

A. I. N° - 269200.0024/19-9
AUTUADO - PIRELLI PNEUS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/01/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0250-03/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADAS DE ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS AO CONSUMO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Em relação à energia elétrica contratada no ambiente da ACL (contratação livre), restou comprovado que a energia elétrica adquirida é para fins de consumo por parte da empresa autuada/adquirente, e a operação deve sofrer incidência do ICMS. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2019, refere-se à exigência de R\$1.822.178,22 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 02.01.24: Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica no 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, no período de janeiro a dezembro de 2018. Demonstrativo Anexo_10.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 14 a 41 do PAF. Inicialmente, requer que as intimações relativas ao presente PAF sejam feitas exclusivamente em nome dos advogados, indicando os endereços eletrônicos e o endereço físico.

Informa que é pessoa jurídica de direito privado que, nos termos do seu Contrato Social, dedica-se, entre outros, à fabricação e ao comércio de pneumáticos, câmaras de ar e produtos correlatos para qualquer uso, em especial, para uso automotivo. Na consecução de seus objetivos, possui diversas unidades fabris, estando uma delas, a filial ora autuada, instalada neste Estado da Bahia.

Registra que em razão da quantidade e voltagem de energia elétrica consumida no mencionado estabelecimento, corriqueiramente adquire energia elétrica de fornecedores sediados em outros Estados em operações interestaduais, para assegurar o abastecimento de sua planta industrial junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), associação civil responsável por viabilizar a compra e venda de energia elétrica em Ambiente de Comercialização Livre (ACL), que confere às partes interessadas liberdade para pactuar volumes, preços e prazos.

Afirma que mesmo cumprindo regularmente com todas as suas obrigações, foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, que objetiva a cobrança de ICMS referente ao período de apuração de janeiro a dezembro de 2018. Reproduz a acusação fiscal e diz que a exigência do imposto decorre do entendimento da Fiscalização de que deve incidir ICMS nas operações interestaduais de aquisição de energia elétrica.

Alega que o Auto de Infração é nulo, tendo em vista a violação ao art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN. Diz que o lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração é precário e deve ser considerado nulo por violação ao mencionado artigo.

Reproduz a descrição dos fatos constante no Auto de Infração e diz que a acusação fiscal é genérica e confusa e não garante certeza na identificação real do motivo determinante que levou

a Fiscalização a concluir pela incidência do tributo na operação em questão. Isso porque, há previsão na Lei Complementar nº 87/96 no sentido de que, na operação em questão – entrada de energia elétrica para utilização como insumo em processo industrial – não há incidência do ICMS.

Afirma que no Auto de Infração não há qualquer fundamento, explicação ou justificativa da qual se possa extrair em que medida há a incidência do imposto nas operações praticadas pelo impugnante e que foram objeto da autuação. Diz que a autuação não traz qual é a interpretação da Fiscalização para justificar a cobrança do ICMS nessas operações, por isso, o Impugnante não tem certeza quais foram os motivos determinantes da lavratura do Auto de Infração.

Apresenta o entendimento de que o Autuante parece ter preferido seguir pelo caminho mais fácil da autuação, transferindo toda a responsabilidade pela apuração dos fatos geradores e das hipóteses de incidência das normas relativas às obrigações acessórias para o contribuinte, em total afronta ao que dispõe o art. 142 do CTN.

Dessa forma, requer o reconhecimento da precariedade do auto de infração, tendo em vista a violação aos preceitos do art. 142 do CTN, com a consequente declaração da sua nulidade. Ainda que não se entenda pelo reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, o que admite apenas a título de argumentação, diz que passa a demonstrar as razões pelas quais, no mérito, a autuação não merece prosperar.

Menciona o art. 2º, § 1º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e diz há completa precariedade da autuação, já detalhada nas linhas acima, restando ao impugnante tentar deduzir quais foram os motivos que levaram à lavratura do Auto de Infração, pela leitura dos dispositivos citados no enquadramento da infração, e pela leitura, também, do Termo de Acordo e pelas operações realizadas no período.

Comenta que a Constituição Federal prevê, em seu art. 155, § 2º, X, “b”, que o ICMS não incidirá sobre as operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos deles derivados e energia elétrica.

Registra o que estabelece o artigo 2º, § 1º, III da Lei Complementar 87/96 e afirma que a mencionada Lei permitiu aos Estados de destino a cobrança do ICMS na entrada de energia elétrica em seus territórios, desde que a energia elétrica em questão não seja destinada à comercialização ou à industrialização.

Diz que é exatamente na abrangência do termo energia elétrica destinada à industrialização que quer parecer ao Impugnante, reside a divergência que deu origem à autuação fiscal. A Fiscalização assume a postura no sentido de que somente estaria abarcada pela mencionada regra da não incidência a energia elétrica que for destinada à industrialização de energia elétrica, ou seja, a energia elétrica destinada à sua própria industrialização.

Ressalta que essa suposição decorre, principalmente, da indicação do artigo 400 do RICMS-BA como fundamento da autuação. Frisa que este dispositivo teve diversas redações durante o período objeto da autuação, indica como sujeito passivo responsável pelo pagamento do ICMS “o consumidor da energia elétrica”, o que quer parecer que o Estado da Bahia entende que o impugnante é consumidor final, ignorando ou desconsiderando o fato de que a energia elétrica é, de fato, utilizada como insumo no seu processo industrial.

Entende que esse posicionamento não deve prevalecer. A Lei não restringe, não especifica, não limita qual processo industrial está abarcado pela não incidência do ICMS, e esse é o entendimento de Marco Aurélio Greco.

Destaca que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 111, determina que deve ser interpretada literalmente a legislação que dispuser sobre isenção ou exclusão do crédito tributário. A interpretação da referida norma, ainda que literal, não leva, em nenhuma hipótese, à conclusão de que apenas na operação de entrada de energia elétrica destinada à industrialização de energia elétrica é que não incide ICMS.

Comenta sobre uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 198.088-5 no qual os Ministros firmaram a interpretação no sentido de que a regra contida no art. 155, § 2º, X, “b” busca eliminar as desigualdades regionais entre os Estados, transferindo a cobrança do tributo aos estados de destino.

Reproduz trechos do estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito e Energia (IBDE) e assegura que a energia que adquiriu é utilizada como insumo no seu processo produtivo. O custo da mencionada energia compõe o preço final do pneu cuja saída, quer seja interna ou interestadual, estará sujeita à incidência do ICMS no Estado da Bahia.

Entende que estando o custo da energia elétrica dentro do preço do produto final que sai da unidade fabril, não há dúvidas de que ele será objeto de tributação no Estado de destino (da energia elétrica) o Estado da Bahia, e essa conclusão também foi alcançada pelo estudo do IBDE acima mencionado.

Cita o princípio da não-cumulatividade e diz que em relação a operação que destina energia elétrica a consumidor final, não há qualquer operação subsequente com qualquer bem que esteja sujeita à incidência do ICMS. Se não houver incidência de ICMS na operação de entrada de energia elétrica para o consumidor final, não haverá qualquer operação subsequente que permita a sua tributação.

Em sentido contrário, no processo industrial haverá a comercialização do produto industrializado, cujo preço, naturalmente, levará em consideração o custo da energia empregada como insumo.

Destaca que não questiona a constitucionalidade ou a legalidade dos dispositivos que fundamentam a autuação. O que questiona é a interpretação dada pela Fiscalização ao dispositivo em questão, que implicou na cobrança do ICMS em operação claramente abarcada pela não incidência, uma vez que o Impugnante aplica a energia adquirida no seu processo industrial.

Afirma não restar dúvida de que caso o motivo determinante desta autuação seja, de fato, a interpretação da Fiscalização no sentido de que somente estariam sujeitas à não incidência do ICMS as operações de entrada da energia elétrica destinada à industrialização da própria energia elétrica, é necessário o cancelamento integral da autuação.

Sobre o tópico intitulado “A DESTINAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA: APLICAÇÃO NO PROCESSO INDUSTRIAL DA IMPUGNANTE”, informa que a fábrica instalada em Feira de Santana é uma das peças mais importantes da presença do Impugnante no Brasil. Faz um histórico da empresa e destaca que a utilização da energia elétrica adquirida pela fábrica de Feira de Santana também é detalhada pelo laudo elaborado por seus engenheiros. O mencionado laudo foi elaborado por engenheiro industrial, especializado em mecânica e pelo gestor de manutenção elétrica da empresa.

Diz que o laudo em questão atesta que o principal objetivo da energia elétrica é permitir o acionamento dos motores e componentes elétricos das máquinas de produção, iluminação, manutenção, conforto térmico, compressores, caldeiras. Enfim, tudo que necessite de energia elétrica para funcionar e com isso, possibilitar a função de produção dos subprodutos e produtos destinados para a fabricação de pneus para o mercado local, nacional e para exportação.

Assegura não restar dúvida de que a energia elétrica adquirida é predominantemente para utilização no seu processo industrial, na fábrica de Feira de Santana, aplicando-se o art. 2º, § 1º, III da Lei Complementar nº 87/96, para concluir pela não incidência do ICMS na operação em questão.

Em relação ao princípio da não-cumulatividade, menciona o art. 155, § 2º, Incisos I e II da Constituição Federal e os arts. 19 e 20 da LC 87/96, afirmando que o direito constitucionalmente garantido, deve ser cumprido pelo contribuinte do imposto e também pelo próprio Estado e

garante a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrando nas operações anteriores.

Afirma que bastaria que a Fiscalização checasse a etapa seguinte do ciclo de circulação de mercadoria para verificar a total improcedência da autuação. Uma simples fiscalização na escrituração fiscal do Impugnante poria abaixo todo o trabalho fiscal.

Diz que em respeito ao próprio princípio da não-cumulatividade, o fato de o Impugnante não considerar a entrada da energia elétrica no seu estabelecimento como sujeita à incidência do ICMS, teve como consequência apenas impossibilitar a utilização de créditos de ICMS na etapa seguinte, já que todas as operações subsequentes, de saídas dos produtos industrializados, foram devidamente tributadas.

Registra que se tivesse efetuado o pagamento do ICMS nas operações em questão, todo esse montante seria computado para compensação com o tributo devido nas operações subsequentes tributadas, nos termos do art. 309, Inciso IV do RICMS-BA, que transcreveu.

Considerando que as operações subsequentes à aquisição de energia elétrica são devidamente tributadas e considerando, também, que o montante que tivesse sido eventualmente pago a título de ICMS, nas operações de aquisição de energia elétrica, seriam computados como crédito a abater do imposto devido na operação subsequente, conclui que o resultado econômico é o mesmo, quer seja no cenário em que houve pagamento do ICMS na entrada da energia elétrica, que seja no caso concreto.

Diz que o Estado da Bahia está exigindo na presente autuação é imposto em duplicidade, já que houve o regular recolhimento do tributo em todas as fases da cadeia de circulação das mercadorias. Por isso, entende que não há razão para que, na situação destes autos, dê-se a procedência de uma exigência em relação a ICMS sobre operações já regularmente tributadas pelo Impugnante. Seja qual for a situação sujeita ao ICMS, jamais poderá ser cobrado o imposto em duplicidade.

Alega que ainda que se adote a interpretação restritiva, inconstitucional e ilegal da Fiscalização, de que a operação de energia elétrica apenas não estaria sujeita à incidência do ICMS quando for destinada à sua própria industrialização, a autuação deve ser integralmente cancelada, porque no seu processo industrial, a energia elétrica adquirida sofre, de fato, um processo de industrialização.

Comenta sobre o “rebaixamento de tensão”, explicando como e porque ocorre esse “rebaixamento”, citando trechos do Laudo Técnico dos seus engenheiros. Diz que o processo de redução da tensão elétrica caracteriza industrialização da própria energia elétrica na modalidade beneficiamento, afirmando ser inegável que a energia elétrica sofre processo de aperfeiçoamento para utilização em sua planta industrial.

Conclui que mesmo diante da interpretação restritiva, inconstitucional e ilegal da Fiscalização, de que a operação de entrada de energia elétrica apenas não estaria sujeita à incidência do ICMS quando for destinada à sua própria industrialização, fato é que há, no processo do Impugnante, a industrialização da energia elétrica adquirida.

Em relação à alíquota aplicada (27%) para o cálculo do ICMS devido, superior à alíquota interna geral, de 18%, alega que viola o princípio da seletividade.

Ressalta que embora a aquisição de energia elétrica seja essencial à coletividade, o Estado da Bahia está exigindo ICMS nas operações de aquisição de energia elétrica à alíquota de 27%, na forma do art. 16, II, “i” e 16-A da Lei 7.014/96. Diz que tal alíquota é superior à alíquota interna geral e igual à prevista para operações com produtos supérfluos.

Afirma que se nota que o ICMS exigido pelo Estado da Bahia na operação de aquisição de energia elétrica é incompatível com a regra prevista no art. 155, § 2º, Inciso III, da Constituição

Federal, que determina, em caso de adoção de alíquotas variáveis do imposto pelos Estados, a observância do princípio da seletividade da alíquota em razão da essencialidade dos produtos.

Entende que o Estado da Bahia, ao estabelecer a alíquota aplicável para a tributação da aquisição de energia elétrica pelo ICMS, utiliza critério aleatório e dissociado da finalidade do princípio constitucional da seletividade, segundo o qual a fixação das alíquotas do ICMS, quando estabelecida em patamar diverso do verificado para a tributação geral nas operações internas, deve obedecer ao grau de essencialidade da mercadoria para a população.

Diz que essa onerosidade excessiva criada pelo Estado dificulta o acesso a serviço essencial, não admitido pela Constituição Federal. Sobre o tema, cita o posicionamento de Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 27/2005, no sentido de que a imposição da alíquota de 25% para os serviços de energia elétrica e comunicação afronta a gradação prevista no art. 155, § 2º, Inciso III da Constituição Federal.

Caso o Estado da Bahia optasse por utilizar mais de uma alíquota interna por produto/serviço, como fez, deveria ter tributado os serviços e produtos essenciais com alíquota menor do que aqueles supérfluos. Mas não é o que se verifica no caso concreto, uma vez que hoje a energia elétrica é tributada à alíquota de 27%, a mesma aplicada a diversos bens supérfluos.

Menciona que para aplicação do princípio da seletividade é fundamental a utilização do princípio da essencialidade do produto/serviço, sob pena de tornar inócuo esse primado/valor e afrontar a previsão constitucional em comento. A seletividade em função da essencialidade requer que o ônus econômico do ICMS recaia sobre produtos e serviços na razão direta de supérfluos e inversa de sua necessidade. Diz que a necessidade de observância do referido princípio da seletividade quando da definição da alíquota de ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, já foi reconhecida pelo STF, no julgamento do RE 634.457.

Por todo o exposto, afirma restar demonstrado que a alíquota de 27% atualmente aplicada às operações com energia elétrica comparada à alíquota de produtos supérfluos revela inobservância do princípio da seletividade, e que se faz necessário que seja determinada a aplicação da alíquota genérica de 18%, conforme art. 15, Inciso I da Lei Estadual nº 7.014/96.

Alega ilegalidade da incidência de juros sobre multa. Diz que a multa, por sua natureza, não se presta para repor o capital alheio, mas sim, para punir o não cumprimento da obrigação. O termo “punir” deve ser entendido no sentido de conferir eficácia à norma primária. A fixação de multa adverte o devedor de que a inexecução da obrigação sofrerá encargos, tornando o cumprimento a destempo mais oneroso.

Frisa que os juros possuem natureza essencialmente indenizatória, tanto que, diferentemente da multa, incidem no tempo, exatamente para refletir o prejuízo do credor com a privação do seu capital.

Afirma que não há como se admitir a incidência de juros sobre a multa, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor da privação do uso de seu capital, eles devem incidir apenas sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal. Cita o art. 161 do CTN.

Alega, também ausência de tipificação da infração imputada, afirmando que o autuante capitulou a penalidade aplicada fazendo referência ao artigo 42, Inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96. Diz que numa primeira leitura, há uma generalidade em relação à hipótese de aplicação da referida norma punitiva.

Comenta sobre o princípio da tipicidade e diz que a norma fiscal não pode conter previsões genéricas, de modo a conferir à Administração Pública a discricionariedade para sua aplicação. Pelo contrário, a norma fiscal deve descrever exaustivamente o fato jurídico que instaura a relação jurídico-tributária, sob pena de afrontar o princípio da tipicidade.

Afirma que a norma não contemplando todos os fatos em seu bojo para que possa ser apontada pelo Estado da Bahia, é mister, o cancelamento da multa aplicada na lavratura do Auto de

Infração ora combatido. Conclui restar demonstrada a inexistência da tipificação da infração apontada pelo Estado da Bahia, devendo ser cancelada a multa aplicada na lavratura do presente Auto de Infração.

Alega, ainda caráter confiscatório da multa aplicada. Afirma que é vedado o confisco, sob pena de violação ao direito de propriedade. Assim, toda e qualquer violação ao direito de propriedade sem indenização justa e prévia configura-se como confisco. É o que se encontra expressamente consagrado pelo artigo 150, IV da Constituição Federal.

Ressalta que a aplicação de multa em percentual de 60% sobre o valor do tributo tem natureza confiscatória, e sobre a multa confiscatória, o STF já se manifestou afastando a cobrança.

Entende que, se mantida a exigência tributária, o que cogita por hipótese, minimamente deve ser reduzida a penalidade imposta para patamares proporcionais com a conduta que o Impugnante teria praticado.

Por fim, pede o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, por violação ao artigo 142 do CTN.

Ainda que assim não se entenda, requer o cancelamento do presente Auto de Infração, com o consequente arquivamento do PAF, por qualquer das razões expostas no item IV da defesa.

De forma sucessiva, o que admite apenas a título de argumentação, requer seja reconhecido o excesso de autuação, nos termos de tudo quanto exposto no item V da defesa.

Apresenta pedido para que as intimações relativas ao presente processo administrativo sejam feitas, exclusivamente, em nome dos advogados, com os endereços eletrônicos indicados e endereço físico.

O autuante presta informação fiscal às fls. 202 a 209 dos autos. Reproduz a descrição da infração e faz uma síntese das alegações defensivas. Diz que não merece prosperar a preliminar de nulidade por suposta afronta ao art. 142 do CTN, e consubstanciada em suposta falta de individualização dos fatos geradores da infração.

Assegura que os fatos tributáveis estão perfeitamente identificados, bem como os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária, a base de cálculo, a alíquota, o imposto devido e a multa punitiva decorrente dos fatos.

Afirma que também não merece prosperar a alegação de não-incidência do imposto nas operações indicadas na autuação. Diz que a situação fática se subsume integralmente à legislação tributária vigente, cujo comando estabelece que o imposto incidente sobre a energia elétrica seja da titularidade dos Estados em que seja consumida.

Ressalta que o fato de a Constituição Federal prever a imunidade nas operações interestaduais com a citada “mercadoria”, não infirma a competência tributária do ente Federativo de estabelecer o momento que entra ser o mais propício para a sua incidência.

Foi o que fez o legislador infraconstitucional, ao estabelecer que o ICMS incide na entrada no estabelecimento do adquirente da energia elétrica quando adquirida de outros Estados da Federação, salvo exceções que pontua.

Diz que as exceções apontadas na norma não alcançam o autuado, uma vez que as operações sujeitas ao lançamento não se enquadram em nenhuma delas, em especial a que se refere à sua industrialização subsequente.

Destaca que conforme a jurisprudência, o ICMS não incide nas operações de aquisição interestadual de energia elétrica quando destinada a industrialização, mas tão somente para industrialização da própria energia elétrica.

Entende que nem mesmo a redução da tensão da energia elétrica recebida, que ocorre no interior do estabelecimento do adquirente pode ser considerada como sua industrialização. Neste caso, o

que ocorre é simples adequação do insumo para sua utilização no processo industrial de outras mercadorias, ou seja, não ocorre industrialização da energia elétrica para que esta seja posta no mercado consumidor.

Também entende que não se justifica a alegação de que não teria havia prejuízo ao erário. O crédito fiscal só é permitido quando a energia elétrica seja utilizada no processo industrial, mas não a que se destina ao setor administrativo. Não se sabe se toda a energia adquirida foi utilizada no processo industrial do Autuado, o que poderia sim ter levado à ocorrência de prejuízo ao erário.

Frisa que a legislação estabelece a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que evidencia o nascimento da obrigação de recolher o imposto devido, o que foi totalmente desrespeitado pelo Impugnante.

No que se refere à incidência de juros sobre a multa aplicada, diz que esta decorre da legislação tributária vigente, não podendo ser afastada por mero dissabor do contribuinte. O mesmo pode ser dito quanto à alegação de efeito confiscatório na aplicação da multa de 60%, por ser o princípio do não confisco de natureza constitucional, não pode ser discutida na esfera administrativa.

Quanto a alegação de ofensa ao princípio da seletividade do ICMS, também de natureza constitucional, no que se refere à alíquota estabelecida pelo ente federativo, diz que se deve atentar para o fato de que tal princípio é apenas sugerido ao ente tributante pela Constituição Federal, não tendo caráter obrigatório.

Sobre o pedido de comunicação dos atos processuais serem direcionados aos advogados do Autuado, entende que tal pedido não encontra amparo na legislação tributária, sendo incabível tal pleito da defesa.

Finaliza, solicitando que esta Junta de Julgamento Fiscal acate integralmente os lançamentos de ofício, julgando totalmente procedente o Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento, foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Vitória Mariotto Rolim Perez, OAB-SP Nº 358.846.

VOTO

O Impugnante alegou que o presente lançamento é nulo, por violação ao art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN. Disse que o crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração é precário, a acusação fiscal é genérica e confusa, e não garante certeza na identificação real do motivo determinante que levou a Fiscalização a concluir pela incidência do tributo na operação em questão. Isso porque, há previsão na Lei Complementar nº 87/96, no sentido de que, na operação em questão – entrada de energia elétrica para utilização como insumo em processo industrial – não há incidência do ICMS.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e propor a aplicação da penalidade cabível (art. 142 do CTN), e, conforme art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado, dados que se encontram no presente lançamento.

A autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, constantes na mídia CD à fl. 08 do PAF, e o defendente recebeu cópia, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl. 06/07. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação, e não foi apresentada contestação específica quanto aos dados numéricos apurados pelo autuante.

Sobre a alegação de que falta fundamentação ao Auto de Infração, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Quanto ao direito, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos do RICMS-BA e Lei 7.014/96, e isto significa exigência de obrigação tributária relacionada ao ICMS, salientando-se que nos termos do art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Em relação aos fatos, estes foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, indicando a irregularidade apurada e o cálculo do imposto exigido.

Quanto ao argumento defensivo de que falta clareza na autuação, observo que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, e da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração que lhe foi imputada, bem como a base de cálculo do imposto lançado.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica no 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, no período de janeiro a dezembro de 2018.

O Defendente alegou, que em razão da quantidade e voltagem de energia elétrica consumida em seu estabelecimento, corriqueiramente adquire energia elétrica de fornecedores sediados em outros Estados, em operações interestaduais, para assegurar o abastecimento de sua planta industrial junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Afirmou que a Lei Complementar nº 87/96, permitiu aos Estados de destino a cobrança do ICMS na entrada de energia elétrica em seus territórios, desde que a energia elétrica em questão não seja destinada à comercialização ou à industrialização, e que é exatamente na abrangência do termo energia elétrica destinada à industrialização, que reside a divergência que deu origem à autuação fiscal.

Para melhor entendimento, transcrevo a seguir dispositivos legais que tratam da matéria em questão:

Lei Complementar 87/96:

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre 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.

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.

RICMS-BA/2012

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

Lei nº 7.014/96

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)

O defendente assegurou que a energia que adquiriu é utilizada como insumo no seu processo produtivo. O custo da mencionada energia compõe o preço final do pneu, cuja saída, quer seja interna ou interestadual, estará sujeita à incidência do ICMS no Estado da Bahia. No processo industrial haverá a comercialização do produto industrializado, cujo preço, naturalmente, levará em consideração o custo da energia empregada como insumo.

O autuante ressaltou, que o ICMS incide na entrada no estabelecimento do adquirente da energia elétrica quando adquirida de outros Estados da Federação. As exceções apontadas na norma não alcançam o autuado, uma vez que as operações sujeitas ao lançamento não se enquadram em nenhuma delas, em especial a que se refere à sua industrialização subsequente.

Observe pela descrição dos fatos, bem como, nas alegações apresentadas pelo Impugnante, que a aquisição interestadual de energia elétrica, objeto desta autuação fiscal, se destina à utilização no processo fabril do Autuado, que não industrializa a energia elétrica adquirida e nem vende ou transfere para terceiro; o estabelecimento adquire a energia elétrica exclusivamente na condição de consumidor final.

Nas razões de defesa, o Autuado menciona que a operação que destina energia elétrica a consumidor final, não há qualquer operação subsequente com qualquer bem que esteja sujeita à incidência do ICMS.

No entendimento do Autuado, 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. Entretanto, os dispositivos legais reproduzidos neste voto ao se referir à energia elétrica “*destinada à comercialização, industrialização ou geração em outra Unidade Federada*”, claramente se reporta à comercialização e industrialização ou geração da própria energia elétrica adquirida por estabelecimentos em outros Estados. Portanto, não se correlaciona a atividade industrial exercida pelo estabelecimento destinatário, ora autuado, que não atua no setor elétrico comercializando, industrializando ou gerando energia elétrica.

Saliento, que este posicionamento também foi adotado em julgamento na 2ª Instância desse CONSEF, prolatado pelo ilustre Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira, que enfrenta de forma didática e com proficiência, matéria idêntica no Acórdão CJF nº 0305-11/19, de cujo voto extraio o trecho abaixo reproduzido:

“... o legislador criou um instituto ímpar, pois, diferentemente das demais hipótese de incidência, previstas para o momento das saídas, estabeleceu-se aqui um momento distinto para a incidência do tributo estadual, o da entrada. Tal se explica pelo fato de que essa energia elétrica, na operação interestadual, não sofre tributação na origem, sendo este o único momento para o ordenamento jurídico fazer incidir a norma tributária estadual, dado o fato de que a energia elétrica não experimentará uma saída posterior.

Essa é a única explicação para o fato de que não se deve aplicar a norma de incidência, quando a energia elétrica vier a se submeter a “uma nova operação de comercialização ou industrialização”, como se referiu o texto da lei complementar. Não cabe, portanto, diferentemente do que afirma a nobre relatora, afirmar que a energia elétrica adquirida pela BOMIX se destinou à industrialização, já que a industrialização referida pelo texto da LC 87/96 é aquela aplicável à própria energia elétrica, que somente ocorre quando o estabelecimento gerador de energia elétrica faz uso da corrente elétrica para gerar a própria energia elétrica, em atividade economicamente viável. Tal se dá porque não faz sentido se falar em industrialização da própria energia elétrica, salvo no contexto do seu uso pelos estabelecimentos geradores, fora do qual a energia deve ser tratada como força motriz para uso nos equipamentos industriais”.

Dessa forma, quanto à energia elétrica contratada no ambiente da ACL (contratação livre), restou comprovado que a energia elétrica adquirida é para fins de consumo por parte da empresa autuada/adquirente, e a operação deve sofrer incidência do ICMS, ficando evidenciado o cometimento pelo Autuado da infração veiculada na acusação fiscal, objeto do presente lançamento.

Em relação à alíquota aplicada (27%), para o cálculo do ICMS devido, superior à alíquota interna geral de 18%, o Impugnante alegou que viola o princípio da seletividade, ressaltando que embora a aquisição de energia elétrica seja essencial à coletividade, o Estado da Bahia está exigindo ICMS nas operações de aquisição de energia elétrica à alíquota de 27%, na forma do art. 16, II, "i" e 16-A da Lei 7.014/96. Disse que tal alíquota, é superior à alíquota interna geral e igual à prevista para operações com produtos supérfluos.

Alegou também ilegalidade da incidência de juros sobre multa. Disse que a multa, por sua natureza, não se presta para repor o capital alheio, mas sim, para punir o não cumprimento da obrigação. Mencionou que há um caráter confiscatório da multa aplicada, afirmando que é vedado o confisco, sob pena de violação ao direito de propriedade. Ressaltou que a aplicação de multa em percentual de 60% sobre o valor do tributo, tem natureza confiscatória.

Em relação ao questionamento do autuado sobre a constitucionalidade da alíquota aplicada e da multa indicada no Auto de Infração, ressalto que a alíquota e multa são previstas na Lei nº 7.014/96, portanto, é estabelecida na legislação deste Estado, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Observe que as alíquotas do ICMS estão previstas nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. As multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, "c" do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração, com a multa correspondente. Na presente autuação, houve a indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos e da multa aplicada, inexistindo obrigatoriedade de indicação de acréscimos moratórios, que são apurados no ato de quitação do débito.

Conforme estabelece o art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11/12/1981, os débitos tributários, recolhidos fora dos prazos regulamentares, ficarão sujeitos a acréscimos moratórios. Esses acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento (§ 1º).

Vale destacar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, e como já mencionado, não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

Por fim, o Defendente pede que as intimações relativas ao presente processo administrativo sejam feitas, exclusivamente em nome dos advogados, com os endereços eletrônicos e físicos indicados.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.0024/19-9**, lavrado contra **PIRELLI PNEUS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **R\$1.822.178,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA