

A.I. Nº - 217359.0015/21-7
AUTUADO - FOSNOR FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/06/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-01/22-VD

EMENTA: ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL POR CONSUMIDOR FINAL. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. O autuado é o responsável pelo pagamento do imposto nas aquisições interestaduais de energia elétrica para consumo no seu estabelecimento. Eventual direito a parte dos créditos fiscais nas aquisições, não afastam o cumprimento da obrigação tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 26/08/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 1.513.012,79, em decorrência da 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, estando ele conectado diretamente à rede básica de transmissão, para o fim de seu consumo próprio, regularmente escriturada (02.01.24), ocorrido nos meses de fevereiro a abril de 2019 e de junho de 2019 a dezembro de 2020, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 15 a 41. Disse que atua com a atividade de fabricação de fertilizantes e utiliza grande quantidade de energia elétrica na sua produção, sendo amparado por regra constitucional de não incidência do imposto estadual, pois foi destinada ao processo de industrialização.

Reclamou que não pôde exercer seu direito à ampla dilação probatória na apuração dos fatos geradores, pois somente foi intimado após a lavratura do auto de infração. Considerou que o presente processo administrativo é nulo, pois ofendeu princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da verdade material.

Alegou que a autuação se baseia exclusivamente na celebração de contratos de compra e venda de energia elétrica. Disse que o contrato de compra e venda de energia elétrica em ambiente de contratação livre contempla o período autuado e tem sua validade até 31/12/2020. Acrescentou que as aquisições de energia elétrica são amparadas por regra imunizante prevista na alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Trouxe definição do STF acerca da aplicação da imunidade tributária da incidência do ICMS na unidade federada de origem da energia elétrica e lembrou que também não incide no Estado de destino quando destinado à industrialização, conforme inciso III do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96. Citou lições de Ricardo Fernandes Magalhães e de Marco Aurélio Greco no sentido de que a desoneração tributária não se aplica somente à industrialização do próprio produto.

Apresentou laudo técnico para comprovar que 91,5% de toda energia elétrica adquirida é utilizada no processo de fabricação. Citou decisão do STJ que garante o direito ao crédito fiscal ao contribuinte que utiliza energia elétrica em seu processo produtivo.

Alegou ilegitimidade na cobrança, pois a base de cálculo do ICMS se baseou na demanda contratada e não a efetivamente consumida, pois considerou o valor da nota fiscal, indo de

encontro à decisão do STF no Recurso extraordinário nº 593.824. Anexou trecho do contrato de compra e venda de energia elétrica par demonstrar que o pagamento leva em conta a energia contratada, a energia consumida e o preço de venda. Citou, também, a súmula 391 do STJ e decisão do TJBA que estabelecem que o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Destacou que o pagamento do imposto ora reclamado daria o direito ao creditamento, nos termos do inciso III do § 1º do art. 29 da Lei nº 7.014/96, pois o ICMS é não-cumulativo, inexistindo prejuízo ao Erário Público para motivar a autuação. Concluiu que a manutenção da presente exigência fiscal fere o princípio da razoabilidade à medida que foge à sensatez.

Requeru a inaplicabilidade da multa imposta por revelar natureza confiscatória, incompatível aos princípios constitucionais da vedação ao confisco e da proporcionalidade e razoabilidade. Alegou que agiu sempre de boa fé em suas obrigações tributárias, devendo ser observado o critério da proporcionalidade da sanção ao ato ilícito.

Requeru a realização de diligência para apurar a não-incidência do imposto nas operações interestaduais de aquisição de energia elétrica e para certificação da utilização da energia elétrica na hipótese de não-incidência do ICMS, conforme indicado no laudo técnico acostado aos autos. Pugnou que realização de perícia a fim de se apurar a nulidade do lançamento pela utilização do valor contratado como base de cálculo do ICMS.

Solicitou que as intimações sejam dirigidas ao seu patrono, indicado à fl. 41.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 298 a 315. Disse que durante todo o processo de desenvolvimento da fiscalização o autuado foi notificado dos procedimentos fiscais e aplicação dos roteiros de auditoria, iniciando com o Termo de Início da Fiscalização, remetido via DTE, onde a mensagem foi recepcionada e lida em 05/08/2021, conforme cópia às folhas 06 desse processo. Após concluídos os roteiros de auditoria, encaminhou os indícios de irregularidades encontrados e solicitou esclarecimento sobre os mesmos, que foram prontamente respondidos pelo Sr. Fábio Serraiocco Júnior, Coordenador Tributário/Controladoria, conforme mensagens copiadas.

Explicou que não há dúvida quanto à incidência do ICMS sobre as operações de entradas interestaduais de energia elétrica adquirida no mercado livre. Alegou que o autuado praticou tais operações como demonstrado, omitindo-se total ou parcialmente do pagamento do ICMS correspondente.

Destacou que a imunidade prevista no Art. 155, § 2º, X, 'b', da CF/88, foi instituída não em prol do consumidor, mas em favor dos Estados de destino dos produtos ali elencados, ao qual caberá a totalidade do ICMS incidente, desde a remessa até o consumo.

Acrescentou que a discussão sobre esta incidência já foi por diversas vezes analisada e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, conforme o RE nº 198.088-5, que retira qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da legislação infraconstitucional instituidora de tal incidência, legitimando toda a base normativa do lançamento.

Explicou que a aplicação do art. 3º, Inciso II, da Lei Complementar nº 87/96 e do art. 3º, inciso III, da Lei nº 7.014/96 não quer dizer que não haverá tributação sobre tais itens. Afirmou que na unidade da federação de destino as empresas geradoras ou distribuidoras de energia, refinarias ou distribuidoras de combustíveis líquidos e gasosos incidirão o ICMS sobre as respectivas operações de saída ao consumidor final ou ao comércio varejista, caso dos combustíveis e lubrificantes.

Destacou que o STJ decidiu no julgamento do RESP nº 1340323 que a não incidência do ICMS nas operações interestaduais de energia elétrica com destino à industrialização ou comercialização,

prevista no artigo 3º, III, da Lei Complementar nº 87/96, restringe-se aos casos em que a energia é utilizada em processo de industrialização ou comercialização do próprio produto, ou seja, da energia elétrica.

Concluiu que não faz sentido o pedido de diligência já que o autuado é consumidor final de energia elétrica ao adquirir a energia elétrica no mercado livre em outra unidade da federação e assume a condição de contribuinte do ICMS nas operações de entrada da mesma, devendo adimplir a obrigação tributária correspondente.

Ressaltou que em algumas operações o autuado reconheceu, ainda que parcialmente, a obrigação de pagar o tributo, conforme se observa no lançamento, que segrega operações em que ocorreu omissão total de pagamento e operações em que ocorreu adimplência parcial.

Disse que a definição da base de cálculo está prevista no artigo 400 do RICMS-BAHIA e será o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica.

Presente a sessão de julgamento a Advogada Drª Daniela Leme Arca OAB/SP 289.516.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa e dos acréscimos moratórios aplicados no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, nem a negativa da aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Rejeito a arguição de nulidade do auto de infração sob o pretexto de que teve seu direito ao contraditório e à ampla defesa cerceado, em razão de não ter sido lhe oportunizado fazer contestações durante o curso da ação fiscal. O art. 26 do RPAF admite que o procedimento fiscal se inicie com a emissão do auto de infração, não havendo qualquer obrigação de interlocução com o contribuinte durante o curso da ação fiscal que lhe deu suporte. Em cumprimento ao disposto no art. 123 do RPAF, ao autuado foi assegurado o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação, ocorrida em 07/09/2021, conforme documento à fl. 12.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS decorrente da aquisição interestadual de energia elétrica pelo autuado, em ambiente de contratação livre. O autuado possui a atividade de fabricação de fertilizantes e utiliza a maior parte da energia em seu processo industrial. O cálculo do imposto devido tomou por base os valores constantes nas notas fiscais de aquisição, conforme relação constante nos demonstrativos das fls. 07 a 10.

O inciso III do art. 2º da Lei nº 7.014/96, estabelece que o ICMS incide sobre a entrada, no território deste Estado, de energia elétrica oriunda de outra Unidade da Federação, quando não destinada à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, em consonância com o disposto no inciso III do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96. O inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014/96, estabelece ainda, que é contribuinte do ICMS a pessoa física ou jurídica que adquire de outra Unidade da Federação energia elétrica, quando não destinada à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, também em consonância com o inciso IV do parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96.

Inicialmente, cumpre destacar que a imunidade aventada pelo autuado, prevista na alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, nas operações interestaduais com energia elétrica não se aplica ao presente caso, pois o que se está exigindo aqui é o ICMS incidente sobre a entrada interestadual da energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, cujo crédito tributário cabe ao Estado onde estiver localizado o adquirente, conforme previsto no inciso III do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96, e no inciso III do art. 2º da Lei nº 7.014/96.

Discordo da argumentação do autuado, de que por exercer atividade industrial estaria alcançado pela exceção estabelecida no inciso III do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96, e no inciso III do art. 2º da Lei nº 7.014/96, que lhe excluiria da obrigação tributária nela prevista. É entendimento pacífico neste CONSEF, que a exceção da incidência na entrada interestadual de energia quando destinado à comercialização ou à industrialização, se refere à comercialização ou à industrialização da própria energia elétrica, não se aplicando quando o destinatário utiliza a energia elétrica no processo fabril de outras mercadorias. Como exemplo, segue excertos do voto constante no Acórdão CJF nº 0007-11/20 que tratou deste assunto:

Em verdade, a energia elétrica é submetida a um fenômeno físico de “consumo”, que culmina com o seu desaparecimento. Só é admissível falar-se em industrialização da energia quando se está tratando de estabelecimento gerador de energia elétrica. Da mesma forma, só se admite falar em comercialização da eletricidade quando o estabelecimento é uma transmissora ou distribuidora de energia elétrica. Essa foi a intenção do legislador complementar, ao editar a regra de imunidade retrocitada. Este, igualmente, é o entendimento compartilhado pelas administrações tributárias estaduais, conforme se pode constatar pela leitura da Decisão Normativa CAT nº 3, editada pelo Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, publicada no DOE-SP de 25/02/2005. Tal ato foi expedido em resposta a consulta formulada por empresa do ramo metalúrgico, que questionava acerca da incidência do ICMS em fornecimento interestadual de energia destinada ao estabelecimento fabril consulente.

...

Determinam os arts. 2º, §1º, III, e 12, XII, da Lei Complementar nº 87/96, que há incidência do ICMS sobre a entrada de energia elétrica decorrente de operação interestadual, quando não destinada à comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, e ocorrendo o fato gerador do imposto nesse momento de sua entrada no Estado. O que se compreende dessa norma é que apenas não sofrem tributação as entradas interestaduais de energia elétrica – portanto, operações realizadas por pessoas localizadas no território da unidade da Federação onde se dá a entrada - que, no momento da entrada interestadual, sejam direcionadas para a industrialização ou a comercialização da própria energia elétrica, quais sejam, operações das quais resulte a continuação do ciclo da energia elétrica rumo ao consumo.

O presente auto de infração não discute o direito ao crédito fiscal decorrente da aquisição de energia elétrica utilizada no processo industrial do autuado. Assim, o laudo técnico apresentado, indicando o percentual de sua utilização no processo fabril, em nada serve para o presente deslinde da questão. Também não tem cabimento alegar que eventual direito ao crédito do ICMS cobrado nas entradas de energia elétrica implicaria em falta de prejuízo ao Erário. O direito ao crédito de parte das aquisições de energia, já que o laudo técnico comprova que parte da energia não foi destinada ao processo industrial, não exime o autuado do pagamento da obrigação tributária.

O cálculo do imposto tomou por base as notas fiscais emitidas pelos remetentes, conforme estabelece o art. 400 do RICMS. A discussão trazida aos autos, de que o imposto somente deve incidir sobre a energia efetivamente consumida e não a contratada, não é suficiente para afastar a presente exigência fiscal. O autuado não trouxe qualquer documentação comprobatória de que a energia contratada não foi consumida em seu estabelecimento. A energia contratada visa garantir um consumo mínimo esperado no estabelecimento, de forma a atender as demandas de sua atividade. O autuado trouxe uma discussão teórica que não se aplica ao presente caso, pois não comprovou que o seu consumo teria sido inferior à quantidade contratada.

Desta forma, considerando todas as abordagens trazidas neste voto, fica indeferida a diligência

requerida para apurar a não-incidência do imposto nas operações interestaduais de aquisição de energia elétrica, e para certificação da utilização da energia elétrica na hipótese de não-incidência do ICMS, bem como a perícia para verificar se foi utilizado o valor contratado como base de cálculo do ICMS.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 217359.0015/21-7**, lavrado contra **FOSNOR FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$ 1.513.012,79**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR