

A. I. Nº - 298958.0014/18-5
AUTUADO - JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - JORGE JESUS DE ALMEIDA, JOSMAN FERREIRA CASAES e JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/03/2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0015-06/19

EMENTA: ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica em renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 23/07/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$2.870.509,47, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.01.24: “Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre - ACL. Estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada”.

Período: fevereiro a dezembro de 2017. Enquadramento Legal: artigos 400 e 401 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 c/c alínea “i” do Inciso II do art. 16, art. 16-A, Inciso V e § 1º do art. 17 e Inciso III, do art. 34, da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusulas 1ª, 2ª e Inciso I, da Cláusula 3ª do Convênio ICMS 77/2011. Multa de 60%: art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 09/08/18, via DTE (fls. 14/15) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 05/10/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 18 a 42. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme Instrumento de Procuração e de Substabelecimento, constantes nos Autos à fls. 55/60.

Em sua peça defensiva a Impugnante inicia abordando a tempestividade da impugnação, fazendo, ainda, um breve resumo sobre a acusação fiscal com a transcrição da imputação que deu origem ao Auto de Infração e o valor do crédito tributário lançado.

Argumenta que, em virtude da inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança de ICMS 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, em 17/08/2017, foi ajuizada a Ação Ordinária nº 0550330-33.2017.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA (Doc. 04), por meio da qual objetiva a concessão de tutela jurisdicional que declare a inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigue ao recolhimento do ICMS (I) sobre as operações interestaduais de aquisição de energia elétrica utilizada em seu processo industrial; ou, (II) sobre a aquisição de energia elétrica de acordo com a alíquota majorada de 25% (vinte e cinco por cento), atraindo-se, assim, a aplicação da alíquota geral 18% (dezoito por cento).

Informa que desde então, os valores supostamente devidos a título de ICMS sobre as operações de aquisição de energia elétrica no Mercado Livre estão sendo devidamente depositados nos autos

da referida ação judicial, razão pela qual tais débitos estão com sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

Afirma que o valor do principal lançado no Auto de Infração é exatamente o mesmo valor apurado e depositado pela Impugnante.

Aduz ser certo que na linha da jurisprudência firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos, a suspensão mencionada impede a lavratura de Auto de Infração.

Acrescenta que estando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa, não há que se falar em descumprimento de obrigação principal ou em inadimplência, não havendo supedâneo legal para a imposição de qualquer tipo de multa e juros moratórios.

Enfatiza que, uma vez realizado o depósito do montante integral do débito, o contribuinte se desobrigou do ônus decorrente da inadimplência, tendo em vista que uma das finalidades do depósito judicial é evitar a aplicação de tais penalidades (cobrança de multa e juros).

Aduz que nesse exato sentido é o entendimento firmado por este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF e traz a colação algumas decisões que considera embasar sua argumentação.

Transcreve, ainda, trechos do voto proferido pelo Conselheiro Márcio Medeiros Bastos, relator do Recurso Voluntário – Acórdão nº 0298-01/08, bem como posicionamentos do STJ sobre a matéria.

Por outro lado, assevera que ainda que fossem superadas as insubsistências acima demonstradas, ainda assim deverá ser extinta a cobrança, na medida em que sua inconstitucionalidade e ilegalidade são evidentes.

Considerando que a energia elétrica adquirida pela Impugnante é utilizada como insumo em seu processo de industrialização, entende que as operações interestaduais firmadas com a empresa CEMIG (ou qualquer outra empresa que venha a ser contratada para lhe fornecer energia elétrica no âmbito do mercado livre) estão acobertadas pela norma de não incidência, de acordo com o art. 155, §2º, X, 'b', da CF, o art. 3º, III, da LC nº 87/96, que estabeleceram a não incidência do ICMS sobre a energia elétrica quando destinada à industrialização, dizendo ser este o caso da Impugnante.

Chama atenção, ainda, para o art. 3º, III, da Lei nº 7.014/1996 (Lei do ICMS do Estado da Bahia), que repetiu o disposto na LC nº 87/96.

Transcreve decisões de diversos tribunais, com o objetivo de demonstrar que o ICMS somente será devido, se for o caso, por ocasião da saída da mercadoria industrializada do estabelecimento da Impugnante, haja vista que a energia elétrica é utilizada como insumo em seu processo de industrialização.

Expõe, também, que a alíquota aplicada à energia elétrica pelo Estado da Bahia é inconstitucional, tendo em vista que a Constituição Federal, por meio de seu art. 155, §2º, inciso III, atribuiu ao ICMS a aplicação do Princípio da Seletividade, pelo qual as respectivas alíquotas são estabelecidas de forma menos gravosa quanto às mercadorias e serviços de caráter essencial, reservando a tributação majorada àquelas menos relevantes ou até supérfluas.

Entende que ao adotar alíquotas diferenciadas em função dos serviços e mercadorias sujeitos à incidência do ICMS, o Estado da Bahia exerceu a faculdade disposta na Carta Magna quanto à aplicação da seletividade, opção que, entretanto, o vinculou à necessária observância da essencialidade das operações sujeitas ao referido imposto estadual.

Assevera que, muito embora reste pacífico o entendimento quanto à essencialidade da energia elétrica, como regra geral, na hipótese sub examine se constata, com ainda maior facilidade, que a ausência desse serviço impediria a própria consecução dos objetivos institucionais da Impugnante, qual seja, a exploração do ramo de mineração.

Assim sendo, considerando a essencialidade da prestação de serviços relativos à energia elétrica, alega que não pode prosperar qualquer argumentação relacionada à diferença de alíquotas imposta com base no consumo, e argui sua absoluta dissonância com as disposições constitucionais.

Por fim, reclamando da multa aplicada, por considerá-la de caráter confiscatório, apresenta os seguintes pedidos:

- (a) *seja determinado o cancelamento da autuação, em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário exigido pelo depósito judicial realizado, subsidiariamente,*
- (b) *seja reconhecida a total insubsistência da cobrança perpetrada pelo Auto de Infração em epígrafe, cancelando-se a exigência do imposto, multa e juros, tendo em vista as inconstitucionalidades e ilegalidades demonstradas; ou,*
- (c) *seja determinado o cancelamento dos acréscimos moratórios, diante da ilegalidade de lançamento de juros e multa no presente caso; e,*
- (d) *seja determinada a aplicação da alíquota geral de 18% (dezoito por cento), prevista no art. 15, I, 'a', da Lei nº 7.014/1996, em respeito do princípio da seletividade, adicionalmente,*
- (e) *seja reduzida a multa imposta para um patamar inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do montante exigido a título de imposto principal, descaracterizando-se, assim, o seu efeito confiscatório.*

Requer, ainda, que todas as comunicações, intimações e notificações do presente feito sejam encaminhadas ao escritório dos procuradores da Impugnante, localizado na Av. Presidente Juscelino Kubitschek, nº 1909, Torre Norte – 23º andar, Vila Nova Conceição, São Paulo, SP, CEP 04543-907, aos cuidados do Dr. LUIZ GUSTAVO A. S. BICHARA, inscrito na OAB/SP sob o nº 303.020, telefone nº (11) 3237-4588.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 174 a 178, e depois de descreverem os fatos e sintetizarem as razões de defesa apresentadas pelo autuado, trazem os argumentos a seguir.

Asseveram que a defesa apegar-se em questões formais da legislação, arguindo interpretação que lhe seria favorável para afastar a incidência do imposto ora em debate.

Afirmam, no entanto, que a matéria fática encontra-se cristalina, e que 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.

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

Acrescentam que este mesmo diploma legal, em seu art. 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”.

Afirmam que a lei estadual estabelece todos os parâmetros que amparam a autuação, tal como: a identificação do contribuinte, do imposto, a ocorrência do fato gerador e os elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota).

Ao final, dizendo que a legislação tributária estadual ampara completamente o lançamento efetuado, sendo despicienda a realização de perícia, reafirmam a manutenção integral da autuação.

VOTO

Inicialmente, devo destacar que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ressalto, ainda, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

O Auto de Infração em lide, é composto de uma única infração, na qual se imputa ao Autuado a falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica no estabelecimento autuado, adquirida em outra Unidade da Federação, por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre - ACL.

Consta nos autos, que o Autuado, em momento anterior ao início da ação fiscal, ajuizou a Ação Ordinária nº 0550330-33.2017.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA (Doc. 04), por meio da qual objetiva a concessão de tutela jurisdicional que declare a inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigue ao recolhimento do ICMS (I) sobre as operações interestaduais de aquisição de energia elétrica utilizada em seu processo industrial; ou, (II) sobre a aquisição de energia elétrica de acordo com a alíquota majorada de 25% (vinte e cinco por cento), ataindo-se, assim, a aplicação da alíquota geral 18% (dezoito por cento).

Informou ainda, que desde então, os valores supostamente devidos a título de ICMS sobre as operações de aquisição de energia elétrica no Mercado Livre, estão sendo devidamente depositados nos autos da referida ação judicial, razão pela qual tais débitos estão com sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, II do Código Tributário Nacional (Doc. 05).

Todavia, não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública estadual, de efetuar o lançamento, nos termos do Art. 142 do CTN. Significa dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência.

O Art. 117 do RPAF/BA dispõe que:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.”

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.”

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto ainda, que conforme disposto no Art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo, e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº **298958.0014/18-5**, lavrado contra **JACOBINA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, no valor de **R\$2.870.509,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei Nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme Art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2019.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR