte do imposto em tais operações, ou se está ou não ligado à rede básica, para que se determine a cobrança do ICMS.

Assim, 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 - 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)."

De outra banda o art. 400 do RICMS, base legal da autuação, determina a quem cabe a responsabilidade pelo recolhimento do imposto:

"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.

Em razão de todo o exposto, mantenho a infração nos exatos termos em que foi formalizada.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de constitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada se encontra 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, não tem competência para a sua apreciação.

Por fim, e por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar PROCEDENTE o presente Auto de Infração, nos termos do art. 155 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269193.0013/20-7, lavrado contra LOJAS RIACHUELO S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$350.069,08, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alíneas "a" e "b" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de julho de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS