

A. I. Nº - 298633.0006/22-9
AUTUADO - PREDILETTA TELHAS DE CERÂMICA LTDA.
AUTUANTE - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0166-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Procede a cobrança de imposto na entrada de energia elétrica oriunda de outros Estados, relativa a aquisições por meio de Contrato de Compra e Venda no Ambiente de Contratação Livre – ACL, quando não utilizada como insumo no processo industrial do adquirente ou consumida na sua área administrativa. Indeferido o pedido de perícia/diligência. Afastada a preliminar de decadência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 18/09/2022, exige ICMS no valor histórico de R\$ 165.288,94, acrescidos da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II da Lei 7.014/96, 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 ingressa com defesa, fls. 21 a 28, inicialmente faz um resumo dos fatos, transcrevendo e-mails trocados com a fiscalização, antes da lavratura do Auto de Infração, e em seguida o teor da acusação fiscal.

Após, assevera que em seu cadastro do CNPJ e Inscrição Estadual, consta como atividade principal, CNAE PRINCIPAL: 990403 - Atividades de apoio a extração de minerais não-metálicos. Esclarece que a sua atividade é no ramo industrial, de acordo com os CNAE'S secundários 23.42-7-02 - Fabricação de artefatos de cerâmica e barro cozido para uso na construção, exceto azulejos e pisos 23.30-3-02 - Fabricação de artefatos de cimento para uso na construção, evidenciados no cadastro do CNPJ no ANEXO 01.

Em síntese a empresa produz Telhas Cerâmicas Prensadas, tipo Romana, Americana e Cumeeira Prensada, enquadradas com o NCM 68118200.

Salienta que a fundamentação da cobrança com base nos artigos 2º, inciso III; 4º, inciso VIII; e 5º, Inciso IV da Lei nº 7.014/96, quanto à incidência do ICMS nas operações com energia elétrica proveniente de outras unidades da federação, não se aplica à empresa, visto que atua na atividade industrial, não havendo assim a obrigatoriedade do pagamento do ICMS, na aquisição da operação, conforme trecho extraído da referida Lei, que reproduziu.

Desse modo, solicita, com base na legislação aplicável, e na atividade da empresa ora citada, que desconsidere o Auto de Infração lavrado, para que não haja cobrança do ICMS sobre a operação, assunto em referência.

A autuante presta informação fiscal à fl.86, dizendo que lavrou o Auto de Infração em lide atuou

dentro das normas regulamentares de suas funções fiscalizadoras fundamentados no RICMS/2012.

Em sua própria defesa o contribuinte declara que no cadastro do CNPJ e Inscrição Estadual consta como atividade principal: CNAE PRINCIPAL 990403 – Atividades de apoio a extração de minerais não metálicos, portanto atividade industrial.

Conforme planilha anexa ao PAF 2986330006229, registrado no SIPRO 122016/2022-9, fica demonstrado o cálculo do ICMS a recolher incidente sobre a entrada de Energia Elétrica oriunda de outra UF, adquirida no Mercado Livre, onde nota-se que o contribuinte está usufruindo de redução em 52% da Base de Cálculo do ICMS, conforme Art.268, inciso XVII do RICMS/2012, já que o CNAE do contribuinte é 990403 - Atividades de apoio à extração de minerais não-metálicos, classificado como indústria.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

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.

O impugnante, na apresentação da defesa, asseverou ser indevida a presente exigência, sustentando tratar-se de empresa industrial, e ao seu entender estaria desonerada, no Estado da Bahia do recolhimento do imposto, com base nos art. 2º, inciso III; 4º, inciso VIII; e 5º, Inciso IV da Lei nº 7.014/96.

Da análise da legislação pertinente ao assunto, registro que as operações interestaduais com energia elétrica encontram-se abarcadas pela imunidade por expressa determinação contida no artigo 155, parágrafo 2º, X, “b”, da CF/88:

“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;”

Assim é que, a incidência do imposto ocorre no momento da entrada neste Estado da energia elétrica, desde que não tenha sido adquirida para comercialização ou industrialização, conforme disposto no art. 2º, § 1º, III, da LC 87/96, *verbis*:

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 (grifos nossos).

(...)

Portanto, estar ou não o destinatário da energia elétrica, contribuinte do imposto em tais operações, ligado à rede básica é irrelevante para se determinar a ocorrência do fato gerador.

A regra da não incidência na entrada ocorreria se o autuado fosse industrializar a energia elétrica ou comercializá-la, pois a tributação ocorreria na saída do produto, no entanto, ao utilizá-la como consumidor final, o fato gerador ocorre no momento da entrada, conforme os mandamentos contidos no inciso VIII do art. 4º, c/c o § 1º do art. 5º, ambos da Lei nº 7014/96:

*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)*

(...)

Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize 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 - **adquirir** 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) (grifos nossos).*

Assim, resta definir de quem seria a responsabilidade pelo pagamento do imposto do ICMS incidente sobre a circulação de energia, quando adquirido em outra unidade da Federação por força de contrato de compra e vendas firmado em ambiente de contratação livre – ACL.

De acordo com o disposto no art. 400 do RICMS, que fundamentou o presente lançamento, redação dada pela Alteração nº 24, através do Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14, verifico que dúvidas inexistem de que a responsabilidade recai sobre o adquirente/ consumidor da energia elétrica, no caso o autuado, conforme a seguir transcrito:

“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.”

Ressalto que de acordo com o demonstrativo de fl. 08 a 10, por se tratar de estabelecimento industrial, a apuração do quanto devido levou em consideração o benefício fiscal de redução da base de cálculo em percentual de 52%, conforme prevê o art. 268, inciso XVIII do RICMS/12, abaixo transcrito:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...

XVII - das operações com energia elétrica, de acordo com os seguintes percentuais:

a) 52%, quando:

1 - destinada às classes de consumo industrial e rural;

Ressalto que este tem sido o entendimento, predominante, deste órgão julgador ao apreciar questão idêntica à presente, a exemplo do Acórdão CJP Nº 0330-11/22 que, em decisão não unânime, manteve a decisão da 1ª Instância, Acórdão nº 0073-01/22-VD.

Assim, concluo pela subsistência da infração em comento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298633.0006/22-9**, lavrado contra **PREDILETTA TELHAS DE CERÂMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 165.288,94**, 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, 07 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR