

PROCESSO - A. I. N° 278904.0009/18-9
RECORRENTE - LOJAS RIACHUELO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JFF nº 0002-01/20
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0346-12/24-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE RECOLHIMENTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. CONVÊNIO ICMS 77/11. A atribuição da responsabilidade pelo pagamento do ICMS nas aquisições de energia elétrica oriundas de outras Unidades da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, é dada ao adquirente, conforme estabelecido no inciso IV, do art. 5º da Lei nº 7.014/96. E o fato gerador ocorre no momento da entrada da energia elétrica no território deste Estado, nos termos do inciso VIII, do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Devendo esses dispositivos referidos serem incluídos para efeito de enquadramento da infração. Desse modo, é também procedente a exigência fiscal relativa ao período de janeiro a abril de 2014. Parcialmente acolhida a prejudicial de decadência. Indeferido o pleito de realização de perícia. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado no dia 04/07/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 739.940,99, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto incidente sobre as operações de aquisição de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre – ACL, para consumo próprio, estando o estabelecimento conectado à rede básica de transmissão (junho de 2013 a dezembro de 2017).

Consta que as aquisições foram regularmente escrituradas.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 85 a 105. Prestada a informação fiscal, de fls. 120 a 125. A JFF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Conforme o Incidente de Uniformização PGE/PROFIS nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados.

A imputação é de falta de pagamento.

Ainda que se admita ser o caso de aplicar o critério do art. 150, § 4º do CTN, não ocorreu a fruição do prazo de caducidade quanto ao valor apurado no mês de julho de 2013, conforme o que passarei a expor.

Tanto a lavratura quanto a intimação do lançamento de ofício ocorreram no período de julho de 2018, respectivamente, nos dias 04 e 07 (fls. 01 e 03). O adimplemento, regular ou irregular, atinente aos fatos ocorridos cinco anos antes desse mês (julho de 2013), somente chegaram ao conhecimento oficial do Fisco no dia 09 (nove) do período subsequente (agosto de 2013), motivo pelo qual, os valores de julho de 2013 não se incluem entre aqueles alcançados pela decadência, ao contrário do que aconteceu com os de junho do mesmo ano.

Prejudicial de decadência parcialmente acolhida, com a dedução do valor atinente ao período de junho de 2013 (R\$ 10.508,40).

Indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF/99. Todos os elementos necessários ao julgamento da lide estão contidos nos autos.

*No mérito, o defendente foi acusado da falta de recolhimento do ICMS incidente nas operações de aquisição de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre – ACL, para consumo próprio, **estando o estabelecimento conectado à rede básica de transmissão** (junho de 2013 a dezembro de 2017).*

Consta que as aquisições foram regularmente escrituradas.

Do enquadramento legal, à fl. 02, constam os artigos 400 e 401 do RICMS/12, bem como as Cláusulas primeira e segunda do Convênio ICMS 77/11.

Por meio da análise dos demonstrativos de fls. 55/56, percebe-se que sobre as respectivas bases de cálculo foram aplicadas as alíquotas de 25% (coluna “VI ICMS Dev”), e de 2% - Fundo de Combate à Pobreza (“VI ICMS-FP Dev”), para alcançar os montantes que a Fiscalização entendeu serem devidos ao Estado.

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 do inciso VIII do caput do art. 4º e do 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.

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.

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 de 01/01/14 a 30/04/14 dispunha do seguinte modo: 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 (Conv. ICMS 77/11):

I – a 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 – o destinatário que, **estando conectado diretamente à Rede Básica de transmissão**, que promover a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio para fins do seu próprio consumo.*

*Já a redação anterior dada ao art. 400 pela Alteração nº 6 (Decreto nº 14.209, de 14/11/12, DOE de 15/11/12), com efeitos de 15/11/12 a 31/12/13 estabelecia que: 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).*

Portanto, entre 15/11/2012 e 31/12/2013, para fins de atribuição de responsabilidade, na condição 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 decorresse a sua saída com destino a estabelecimento ou domicílio para consumo por destinatário que a tenha adquirido por meio de contrato de compra e venda, firmado em ambiente de contratação livre (Conv. ICMS 77/11), o RICMS/12 exigia que o estabelecimento adquirente estivesse

conectado diretamente à rede básica de transmissão ou à empresa distribuidora (Decreto nº 14.209, de 14/11/12, DOE – Diário Oficial do Estado de 15/11/12).

Somente com o advento do Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13, com efeitos de 01/01/14 a 30/04/14, a redação do art. 400, II do RICMS/12, foi alterada para atribuir a condição de sujeito passivo por substituição apenas àqueles que estivessem conectados à rede básica de transmissão, com a exclusão da expressão ou à empresa distribuidora.

Entretanto, com o Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14, que produziu efeitos a partir de 01/05/14, foram retiradas da legislação interna deste Estado quaisquer exigências de conexão a esta ou àquela rede para a finalidade de estabelecer a sujeição passiva referente à situação ora julgada.

De fato, o art. 4º, II da Resolução ANEEL 67/2004, transcrito às fls. 92/93, estatui a não integração à rede básica de transmissão às linhas, barramentos e transformadores de potência e equipamentos de subestação em tensão inferior a 230 kV, localizados ou não em subestações de rede básica.

A tensão nominal do contribuinte fiscalizado, de acordo com a fatura de fl. 93, era de 11.5 kV, o que afasta a exigência relativa ao período compreendido entre 01/01/14 e 30/04/14, tendo em vista o Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13, com efeitos de 01/01/14 a 30/04/14, que modificou o texto do art. 400, II do RICMS/12, para atribuir a condição de sujeito passivo por substituição apenas àqueles destinatários que estivessem conectados à rede básica de transmissão.

Ressalte-se que não se pode imputar conduta irregular, com exigência de imposto e multa, ao particular que agiu de acordo com o quanto previsto em Decreto, ainda que em período restrito (01/01/14 a 30/04/14), porquanto tal espécie normativa é destinada a regulamentar as previsões contidas na Lei, que, no presente caso, é a do ICMS/BA.

Quanto à multa, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99), pelo que fica mantida.

Excluídas as ocorrências de junho de 2013 (prejudicial de decadência), e janeiro a abril de 2014 (mérito).

Infração parcialmente elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (Em relação à exigência no período de janeiro a abril de 2014)

O presente auto de infração exige ICMS sobre as operações de aquisição interestadual de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre – ACL, para consumo próprio. Logo, não se aplicava o disposto no art. 400 do RICMS, vigente de janeiro a abril de 2014, pois se trata de aquisição interestadual direta de energia elétrica. A aquisição efetuada pelo autuado não se constituiu em uma operação subsequente a outras anteriores onde tenha sido estabelecido o instituto do diferimento, que justificaria a sua nomeação como sujeito passivo por substituição.

A atribuição da responsabilidade pelo pagamento do ICMS nas aquisições de energia elétrica oriundas de outras Unidades da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, é dada ao adquirente, conforme estabelecido no inciso IV, do art. 5º da Lei nº 7.014/96. E o fato gerador ocorre no momento da entrada da energia elétrica no território deste Estado, nos termos do inciso VIII, do art. 4º da lei nº 7.014/96. Devendo esses dispositivos referidos serem incluídos para efeito de enquadramento da infração. Desse modo, é também procedente a exigência fiscal relativa ao período de janeiro a abril de 2014.

O representante do recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 146 a 178 e, inicialmente, requer que seja intimado para comparecer à sessão de julgamento do presente feito para sustentação oral das hígidas razões jurídicas.

Descreve os fatos da autuação, reproduzindo a infração e dizendo que fora autuado por meio do Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, como se fosse conectada à Rede Básica de transmissão.

Reclama pela suspensão de exigibilidade, devido à aplicação imediata dos arts. 151, III e 206 do CTN. Diz que as garantias dos contribuintes são consagradas pela CF/88 e, tais previsões estão no art. 5º, XXXIV, “a” e LV, os quais são “cláusulas pétreas” (núcleo imutável da Constituição, não passível de alteração por intermédio de emendas constitucionais), nos termos do art. 60, § 4º da mesma Carta Suprema.

Reproduz o art. 151, III do CTN, para substanciar suas razões de suspensão do crédito tributário, para todos os fins de direito, tudo nos termos do art. 206 do CTN.

Alega sobre “REDE BÁSICA DE TRANSMISSÃO”. Faz pergunta: qual a impetrante deveria estar conectada diretamente para fins do Convênio ICMS 77/2011? O cerne da questão é se a contribuinte está diretamente conectada ou não à Rede Básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, pois essa é a *conditio sine qua non* para que a imputação da Fazenda Estadual, que se lastreia em tese no Convênio ICMS 77/2011 (reproduz), estivesse correta.

Esclarece que as redes de distribuição de energia elétrica são compostas por linhas de alta, média e baixa tensão, produzida nas centrais eletro produtoras é transportada para as subestações de distribuição a uma tensão elevada, por questões de minimização das perdas de energia. Transcreve a forma de transmissão da ANEEL sobre os ativos do sistema que compõem essa rede (<http://www.aneel.gov.br/transmissao5>, acessado em 25/06/2018).

Esclarece 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 adequada para a rede de distribuição local, que, por sua vez, alimenta os clientes de média tensão e os postos de transformação de serviço público. Pontua que a distribuição em média tensão é realizada entre 2,3 kV e 44 kV, e é suportada por linhas aéreas e por cabos subterrâneos, sendo a parte mais alta nas redes aéreas.

Reproduz o art. 4º da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, e que não integram a “Rede Básica”. Disse que uma análise das contas de energia juntadas nesta presente defesa (Docs.), para se verificar que a recorrente é classificada como unidade consumidora “*subgrupo A4*”, ou seja, que recebem energia elétrica com tensão de fornecimento entre 2,3 kV a 25 kV (Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010), e, portanto, ligada à rede de distribuição de média tensão indicada no art. 4º da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004.

Chama atenção novamente a este ponto (tensão nominal) da nota fiscal emitida pela COELBA. Pontua que na análise das notas fiscais (Doc. 07), 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. Relembra conceito elementar da Introdução ao Estudo do Direito: o Direito é uno, de tal forma que nenhuma de suas disciplinas é inteiramente autônoma, como se fosse possível ser desvinculada das demais.

Reitera que o comum é a utilização de conceitos do Direito Civil, textualmente citados na norma recepcionada pela CF/88 como lei complementar (vide art. 146, III do CTN), tais como *obrigação* (art. 113); *bem imóvel* (art. 130); *pagamento* (art. 157 e seguintes); *compensação* (art. 170), *transação* (art. 171); *remissão* (art. 172), dentre tantos outros que é possível lembrar. Cita afirmação (CARVALHO, Cristiano. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: 2. Ed., São Paulo: MP Editora, 2008, p. 930.) sobre o Direito Tributário é um direito de sobreposição ao Direito Privado.

Transcreve os arts. 109 e 110 do CTN, conseqüentemente, assevera que o nome “compra e venda” para definir a transferência da propriedade de uma coisa, de uma pessoa para outra, mediante um certo preço em dinheiro (art. 481 do Código Civil de 2002), a lei tributária pode adotar a nomenclatura originária, sem, no entanto, poder alterar o instituto da “compra e venda” para a demarcação de efeitos tributários, sendo que tais artigos citados, trazem à lume o relacionamento harmônico entre o Direito Tributário e o Direito Privado (Civil, Comercial etc.), mostrando ser viável a comunicabilidade e o diálogo de seus princípios.

Volta a citar outro ensinamento, agora de Alfredo Augusto Becker, em sua ‘Teoria Geral do Direito Tributário’ (2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 110) e sustenta que 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 77/2011 para imposição do ICMS-ST “para trás” na forma desejada pela Autoridade.

Defende pela aplicação do Convênio ICMS CONFAZ 77/2011, do qual o Estado da Bahia é signatário, conduz à inexigibilidade do ICMS-ST. Explica que se aplicando 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'), no entanto, com a energia elétrica não é diferente.

Refuta que a LC nº 87/96, tem previsão no art. 146, III da CF/88, estabelecendo claramente 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. E cumprindo o art. 9º da LC nº 87/1996, em 2011 foi celebrado o Convênio CONFAZ ICMS 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.

Reafirma que 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 e, sendo assim, não há qualquer justificativa que torne razoável a cobrança da Fazenda Estadual Baiana, lançada no caso *sub studio*, 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.

Sustenta que fica claro que mais uma vez a Fazenda Estadual tenta obter a qualquer custo um aumento nos seus recolhimentos tributários, sendo pouquíssimo relevante o desgaste e o custo a que vai ser submetido o contribuinte para tanto. Pede pela improcedência do Auto de Infração.

Traz razões sustentando a inexistência de irregularidades. Acosta novos documentos e roga pela busca da verdade material. Infere ser imprescindível a realização de diligência/perícia técnica.

Destaca que um dos principais princípios que norteiam o processo administrativo é o da verdade material ou verdade real, o qual determina ao Julgador o dever de pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma, e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado. Cita Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 16ª edição, 1991, Pág. 581*), sobre o princípio da verdade material.

Frisa para o fato de que não ocorreu a necessária apuração fiscal que comprovasse a ocorrência de qualquer tipo de irregularidade, ressaltando que o auto de infração foi lavrado com base em suposições/conjecturas desprovidas das necessárias provas comprobatórias. E que para efeitos de prova, serão consideradas todas as provas e fatos, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados, desde que sejam provas lícitas. Transcreve lições de Paulo Celso Bergstrom Bonilha (*Da prova no Processo Administrativo Tributário – Celso Bonilha*) e de Ives Gandra Martins (*Ives Gandra Martins – Revista de Direito nº 07, página 73*).

Suplica pelo pedido de perícia técnica com o objetivo de persecução da verdade real e averiguação se de fato ou não houve infringência da legislação tributária por parte da Impugnante. Volta a citar outro doutrinador tributário (*Alberto Xavier - Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.138-139*).

Reforça seu entendimento de perícia, reproduzindo o Decreto nº 7.629/99, em seu art. 123, § 3º, consagra a possibilidade de realização de perícia técnica em nome do princípio da verdade material. Também transcreve a jurisprudência do TRF da 5ª Região (*AGTR 76190 CE 2007.05.00.020564-0. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. 4ª Turma. Julgado em 08/07/2008. Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/07/2008 - Página: 207 - Nº: 143 - Ano: 2008*).

Ratifica 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.

Sustenta que não se pode conceber que decisão de tão importante mote possa ser efetuada sem a oitiva de pessoa competente para a análise dessa situação e que de fato entenda da técnica objeto

da controvérsia ora instaurada, sob pena de cerceamento ao direito de defesa. Aponta que o débito tributário discutido é indevido, o que se demonstrou em sede de impugnação e reiterou-se no presente recurso, mostrando-se imperioso o acolhimento do presente recurso.

Pede por realização de perícia técnica no que tange à prova de nunca ter ocorrido o alegado não recolhimento de ICMS incidente sobre energia elétrica, uma vez que a defendente não está conectada diretamente à Rede Básica de Transmissão, estando a conduta da Impugnante absolutamente de acordo com a legislação de regência.

Diz que a cobrança da multa aplicada tem caráter confiscatório, onde afronta as garantias constitucionais e roga pelo princípio da eventualidade. Destaca que as autoridades públicas brasileiras se acostumaram a praticar atos e mais atos em absoluto desacordo com o ordenamento jurídico vigente, em especial em desrespeito às garantias individuais dos cidadãos. Esta época já findou e a prova cabal disto é que com o contencioso administrativo abre-se a oportunidade para que todos possam defender-se perante aquele que pratica o ato.

Junta decisão do colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (*RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 91.707; RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 81.550*) que reconhece a autoaplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal. Relembra lições do Ilustre Prof. RUI BARBOSA NOGUEIRA (*in Curso de Direito Tributário, ed. Saraiva, São Paulo, 14ª edição, p. 124 e ss.*).

Informa que o valor das multas aplicadas a cada uma das infrações é um absurdo, correspondendo a 60% do débito tributário de cada uma das supostas infrações é nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal. Portanto, nossa Carta Magna, em seus artigos 145, § 1º e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espraiam por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

Finaliza requerendo que seja:

- suspenso a exigibilidade de todo montante do presente Auto de Infração;
- 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;
- julgado Provido o recurso apresentado, declarando-se a improcedência do Auto de Infração;
- reduzida excluída a multa aplicada ou reduzida não superior a 20% sobre o valor do débito;
- deferido o pedido de realização de sustentação oral, bem como seja intimado os patronos da causa, no endereço: Rua Frederico Simões, nº 85, Sala 601, Caminho das Arvores, SSA-BA, CEP 41.870-774 (Dr. Gustavo Britto), acerca da data da sessão de julgamento do presente recurso;
- dado o direito de provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente apresentação de novos documentos, diligências e perícia técnica, já requerida.
- aplicada subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal, na forma do art. 425, IV do Novo Código de Processo Civil (2015), os causídicos que subscrevem o presente petição declaram, sob as penas da lei, que as cópias que por eles foram anexadas aos autos são todas autênticas, por idênticas aos documentos originais.

Nas fls. 185-86, este colegiado de segundo grau, em virtude ao princípio da verdade material, converteu os autos em diligência ao autuado, no sentido do mesmo, apresentar ao PAF notas fiscais com base ao demonstrativo do Auto de Infração referente aos fatos tributários discutidos de que o sujeito passivo não se encontra diretamente ligada à Rede Básica de Transmissão, para que procedesse ao recolhimento do ICMS na posição jurídica de sujeito passivo por substituição, fazendo correlação e indicando os valores que efetivamente foram recolhidos a título de ICMS-ST

aos cofres do Estado da Bahia, por parte das comercializadoras de energia elétrica, com eventual impacto no valor do lançamento.

Em manifestado do representante do autuado, às fls. 192-93, esclareceu que esta suplicante não dispõe de meios para exigir das comercializadoras de energia elétrica em questão que disponibilizem os documentos para a respectiva apresentação. Acrescenta que tais recolhimentos devem estar passíveis de verificação pelo Estado da Bahia em seus sistemas de arrecadação, de modo que poderia este Conselho oficiar ao competente setor de arrecadação para trazer a lume tais comprovantes.

Solicita e requer que se determine uma consulta aos seus sistemas informáticos de arrecadação da SEFAZ Bahia, a fim de observar se houve recolhimento de ICMS-ST pelas comercializadoras em questão.

Na manifestação do autuante, fls. 195-96, informou que solicitou à INSPETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE GRANDES EMPRESAS DO SETOR SERVIÇOS – IFEP SERVIÇOS, e foram prestadas as informações relativas aos recolhimentos efetuados a título de ST pela concessionária de energia elétrica que opera no estado da Bahia, a COELBA, em favor de filiais da empresa Autuada, na condição de substituto tributário, conforme demonstrativo abaixo, e visto em documento em anexo:

<i>CNPJ</i>	<i>MÊS/ANO</i>	<i>VALOR (R\$)</i>
33200056/0001-49	ABRIL/14	6.728,86
33200056/0001-49	MAIO/14	7.074,10
33200056/0357-91	ABRIL/14	4.292,97
33200056/0357-91	MAIO/14	4.901,06

Destacou que ao analisar as informações descritas relativas aos valores e períodos informados, registrou que estes não se referem a filial autuada, nem tampouco aos lançamentos trazidos na presente autuação.

Na sessão de junho de 2022, o colegiado retirou os autos de pauta no sentido de encaminhar os autos à 1ª JJF para que a mesma retifique o lançamento do Auto de Infração conforme o voto vencedor, sendo que a exclusão efetuada ficou tão somente em relação à decadência, conforme o art. 150, § 4º do CTN, referente a junho de 2013, sendo mantidos os valores remanescentes que totalizam o montante de R\$ 729.432,29 e não o especificado de R\$ 687.969,34.

A secretaria informou que, considerando a conversão de diligência fora lançada no sistema, quem ficou com a competência para a devida correção, conforme o art. 164, § 3º do RPAF/99, é a segunda instância, devido ao bloqueio do SIGAT para tal ato, dando a mensagem que só a segunda instância tem essa competência.

Registrada a presença do advogado Dr. Gustavo de Pinho Britto na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO (Vencido quanto ao período de julho de 2013 a dezembro de 2014)

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado com previsão legal no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, tendo a 1ª JJF julgado Procedente em Parte o presente Auto de Infração em lide, onde formalizou a exigência de ICMS no valor de R\$ 739.940,99, em decorrência de: *falta de recolhimento do 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 a Rede Básica de Transmissão para fim de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada.*

Informo que na decisão piso julgara pela Procedência Parcial do Auto de Infração, o valor que fora reduzido é em relação às questões decadências, no qual foi excluída a ocorrência de junho de 2013 (valor excluído: R\$ 10.508,40), sendo aplicado o fundamento do art. 150, § 4º do CTN.

De logo, aplico o art. 164, § 3º do RPAF/99, como forma de erro material do lançamento do demonstrativo fiscal, no sentido de o mesmo remeter para julgamento o correto do montante em valor de R\$ 729.432,29 e não R\$ 687.969,34, pois em voto vencedor fica destacado que a exclusão feita no voto vencido referente a janeiro a abril de 2014 não se efetiva, portanto, fora mantida pela decisão de piso, em decisão não unânime.

Passo para a análise do Recurso Voluntário apresentado.

De início, o autuado ora recorrente, pede pela suspensão de exigibilidade, devido à aplicação imediata dos arts. 151, III e 206 do CTN. Informo que sobre estas questões, o Conselho de Fazenda não tem competência para dirimir a suspensão.

O recorrente não trouxe questões de nulidade. No mérito, as razões se repautam na questão se o contribuinte está diretamente conectado ou não a rede básica de transmissão para fim de seu próprio consumo, pois é a base fundamental para imputação da Fazenda Estadual, lastreada pelo Convenio ICMS 77/2011.

Quanto ao pedido de realização de perícia técnica/diligência, este colegiado converteu os autos em diligência no sentido de o recorrente apresentar demonstrativo vinculando recolhimentos de ICMS-ST realizados pelas comercializadoras de energia, na qual alegou que não fora possível, mas solicitou a SEFAZ que remetesse ao setor competente para agir em nome dela. O fiscal solicitou as informações, sendo apresentado dois CNPJ nºs 33200056/0001-49 e 33200056/0357-91, para os meses de abril e maio, que o autuante informa que tais registros não fazem parte da autuação. Assim, dúvida ou questões que dirimem para tal feito, não encontram nenhuma incongruência procedimentais ou materiais, pois foi dada nova oportunidade ao contribuinte para o feito.

Também vislumbro que o autuado elaborou sua defesa com minúcia, divergindo quanto ao mérito da autuação, notadamente quanto à interpretação da norma constante nos Arts. 4º, VIII e 5º, § 1º, IV da Lei nº 7.014/96.

A autuação está plenamente demonstrada no processo administrativo: o Autuado adquiriu energia elétrica, por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL, sendo que grande parte foi consumida nas suas atividades comerciais.

A lide se resume apenas sobre questão de Direito: *“Há incidência nas operações interestaduais de aquisição de energia elétrica destinadas a consumo em processo de industrialização ou comercialização? Há razoabilidade na aplicação da multa no percentual de 60% frente à possibilidade de utilização do crédito fiscal sobre a energia elétrica adquirida e consumida em processo de industrialização ou comercialização?”*

Digo aqui que esse assunto de energia elétrica já é pacificado entre as partes deste colegiado fazendário, tendo decisões contrárias, de um lado – os auditores fiscais mantêm a autuação -, do outro – os representantes federativos – dizem que essa autuação não se mantém, mesmo em decisões dos tribunais pátrios. No entanto, a questão é mais complexa, pois o recorrente utiliza a energia adquirida em suas lojas, sendo consumidora final. 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 ou comercialização.

Também tem julgados nesta 2ª CJF: PAFs PIRELLI PNEUS LTDA. – AI Nº 298958.0012/18-2 (A-0298-12/20-VD) e GALVANI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS S.A. – AI Nº 298958.0013/18-9 (A-0139-12/20-VD), no qual, respectivamente, há concordância por parte dos representantes das classes empresariais com os VOTOS VENCIDO e DIVERGENTE da ilustre conselheira Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, mantendo o seguinte posicionamento:

“Discute-se, em suma, no presente feito sobre a extensão do conceito de industrialização referido no art. 3º da Lei Complementar nº 87/96 abaixo transcrito:

“Art. 3º. O imposto não incide sobre:

(...)

*III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, **quando destinados à industrialização ou à comercialização.***”

... Isto porque, a interpretação restritiva de que a energia elétrica adquirida e aplicada em processo industrial de outros produtos, e não dela própria, não estaria contemplada pela imunidade acima prevista não me parece a melhor conclusão que se pode extrair do referido dispositivo.

Entendo, pois, e considerando, sobretudo, a disciplina legal insculpida nos arts. 2º, § 1º, III e 3º, III da LC 87/96, que não deve ser exigido ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica, considerando que a recorrente adquire referido insumo e o emprega em processo de industrialização, conforme demonstrado nos autos.

Sinalizo, inclusive, que aplicações restritivas em alguns casos, de fato, salvaguardam perdas com a arrecadação, contudo, entendo que não se aplica ao presente caso. Isto porque a não incidência do ICMS para as operações em comento não trazem impactos negativos de recolhimento do tributo, na medida em que toda energia aplicada em processo industrial de fabricação irá compor o custo de produção e, conseqüentemente, a base tributável na operação subsequente.

Em outras palavras, a sua vinculação direta a uma saída posterior tributada é elemento suficiente para se afirmar o objetivo da imunidade constitucional aqui discutida.

Somente faria sentido tributar pelo ICMS a operação de aquisição interestadual de energia elétrica que não fosse objeto de nova incidência, hipótese em que o adquirente da energia elétrica encerraria o ciclo de produção e comercialização, o que não se aplica ao presente caso.

Adentrando mais na 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. Há no exercício de 2013 (período da autuação de junho de 2013 a dezembro de 2013), redação do referido artigo que determina 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**, conforme se resume abaixo:

*“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).”*

Assim, lendo tal dispositivo resta demonstrado que a ora 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. Também colaciono aqui em meu voto entendimento esposado pela PGE/PROFIS, em matéria idêntica (PAF Nº 206955.0009/18-1) feita em opinativo solicitado em diligência pelo ilustre Procurador José Augusto Martins Júnior entendendo que não se pode confundir a rede de transmissão como rede de distribuição. Explicou que distribuição e transmissão são elos distintos da corrente de circulação econômica da energia elétrica e citou a Resolução da ANEEL nº 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”.

Novamente aqui para este fato, não restam dúvidas de que no exercício de 2013 (período da autuação de junho de 2013 a dezembro de 2013), o contribuinte não era sujeito passivo da exação tributária. Quanto ao exercício de 2014, considero a redação do art. 400 do RICMS/BA vigente no período, observando que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS é da empresa distribuidora de energia elétrica, no caso, à COELBA, sendo que a redação dada pelo referido artigo é o seguinte:

“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.”

Observa-se também que tal entendimento se estendeu até agosto/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 e, 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 janeiro de 2015, assim, constato que o período compreendido no exercício de 2014 deva ser também retirado da autuação.

Em relação aos demais períodos (janeiro de 2015 a dezembro de 2017), com a alteração da legislação atual em agosto de 2014, já atribui ao consumidor final, neste caso o ora recorrente, a responsabilidade de pagamento do imposto razão pela qual deve permanecer a cobrança do imposto relativa a estes períodos.

Digo ainda, que voto ora descrito foi esmerado através do PAF nº 278904.0008/18-2, da 1ª CJF julgado em 30/09/2020, da ilustre relatora Laís Carvalho Silva, no qual me alinhei em todo o seu entendimento.

Quanto à questão do percentual da multa, no qual pede pela redução ou exclusão, não se incluem mais na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme estatuído pelo Art. 167, III do RPAF/99, certo que a multa aplicada não pode ser afastada ou reduzida por estar prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Assim, com todas as evidências colocadas aqui neste entendimento, remanesce o valor do imposto referente aos períodos de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, conforme quadro abaixo:

OCORRÊNCIA	VL LANÇADO	VL JULG.-JJF (Retificação de Ofício – Art. 164 do RPAF)	VL JULG.-CJF	MULTA
30/06/2013	9.730,00	0,00		60
30/06/2013	778,40	0,00		60
31/07/2013	9.804,92	9.804,92		60
31/07/2013	784,39	784,39		60
30/09/2013	10.151,66	10.151,66		60
30/09/2013	812,13	812,13		60
31/08/2013	10.611,48	10.611,48		60
31/08/2013	848,92	848,92		60
31/10/2013	9.161,37	9.161,37		60
31/10/2013	732,91	732,91		60
30/11/2013	10.515,30	10.515,30		60
30/11/2013	841,22	841,22		60
31/12/2013	11.036,06	11.036,06		60
31/12/2013	882,89	882,89		60
31/01/2014	11.859,78	11.859,78		60
31/01/2014	948,78	948,78		60
28/02/2014	12.583,47	12.583,47		60
28/02/2014	1.006,68	1.006,68		60
31/03/2014	11.833,14	11.833,14		60
31/03/2014	946,65	946,65		60
30/04/2014	11.845,51	11.845,51		60
30/04/2014	947,64	947,64		60

31/05/2014	11.375,65	11.375,65		60
31/05/2014	910,05	910,05		60
30/06/2014	11.502,34	11.502,34		60
30/06/2014	920,19	920,19		60
31/07/2014	11.052,25	11.052,25		60
31/07/2014	884,18	884,18		60
31/08/2014	10.302,06	10.302,06		60
31/08/2014	824,16	824,16		60
30/09/2014	10.539,31	10.539,31		60
30/09/2014	843,15	843,15		60
31/10/2014	10.771,08	10.771,08		60
31/10/2014	861,69	861,69		60
30/11/2014	11.523,20	11.523,20		60
30/11/2014	921,86	921,86		60
31/12/2014	12.030,73	12.030,73		60
31/12/2014	962,46	962,46		60
31/01/2015	13.611,31	13.611,31	13.611,31	60
31/01/2015	1.088,90	1.088,90	1.088,90	60
28/02/2015	13.109,93	13.109,93	13.109,93	60
28/02/2015	1.048,79	1.048,79	1.048,79	60
31/03/2015	10.899,11	10.899,11	10.899,11	60
31/03/2015	871,93	871,93	871,93	60
30/04/2015	12.341,31	12.341,31	12.341,31	60
30/04/2015	987,30	987,30	987,30	60
31/05/2015	12.014,14	12.014,14	12.014,14	60
31/05/2015	961,13	961,13	961,13	60
30/06/2015	11.810,79	11.810,79	11.810,79	60
30/06/2015	944,86	944,86	944,86	60
31/07/2015	11.502,67	11.502,67	11.502,67	60
31/07/2015	920,21	920,21	920,21	60
31/08/2015	10.973,47	10.973,47	10.973,47	60
31/08/2015	877,88	877,88	877,88	60
30/09/2015	10.587,76	10.587,76	10.587,76	60
30/09/2015	847,02	847,02	847,02	60
31/10/2015	10.473,08	10.473,08	10.473,08	60
31/10/2015	837,85	837,85	837,85	60
30/11/2015	10.633,94	10.633,94	10.633,94	60
30/11/2015	850,71	850,71	850,71	60
31/12/2015	12.445,19	12.445,19	12.445,19	60
31/12/2015	995,61	995,61	995,61	60
31/01/2016	15.553,95	15.553,95	15.553,95	60
31/01/2016	1.244,32	1.244,32	1.244,32	60
29/02/2016	11.989,06	11.989,06	11.989,06	60
29/02/2016	959,12	959,12	959,12	60
31/03/2016	11.782,99	11.782,99	11.782,99	60
31/03/2016	942,64	942,64	942,64	60
30/04/2016	12.044,19	12.044,19	12.044,19	60
30/04/2016	963,54	963,54	963,54	60
30/06/2016	10.517,69	10.517,69	10.517,69	60
30/06/2016	841,41	841,41	841,41	60
31/05/2016	10.982,63	10.982,63	10.982,63	60
31/05/2016	878,61	878,61	878,61	60
31/07/2016	11.717,86	11.717,86	11.717,86	60
31/07/2016	937,43	937,43	937,43	60
31/08/2016	12.455,17	12.455,17	12.455,17	60

31/08/2016	996,41	996,41	996,41	60
30/09/2016	12.661,43	12.661,43	12.661,43	60
30/09/2016	1.012,91	1.012,91	1.012,91	60
31/10/2016	12.139,54	12.139,54	12.139,54	60
31/10/2016	971,16	971,16	971,16	60
30/11/2016	12.866,09	12.866,09	12.866,09	60
30/11/2016	1.029,29	1.029,29	1.029,29	60
31/12/2016	17.638,18	17.638,18	17.638,18	60
31/12/2016	1.411,05	1.411,05	1.411,05	60
31/01/2017	19.094,58	19.094,58	19.094,58	60
31/01/2017	1.527,57	1.527,57	1.527,57	60
28/02/2017	17.105,57	17.105,57	17.105,57	60
28/02/2017	1.368,45	1.368,45	1.368,45	60
31/03/2017	14.639,09	14.639,09	14.639,09	60
31/03/2017	1.171,13	1.171,13	1.171,13	60
30/04/2017	17.790,38	17.790,38	17.790,38	60
30/04/2017	1.423,23	1.423,23	1.423,23	60
31/05/2017	16.695,08	16.695,08	16.695,08	60
31/05/2017	1.335,61	1.335,61	1.335,61	60
30/06/2017	16.209,32	16.209,32	16.209,32	60
30/06/2017	1.296,75	1.296,75	1.296,75	60
31/07/2017	15.964,65	15.964,65	15.964,65	60
31/07/2017	1.277,17	1.277,17	1.277,17	60
31/08/2017	14.328,57	14.328,57	14.328,57	60
31/08/2017	1.146,29	1.146,29	1.146,29	60
30/09/2017	15.011,12	15.011,12	15.011,12	60
30/09/2017	1.200,89	1.200,89	1.200,89	60
31/10/2017	14.925,31	14.925,31	14.925,31	60
31/10/2017	1.194,03	1.194,03	1.194,03	60
30/11/2017	10.532,03	10.532,03	10.532,03	60
30/11/2017	842,56	842,56	842,56	60
31/12/2017	11.854,06	11.854,06	11.854,06	60
31/12/2017	948,33	948,33	948,33	60
TOTAL	739.940,99	729.432,59	515.053,33	

Diante do exposto, considerando a retificação do lançamento efetuada, conforme o art. 164, § 3º do RPAF (erro material) e, conseqüentemente, os argumentos expostos, reformo a Decisão recorrida e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 515.053,33.

VOTO VENCEDOR (Período de julho de 2013 a dezembro de 2014)

Peço *vênia* para discordar do ilustre Relator quanto à reforma da Decisão recorrida, salvo o tocante à retificação do lançamento efetuado, relativa à exigência de ICMS sobre as operações de aquisição interestadual de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre – ACL, para consumo próprio, ocorridas no período de julho de 2013 a dezembro de 2014.

Destaco que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário é garantida pelo Art. 151, III do CTN, enquanto perdurar o processo administrativo tributário, independente de qualquer ação deste CONSEF.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao seu patrono, para fins de recebimento das comunicações no presente feito, inexistente óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Não foram juntadas novas provas após a apresentação do Recurso Voluntário, sendo admitidas as

cópias anexadas, bem como a sustentação oral requerida pelo advogado entre a publicação da data do julgamento e o dia anterior à sua ocorrência, o que efetivamente ocorreu nesta sessão de julgamento.

Ressalto que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido.

Nestes autos, consoante os termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entendo que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação e a perícia é desnecessária em vista das provas produzidas.

O equívoco do Relator consiste na sua fundamentação no Convênio ICMS 77/11 e no Art. 400 do RICMS/12, ambos dispendo sobre o regime de substituição tributária aplicável ao ICMS incidente sobre as sucessivas operações relativas à circulação de energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação que a destine ao consumo de destinatário que a tenha adquirido em Ambiente de Contratação Livre – ACL.

Entretanto, as operações relacionadas neste Auto de Infração são relativas à aquisição interestadual direta de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre – ACL, não se constituindo em uma operação subsequente a outras anteriores onde tenha sido estabelecido o instituto do diferimento ou qualquer outra modalidade de substituição tributária, que justificaria a sua nomeação como sujeito passivo por substituição tributária.

Como corretamente consta do Voto Vencedor da Decisão recorrida, a atribuição da responsabilidade pelo pagamento do ICMS nas aquisições de energia elétrica oriundas de outras unidades da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, é dada ao adquirente, conforme estabelecido no Art. 5º, § 1º, IV da Lei nº 7.014/96, sendo ocorrido o fato gerador no momento da entrada da energia elétrica no território deste Estado, nos termos do Art. 4º, VIII da referida Lei nº 7.014/96, devendo todos estes dispositivos, transcritos abaixo, serem incluídos para efeito de enquadramento da infração.

“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).

...”

Os Acórdãos citados pelo Relator, bem como os julgados anteriores relativos a esta matéria, também não abordam a questão da inexistência da sujeição passiva por substituição tributária.

Saliento que a inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo é determinada pelo inciso I, do § 1º, do Art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, cujo texto foi reproduzido no Art. 17, § 1º, I da Lei nº 7.014/96, acima transcrita, devendo ser respeitada por toda a legislação tributária deste

imposto, mesmo que não esteja expresso, inclusive o Convênio ICMS 77/11.

Ressalto que esta 2ª CJF não tem competência para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo certo que a multa aplicada está prevista no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que não há previsão legal para o seu cancelamento ou a sua redução.

Desse modo, exceto pelo valor exigido no mês de junho de 2013, abarcado pela Decadência declarada pela Decisão recorrida, é também procedente a exigência fiscal relativa ao período de julho de 2013 a dezembro de 2014, conforme demonstrado a seguir:

Data Ocorrência	Valor Auto de Infração	Valor Julgado JJF (Retificação de Ofício – Art. 164 do RPAF)	Valor Julgado CJF	Multa
30/06/2013	9.730,00	-	-	-
30/06/2013	778,40	-	-	-
31/07/2013	9.804,92	9.804,92	9.804,92	60%
31/07/2013	784,39	784,39	784,39	60%
30/09/2013	10.151,66	10.151,66	10.151,66	60%
30/09/2013	812,13	812,13	812,13	60%
31/08/2013	10.611,48	10.611,48	10.611,48	60%
31/08/2013	848,92	848,92	848,92	60%
31/10/2013	9.161,37	9.161,37	9.161,37	60%
31/10/2013	732,91	732,91	732,91	60%
30/11/2013	10.515,30	10.515,30	10.515,30	60%
30/11/2013	841,22	841,22	841,22	60%
31/12/2013	11.036,06	11.036,06	11.036,06	60%
31/12/2013	882,89	882,89	882,89	60%
31/01/2014	11.859,78	11.859,78	11.859,78	60%
31/01/2014	948,78	948,78	948,78	60%
28/02/2014	12.583,47	12.583,47	12.583,47	60%
28/02/2014	1.006,68	1.006,68	1.006,68	60%
31/03/2014	11.833,14	11.833,14	11.833,14	60%
31/03/2014	946,65	946,65	946,65	60%
30/04/2014	11.845,51	11.845,51	11.845,51	60%
30/04/2014	947,64	947,64	947,64	60%
31/05/2014	11.375,65	11.375,65	11.375,65	60%
31/05/2014	910,05	910,05	910,05	60%
30/06/2014	11.502,34	11.502,34	11.502,34	60%
30/06/2014	920,19	920,19	920,19	60%
31/07/2014	11.052,25	11.052,25	11.052,25	60%
31/07/2014	884,18	884,18	884,18	60%
31/08/2014	10.302,06	10.302,06	10.302,06	60%
31/08/2014	824,16	824,16	824,16	60%
30/09/2014	10.539,31	10.539,31	10.539,31	60%
30/09/2014	843,15	843,15	843,15	60%
31/10/2014	10.771,08	10.771,08	10.771,08	60%
31/10/2014	861,69	861,69	861,69	60%
30/11/2014	11.523,20	11.523,20	11.523,20	60%
30/11/2014	921,86	921,86	921,86	60%
31/12/2014	12.030,73	12.030,73	12.030,73	60%
31/12/2014	962,46	962,46	962,46	60%
31/01/2015	13.611,31	13.611,31	13.611,31	60%
31/01/2015	1.088,90	1.088,90	1.088,90	60%
28/02/2015	13.109,93	13.109,93	13.109,93	60%
28/02/2015	1.048,79	1.048,79	1.048,79	60%
31/03/2015	10.899,11	10.899,11	10.899,11	60%
31/03/2015	871,93	871,93	871,93	60%
30/04/2015	12.341,31	12.341,31	12.341,31	60%
30/04/2015	987,30	987,30	987,30	60%
31/05/2015	12.014,14	12.014,14	12.014,14	60%

31/05/2015	961,13	961,13	961,13	60%
30/06/2015	11.810,79	11.810,79	11.810,79	60%
30/06/2015	944,86	944,86	944,86	60%
31/07/2015	11.502,67	11.502,67	11.502,67	60%
31/07/2015	920,21	920,21	920,21	60%
31/08/2015	10.973,47	10.973,47	10.973,47	60%
31/08/2015	877,88	877,88	877,88	60%
30/09/2015	10.587,76	10.587,76	10.587,76	60%
30/09/2015	847,02	847,02	847,02	60%
31/10/2015	10.473,08	10.473,08	10.473,08	60%
31/10/2015	837,85	837,85	837,85	60%
30/11/2015	10.633,94	10.633,94	10.633,94	60%
30/11/2015	850,71	850,71	850,71	60%
31/12/2015	12.445,19	12.445,19	12.445,19	60%
31/12/2015	995,61	995,61	995,61	60%
31/01/2016	15.553,95	15.553,95	15.553,95	60%
31/01/2016	1.244,32	1.244,32	1.244,32	60%
29/02/2016	11.989,06	11.989,06	11.989,06	60%
29/02/2016	959,12	959,12	959,12	60%
31/03/2016	11.782,99	11.782,99	11.782,99	60%
31/03/2016	942,64	942,64	942,64	60%
30/04/2016	12.044,19	12.044,19	12.044,19	60%
30/04/2016	963,54	963,54	963,54	60%
30/06/2016	10.517,69	10.517,69	10.517,69	60%
30/06/2016	841,41	841,41	841,41	60%
31/05/2016	10.982,63	10.982,63	10.982,63	60%
31/05/2016	878,61	878,61	878,61	60%
31/07/2016	11.717,86	11.717,86	11.717,86	60%
31/07/2016	937,43	937,43	937,43	60%
31/08/2016	12.455,17	12.455,17	12.455,17	60%
31/08/2016	996,41	996,41	996,41	60%
30/09/2016	12.661,43	12.661,43	12.661,43	60%
30/09/2016	1.012,91	1.012,91	1.012,91	60%
31/10/2016	12.139,54	12.139,54	12.139,54	60%
31/10/2016	971,16	971,16	971,16	60%
30/11/2016	12.866,09	12.866,09	12.866,09	60%
30/11/2016	1.029,29	1.029,29	1.029,29	60%
31/12/2016	17.638,18	17.638,18	17.638,18	60%
31/12/2016	1.411,05	1.411,05	1.411,05	60%
31/01/2017	19.094,58	19.094,58	19.094,58	60%
31/01/2017	1.527,57	1.527,57	1.527,57	60%
28/02/2017	17.105,57	17.105,57	17.105,57	60%
28/02/2017	1.368,45	1.368,45	1.368,45	60%
31/03/2017	14.639,09	14.639,09	14.639,09	60%
31/03/2017	1.171,13	1.171,13	1.171,13	60%
30/04/2017	17.790,38	17.790,38	17.790,38	60%
30/04/2017	1.423,23	1.423,23	1.423,23	60%
31/05/2017	16.695,08	16.695,08	16.695,08	60%
31/05/2017	1.335,61	1.335,61	1.335,61	60%
30/06/2017	16.209,32	16.209,32	16.209,32	60%
30/06/2017	1.296,75	1.296,75	1.296,75	60%
31/07/2017	15.964,65	15.964,65	15.964,65	60%
31/07/2017	1.277,17	1.277,17	1.277,17	60%
31/08/2017	14.328,57	14.328,57	14.328,57	60%
31/08/2017	1.146,29	1.146,29	1.146,29	60%
30/09/2017	15.011,12	15.011,12	15.011,12	60%
30/09/2017	1.200,89	1.200,89	1.200,89	60%
31/10/2017	14.925,31	14.925,31	14.925,31	60%
31/10/2017	1.194,03	1.194,03	1.194,03	60%
30/11/2017	10.532,03	10.532,03	10.532,03	60%
30/11/2017	842,56	842,56	842,56	60%
31/12/2017	11.854,06	11.854,06	11.854,06	60%

31/12/2017	948,33	948,33	948,33	60%
Valor Total	739.940,99	729.432,59	729.432,59	

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser retificada a Decisão recorrida para corrigir o lançamento na forma indicada no demonstrativo acima, resultando a mesma na PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 729.432,59.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278904.0009/18-9, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A**, devendo ser intimado o Recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 729.432,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Período de julho de 2013 a dezembro de 2014) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, João Vicente Costa Neto e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCIDO (Período de julho de 2013 a dezembro de 2014) – Conselheiros: Igor Lucas Gouveia Baptista, Gabriel Henrique Lino Mota e Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA - RELATOR/VOTO VENCIDO
(Período de julho de 2013 a dezembro de 2014)

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR
(Período de julho de 2013 a dezembro de 2014)

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS