



GOVERNO DE RORAIMA
"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CAF
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS - DPAF
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - Decisão nº 028/2022

PROCESSO Nº 0020/2021 - AI N.º: 005623/2019 - OS nº 001753/2020

SUJEITO PASSIVO: RORAIMA ENERGIA S.A

C.G.F: 24.007022-3 e CNPJ: 02.341.470/0001-44

ENDEREÇO: Av. Capitão Ene Garcez, 691, Centro - Boa Vista/RR

ADVOGADOS: DÉCIO FREIRE - OAB-MG nº 56.543 e SARASSETTE CHAVES

RIBEIRO FREIRE - OAB-RR nº 344-B

ENDEREÇO ELETRÔNICO:

www.deciofreire.com.br

e

sarassele.freire@roraimaenergia.com.br

AUDITOR FISCAL AUTUANTE: Cláudio André de Souza Brito

EMENTA: ICMS - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS NORMAL NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM E/OU GIAM. APURAÇÃO REALIZADA POR MEIO DE VERIFICAÇÃO FISCAL ANALÍTICA-VFA (CÓPIA FIEL E EXPRESSÃO REAL) REFERENTES AOS EXERCÍCIOS 2018 E 2019. DÉBITOS COMPROVADOS PELO QUADRO DEMONSTRATIVOS DE CÁLCULOS(FLS.05) - PELA TABELA CONSOLIDADA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DOS PERÍODOS 2017 E 2019(FLS.08 E 09) E PELOS LEVANTAMENTOS E PLANILHAS ANALÍTICAS 2018/2019 CONSTANTES DO CD-MÍDIA (FLS.13, 14 E 15) E RELACIONADOS NO AUTO DE INFRAÇÃO. BASE DE CÁLCULO DA ENERGIA ELÉTRICA - VAOR TOTAL DA OPERAÇÃO (CONSUMO EM KWH E DEMAIS ENCARGOS FATURADOS NA CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA) PAGOS PELO CONSUMIDOR/CONTRIBUINTE). IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA PORÉM INCONSISTENTE. INFRAÇÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

RELATÓRIO

Tratam-se os autos de lançamento oficial sobre a exigência no valor de **R\$ 8.781.670,75**(oito milhões, setecentos e oitenta e um mil, seiscentos e setenta reais e setenta e cinco centavos), decorrente do **Auto de Infração Nº 005623/2021(fls.02/03)**, lavrado em 02/06/2021, a título de ICMS, multa e juros, pela constatação de **FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS NORMAL NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM E/OU GIAM, REFERENTES AOS EXERCÍCIOS 2018 e 2019**, realizados através de **Verificação Fiscal Analítica -VFA(cópia fiel e expressão real)**, comprovados pelo **QUADRO DEMONSTRATIVOS DE CÁLCULOS(fls.05)** - pela **TABELA CONSOLIDADA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DOS PERÍODOS 2018 e 2019(fls.08 e 09)** e pelos **LEVANTAMENTOS e PLANILHAS ANALÍTICAS 2018/2019**, constantes do **CD-MÍDIA (fls.13, 14 e 15)** e relacionados no referido **AUTO DE INFRAÇÃO**.

Foram indicados como dispositivos infringidos o artigo 71, do Regulamento do ICMS de Roraima - Decreto 4.335-E/2001, e como penalidade aplicada as disposições legais do artigo 69, inciso I, alínea "g" da Lei Nº 059/93, com multa de 100% % (cem por cento), sobre o valor do imposto.

Aos autos foram anexados os seguintes documentos, relativos à comprovação da infração: relação de documentação do processo(fl.s.01), Auto de Infração nº 005623/2021(fl.s.02/03), Termo de Início de Fiscalização(fl.s.04), Quadro Demonstrativo de Cálculos e Atualização Monetária(fl.s.05), cópia da Ordem de Serviço nº 001753/2020(fl.s.06), Documento do Contador Izaias Sales de Souza, informando a apresentação em formato de CD-MÍDIA os arquivos magnéticos do Convênio 115/2003, referente aos períodos de janeiro à dezembro de 2019(fl.s.07), Planilha Consolidada de Recolhimentos de ICMS de 2018 e 2019(fl.s.08/09), Pedido e Termo de Prorrogação da Ação Fiscal (fl.s.10 e 11), Termo de Encerramento de Fiscalização(fl.s. 12), Planilhas Analíticas de 2018 e 2019 em CD-Mídia(fl.s.13/15), Termo de Conclusão de Fiscalização(fl.s.16/21), encaminhamento do Auto de Infração à DIFIS(fl.s.22), Extrato e FAC do Contribuinte(fl.s.23 e 24), Termo de Juntada e IMPUGNAÇÃO tempestiva(fl.s.25, 26/40), Requerimento da Boa Vista Energia, protocolado na Junta Comercial(fl.s.41/42), Ata da 17ª do Conselho de Administração da Roraima Energia(fl.s.43/44), Documento de Registro Digital da Junta Comercial(fl.s.45), Declaração de Veracidade de Registro Digital(fl.s.46), Termos de Posses de Diretores na Roraima Energia(fl.s.47/59), Termo de Autenticação de Registro Digital(fl.s.60/63), Procuração passada da Roraima Energia S.A para seus representantes legais - os Advogados: Sarassele Chaves Ribeiro Freire - OAB-RR nº 344-B e Maria do Socorro Gama da Silva - OAB/AM, nº 5.565(fl.s.63), cópia da Carteira da OAB de Sarassele Chaves Ribeiro Freire(fl.s.64), cópia da Procuração passada da Roraima Energia S.A passada para seus procuradores e dentre eles consta a Sra. Cydia Steyfone Melo Barbosa Bezerra(fl.s.65), cópia da CNH da Sra. Cydia Steyfone Melo Barbosa Bezerra(fl.s.66), Termo de Encerramento de Fiscalização(fl.s.67), cópia do Auto de Infração nº 005623/2021(fl.s.68), Termo de Conclusão de Fiscalização(fl.s.68v e 69 a 70v), Planilha Consolidada de Recolhimentos de ICMS de 2018 e 2019(fl.s.71 e 71v), Quadro Demonstrativo de Cálculos de Valores a Recolher(fl.s.72), cópias das Notas Fiscais/Energia Elétrica dos períodos de 2018 e 2019(fl.s.73/195).

Notificada regularmente por intermédio de seus representantes legais (fl.s. 02/03, 04, 05, 07, 08, 09, 10,11, 12 e 20), a empresa autuada apresentou IMPUGNAÇÃO tempestiva no dia 02/07/2021(fl.s.26 e 27/40), assinada pela Sra. Cydia Steyfone Melo Barbosa Bezerra-Gerente de Contabilidade e Finanças-DFC(fl.s.26) e por seus advogados: **DÉCIO FREIRE - OAB-MG nº 56.543 e SARASSETE CHAVES RIBEIRO FREIRE - OAB-RR nº 344-B** (fl.s.26 e 27/40), juntamente documentos anexos(fl.s.41/72) e cópias das Notas Fiscais/Energia Elétrica dos exercícios de 2018 e 2019(fl.s.73/195), arguindo em apertada síntese o seguinte:

3. DOS FUNDAMENTOS APONTADOS PELA IMPUGNANTE

3.1 - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOBSERVÂNCIA AO ART.142 DO CTN - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CERRADA - PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

Alega que a Fiscalização não observou o art. 142 do CTN, não descreveu qual ato infrigente foi cometido pela Impugnante, vez que o dispositivo - art. 71, do Dec. nº 4.335-E/2001, faz apenas menção ao prazo de pagamento a ser observado pelo contribuinte. E que o fato da fiscalização não ter indicado com precisão qual inciso, alíneas ou parágrafo infringiu a contribuinte, bem como alega que o Auto de Infração foi entregue desacompanhado do Termo de Conclusão de Fiscalização, em violação à legislação estadual, o que configura afronta aos princípios da tipicidade cerrada, da ampla defesa e contraditório. Por isto, pugna à Impugnante pela nulidade do Auto de Infração nº 005623/2021.

3.2 - INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

A Impugnante contesta a base de cálculo do ICMS do Auto de Infração, ao dizer que o Estado tributa o montante da operação, incluindo as mais diversas parcelas cujas origens são distintas. Entende que o PIS e a COFINS não podem ser recepcionados como receita própria do contribuinte, tendo em vista que trata-se apenas de mero pagamentos/despesas realizados pela Contribuinte, não sendo incorporado ao faturamento da parte, para fins de composição do custo da operação. Que o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento da empresa e não sobre a operação de energia elétrica praticada pela empresa, que a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo se mostra indevida e inconstitucional, por isso, entende que a autuação deve ser revisada neste sentido.

3.3 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA APLICADA - VEDAÇÃO AO NÃO CONFISCO.

Alega, em resumo, ser necessária aplicação do princípio do não confisco tanto para os tributos quanto para as multas, consoante o entendimento já consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal. A Contribuinte/autuada requer seja determinada a redução da multa punitiva aplicada de 100% para 50%, em homenagem ao princípio da vedação do não confisco e da preservação da empresa.

O chefe da Agência de Rendas de Boa Vista/RR, recebe pedido de IMPUGNAÇÃO tempestivo, informa que o processo não foi incluído no Sistema SEI/RR, em virtude do arquivo exceder o tamanho máximo permitido para transmissão(10MB) e da impossibilidade de sua fragmentação, e envia os autos à Divisão de Procedimentos Administrativos Fiscais-DPAF(fl.196).

Em síntese, é o relatório.

FUNDAMENTO DE FATO E DE DIREITO

A fiscalização, por meio do Auditor Fiscal acima citado, respaldado na Ordem de Serviço nº 001753/2020(fl.06), através da Verificação Fiscal Analítica-VFA, e utilizando das ferramentas AEBR e aplicação do IDEA-CASE, em observância ao art.858 e seus incisos do RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001, procedeu a análise de todas as Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica (NF/CEE - Modelo 6) - Convênio ICMS 115/2003, e constatou que a Impugnante utilizou BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO INFERIOR para pagamento do ICMS, em desacordo o art. 29, § 4º, incisos I e II, alínea "a" c/c o art. 658-A, ambos do RICMS/RR.

Após a adoção de procedimento regular e exaustivo exame do confronto das operações, a fiscalização constatou a irregularidade apontada na inicial, referentes aos exercícios de 2018 e 2019, e, mais precisamente a FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM E/OU GIAAM, que deu origem o **Auto de Infração nº 005623/2021**, no valor de **R\$ 8.781.670,75** (oito milhões, setecentos e oitenta e um mil, seiscentos e setenta reais e setenta e cinco centavos), a título de ICMS, multa e juros, por infringência ao artigo 71, inciso I, do RICMS/RR, com a aplicação da penalidade do artigo 69, inciso I, alínea “g” da Lei Nº 059/93, referente à multa de 100% % (cem por cento), sobre o valor do imposto, conforme dispositivos a seguir transcritos:

RICMS/RR, ART. 71, inciso I, QUE TRATA DA INFRINGÊNCIA DE FALTA DE RECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES, IN VERBIS:

“Art. 71. Ressalvados outros prazos previstos neste Regulamento, o imposto será recolhido:

I - até o vigésimo dia do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador nos casos de:

a) (...);

LEI Nº 059/93, ARTIGO 69, INCISO I, ALÍNEA “G”, QUE TRATA DA PENALIDADE, IN VERBIS:

“Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

(...)

I - infrações relativas ao recolhimento do imposto:

a) (...)

g) falta de recolhimento, no todo ou em parte, nos demais casos não previstos nas alíneas anteriores - multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto.”

O CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DE RORAIMA - LEI Nº 059 DE 28 DE DEZEMBRO DE 1993, considera a energia elétrica como mercadoria, conforme se constata em seu art. 6º, inciso I, in verbis:

“Art. 1º (...)

Art. 6º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - (...)

V - energia elétrica como mercadoria.”

Atentando que a Fiscalização para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, como se infere das disposições legais e regulamentares do art. 858, e seus incisos I ao VI, dentre outros artigos, do RICMS/RR, in verbis:

“Art. 858. Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I – análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

II – levantamento quantitativo de mercadorias;

III – levantamento quantitativo financeiro;

IV – conclusão e verificação fiscal;

V – aplicação de índices técnicos de produtividade no processo de industrialização ou relacionados com a prestação de serviço;

VI – exame dos elementos de declaração ou contrato firmado pelo sujeito passivo, dos quais conste a existência de mercadoria e serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.”

Feitas as considerações iniciais, passamos à análise das alegações apresentadas pela contribuinte em sua defesa/Impugnação (fls. 27/40).

3. DOS FUNDAMENTOS ALEGADOS PELA IMPUGNANTE

3.1 - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOBSERVÂNCIA AO ART.142 DO CTN - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CERRADA - PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

Alega que a Fiscalização não observou o art. 142 do CTN, porque não descreveu qual ato infringente foi cometido pela Impugnante, vez que o dispositivo - art. 71, do Dec. nº 4.335-E/2001, faz apenas menção ao prazo de pagamento a ser observado pelo contribuinte, bem como porque o Auto de Infração foi entregue ao contribuinte desacompanhado do TERMO de CONCLUSÃO de FISCALIZAÇÃO, conforme prever o artigo 854, do RICMS/RR.

Quanto a arguição de nulidade do auto de infração por **INOBSERVÂNCIA das formalidades do Art.142 do CTN e art. 71 do Decreto nº 4.335-E/2001 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CERRADA - PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA**, abordado pela Impugnante no **ITEM 3.1**, vale frisar que a contribuinte fora notificada regularmente de todos os atos do processo por meio de seus representantes legais para apresentar defesa (fls. 02/03, 04, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 20), tendo a empresa autuada apresentado defesa/impugnação tempestiva e completa no dia 02/07/2021 (fls. 26 e 27/40), e anexada documentação que combate à fiscalização, porém, os argumentos da defesa não prosperam porque não trouxe prova objetiva que possa contrariar a acusação oficial, já que, o que está devidamente provado nos autos é que a AUTUADA declarou a base de cálculo do ICMS apenas com o valor do CONSUMO (R\$ 4.321,94), sem os demais encargos suportados pelo contribuinte/usuário/titular da Conta de Energia Elétrica, ou seja, inferior ao valor total da operação pago (R\$ 5.937,55), que é a base de cálculo correta, inclusive sem a inclusão dos valores do PIS e COFINS, nos exercícios de 2018 e 2019, deixando de efetuar o pagamento devido do **ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO**, em desacordo com a legislação do Estado de Roraima, como se pode constatar como exemplo as Contas de Energia nas folhas 37, 73 e 138, dos autos, que aliás, são idênticas a todos os demais contas, anexadas aos autos. Portanto, não tem base legal os argumentos da Impugnante.

Sobre a alegativa de que o Auto de Infração foi entregue ao contribuinte desacompanhado do TERMO de CONCLUSÃO de FISCALIZAÇÃO, em desconformidade com o **art. 854, do RICMS/RR**, essa alegação também não se sustenta, **primeiro**, porque perscrutando os autos a respeito desta alegação, o que se vê é que a, a contribuinte/autuada tanto fora notificada regularmente de todos os atos do processo, quanto fora entregue o Auto de Infração nº 005623/2021 (fls. 02/03), o Termo de Início (fls. 04), o Demonstrativo de Cálculo (fls. 05), a Planilha Consolidada do ICMS

2018 e 2019(fl.s.08/09), a ciência do Termo de Prorrogação(fl.s.10/11), do Termo de Encerramento de Fiscalização(fl.s.12), e do Termo de Conclusão de Fiscalização(fl.s.16/21), ou seja, de tudo fora devidamente cientificada à Impugnante, e **segundo**, porque em relação ao que prescreve o **art.854, do RICMS/RR**, o que resta provado nos autos, é que tanto o **Termo de Início**, quanto o **Termo de Conclusão de Fiscalização**, **assim como todos os demais documentos relacionados à Fiscalização foram devidamente cientificados a contribuinte/autuada**. Assim, tem-se que fora observado fielmente as regras do citado artigo.

A Fiscalização, ao contrário, observou tanto a legislação pertinente quanto aos princípios basilares do direito tributário, máxime aos procedimentos regulares de apuração e fiscalização, com base nos art.858, e seus incisos do RICMS/RR-Decreto Nº 4.335-E/2001, além do que, percebe-se que o **Auto de Infração**, contém todos os **elementos necessários e suficientes para que se determine com segurança a natureza da infração, a ocorrência do fato gerador da obrigação, a matéria tributável, o montante do imposto devido, a multa cabível e a indicação do sujeito passivo**, tendo o Auditor Fiscal autuante, observados todos os requisitos formais e materiais, imprescindível à atividade do lançamento, em cumprimento às disposições do **art. 142, do CTN** c/c o art. 71 do Dec. Nº 856-E/1994, por isso, não se sustenta o apelo da Impugnante neste ponto.

Ainda a respeito deste ITEM 3.1, sobre os argumentos do artigo 71, vejamos o que estabelece o RICMS de Roraima-Decreto Nº 4.335-E/2001, abaixo transcrito:

“Art. 71. Ressalvados outros prazos previstos neste Regulamento, o imposto será recolhido:

I – até o vigésimo dia do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador nos casos de:

a) estabelecimentos industriais e comerciais;” b) (...);”

No tocante ao **caput do art. 71, do RICMS/RR**, vê-se, que apesar de sucinto, prescreve o seguinte: **“Ressalvados outros prazos previstos neste Regulamento, o imposto será recolhido:”**. Ou seja, trata realmente sobre os prazos para pagamentos dos impostos, ao estabelecer claramente que o imposto será pago no prazo previsto em seu inciso I, e seguintes, ou seja, no inciso I, diz que as empresas industriais e comerciais terão até o vigésimo dia do mês subsequente, ao da ocorrência do fato gerador para efetuar o pagamento de seus impostos, e quando isso não ocorre é óbvio que o Fisco tem o dever de buscar tais créditos por meio da adoção dos procedimentos adequados.

De modo que, no próprio rosto do Auto de Infração(fl.s.02), descreve com clareza e evidência tanto a natureza da infração **“FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS NÃO DECLARADO E NÃO ESCRITURADO”**, quanto o dispositivo infringido - artigo 71, do RICMS/RR, já que a empresa não efetuara o pagamento do imposto devido no prazo estabelecido.

O contribuinte, pois, tem o dever formal e material de promover os pagamentos dos créditos tributários decorrentes de suas operações nos prazos regulamentares estabelecidos. Contudo, quando não recolhe ou não paga tais créditos, o Fisco, como dito alhures, tem o dever de ofício buscar o que lhe pertence, que aliás não é nem do Fisco em si, é parte integrante do próprio Estado, melhor dizendo, é da própria sociedade, já que parte do imposto arrecadado por lei normalmente é repassado aos entes federados para que possam pagar as despesas próprias da máquina pública e oferecer a estrutura necessária para a população em diversos âmbitos e benefícios, tais como: saúde, educação, cultura, lazer, dentre outros, etc.

Assim, pelo que consta nos autos a empresa fora devidamente cientificada de todos os atos do processo, teve acesso ao Auto de Infração e a todos os documentos necessários relacionados à Fiscalização, tanto que promovera completa e irrestrita defesa/Impugnação, e, sem maiores delongas, por não vislumbrar nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do Auto de Infração em comento, alegada neste ITEM 3.1, da Impugnação.

3.2 - INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

A Impugnante contesta a base de cálculo do ICMS do Auto de Infração, ao dizer que o Estado tributa o montante da operação, incluindo as mais diversas parcelas cujas origens são distintas. Entende que o PIS e a COFINS não podem ser recepcionados como receita própria do contribuinte, tendo em vista que trata-se apenas de mero pagamentos/despesas realizados pela Contribuinte, não sendo incorporado ao faturamento da parte, para fins de composição do custo da operação. Que o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento da empresa e não sobre a operação de energia elétrica praticada pela empresa, que a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo no fornecimento da energia elétrica, se mostra indevida e inconstitucional, por isso, entende que a autuação deve ser revisada neste sentido.

Vejamos o que diz os artigos 3º, 29, § 4º, incisos I e II, alínea “a”, c/c o art. 658-A, todos do RICMS/RR, a respeito da natureza jurídica da energia elétrica e sua base de cálculo, in verbis:

REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DE RORAIMA - DECRETO Nº 4.335-E DE 03 DE AGOSTO DE 2001.

“Art. 3º. Para os efeitos deste Regulamento considera-se mercadoria, qualquer bem móvel, novo ou usado, **inclusive energia elétrica**, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes, substâncias minerais e semoventes.

Art. 29. A base de cálculo do ICMS é:

I – o valor da operação:

(...)

V - a soma das seguintes parcelas, quando do desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior:

- a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observando-se a taxa de câmbio utilizada para o cálculo do Imposto de Importação, conforme disposto no artigo 30;
- b) o valor do Imposto de Importação;
- c) o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados;
- d) o valor do Imposto sobre Operações de Câmbio, quando for o caso;
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras;
(redação dada pelo Decreto n.º 5.989-E de 07/10/04)

§ 1º.(...)

§ 4º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do “caput” deste artigo: (redação dada pelo Decreto n.º 5.989-E de 07/10/04)

I – o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque, indicação para fins de controle do cumprimento da obrigação tributária;

II – o valor correspondente a:

a) seguro, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bonificações, bem como desconto condicionado;

Art. 658-A. A base de cálculo do imposto será o preço praticado na operação final de fornecimento de energia elétrica ao consumidor. (acrescentado pelo Decreto nº 22.349/16, prorrogado pelo Decreto nº 24.641/17, produzirá seus efeitos a partir de 02/04/18).”

Dá análise dos dispositivos retrocitados, conclui-se que o ICMS para fins de base de cálculo é o valor total da operação suportado/pago pelo contribuinte/titular da Conta de Energia Elétrica, e, **no caso dos autos, a quantidade de KWH consumidos e demais encargos faturados na Conta de Energia Elétrica, pago pelo consumidor.**

O Fisco não tributou e nem cobrou o ICMS sobre o PIS e nem sobre a COFINS, propriamente ditos, até porque tais contribuições são de competência da UNIÃO. As **contribuições** não previdenciárias federais, tais como o **PIS** - Programas de Integração Social, cujos recursos são aplicados ao financiamento do seguro-desemprego e outros benefícios trabalhistas, foi instituído pela Lei Complementar nº 07/1970, e a **COFINS** - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, calculada sobre a receita bruta das empresas, cujos recursos são destinados aos fundos de previdência e assistência social e da saúde pública, foi instituída pela Lei Complementar nº 70 de 30/12/1991, ambas não têm qualquer relação com o ICMS, que é de competência estadual.

Vejamos como exemplos as contas destacadas nas páginas 73 e 138, escolhidas aleatoriamente, que aliás, são idênticas a todas às demais contas, juntadas aos autos(fls.73/195), dos autos.

Primeiro, vejamos a Conta de Energia - Itens Faturados da pág. 73 dos autos:

CONSUMO.....	R\$ 4.321, 94
COREÇÃO MONETÁRIA.....	R\$ 0,62
MULTA POR ATRASO.....	R\$ 124,90
PARCELAMENTO DE DÉBITO.....	R\$ 1.388,09
JUROS DE MORA.....	R\$ 102,00
TOTAL.....	R\$ 5.937,55

Ou seja, este foi valor TOTAL da operação pago pelo consumidor **R\$ 5.937,55**, e este é o valor correto da base de cálculo do ICMS, e não o valor de **R\$ 5.508,88**. Portanto, como se vê, **o ICMS não foi cobrado sobre o PIS e nem sobre a COFINS**, cujos valores encontram-se meramente destacados na Nota Fiscal da Energia Elétrica, sendo o **PIS de R\$ 20,86 e a COFINS de R\$ de 98,61**, e não estão incluídos no valor da operação acima explicitada, até porque tais contribuições são de competência da UNIÃO.

Da mesma forma, vejamos o segundo exemplo referente a Conta de Energia - Itens Faturados, constante da página 138, dos autos, a seguir:



CONSUMO.....	R\$	5.608,88
CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA.....	R\$	43,02
COREÇÃO MONETÁRIA DA ILUM PÚBLICA.....	R\$	0,02
MULTA POR ATRASO DE ILUM. PÚBLICA	R\$	1,30
JUROS DE MORA POR ATRASO NA ILUM. PÚBL....	R\$	0,20
MULTA POR ATRASO	R\$	117,77
JUROS DE MORA DE IMPORTE/SERVIÇOS	R\$	27,48
TOTAL.....	R\$	5.798,67

Ou seja, este foi valor TOTAL da operação pago pelo consumidor **R\$ 5.798,67**, e este é o valor correto da base de cálculo do ICMS, e não o valor de **R\$ 5.608,88**. Portanto, como se vê, o ICMS não foi cobrado sobre o PIS e nem sobre a COFINS, cujos valores encontram-se meramente destacados na Nota Fiscal de Energia Elétricas, sendo o **PIS de R\$ 10,15 e a COFINS de R\$ de 48,03**, e não estão incluídos no valor da operação acima explicitada, até porque tais contribuições são de competência da UNIÃO.

Portanto, os valores próprios do PIS e da COFINS, estão meramente destacados na Conta de Energia, **mas, não estão inclusos nos itens faturados e não constam na base de cálculo do Auto de Infração**, não se sustentando, pois, os argumentos da Impugnante, devendo ser mantida a autuação.

INOBTANTE, PARA MELHOR COMPREENSÃO DA MATÉRIA FAREMOS UM BREVE RESUMO SOBRE O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.

Sabe-se que o caráter de mercadoria da energia elétrica decorre da lei penal que, para poder caracterizar o crime de furto nos desvios de energia (“gatos”), equiparou a energia elétrica à coisa móvel (CP, art. 155, § 3º). Ora, se a energia elétrica é “coisa móvel” produzida para ser vendida, então ela é mercadoria, pela própria definição de mercadoria. Nesta linha assenta a doutrina de Roque Antônio Carrazza (ICMS. 3ª ed. ver. am. São Paulo: Malheiros, 1997, pg. 104):

“a energia elétrica, para fins de tributação por via de ICMS, foi considerada, pela Constituição, uma mercadoria, o que, aliás, não é novidade em nosso direito positivo, que para que se caracterize o furto, há muito vem equiparando a energia elétrica à coisa móvel”.

Acrescenta esse autor que:

“Nos termos da Constituição Federal, este imposto tem por hipótese de incidência possível a circunstância de uma pessoa *produzir, importar, fazer circular, distribuir ou consumir* energia elétrica. O legislador ordinário (estadual ou distrital), ao criar “in abstrato”, este imposto, poderá colocar em sua hipótese de incidência todos, alguns ou um desses fatos.”

Se a energia elétrica é mercadoria submetida à incidência do ICMS, o seu tratamento tributário deve ser semelhante ao das demais mercadorias, respeitadas as peculiaridades da energia elétrica.

A produção, transmissão e comercialização de energia elétrica no Brasil é regulamentada e fiscalizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que tem a natureza de autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia, criada pela Lei nº 9.427/1996. Entre suas atribuições está o de estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica às concessionárias e permissionárias de distribuição, bem como às cooperativas de eletrificação rural, considerando parâmetros técnicos, econômicos e operacionais e, ainda, a estrutura dos mercados consumidores.

A Carta Magna, por sua vez, confere aos Estados e ao Distrito Federal, em seu art. 155, inciso II, a competência para instituir imposto sobre: (i) operações relativas à circulação de mercadorias, (ii) prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e (iii) prestar serviço de comunicação. O fato gerador do ICMS, portanto, abrange esses três núcleos.

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I – (...)

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;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).”

A Constituição Federal, com efeito, reconhece expressamente a incidência do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica, cabendo aos Estados tributarem as operações de circulação de mercadorias (obrigação de dar) e os Municípios as prestações de serviço (obrigação de fazer) listadas pela Lei Complementar 116/2003.

E, nas hipóteses em que ocorrer operações mistas que envolvem tanto o fornecimento de mercadoria quando a prestação de serviço, a cobrança do imposto dar-se-á na seguinte forma:

a) quando o serviço constar da Lista de Serviços: nesse caso incide apenas o imposto municipal;

b) quando o serviço constar da Lista de Serviços, mas com ressalva da incidência do ICMS sobre os materiais empregados ou das mercadorias fornecidas: incide o imposto municipal sobre o serviço e o imposto estadual sobre as mercadorias fornecidas; e

c) o quando o serviço não consta da Lista de Serviços: nesse caso, conforme art. 155, § 2º, IX, b, da Constituição Federal, incide apenas o ICMS “**sobre o valor total da operação**”, ou seja, a base de cálculo será o total cobrado, compreendendo mercadoria e serviço.

A Lei Complementar nº 87/1996, em seu artigo 13, dispõe que a base de cálculo na saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte **é o valor da operação** (inciso I). Desta feita, entende-se por **valor da operação o preço cobrado do adquirente**. Já no caso de fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não compreendido na competência tributária dos Municípios (i.e. que não constam da Lista de Serviços), **a base de cálculo é o valor da operação** (inciso IV).

A da Lei complementar 87, de 1996, em seu art. 8º, inciso II, dispõe que a base de cálculo, para fins de substituição tributária, em relação às operações ou prestações subsequentes, será obtida pelo somatório das seguintes parcelas:

- “a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.”

É dizer, quaisquer encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes/consumidor final, relativo ao fornecimento de energia elétrica - inclusive sua transmissão e distribuição - **deve integrar a base de cálculo do ICMS**. Assim, não há possibilidade de fornecimento de energia elétrica sem a respectiva transmissão ou distribuição.

Porém, a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 9º, § 1º, II, permite que a responsabilidade pelo imposto possa ser atribuída às geradoras ou às distribuidoras de energia elétrica, desde a produção até a última operação. Nesse caso, a base de cálculo será o preço praticado na operação final de entrega da energia ao consumidor.

Assim, como acontece na comercialização de qualquer outra mercadoria, os valores pagos pelo fornecedor pela utilização da rede, quando cobrados do consumidor final, devem integrar a base de cálculo do ICMS, até porque a regra no ICMS é incidir o imposto sobre o preço cobrado do consumidor, ou seja, se há fornecimento de energia, a base de cálculo do ICMS deve necessariamente ser o preço total cobrado, ou seja, a tarifa plena com todos os seus componentes.

Desta feita, tanto a legislação estadual- Lei nº 059/93 e o Regulamento do ICMS/RR - Decreto nº 4.4335-E/2001, quanto a Lei Complementar nº 87/96, todos em sintonia com a Constituição Federal, admitem que a energia elétrica é tratada como mercadoria e que a base de cálculo para fins de cobrança do ICMS é o valor total da operação, incluídos os itens faturados na Conta de Energia, tais como: **o valor do consumo de kwh e demais encargos suportados e pagos pelo consumidor/contribuinte**.

3.3 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA APLICADA - VEDAÇÃO AO NÃO CONFISCO.

Alega, em resumo, ser necessária aplicação do princípio do não confisco tanto para os tributos quanto para as multas, consoante o entendimento já consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal. A Contribuinte requer seja determinada a redução da multa punitiva aplicada de 100% para 50%, em homenagem ao princípio da vedação do não confisco e da preservação da empresa.

A respeito do **ITEM 3.3**, acima citado, vale esclarecer que a penalidade estabelecida para as situações de **FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA**, está prevista na Lei nº 059/93, em seu art. 69, inciso I, alínea “g”, correspondente à 100% do valor do imposto.

Vê-se que o percentual da MULTA aplicada foi de 100% sobre o valor do imposto devido, portanto, está em consonância com a legislação estadual e com o entendimento do STF ao estabelecer que a MULTA só é INVALIDADA se ULTRAPASSAR o VALOR do PRÓPRIO TRIBUTO - Vede - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral **em 18 de maio de 2011**, Diário da Justiça de 18 de agosto

de 2011 e na mesma linha a ADI-551 de relatoria do Min. Roberto Barroso, no AI-772.872 - AgR/RS(28/04/2015) que: “**entende prudente adota como limites os montantes de 20% para multa moratória e 100% para multas punitivas.**” Referida posição da Suprema Corte do país, já vem sendo adotada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado de Roraima-CRF, conforme **RESOLUÇÕES n°s 63/2018 e 64/2018**, dentre outras, **ao adequar a multa de 40% do valor da operação para até 100% do valor do imposto**, ou seja, o STF admite que o patamar da multa tributária não deve ultrapassar o valor do imposto devido e, no presente caso, portanto, vê-se que a multa não ultrapassou o patamar de 100% do ICMS.

Desta feita, no caso dos autos, a MULTA aplicada no referido Auto de Infração foi de 100% sobre o valor do IMPOSTO devido, corresponde apenas ao mesmo valor do ICMS, não configura confisco, portanto, legal, constitucional e está em consonância com o entendimento do STF, inclusive já adotado pelo CRF/RR, não havendo pois, que ser reduzida porque está de acordo com os parâmetros legais e constitucionais vigentes.

Por fim, apesar dos vastos argumentos apresentados pela empresa/autuada na impugnação e seus anexos, são insuficientes e não têm o condão de desconstituir a presente autuação. Portanto, não há como prosperar também em relação a este ITEM.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base nas fundamentações de fato e de direito acima citadas, e consubstanciadas nas provas colacionadas aos autos, constata-se com certa clareza que a ação fiscal foi executada dentro dos parâmetros legais pertinentes, e que a infração denunciada na inicial, de FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO, referentes aos exercícios 2018 e 2019, referentes aos débitos dos exercícios de 2018 e 2019, no valor de **R\$ 8.781.670,75**(oito milhões, setecentos e oitenta e um mil, seiscentos e setenta reais e setenta e cinco centavos), por infringência ao art. 71, do RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001, e incurso na penalidade do Art. 69, Inciso I, alínea “g” da Lei nº 059/93-CTE/RR, restou devidamente demonstrada através da Verificação Fiscal Analítica-VFA, e comprovada pelo QUADRO DEMONSTRATIVOS de CÁLCULOS(FLS.05) - pela TABELA CONSOLIDADA de RECOLHIMENTOS do ICMS dos PERÍODOS 2018 e 2019(fl.s.08 e 09) e pelos LEVANTAMENTOS e PLANILHAS ANALÍTICAS 2018/2019, constantes do CD-MÍDIA (fls.13, 14 e 15), e por isso mesmo, julgo PROCEDENTE o AUTO DE INFRAÇÃO nº 005623/2021(fl.s.02/03), decidindo pela manutenção da cobrança do imposto, da multa e seus acréscimos legais.

INTIMAÇÃO

Intime-se o contribuinte autuado nos termos do artigo 54, § 2º da Lei Nº 072, de 30 de Junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 2º, e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto Nº 856-E, de 10 de Novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para conhecimento, pelos meios legais permissivos.

Boa Vista - RR, 06 de maio de 2022.


Jarbas Menezes de Albuquerque
Mat. 050001668