

A. I. Nº - 298929.0036/22-4
AUTUADO - CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTE - EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/05/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0065-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DA MERCADORIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL). INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA DE 25% E DO ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE À POBREZA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado contestou judicialmente a alíquota aplicada de 25%, e o adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate à Pobreza havendo plena identidade entre a matéria litigiosa posta ao exame dessa instância administrativa e a levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário. Processo deverá ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 21/10/2020, exige ICMS no valor histórico de R\$ 312.576,69, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 - 002.001.024: *“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”.*

O contribuinte através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 17 a 22 e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação. Em seguida informa que a impugnante foi fundada nos idos de 1962, no Estado do Pará com o objetivo precípuo de ingresso e consolidação no mercado têxtil brasileiro. Norteada pela missão de fornecer produtos de alta qualidade e confiabilidade, honrando todas as obrigações pactuadas, seja com relação aos seus fornecedores, seja com relação ao seu público consumidor, solidificou-se como um dos mais respeitados grupos do País na fabricação de fibras, tecidos, filmes e embalagens de todos os tipos e para diversos fins, conforme dispõe o seu contrato social.

Assim, preza pela reputação ilibada que possui, através da hígidez na realização dos contratos que celebra e no adimplemento de suas obrigações, aspectos que refletem, de modo peculiar, na lisura de seu comportamento, especialmente perante o Fisco. Intrinsecamente relacionada a tais princípios, por sua vez, está a premissa por ela estipulada de não sonegar qualquer valor devido ao Erário, representado por qualquer dos entes federativos. Por conta disto, não obstante a grave crise econômica que assola o Brasil há algum tempo, a justificante sempre cumpriu todas as suas obrigações perante a Administração Tributária. Contudo, a ora Impugnante foi intimada acerca da

lavratura da autuação sob exame, que, por sua vez, formalizou uma única infração, cujo teor transcreveu.

Afirma que, a despeito do notório saber jurídico e da competência técnica do ilustre Auditor Fiscal responsável pela lavratura, a ora Impugnante entende que é apenas parcialmente procedente o referido lançamento, conforme será devidamente demonstrado a seguir.

Abre tópico denominado “DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA. DO TEMA 745 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, onde diz tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, regularmente constituída sob a forma de sociedade limitada, e dedica-se à atividade de produção e venda nos mercados interno e externo de fibras, fios, tecidos, filmes e embalagens de todos os tipos e para diversos fins, conforme dispõe seu contrato social (doc. 01).

Como já noticiado no tópico anterior, a Fiscalização acusou a ora Impugnante de ter deixado 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.

Ocorre, que, em 2016, a ora Impugnante ajuizou a Ação Declaratória de nº 0523023-41.2016.8.05.0001 com o objetivo de certificar o seu direito ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica sob a alíquota de 17% (atualmente, 18%, tendo em vista a alteração legislativa promovida pela Lei nº. 13.461, que majorou de 17% para 18% a alíquota do ICMS no Estado da Bahia), ante a inconstitucionalidade da alíquota de 27% (vinte e sete por cento) adotada pelo Estado da Bahia nesta operação, responsável por flagrantemente violar o art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, a Impugnante discorreu a respeito da patente ilegalidade e inconstitucionalidade da alíquota aplicada para o consumo de energia elétrica, fixada no art. 16, inciso II, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96 em 25% (vinte e cinco por cento), mais o adicional de 2% destinada ao Fundo de Combate à Pobreza, resultando, ao final, na tributação do bem em 27% (vinte e sete por cento) notadamente pela inobservância à inequívoca essencialidade do produto ou serviço tributado, violando o art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Inclusive, evidenciando-se, cabalmente, a inconstitucionalidade do art. 16, inciso II, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, foi demonstrado pela Autuada, que o Estado da Bahia, não obstante tenha optado pela aplicação do princípio da seletividade, contraditoriamente, tributa o consumo de energia elétrica da Impugnante por uma alíquota superior à aplicada aos produtos supérfluos, como as bebidas alcoólicas.

Assim, diante da plausibilidade dos argumentos jurídicos expendidos, bem como da farta Jurisprudência sobre o tema, o MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – BA, acertadamente, proferiu sentença declarando, em caráter definitivo, que: *“possui o autor direito de recolher o ICMS sobre energia elétrica com alíquota de 17% conforme previsto no art. 15 da lei de regência e o faço por reconhecer, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da alíquota adotada por violação ao princípio da seletividade – art. 155, parágrafo 2º III da CF, em vista da inobservância à essencialidade da energia elétrica”*.

Irresignado, o Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação, trazendo em seu Recurso apenas meras repetições do quanto aduzido em sua defesa na primeira instância. Justamente por isso, foram devidamente contra-arrazoados pela ora Impugnante, restando devidamente demonstrado naqueles autos que não merece qualquer guarida a acenada pretensão recursal. A Apelação ainda não foi definitivamente julgada pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

Informa que esta matéria já foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 714.139 (Tema 745 de Repercussão Geral). Nestes autos, o Supremo discutiu a constitucionalidade do art. 19, I, “a”, da Lei nº 10.297/1996 do Estado de Santa Catarina, que estabeleceu a alíquota diferenciada de 25% para o ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações.

No Julgamento, concluído em março de 2022, a Corte compreendeu que a energia elétrica deve ser considerada como um item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida à alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. Com isso, foi fixada a tese que transcreveu.

Frisa que desde então, este é o entendimento aplicado pelo STF acerca desta matéria. Em outras ocasiões, tais como nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 7112, 7128 e 7130, ajuizadas pelo Procurador Geral da República, Augusto Aras, o Supremo observou a tese do tema nº. 745 para invalidar normas dos Estados de São Paulo, Bahia e Alagoas, que fixavam a alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para energia elétrica e telecomunicações em patamares superiores aos das operações em geral.

Tratando especificamente da ADI nº 7128, o Supremo Tribunal Federal, em 22/11/2022, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 16, inc. II, al. “i”, e inc. V, da Lei estadual nº 7.014, de 1996, que estabelece a alíquota de 25% nas operações e prestações relativas a energia elétrica. A decisão teve seus efeitos modulados para a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvada as ações ajuizadas até 05/02/2021 (como é o caso da demanda proposta pela ora Impugnante, no ano de 2016), início do julgamento do mérito do RE nº 714.139-RG/SC (inteiro teor do Acórdão - doc. 05).

Reitera que a Impugante possui, em seu favor, decisão judicial em plena vigência, que reconheceu o direito da Autora (ora Impugnante) de pagar o ICMS com incidência de alíquota de 17% (atualmente, de 18%) sobre a energia elétrica, inclusive a fornecida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, de maneira que o presente lançamento deve ser efetuado em obediência àquele comando judicial, conforme decisão juntada a estes autos (doc. 02).

Assim, diante da Jurisprudência pacificada sobre o tema, não restam dúvidas de que o Estado da Bahia não logrará êxito em sua Apelação, devendo o Tribunal de Justiça manter a decisão proferida em primeira instância.

Acrescenta que da leitura do Auto de Infração sob exame, nota-se que débitos integrantes não levaram em consideração a alíquota fixada pelo comando judicial supracitado, mas sim, a alíquota inconstitucional integral de 27% (vinte e sete por cento). Portanto, a autuação, da forma em que foi lavrada, utilizando-se a alíquota em questão, é manifestamente indevida, motivo pelo qual pugna a ora Impugnante que seja feita a revisão do lançamento fiscal, a fim de que o cálculo do tributo em questão leve em consideração na sua base de cálculo apenas a incidência da alíquota de 18% (dezoito por cento).

Ante todo o exposto, pleiteia a Autuada pelo reconhecimento da improcedência parcial do Auto de Infração sob exame, ante à notória inconstitucionalidade da alíquota de 27% (vinte e sete por cento) aplicada na autuação fiscal.

Assim, requer que seja determinada a realização de diligência fiscal para fins de revisão do lançamento tributário, a fim de que sejam identificados e individualizados os valores de ICMS calculados sob a alíquota de 18%. Após, pleiteia pelo desmembramento do Auto de Infração, a fim que seja excluída e julgada improcedente a parcela remanescente (7%).

Subsidiariamente, caso o argumento acima não seja acolhido, requer o sobrestamento do presente Auto de Infração até o trânsito em julgado da Ação nº 0523023-41.2016.8.05.0001.

O autuante presta informação fiscal à fl.85 a 87, e após fazer um resumo dos argumentos defensivos e arremata que a autuada assevera possuir em seu favor decisão judicial em plena vigência, que reconheceu o direito de pagar o ICMS com incidência de 17% (atualmente, de 18%) sobre a energia elétrica, de forma que o presente lançamento deve ser efetuado em obediência àquele comando judicial (doc.003).

Em relação a tal discussão diz que escapa aos limites do trabalho da fiscalização, tendo em vista

que cabe ao preposto fiscal exclusivamente aplicar a lei vigente e regularmente instituída.

Quanto a solicitação de diligência fiscal para fins de revisão do lançamento tributário, a fim de que sejam identificados e individualizados os valores de ICMS calculados sob a alíquota de 18%, desmembramento do auto de Infração, a fim de que seja excluída e julgada improcedente a parcela remanescente (7%). E subsidiariamente, caso o argumento acima não seja acolhido, o sobrestamento do presente Auto de Infração até o trânsito em julgado da Ação nº 0523023-41.2016.8.05.0001, assim se pronuncia:

“Quanto a Diligência Fiscal solicitada pela autuada em sua defesa, informamos que somos totalmente contrários, pois sua solicitação está totalmente descabida, em virtude de não encontrar nenhum amparo legal para sua concessão em nosso RPAF, conforme Artigo 147 Inciso II abaixo transcrito:

(.....)

Finaliza ratificando os valores do Auto de Infração, esperando que esse Colendo Conselho julgue PROCEDENTE o processo administrativo fiscal, por estar embasado na legislação que regulamenta a matéria.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Harianna dos Santos Barreto, OAB/BA nº 17.280, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente lançamento de ofício refere-se à exigência de imposto pela falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica no estabelecimento autuado, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmada em ambiente de Contratação Livre - ACL, omitindo-se do pagamento do imposto.

A defesa aduziu que a apuração do imposto eventualmente devido deveria ser feita utilizando-se a alíquota interna de 17%, (atualmente, de 18%) conforme determinação judicial. Para tanto juntou aos autos fls. 62 a 67, cópia de sentença proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública, em antecipação de tutela, reconhecendo o direito do sujeito passivo de recolher ICMS sobre energia elétrica com a alíquota de 17%. Acrescentou que o Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação, que ainda não foi definitivamente julgado.

Após às análises realizadas no presente processo observo que há identidade entre a matéria tratada no presente Auto de Infração e aquela que se encontra sob apreciação do Poder Judiciário, através da Ação Declaratória de nº 0523023-41.2016.8.05.0001, cópia às fls. 62 a 67. Assim é que o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 dispõe:

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

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA que prevê no caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99; *“a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.*

Assim, entendo que a defesa interposta fica prejudicada, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Com base em todo o exposto, julgo PREJUDICADA a defesa interposta e encaminho o presente processo à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa interposta, relativa ao Auto de Infração nº **298929.0036/22-4**, lavrado contra **CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado, o autuado, para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$ 312.576,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR