

A. I. N° - 298958.0013/18-9
AUTUADO - GALVANI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS S.A.
AUTUANTES - JORGE JESUS DE ALMEIDA, JOSMAN FERREIRA CASAES e JOÃO FLÁVIO
- MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0225-04/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. Devidamente comprovado que a energia elétrica adquirida é para fins de consumo por parte da empresa autuada/adquirente da mesma, a operação deve sofrer incidência do ICMS. Negado o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 23 de julho de 2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$542.535,35, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01. 02.01.24. Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL. Estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de Transmissão, para seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada (mantida a grafia original), no período de março a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017.

Tempestivamente, por seus advogados, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 17 a 33, onde, após resumir dos fatos, explicando inclusive a origem da empresa, e do grupo a que pertence, atuando nos segmentos de mineração, fertilizantes e produtos químicos e conta com dois complexos de produção: Paulínia/SP e Luís Eduardo Magalhães/BA; três unidades de mineração: Lagamar/MG, Campo Alegre de Lourdes/BA e Irecê/BA, e também conta com a Unidade Portuária em Fortaleza/CE.

Assevera fazer extração mineral, produzir e comercializar fertilizantes, ácido sulfúrico e outros produtos, ao tempo em que também desenvolve formulações específicas de acordo com a necessidade dos clientes, oferecendo serviços de estocagem, manuseio e industrialização de fertilizantes.

Portanto, da descrição acima, exerce atividade no segmento da agroindústria (mineração e fabricação de fertilizantes) possuindo estabelecimentos em várias regiões do território nacional e a sua atividade é organizada de modo a existir aquisições de energia elétrica de outros Estados do país em Ambiente de Contratação Livre - ACL.

Adentrando na análise do lançamento, destaca que cabe ao fisco dizer o motivo (as razões) pelo qual está exigindo os valores de ICMS sobre as operações do contribuinte, sob pena de violação ao princípio da motivação, bem como o cerceamento ao direito de defesa da empresa, e, em consequência, a violação do devido processo legal.

Todavia, garante que a fiscalização não descreveu e justificou de forma satisfatória os fatos que motivaram a autuação, cabendo, porém, ao Fisco Estadual já na ação fiscal elencar e dar as razões fáticas e jurídicas do lançamento e o fato de apenas descrever brevemente a suposta conduta infracional não cumpre este requisito de legalidade do ato administrativo.

Vê com clareza que o relatório de ação fiscal apenas motivou (ainda que de forma superficial e

contrária aos seus interesses) que a exigência diz respeito ao ICMS sobre aquisições de energia elétrica, porém, não investigou o emprego da energia frente à sua atividade industrial e entende que não foi realizada a análise e levantamento dos fatos de forma correta, o que torna o lançamento totalmente nulo.

Diz que a fiscalização lançou o ICMS, no entanto não demonstra a sua motivação para tanto, sequer visitou o seu estabelecimento para conhecer minimamente as suas operações, apenas tendo presumido, sem qualquer investigação mais profunda que o ICMS seria devido sobre as aquisições de energia, o que é inaceitável, pois a figura da presunção não pode se aplicada ao caso concreto, sendo ônus do Fisco Estadual determinar a matéria tributável.

Ressalta que na esfera administrativa vigora o Princípio da Verdade Material, segundo o qual, a consequência tributária somente incidirá se efetivamente o evento se der no plano material. Com base nesse princípio, deve-se exaustivamente pesquisar se ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, verificar aquilo que é realmente verdade e dessa forma, a fiscalização é obrigada a buscar a verdade de todas as formas possíveis, e a própria administração pode e deve produzir provas a favor do contribuinte, não podendo ficar restrita somente ao fato de que adquiriu energia elétrica no mercado livre para concluir quanto à exigência do imposto.

Frisa que a fiscalização pode e deve ir até o local, requerer laudos periciais, ou mais provas para ter certeza dos fatos, sendo o dever de investigação obrigação do fisco, pois é dele a obrigação de demonstrar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito de lançar, e a falta de comprovação, não suprida por outro meio de prova, conduz à improcedência do lançamento, invocando a seu favor o teor do artigo 142 do CTN devidamente transcrito.

Repete ser obrigação de o Fisco apurar corretamente se há tributo devido, não importando o trabalho necessário para tal, e se assim não fosse exigido da fiscalização, ficariam os contribuintes a mercê de exigências fiscais mais ou menos certas, mais ou menos líquidas, mais ou menos exigíveis, em total afronta a legislação tributária.

Defende que as operações questionadas no lançamento não estão sujeitas ao recolhimento do imposto, por serem desoneradas no Estado da Bahia no caso de utilização da energia elétrica para aplicação na atividade industrial ou comercial, que é o caso dos autos, ressaltando que a energia elétrica é considerada como mercadoria, conforme estabelece o § 2º do artigo 2º da Lei nº 7.014/96, portanto, regra geral, há a incidência do ICMS conforme reza o artigo 155, II, §§ 2º e 3º, da nossa Carta Magna de 1988, artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96 e artigo 1º da aludida Lei estadual da Bahia, reproduzidos.

Portanto, a legislação do Estado da Bahia prevê que o ICMS não incide nas operações interestaduais com energia elétrica quando destinada a comercialização, industrialização ou geração em outra Unidade Federada, conforme estipulado no inciso III do artigo 3º da Lei nº 7.014/96, tendo os autuantes realizado uma leitura isolada do artigo 400 do Decreto 13.780, de 16 de março de 2012 (copiado), o qual deve ser lido considerando-se a não incidência acima relatada para os casos em que a energia elétrica for destinada a comercialização, industrialização ou geração.

E para demonstrar esse fato nas operações realizadas, observa que os CFOPs das Notas Fiscais indicam que a aquisição é destinada a uso na industrialização ou comercialização, que são situações amparadas pelo artigo 4º da Lei nº 7.014/96 com a não incidência do ICMS nas operações de aquisição de energia, e da análise das Notas Fiscais, nota-se que foram utilizados os seguintes Códigos Fiscais:

6.252	<i>Venda de energia elétrica para estabelecimento industrial Classificam-se neste código as vendas de energia elétrica para consumo por estabelecimento industrial. Também serão classificadas neste código as vendas de energia elétrica destinada a estabelecimento industrial de cooperativa.</i>
-------	--

6.253	<p><i>Venda de energia elétrica para estabelecimento comercial</i></p> <p><i>Classificam-se neste código as vendas de energia elétrica para consumo por estabelecimento comercial. Também serão classificadas neste código as vendas de energia elétrica destinada a estabelecimento comercial de cooperativa.</i></p>
-------	--

Portanto, à vista dos códigos de operações acima, a fiscalização deveria ter analisado a destinação da energia elétrica contratada antes de efetuar o lançamento do ICMS sobre o total das aquisições; nem mesmo o Laudo de Exame Pericial (Doc. 04) relativo ao emprego da energia elétrica no estabelecimento e para fins de apropriação do crédito de ICMS foi solicitado, tendo o mesmo demonstrado que utiliza mais de 85% da energia que consome na industrialização de fertilizantes em sua Unidade de Mineração de Angico dos Pias/BA, ou seja, evidencia que a energia elétrica adquirida de outros Estados tem destinação para industrialização, de forma que não incide o ICMS nessas operações interestaduais.

Pontua que o fato acima reforça que a autuação é nula, pois o trabalho de fiscalização não foi satisfatoriamente realizado e, além disso, que a presente autuação também é improcedente no mérito, pois a legislação do Estado da Bahia prevê que o ICMS não incide nas operações interestaduais com energia elétrica quando destinada a Comercialização, industrialização ou geração em outra Unidade Federada, conforme estipulado no inciso III do art. 3º da Lei nº 7.014/96.

Repete exercer, majoritariamente, atividade industrial de produção e comercialização de fertilizantes, e na sua atividade produtiva, utiliza grande monta de energia elétrica, conforme atestado pelo Laudo de Exame Pericial e para reforçar essa situação, a expõe um resumo do processo de produção do concentrado fosfático, onde se pode notar que há inúmeras fases de produção onde a grande maioria das máquinas que fazem parte deste processo é alimentada via energia elétrica adquirida pela impugnante no ambiente de contratação livre, mediante ilustrações e explicações do processo.

Aduz, ainda, que conforme relatado, emprega a energia elétrica que adquire no mercado livre em suas atividades industriais, tendo o STJ firmado entendimento com base na Lei Complementar 87/1996 que autoriza o creditamento do imposto incidente sobre energia elétrica quando “consumida no processo de industrialização”, no *REsp 842.270/RS, Rei. Ministro Luiz Fux, Rei p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 26/06/2012*.

Dessa forma, como a legislação autoriza o crédito integral do ICMS no caso de aquisição de energia elétrica para abatimento do imposto em operações subsequentes, entende não haver prejuízo ao Fisco Estadual na afastada hipótese de se entender ser devido o imposto nas operações da empresa defendant, o que admite apenas a título de argumentação, pois está claro na legislação a não incidência do ICMS nas operações de aquisição interestaduais de energia elétrica destinada para industrialização ou comercialização.

Conclui que por qualquer ângulo que se examine o Auto de Infração, o mesmo não conta com condições de prevalecer, isso porque é nulo, diante do fato de a fiscalização não ter motivado de forma adequada o Auto de Infração, não realizando as verificações necessárias para exigência do imposto; a legislação do Estado da Bahia prevê a não incidência do ICMS nas operações de aquisição interestaduais de energia elétrica destinada para industrialização ou comercialização; a empresa adquire energia elétrica no mercado livre para aplicação, principalmente, em industrialização, que é a sua atividade preponderante; a fiscalização não examinou a operação da Impugnante para concluir que incidiria o ICMS nas operações de entrada de energia elétrica, ao mesmo tempo, não demonstrou que a energia não é aplicada na operação de industrialização (ou comercial), de forma a afastar as informações constantes das Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores de energia (CFOPs 6252 e 6253), tendo o Laudo apresentado demonstrado a utilização de mais de 85% da energia contratada para destinação na industrialização de fertilizantes.

Com base nos argumentos antes relatados, discorda totalmente do Auto de Infração e requer a procedência de sua impugnação para o devido cancelamento integral da autuação, bem como da multa de ofício aplicada sobre o valor de imposto que não teria sido recolhido.

Da mesma forma, requer o conhecimento da impugnação apresentada, pois tempestiva, e que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, uma vez que a fiscalização não motivou de forma adequada o mesmo, não tendo realizado as verificações necessárias para exigência do imposto.

Seja cancelado o Auto de Infração e imposição de multa, considerando a não incidência do ICMS nas operações de aquisição interestadual de energia elétrica, nos termos do inciso VIII do art. 4º da Lei nº 7.014/96, e documentação apresentada com a defesa, e em havendo dúvida, a baixa do processo em diligência para fins de verificação da sua atividade industrial/comercial.

Informação fiscal prestada pelos autuantes às fls. 87 a 91, após breve resumo dos fatos, esclarece ter deixado o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda formado em ambiente de Contratação Livre (ACL), estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo.

Destacam que a defesa se apegue a questões formais da legislação que rege a matéria tributada, arguindo interpretação que lhe seria favorável para afastar a incidência do imposto ora em debate, não se podendo olvidar, entretanto, que a matéria fática encontra-se cristalina, e não está sujeita a nenhuma dúvida, qual seja: a Autuada adquiriu energia elétrica em ambiente de livre contratação de fornecedor localizado em outra unidade da Federação, na qualidade de consumidor final.

Mencionam o fato, de a Lei Complementar 87/96, ter permitido que os estados indicassem os responsáveis pelo recolhimento do ICMS nas operações de aquisição interestadual de energia elétrica, quando destinada a consumidor final, tendo o estado da Bahia, no uso de suas prerrogativas constitucionais, e amparada pelo disposto na lei complementar referida, imposto a responsabilidade de recolhimento do imposto nas operações em comento, na qualidade de contribuinte, ao destinatário final localizado neste estado, conforme disposto no artigo 2º, inciso III, combinado com o artigo 5º, § 1º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96.

Entendem que este mesmo diploma legal, em seu artigo 4º, inciso VIII, estabelece que o fato gerador do ICMS ocorre no momento “*da entrada, no território deste Estado, de energia elétrica, de petróleo e de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando oriundos de outra unidade da Federação e não destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração*”.

Dizem que a lei estadual estabelece todos os parâmetros que amparam a autuação, tal qual a identificação do contribuinte do imposto, a ocorrência do fato gerador e os seus elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota), e desta forma, ampara completamente o lançamento efetuado, sendo despicienda a realização de perícia, conforme requerida, uma vez que todos os elementos constitutivos do lançamento encontram-se presentes de forma clara, sem a menor dificuldade técnica em encontrá-los, merecendo, pois, ser mantida a autuação em sua integralidade.

Sem que tenham sido apresentadas quaisquer provas documentais que tivessem o condão de elidir a ação fiscal, e diante das incontestáveis e sobejamente demonstradas provas de cometimento de ilícito fiscal por parte da Autuada, reafirmam a manutenção integral do presente PAF.

Na sessão do dia 06 de dezembro de 2018, a julgadora Maria auxiliadora Gomes Ruiz solicitou e teve concedida vista do processo, para melhor análise da matéria.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada, tendo observado que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais

documentos e elementos que possibilitessem a instalação do contencioso.

Ainda assim, existem questões a serem analisadas a título de preliminar, a iniciar pelo argumento defensivo de ter inexistido descrição e justificativa de forma satisfatória acerca dos fatos que motivaram a autuação.

O artigo 142 do CTN, determina os elementos necessários a serem observados quando do lançamento tributário, especificando que “*compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”, e no seu parágrafo único, que a “*a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”.

Tendo o Fisco verificado na sua ótica, infração à legislação tributária, aí se encontra a motivação para a constituição do crédito pela via do lançamento, no caso, a lavratura do Auto de Infração. Com isso, não subsiste o argumento da defesa, que não deve ser acolhido quanto a tal aspecto.

Da mesma forma, não se deixou de verificar a verdade material, objetivo maior do processo administrativo fiscal, uma vez ser este o elemento motivador da apreciação administrativa, que, de forma segura, foi buscada neste feito.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado ao final da peça defensiva, nego o mesmo, como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Impende dizer-se, que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalte-se que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

2. *O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.*

3. *Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.*

4. *Agravo regimental desprovido.*

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1

Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Julgamento: 12/05/2015

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Publicação: DJe 18/05/2015"

Os elementos constantes nos autos são suficientes para o pleno convencimento do julgador e o deslinde da questão, nos termos do artigo 147, incisos I, alínea “a” e II, alínea “a” do RPAF/99, o que, da mesma forma, concorre para tal indeferimento.

No mérito, a acusação é a de falta de recolhimento do imposto devido pela aquisição interestadual de energia elétrica, por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL, estando a empresa autuada conectada diretamente à Rede Básica de Transmissão, para seu próprio consumo, estando a operação regularmente escriturada.

A tese defensiva é a de que não deveria ser lançado o imposto, diante do fato de que o ICMS não incidiria sobre as operações interestaduais com energia elétrica, quando destinada à comercialização, industrialização ou geração em outra Unidade Federada, na forma do disposto no inciso III, do artigo 3º da Lei nº 7.014/96, uma vez que realiza atividade de extração mineral, de nítido caráter industrial, ao passo que a fiscalização entende que a energia elétrica adquirida seria consumida pela adquirente/autuada, o que ensejaria o lançamento.

As notas fiscais de aquisição da energia elétrica que serviram de base para a autuação, comprovando a aquisição de energia elétrica sem tributação se encontram acostadas ao feito às fls. 69 a 74, na qual se observa que as operações de aquisição de energia elétrica oriundas dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, não sofreram qualquer tributação, e o demonstrativo de débito se encontra às fls. 10 e 11 dos autos.

Inicialmente, entendo pertinente uma contextualização acerca da operação realizada.

A Constituição Federal, ao estabelecer os princípios acerca do ICMS determina:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;”.

Isso significa dizer que operações interestaduais de energia elétrica estão amparadas por não incidência tributária pelo ICMS.

A Lei Complementar nº 98/96, por seu turno, atendendo e cumprindo a determinação constitucional normatiza o imposto, determinando:

“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;”.

Já no artigo 2º, o mesmo diploma legal estipula:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua”.

No caso em comento, assim a Lei se posiciona:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;”.

Destaco ainda a disposição do artigo 11 da Lei Complementar em referência:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;”.

Assim, temos a caracterização do fato gerador, do sujeito passivo e do local da operação, sob o aspecto legal.

Na legislação estadual, a Lei nº 7.014/96, em consonância e alinhamento com a norma constitucional e da Lei Complementar determina:

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

§ 2º Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes, energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento”.

Determina a ocorrência do fato gerador:

“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)”.

Define a figura do contribuinte:

“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)".

Já o artigo 400 do RICM destaca:

"Art. 400. O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto".

Esta é a normatização da situação a ser apreciada.

No âmbito do poder Judiciário, destaco a existência de julgado a respeito da matéria específica do presente lançamento, exarado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela sua 1ª Turma, em julgamento realizado em 06 de outubro de 2013, ao apreciar o REsp 1340323/RS assim se posicionou:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. VENDA A CONSUMIDOR FINAL. O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços não incide na saída de energia elétrica do território de uma unidade federada para incidir na entrada no território de outra; implementação, pelo art. 155, inciso II, § 2º, item X, alínea 'b', da Constituição Federal, de um lado, e pelo art. 2º, § 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 87, de 1996, de outro, da política fiscal de atribuir ao Estado do destino a arrecadação do tributo quando se tratar de energia elétrica. Se a energia elétrica integrar um ciclo posterior de industrialização ou comercialização sem ser consumida, o tributo não incide; incidirá se a energia elétrica for consumida no processo de industrialização ou de comercialização de outros produtos. Precedente do Supremo Tribunal Federal. (RE nº 198.088, SP, relator o Ministro Ilmar Galvão). Recurso especial conhecido, mas desprovido".

Ou seja: Por tal decisão, o entendimento da Primeira Turma do STJ, foi no sentido de que o **Fisco estadual pode cobrar ICMS sobre operações de compra e venda de energia elétrica interestaduais, desde que a compradora consuma a energia em processo de industrialização e comercialização de outro produto, que não a própria energia.** (grifo do relator).

Para o relator, acompanhado pela maioria de seus pares, somente não seria devido o imposto acaso as destinatárias/adquirentes da energia elétrica, no caso, indústrias petroquímicas transferissem a energia adquirida para outra companhia, o que no caso não ocorria, vez as mesmas empregarem a energia na produção - para industrializar polímeros, por exemplo -, haveria a incidência do imposto, e como o ciclo de circulação do insumo termina nas mesmas, ou seja, nas indústrias petroquímicas, mesmo caso dos autos, conforme sobejamente demonstrado pela autuada, ela se caracterizaria como consumidora final da energia adquirida.

No mesmo sentido, vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal, tomando como paradigma o RE 198.088/SP, Relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, julgado em 17 de maio de 2000, no Pleno daquela Corte, no qual, por maioria, se decidiu que a imunidade prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea "b" da Constituição Federal, incide apenas nas operações interestaduais entre refinarias e distribuidoras, e não entre essas e o consumidor final, sendo a benesse fiscal outorgada às operações de comércio de petróleo e de seus derivados entre Estados federados, excluídas aquelas operações interestaduais realizadas entre a distribuidora e o consumidor final.

Embora a matéria apreciada naquela ocasião fosse relativa a petróleo e seus derivados como já visto acima, a benesse fiscal se encontra no mesmo dispositivo tanto para o petróleo, quanto para a energia elétrica, qual seja, o supramencionado artigo 155, § 2º, inciso X, alínea "b" da Carta Magna, podendo relacionar como exemplo, o Recurso Extraordinário 374.933 do Distrito Federal, relatado pelo Ministro Dias Tófoli, na Primeira Turma, em 11 de março de 2014, à unanimidade, decidiu que, ao se destinar a consumidor final, sobre tais operações deveria incidir o ICMS, podendo, ainda, mencionar decisões da Segunda Turma do STF, a exemplo do RE 255.434/GO – AgR, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes, Dje de 14/03/08 e o RE 269.199/PB – AgR, que teve

como Relator o Ministro Teori Zavascki, Dje de 22/05/13.

Na decisão do Ministro Tóffoli, destaco o seguinte trecho:

“Com efeito, a matéria não é nova na Corte. No RE nº 198.088/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgado em 17 de maio de 2000, o Plenário da Corte, por maioria, já decidiu que a imunidade de que trata o art. 155, § 2º, X, b, da Constituição, não foi instituída em prol do consumidor, ressaltando que o beneplácito visa contemplar o ente federativo destinatário, a quem caberá todo o ICMS, desde a produção até o consumo”.

Em outro trecho, pontua:

“Ao meu sentir, o debate ocorrido naquela assentada sobre se o art. 155, § 2º, X, b, da Magna Carta albergaria uma norma de imunidade ou ‘não incidência’ é irrelevante para o deslinde da questão. A imunidade não deixa de ser uma hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada. De outro giro, é de se privilegiar, no caso, não a interpretação meramente literal do texto constitucional, mas buscar, efetivamente, qual foi a vontade do legislador constituinte.

No paradigma, empresa estabelecida no Estado de São Paulo pretendia fosse declarada ilegítima a exigência por esse Estado do ICMS sobre lubrificantes e outros derivados de petróleo por ela adquiridos no Estado Rio de Janeiro, na qualidade de consumidora final. Na ocasião o Ministro Nelson Jobim explicitou a sistemática adotada pelo legislador constituinte de 1988.

‘Vejam bem o que se passou, basicamente, na questão do petróleo. O sistema tributário anterior tinha imposto específico para energia elétrica e petróleo, que eram os chamados impostos únicos de competência da União, ao qual ela teria uma distribuição entre os Estados, distribuía parcelas de arrecadação do imposto único, que eram os do art. 21, inciso VIII, da Constituição anterior, imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, e também imposto sobre minerais, aquelas alíquotas chamadas impostos únicos. O que se fez em 1988? Colocou-se, em 1988, na base do ICMS essas operações, destruiu-se os impostos únicos, desapareceu e ampliou-se a base do ICM. O ICM anterior a 1988 era restrito, excluía todas essas mercadorias referidas, esses bens lubrificantes e petróleo, e também estavam excluídos os serviços. Em 1988, amplia-se a base do ICMS para incluir serviços não excludentes, depois, por uma questão decorrente da própria Constituição, não excludentes, depois, os serviços municipais, o imposto de serviço atribuído aos Municípios, e incluiu-se, também, todos aqueles bens que compunham a base do chamado imposto único. Aí, surge um problema, os Estados produtores de energia elétrica e de petróleo passariam, tendo em vista regras específicas do ICM, a perceber todos os ICMS nas operações interestaduais, ou seja, os Estados produtores, no caso específico, fundamentalmente Sergipe, Rio, São Paulo e Bahia, passariam a perceber integralmente todo o tributo. Resolveu-se o quê, aí? Resolveu-se estabelecer, exatamente, que para essas hipóteses, ou seja, nestas circunstâncias em que houvesse a circulação de bens, que eram bens produzidos pela União em territórios dos Estados, para o qual todos os Estados haviam contribuído. O que se estabeleceu? Estabeleceu-se o princípio puro do destino, qual seja o tributo, que poderia ser arrecadado na origem, passou a ser arrecadado integralmente no destino’.

Nesse linha, embora uma leitura apressada do dispositivo constitucional possa levar à conclusão de que toda e qualquer operação interestadual com combustíveis e outros derivados de petróleo estaria à salvo da tributação, o fato é que a norma imunizante,

‘Não beneficia, portanto, o consumidor, mas o Estado de destino do produto, ao qual caberá todo o tributo sobre ele incidente, até a operação final. Do contrário, estaria consagrado tratamento desigual entre consumidores, segundo adquirissem eles os produtos de que necessitam, no próprio Estado, ou no Estado vizinho, o que não teria justificativa’.

Na decisão ali mencionada, prolatada pelo Ministro Ilmar Galvão, se destaca o entendimento de que o:

“Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu”.

Por oportuno, menciono também, o voto proferido pelo julgador João Vicente Costa Neto, por ocasião do julgamento do Auto de Infração nº 206986.0002/18-5, lavrado contra a empresa Cromex S.A., realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste Conselho, no dia 26 de outubro de 2018, no mesmo sentido da decisão do STJ acima mencionada, se posicionando pela incidência do imposto nas aquisições de energia elétrica realizada no denominado Ambiente de Contratação Livre.

Diante do fato de ter a própria autuada explanado que utiliza a energia elétrica adquirida para a exploração mineral na condição de consumidora, como se verifica no trecho da peça defensiva

reproduzido anteriormente, de exercer "...atividade industrial de produção e comercialização de fertilizantes, e na sua atividade produtiva, utiliza grande monta de energia elétrica, conforme atestado pelo Laudo de Exame Pericial e para reforçar essa situação, a expõe um resumo do processo de produção do concentrado fosfático, onde se pode notar que há inúmeras fases de produção onde a grande maioria das máquinas que fazem parte deste processo é alimentada via energia elétrica adquirida...", e que consiste na extração do minério e operações posteriores, consumindo a energia adquirida em tal processo, inclusive com apresentação do seu fluxo, plenamente caracterizada a condição para a incidência do imposto na forma caracterizada pelas decisões da jurisprudência acima reproduzidas, motivo pelo qual julgo o Auto de Infração procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298958.0013/18-9, lavrado contra **GALVANI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$542.535,35, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2018.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA