

A. I. Nº - 279691.0007/20-9  
AUTUADA - FOSNOR - FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A  
AUTUANTES - JOILSON SANTOS DA FONSECA  
ORIGEM - IFEP NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.12.2020

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0135-05/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. Procede a cobrança de imposto na entrada de energia elétrica oriunda de outros Estados, quando utilizada como insumo no processo industrial ou consumida por empresa estranha ao ramo energético. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Vale salientar, de início, que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da simulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, contextualizado, inclusive, para as sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 30/3/2020, tem como fundamento a falta de recolhimento de imposto alusivo à aquisição interestadual de energia elétrica no Mercado Livre de Energia e atinge fatos geradores ocorridos de fevereiro a novembro de 2019.

Detalhadamente, a cobrança contém a seguinte exigência:

*Infração 1 – 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. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração analítica do ICMS devido por documento fiscal.*

O valor histórico monta R\$267.108,32 e o enquadramento legal se dá pelos arts. 16, II, “i”, 16-A, V, 17, §1º e 34, III, todos da Lei 7014/96, c/c os arts. 400 e 401 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/2012 e cláusulas primeira, segunda e terceira, inciso I, do Convênio ICMS 77/2011, e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei atrás mencionada.

Com o fito de emprestar consolidação à acusação tributária, o i. autuante anexa demonstrativo analítico do cálculo do imposto devido, por nota fiscal (fl. 04).

Ciente do lançamento em 13.4.2020, contribuinte oferta impugnação (fls. 07/36) em 08.7.2020, com registro no sistema de protocolo, pontuando desde logo ser ela tempestiva.

De começo, o contribuinte apresenta um esquema do seu processo produtivo, informando que desempenha atividades fabris de fertilizantes, entre outras constantes em seu estatuto social, de modo que entre as etapas que se iniciam com a extração do minério e terminam com a classificação do concentrado fosfático, utiliza energia elétrica demandada do ACL – Ambiente de Contratação Livre.

Na sequência, tece considerações gerais sobre o ICMS e suscita a nulidade do presente processo administrativo, pois não oportunizou a ampla dilação probatória à impugnante na apuração dos fatos geradores, no sentido de não ter havido notificação prévia da autoridade fiscalizadora para que a empresa prestasse esclarecimentos sobre as operações objeto da tributação, em oposição aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da verdade material. Houve, portanto, cerceio do direito da autuada, colacionando-se doutrina neste sentido.

Já no mérito, tratando da ilegitimidade da cobrança, entende não haver incidência do ICMS nas aquisições de energia elétrica destinadas à industrialização, trazendo a lume, além de citações doutrinárias (Leandro Paulsen, Marco Greco comandos da CF (art. 155, § 2º, X, “b” – regra de imunidade), LC 87/96 (arts. 2º, § 1º, III – regra de incidência) Lei 7.014/96 (art. 3º, III – regra de não incidência), CTN (art. 46, parágrafo único – conceito de produto industrializado), RIPI (art. 4º, I – conceito de industrialização, do tipo transformação), além de decisões do STF (RE 198.988-5/SP), STJ (RESP 1117139, em sede de recursos repetitivos e AgRg no Ag 1168476), aduzindo ser incontroverso que parte da energia elétrica, à razão de 90,80% (conforme laudo técnico), foi empregada no processo de extração de minerais para a fabricação de adubos e fertilizantes agrícolas.

Como segundo ponto, referencia que a base de cálculo tomada no levantamento fiscal levou em conta a demanda da potência contratada de energia e não a efetivamente consumida, divergindo do STF (RE 593.824 – Tema 176 – em sede de repercussão geral), do STJ (Súm 391), do TJ-BA (processo com número não citado) e do RPAF-BA (art. 116-A – não inscrição em dívida ativa de crédito tributário que afronte jurisprudências pacífica de Tribunais Superiores), pois o fisco considerou a nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, que abarca valores referentes à demanda contratada.

Depois, sustenta que a falta de pagamento não proporcionou prejuízo ao erário estadual, haja vista o direito do contribuinte de creditar-se do imposto, em face da não cumulatividade, reforçando o argumento com decisões do TJ-BA (processos com números não citados) e calcado na razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé, além de citações doutrinárias.

Por fim, subsidiariamente, sustenta o afastamento da multa proposta, também com base na proporcionalidade e razoabilidade.

No tópico dedicado às provas, requer realização de diligência, além de perícia técnica, e no tópico dedicado aos pedidos propriamente ditos, pede que as intimações neste PAF sejam direcionadas para o endereço profissional indicado à fl. 36.

Requer, em síntese, a improcedência do auto de infração.

Como suporte impugnatório, dentre outros documentos, o sujeito passivo anexa laudo de exame pericial (fls. 38/47), anotação de responsabilidade técnica do subscritor do laudo, engenheiro eletricista (fl. 48), notas fiscais-fatura da Coelba (fls. 49/60). Dec. 19572, 19672, 19729 e 19794 (fls. 61/64 - suspensivo dos prazos em PAFs na Bahia), contratos de compra e venda com os fornecedores de energia elétrica convencional e respectivos termos aditivos (fls. 65/71) e CNPJ da autuada (fls. 73/76).

Em seu informativo fiscal (fls. 88/91), o i. autuante rebateu a vertente principal impugnatória conferindo o sentido prático dado ao art. 2º, § 1º, III, da LC 87/96, c/c o art. 2º, III, 4º, VIII, e 5º, §1º, IV, da Lei 7.014/96.

Para ele, a autuação deve ser mantida porque o fato gerador se dá na entrada, no território baiano, de energia elétrica, quando originada de outro Estado por adquirente estranho ao ramo energético e não destinada a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração.

Referencia decisão de Tribunal (RE 748543) em que fica claro que o benefício da imunidade não foi criado em prol do consumidor, mas para destinar a arrecadação ao Estado de destino.

Combatte que não houve alargamento da base de cálculo, pois o documento que lastreou a cobrança foi a nota fiscal – com os valores efetivamente cobrados - e não o contrato de compra e venda da energia elétrica.

Desmente a alegação de inexistência de prejuízo à Fazenda Pública pela não apropriação do crédito fiscal, sendo esta só possível se o tributo fosse pago e, mesmo assim, apenas a parte da energia utilizada no processo produtivo, pois parte dos produtos fabricados tem sua tributação reduzida, conforme art. 268, LIII, LIV e § 1º, todos do RICMS-BA.