

PROCESSO	- A. I. Nº 298958.0013/18-9
RECORRENTE	- GALVANI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS S. A. (GICS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVICOS S. A. [FOSNOR FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A])
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0225-04/18
ORIGEM	- IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 04/09/2020

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0139-12/20-VD

**EMENTA:** ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE - ACL. Razões de defesa não são capazes de elidir a acusação. O imposto só não incide sobre a entrada, no território do Estado destinatário, decorrentes de operações interestaduais de “*energia elétrica*”, quando destinada à comercialização ou à industrialização da própria energia elétrica, e não àquelas operações destinadas à industrialização de outros produtos (Art. 2º, §1º, III da LC nº 87/96). Está demonstrado nos autos, inclusive sem controvérsia entre as partes, que as operações de entradas de “*energia elétrica*” objeto da autuação são para comercialização e/ou industrialização de outros produtos. Afastada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/07/2018, em razão da 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, nos meses de março a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$542.535,35, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.*

*Consta também que o Autuado estava conectado diretamente à rede básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo e que a operação foi regularmente escriturada.*

A 4ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0225-04/18 (fls. 96 a 105), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

*“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 possibilitassem 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:

**"AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO 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 caractere 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 as 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, excluídas 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'.

Nessa 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. Consequente descabimento das teses da imunidade e da constitucionalidade 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.”*

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 116 a 125), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, preliminarmente, destacou a transferência de titularidade do Autuado para a pessoa jurídica “FOSNOR FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A”, CNPJ nº 32.112.142/0001-37, e requereu a substituição processual, de forma que as futuras comunicações relacionadas a este processo sejam direcionadas constando sua nova razão social e para o endereço que indicou.

Aduziu ser nulo o Auto de Infração por cerceamento de defesa e violação aos princípios da motivação, devido processo legal administrativo e verdade material, porque o Autuante não descreveu e justificou de forma satisfatória os fatos que motivaram a autuação, já que apenas descrever brevemente a suposta conduta infracional não cumpre o requisito de legalidade do ato administrativo de elencar as razões fáticas e jurídicas do lançamento, bem como apenas presumiu, sem qualquer investigação mais profunda que o ICMS seria devido sobre as aquisições de energia, o que entende ser inaceitável, sem sequer ter visitado seu estabelecimento para conhecer minimamente as suas operações ou solicitado o Laudo de Exame Pericial relativo ao emprego da energia elétrica em seu estabelecimento.

Repisou os argumentos sobre a não incidência de ICMS nas operações de aquisição interestadual de energia elétrica, invocando desoneração na legislação baiana, com base nos Arts. 4º, VIII, e 5º, §1º, IV da Lei nº 7.014/96, e reiterou a sua atividade industrial e a utilização de mais de 85% da energia consumida na industrialização de fertilizantes.

Alegou inexistência de lesão ao Fisco, uma vez que o Art. 29, §1º, III, “2” da Lei nº 7.014/96, autoriza o crédito integral do ICMS, no caso das operações de aquisição de energia elétrica destinada para industrialização ou comercialização, para abatimento do imposto em operações subsequentes.

Afirmou que, por esse motivo, a multa de 60% sobre o valor do imposto eventualmente devido mostra-se totalmente irrazoável frente ao suposto (ou inexistente) prejuízo causado, sendo mister o seu afastamento ou, subsidiariamente, a redução da multa a percentual inferior ao exigido.

Pugnou pela declaração de nulidade do Auto de Infração, por vício na motivação, e pelo seu cancelamento, considerando a não incidência de ICMS nas operações aquisição interestadual de energia elétrica, bem como conversão do processo em diligência para verificação da atividade

desenvolvida industrial/comercial que desenvolve.

Fez-se presente o advogado, devidamente habilitado, Dr. Vagner Serpa Júnior na sessão de julgamento do dia 16/06/2020.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa pela 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.

Preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa e violação aos princípios da motivação, devido processo legal administrativo e verdade material.

Ressalto que não vislumbrei nenhum vício aos citados princípios ou cerceamento de defesa, o Auto de Infração descreveu de forma clara os fundamentos da infração apontada e 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.

O Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

Pelo devido processo legal é que ocorreu a Defesa, a Informação Fiscal, Julgamento de 1ª Instância pela 4ª JJF, Recurso Voluntário e o Julgamento de 2ª Instância por esta 2ª CJF, com ampla defesa e contraditório, seguindo as normas previstas no RPAF/99.

Já a verdade material 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 industriais e comerciais (segundo o próprio Autuado, mais de 85%).

Portanto, não há nenhuma nulidade no processo.

A lide se resume apenas a questões 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?

Ressalto que a energia elétrica foi consumida no estabelecimento do Autuado e a sua utilização e correta escrituração como insumo ou uso e consumo apenas vai definir se o Autuado possui direito ou não a utilizar o imposto devido como crédito fiscal, e após o seu recolhimento.

Esta é, em síntese, a lógica do ICMS, por se tratar de imposto não-cumulativo, exigido em cada etapa de circulação. Não há como saber previamente em qual área, se produtiva ou administrativa, a energia elétrica adquirida será consumida.

A alegação de inexistência de lesão ao erário estadual não se sustenta pelos próprios argumentos do Autuado, afinal se nem toda a energia elétrica é consumida nas atividades de industrialização ou comercialização, mesmo que em percentual inferior a 15%, tal parcela não ensejaria crédito fiscal do imposto.

E ainda teria que ser observada a proporção de saídas tributadas sobre o total das saídas a ser aplicada sobre os créditos fiscais para fins de estorno.

Esta 2ª CJF, na assentada do julgamento do Auto de Infração nº 279757.0012/18-8, em relação a mesma matéria, decidiu encaminhar o referido processo em DILIGÊNCIA para a PGE/PROFIS solicitando a manifestação jurídica para responder a seguinte questão:

Incide o ICMS relativo à entrada de energia elétrica em estabelecimento industrial, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em Ambiente de Contratação Livre - ACL, para consumo no processo industrial do adquirente?

A PGE, em seu parecer, acolhido pela PGE/PROFIS/NCA, concluiu que não há que se falar em não incidência quando existente um processo fabril de outros produtos tendo como insumo ou força motriz a energia elétrica, uma vez que a mesma é consumida neste processo, diferente da transformação num processo de industrialização dela mesma, baseado na decisão neste sentido da 1ª Turma do STJ no REsp 13.403-23.

Conforme colacionado na Decisão recorrida, há também o REsp 1340323/RS julgado pela 1ª Turma do STJ em 06 de outubro de 2013, em matéria idêntica à dos presentes autos, transscrito abaixo:

*"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."*

Não se incluem 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.

Não existe qualquer óbice para que o patrono do Autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta desta intimação não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação, desde que o Autuado seja intimado nos termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Saliento que o Autuado deverá atualizar o seu cadastro junto a esta SEFAZ para poder receber as intimações em nome do seu substituto processual ou sucessor empresarial.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## VOTO DIVERGENTE

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."*

E é neste ponto, em específico, que divirjo do nobre relator. 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 comentam 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, consequentemente, 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.

Este é o voto.

## 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 manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298958.0013/18-9, lavrado contra **GALVANI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS S. A. (GICS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVICOS S. A. [FOSNOR FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A])**, devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Ildemar José Landim e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Henrique Silva de Oliveira e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO DIVERGENTE

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS