

PROCESSO	- A. I. N° 298929.0049/22-9
RECORRENTE	- COLOR VISÃO DO BRASIL INDÚSTRIA ACRÍLICA LIMITADA
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0039-02/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0325-12/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE - ACL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o 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 utilizada como insumo no processo industrial do adquirente ou consumida na sua área administrativa. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de diligência e redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/10/2022, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 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, nos meses de novembro e dezembro de 2019 e janeiro a novembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 46.674,28, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

A 2ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão n° 0039-02/23-VD (fls. 79 a 89), com base no voto a seguir transcrito:

“O Auto de Infração em análise imputou ao sujeito passivo a acusação de uma infração à legislação do ICMS, tempestivamente impugnada.

A autuada é contribuinte do ICMS, desenvolve a atividade econômica principal de fabricação de fogões, refrigeradores e máquinas de lavar e secar para uso doméstico, peças e acessórios, é inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, estabelecido no município de Feira de Santana/BA.

O início da ação fiscal foi comunicado ao contribuinte em 27/10/2022, conforme recibo de arquivos eletrônicos, fl. 05, e intimado para quitar o débito levantado no presente Auto de Infração ou apresentar defesa administrativa em 07/11/2022, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 06, 07, 11 e 12, oportunidade que recebeu os demonstrativos de débito analítico e sintético, apensados aos autos na forma impressa, fl. 04 e gravado em arquivo eletrônico no CD, fl. 08, contendo todos os dados e informações necessários ao entendimento da infração e do cálculo do quantum apurado.

O lançamento atende a todas as exigências legais e regulamentares previstas no Código Tributário Nacional, na Lei nº 3.956/81 – COTEB e no RPAF/99, uma vez que foi constituído por autoridade administrativa competente, consta determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e a proposta a aplicação da penalidade com base na Lei nº 7.014/96.

O devido processo legal foi observado, não existindo qualquer violação aos princípios da ampla defesa e contraditório do contribuinte, de forma que o processo administrativo fiscal, encontra-se apto a surtir os efeitos legais pretendidos, isento de quaisquer máculas que o possa inquinar de nulidades.

Indefiro o pedido de diligência, com base no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, por considerar suficientes para a formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos e também o pedido de perícia técnica,

com base no inc. II, alínea “b” citado artigo, uma vez que se tal providencia se mostra desnecessária em vista de outras provas produzidas.

A defesa fundamentou suas razões para a alegada improcedência da exação, discordando exclusivamente da metodologia de cálculo do imposto devido, fundamentada na tese de que não se inclui o ICMS da operação de aquisição de energia elétrica, na sua própria base de cálculo, baseada nos seguintes pontos:

- i) Embora a fiscalização tenha alegado que a autuação tem fundamento de validade no RICMS/BA e no Convênio ICMS 77/2011, o estado da Bahia estaria promovendo um alargamento da base de cálculo do ICMS devido na aquisição de energia elétrica, quando determina a inclusão do próprio imposto na base de cálculo, vez que o Convênio ICMS 77/2011 não prevê tal inclusão;
- ii) Existe a Súmula 391 do STJ: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. “, portanto, a base de cálculo do ICMS importa no valor da operação, o preço do serviço ou o valor total da importação sendo as alíquotas são determinadas pela lei estadual, observada a competência do Senado Federal para limitá-las;
- iii) Existem notas fiscais de aquisição de energia elétrica, a exemplo das emitidas pela empresa Matriz Comercializadora de Energia Elétrica, nas quais não há incidência de ICMS, com base no art. 155, § 2º, inc. X, alínea “b” da Constituição Federal e no art. 7º do Anexo XVIII do RICMS/SP, determinando que a nota fiscal deve ser emitida sem o destaque de ICMS. Assim, não havendo ICMS a ser incluído na base de cálculo nas aquisições de energia elétrica, não há a incidência do ICMS por dentro em uma nota fiscal que não teve destaque do imposto;
- iv) O imposto destacado pelas empresas distribuidoras de energia deve ser recolhido para a Bahia, conforme prevê o § 3º, do art. 400, do RICMS/BA, ao determinar que as distribuidoras da energia são responsáveis pelo pagamento do imposto, sobre essa parte relativa ao uso da rede de distribuição;
- v) Há situações em que o ICMS energia elétrica foi destacado na nota fiscal, porém, não havia incidência de imposto a ser incluído na base de cálculo do imposto devido, uma vez que a determinação de inclusão do montante do próprio imposto, no caso da distribuidora, foi exceituada pela redação do § 3º do art. 400 do RICMS/BA, de forma que a empresa distribuidora recolhe o ICMS diretamente para a Bahia.

Por fim, entende que utilizou o cálculo correto para determinar o valor da base de cálculo utilizada, visto que não havia ICMS a ser incluído, tomando por base a nota de fiscal de remessa de energia, emitida pela empresa comercializadora em São Paulo, pois esta nota fiscal não tinha o destaque do ICMS.

Portanto, a questão central é a determinação da base de cálculo do ICMS devido à aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre, matéria que se encontra disciplinada no art. 400, §§ 2º e 3º do RICMS/2012, in verbis:

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. (...)

§ 2º O adquirente deverá recolher o ICMS devido em documento de arrecadação em separado, no prazo previsto no inciso XVI do art. 332.

§ 3º A empresa distribuidora de energia elétrica fica responsável pelo pagamento do imposto devido sobre a parcela da base de cálculo pelo uso da sua rede de distribuição por força da execução de contratos de conexão e de uso de rede.

Da intelecção dos dispositivos transcritos, é fato que o cálculo do ICMS relativo à energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido do valor total pago a todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.

O valor pago a título de TUST - Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão, portanto, deve compor a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

A alíquota a ser aplicada será aquela prevista no art. 16, inc. II, alínea “i”, c/com o art. 16-A da Lei nº 7.014/96, ou seja, 27%, que corresponde à alíquota de 25% acrescida de dois pontos percentuais relativos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP.

Contudo, lembro que as operações com energia elétrica destinadas à atividade industrial são alcançadas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo no percentual de 52%, conforme estabelecido no art. 268, inc. XVII, alínea “a”, item 1 do RICMS/2012:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo: (...)

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

a) 52%, quando:

I - destinada às classes de consumo industrial e rural;

Saliente que o levantamento realizado pelo autuante se mostra perfeitamente ajustado aos ditames legais e regulamentares, na composição da base de cálculo, na aplicação da alíquota assim como foi considerada a redução da base de cálculo de 52%. Ou seja, o Auto de Infração exige o ICMS com base e fundamentado na legislação baiana.

A defesa, para contestar a formação da base de cálculo do imposto, aduziu que o estado da Bahia, através de sua legislação, “está promovendo um alargamento da base de cálculo do ICMS devido na aquisição de energia elétrica, pois determina a inclusão do próprio imposto na base, ao passo que o Convênio nº 77/2011 não prevê tal inclusão”.

Nesse aspecto, ressalto o caráter vinculante e obrigatório da atividade administrativa de lançamento, consoante previsto no art. 142, parágrafo único do CTN que assim estabelece: “A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”.

Portanto, a autoridade administrativa, aplicou o regular roteiro de auditoria e calculou o imposto devido em estrita observância aos parâmetros estabelecidos na legislação, descabendo fazer qualquer reparo nesse aspecto.

Também saliento que nos julgamentos de contenciosos administrativos fiscais os julgadores devem observar o que prevê o art. 125, incisos I e III da Lei nº 3.956/81 – COTEB:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade; (...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim sendo, estando a forma de cálculo estabelecida no RICMS/2012 – Decreto nº 13.780/2012, não pode o Auditor Fiscal autuante o ignorar, tampouco os julgadores decidirem contrário à esta norma regulamentar.

Quanto a arguição acerca da existência da Súmula 391 do STJ: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.”, destaco que súmula trata da incidência do ICMS apenas na parcela da energia elétrica utilizada, sendo que a jurisprudência atualmente é pacífica, entendendo que o ICMS não pode ter como fato gerador, a assinatura do contrato referente à demanda de potência e, muito menos, como base de cálculo, o valor total desse contrato.

O fato gerador é a circulação efetiva da mercadoria, no caso, a energia, sua base de cálculo, o valor que corresponde ao consumo. Portanto, a mera disponibilização da energia ao consumidor não representa hipótese de incidência do imposto. É disso que trata a citada súmula do STJ.

Como se vê a da Súmula 391 do STJ, aborda matéria alheia a autuação.

A defesa argumentou ainda que antes da lavratura do Auto de Infração, foi publicada a Lei Complementar nº 194/2022, estabelecendo que, para fins da incidência do ICMS nas operações com combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos.

Assim, as operações com energia elétrica, combustíveis e serviços de comunicação deverão ser tributadas pela alíquota de 18%, e excluída a incidência do percentual de 2% destinados ao FUNCEP, em observância ao princípio da seletividade do ICMS.

Em seguida foi proferido o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema 745/STF.

A defesa afirmou que lavratura do Auto de Infração, em discussão, constituiu uma nova hipótese de incidência tributária sem observar que o contribuinte, deve se submeter à lei tributária vigente, que assegura a aplicação da alíquota de 18% para o fornecimento de energia elétrica.

Sobre tal argumento, ressalto que efetivamente foi sancionada a Lei Complementar nº 194/2022, que prevê a essencialidade dos combustíveis, da energia elétrica, das telecomunicações e do transporte coletivo à luz do ICMS, e vedo aos Estados e ao Distrito Federal a aplicação de alíquota majorada para os referidos bens e serviços, ou seja, acima da alíquota de 18%.

O STF, em análise do Tema 745, julgou inconstitucionais as previsões legais da legislação catarinense e distrital que impunham alíquota de 25% para energia elétrica e comunicação. Contudo, esta decisão foi modulada e produzirá efeitos a partir de 2024, exceto para aquelas ações que já haviam sido ajuizadas até 05/02/2021.

Os fatos geradores alcançados no Auto de Infração ocorreram em 2019 e 2020, portanto, antes da vigência da citada lei complementar, assim, inaplicável ao caso concreto.

Dessa forma, não tem sustentação legal a expectativa da defesa que, caso não se acolha integralmente as razões expostas, considerar a possibilidade de a lei tributária retroagir, por ser mais benéfica para o contribuinte em matéria de infração e que ocorra no mínimo um recálculo da diferença de imposto exigido, bem como da multa aplicada, de forma que seja considerada a alíquota máxima de 18% nas aquisições de energia elétrica.

Sobre tal pretensão da defesa, lembro o princípio da irretroatividade da lei tributária, corolário do princípio constitucional geral de que a lei nova não pode vir a prejudicar direitos já adquiridos e atos jurídicos aperfeiçoados, previsto na Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVI.

O princípio da irretroatividade tributária está contemplado nos artigos 105 e 106 do CTN:

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de definir-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Portanto, a irretroatividade da lei tributária admite duas exceções para se admitir que lei tributária retroagirá: (i) quando for interpretativa, ou seja, aquela promulgada para explicar uma lei anterior; e (ii) quando for mais benéfica para o contribuinte em matéria de infração, desde que o ato não tenha sido definitivamente julgado.

Lei tributária mais benéfica em relação a pagamento de tributos não retroage, portanto, a retroatividade é inaplicável ao caso.

Quanto a alegada impertinência da multa sugerida e do pedido para que seja diminuída ao patamar máximo de 10%, diante da sua manifesta natureza confiscatória, ou, caso assim não entenda os julgadores, a patamar proporcional, razoável e não confiscatório, lembro que a multa proposta é prevista na Lei nº 7.014/96 tipificada para a infração apurada.

Como dito linhas acima, os órgãos de julgamentos administrativos estão impedidos, por força do art. 125 do COTEB de negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, assim como previsto no art. 167, inc. III do RPAF/99.

Também não compete aos órgãos de julgamento administrativo decidir pela redução ou dispensa das multas por descumprimento de obrigação acessória, desde que comprovado que as infrações não tenham sido praticadas com dolo, fraude ou simulação e não tenham concorrido para a falta de recolhimento do imposto, tendo em vista que o art. 81 do COTEB, foi revogado tacitamente pela Lei nº 4.826/89/89, com efeitos até 28/02/1989.

Ademais, no caso concreto não se trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, portanto, não aplicável também o disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, vez que, este dispositivo também foi revogado pela Lei nº 14.183/19, com efeitos a partir de 13/12/2019, cuja redação originária, assim previa: "§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.", razão pela qual, indefiro o pedido.

Quanto ao pedido de devolução do valor do depósito administrativo, fica indeferido, tendo em vista que esta decisão não tem caráter definitivo, eis que ainda cabe recurso voluntário dirigido a uma das Câmaras deste CONSEF, tampouco o julgamento decidiu para improcedência da autuação, portanto, não encontra respaldo nos artigos 93 e 94 do RPAF/99.

Em atenção ao pedido para que as intimações relativas ao presente Auto de Infração sejam realizadas em seu nome e da sua procuradora, nos endereços que indicou, lembro que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, conforme previsto no art. 108 do RPAF/99, podendo ser realizada por meio de mensagem eletrônica postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 99 a 123), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual disse que, em que pese as vedações do Art. 125 I e III da Lei nº 3.956/81, a fiscalização tem sempre que proceder com a correção ou até mesmo a anulação dos seus atos quando eivado de vícios, sendo que o Convênio ICMS 77/11 não prevê a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo nas operações relacionadas na autuação.

Citou diversos dispositivos normativos, tais como o Art. 400 do RICMS/12, os Arts. 16, 16-A, 17 e 34 da Lei nº 7.014/96, as Cláusulas primeira a terceira do Convênio ICMS 77/11, os Arts. 99, 100, IV, e 149 do CTN, o Art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 e o Art. 150, I da CF/88.

Sustentou que a Lei Complementar nº 194/22, apesar da modulação dos efeitos da Decisão do Tema 745/STF, que especificou que energia elétrica é bem essencial, estabeleceu que a tributação nas operações com energia elétrica deveriam ser tributadas pela alíquota de 18% (dezoito por cento), além da incidência do percentual de 2% (dois por cento) destinado ao fundo de combate à pobreza, mas o Auto de Infração, lavrado após a data da sua publicação, computou a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), além do adicional para o fundo de combate à pobreza.

Discorreu sobre o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 60% do valor do imposto, sem a necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida.

Informou que efetuou o depósito administrativo do crédito tributário em discussão, com a redução de 90% (noventa por cento) da multa aplicada, com base no Art. 92 do RPAF/99.

Requeru a procedência do Recurso Voluntário, reformando a decisão proferida para o fim de cancelamento do Auto de Infração, com a devolução da quantia depositada em caso do julgamento pela procedência, ou, subsidiariamente, o recálculo da diferença de imposto exigida, considerando a alíquota de 18% (dezoito por cento), ou ainda a redução da multa aplicada a percentuais não confiscatórios.

Protestou pela juntada de novas provas e pela realização de sustentação oral, bem como que as intimações sejam publicadas em seu nome e de seus advogados.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Luara Karla Brunherotti Zola - OAB/SP nº 285.438.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS não recolhido 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 consumo próprio, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao seu patrono, para fins de recebimento das comunicações no presente feito, inexiste óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Não foram juntadas novas provas após a apresentação do Recurso Voluntário, sendo admitida a sustentação oral requerida pelo advogado entre a publicação da data do julgamento e o dia anterior à sua ocorrência.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma comprehensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi

constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto apurado conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

Destaco que já me manifestei recentemente no mérito, atuando como Relator pela 5ª JJF, no Acórdão JJF nº 0091-05/23-VD, posteriormente confirmado pelo Acórdão CJF nº 0412-12/23-VD, em relação aos mesmos argumentos apresentados neste Recurso, do qual extraí o seguinte excerto:

“A lide se resume apenas a questões de Direito:

a) há incidência nas operações interestaduais de aquisição de energia elétrica destinadas a consumo em processo de industrialização ou comercialização de outras mercadorias?

b) há razoabilidade na aplicação da multa no percentual de 60% frente à possibilidade de utilização do crédito fiscal sobre a energia elétrica adquirida e consumida em processo de industrialização ou comercialização de outras mercadorias?

c) a base de cálculo deverá ser o valor da operação ou deverá ser excluído o valor da demanda de potência contratada e não consumida?

Ressalto que a energia elétrica foi consumida no estabelecimento do Autuado e a sua utilização e correta escrituração como insumo ou uso e consumo apenas vai definir se o Autuado possui direito ou não a utilizar o imposto devido como crédito fiscal, e após o seu recolhimento.

Esta é, em síntese, a lógica do ICMS, por se tratar de imposto não-cumulativo, exigido em cada etapa de circulação. Não há como saber previamente em qual área, se produtiva ou administrativa, a energia elétrica adquirida será consumida.

A alegação de inexistência de lesão ao erário estadual não se sustenta pelos próprios argumentos do Autuado, afinal se nem toda a energia elétrica é consumida nas atividades de industrialização ou comercialização, mesmo que em percentual inferior a 10%, tal parcela não ensejaria crédito fiscal do imposto.

E ainda teria que ser observada a proporção de saídas tributadas sobre o total das saídas a ser aplicada sobre os créditos fiscais para fins de estorno.

A 2ª CJF, na assentada do julgamento do Auto de Infração nº 279757.0012/18-8, em relação a mesma matéria, decidiu encaminhar o referido processo em DILIGÊNCIA para a PGE/PROFIS, solicitando a manifestação jurídica para responder a seguinte questão:

“Incide o ICMS relativo à entrada de energia elétrica em estabelecimento industrial, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em Ambiente de Contratação Livre - ACL, para consumo no processo industrial do adquirente?”

A PGE, em seu parecer, acolhido pela PGE/PROFIS/NCA, concluiu que não há que se falar em não incidência quando existente um processo fabril de outros produtos tendo como insumo ou força motriz a energia elétrica, uma vez que a mesma é consumida neste processo, diferente da transformação num processo de industrialização dela mesma, baseado na decisão neste sentido da 1ª Turma do STJ no REsp nº 1.340.323, transcrita abaixo:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. VENDA A CONSUMIDOR FINAL. O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços não incide na saída de energia elétrica do território de uma unidade federada para incidir na entrada no território de outra; implementação, pelo art. 155, inciso II, § 2º, item X, alínea ‘b’, da Constituição Federal, de um lado, e pelo art. 2º, § 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 87, de 1996, de outro, da política fiscal de atribuir ao Estado do destino a arrecadação do tributo quando se tratar de energia elétrica. Se a energia elétrica integrar um ciclo posterior de industrialização ou comercialização sem ser consumida, o tributo não incide; incidirá se a energia elétrica for consumida no processo de industrialização ou de comercialização de outros produtos. Precedente do Supremo Tribunal Federal. (RE nº 198.088, SP, relator o Ministro Ilmar Galvão). Recurso especial conhecido, mas desprovido.”

Quanto à base de cálculo, constato que foi calculada exatamente de acordo com o previsto no Art. 17, V, e § 1º, da Lei nº 7.014/96, c/c o Art. 268, XVII, “a”, 1, do RICMS/12, in verbis:

“Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

...

V - na hipótese do inciso VIII do art. 4º, o valor da operação de que decorrer a entrada;

... § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

c) o valor do IPI nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte.

..."

"Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

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

a) 52%, quando:

I - destinada às classes de consumo industrial e rural;

..."

Logo, como podemos verificar, além de ter havido modulação dos efeitos, a carga tributária aplicada a estas operações é ainda inferior ao decidido pelo STF, tendo em vista a redução de base de cálculo prevista no Art. 268, XVII, "a", 1 do RICMS/12.

Saliento que a inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo é determinada pelo inciso I, do § 1º do Art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, cujo texto foi reproduzido no Art. 17, § 1º, I da Lei nº 7.014/96, acima transcrita, devendo ser respeitada por toda a legislação tributária deste imposto, mesmo que não esteja expresso, inclusive o Convênio ICMS 77/11.

Ressalto que esta 2ª CJF não tem competência para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo certo que a multa aplicada está prevista no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que não há previsão legal para o seu cancelamento ou a sua redução.

Também já há diversas decisões definitivas pela PROCEDÊNCIA de autuações semelhantes neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0308-12/19, 0139-12/20, 0328-11/21-VD e 0330-11/22-VD, e ainda os Acórdãos CJF nºs 0385-12/23-VD e 0245-12/24-VD, dos quais fui o Relator.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Inconformado com a decisão de piso, o recorrente interpôs tempestivamente Recurso Voluntário com amparo no art. 169, I, "b" "do RPAF/BA, pela acusação da seguinte irregularidade:

"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 seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada, nos meses de janeiro a dezembro de 2021 e janeiro a abril de 2022, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.155.087,41, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.".

Peço vênia para discordar do nobre relator quanto ao mérito do voto apresentado no presente recurso Voluntário. Neste sentido, mantengo a coerência nos julgados anteriores deste CONSEF sobre a mesma matéria, a exemplos dos Acórdãos CJF nºs 0298-12/20-VD e 0412-12/23-VD, sendo considerado voto vencido pelo voto de qualidade.

O cerne da questão gira em torno do conceito de Industrialização referido no art. 3º da lei

Complementar nº 87/96, sobre a não incidência de ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica destinada a industrialização de fabricação dos seus produtos.

Entendo que o ICMS não incide nas aquisições de Energia Elétrica adquiridas de outras unidades da Federação, contratada em ambiente livre, para fins de industrialização por estabelecimento industrial com base nos termos do art. 3º, III da LC 87/96 e Art. 3º, III da Lei nº 7014/96.

As aquisições de energia elétrica destinada a industrialização configura hipótese legal de não incidência do ICMS conforme tipificação expressa no art. 3º da Lei Complementar nº 87/96, c/c com o art. 3º da Lei nº 7014/96.

Desta forma, considerando que o recorrente utilizou a energia elétrica quase que integralmente no processo industrial de fabricação dos seus produtos, onde essa energia compõe o custo de produção e, consequentemente, a base de cálculo tributável nas operações subsequentes, entendo que a **não incidência do tributo** nas operações do recorrente **não gera impactos negativos na arrecadação do imposto**.

Logo, comprehendo que a sua vinculação direta a uma saída posterior tributada é elemento preponderante para se confirmar o objetivo da imunidade constitucional, ora em lide, portanto, apenas incidiria a exigência fiscal do ICMS em operação de aquisição interestadual de energia elétrica que não fosse objeto de nova incidência, **o que não se aplica para o presente lançamento**.

Diante do exposto, concluo que a utilização de energia elétrica pela recorrente no processo de industrialização não está sujeita à tributação do ICMS pelo Estado da Bahia com fundamento nos termos dos Arts. 2º, § 1º, e 3º, III da Lei Complementar nº 87/96, em consonância com o art. 3º, III da Lei Estadual 7014/96.

Pelo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, consequentemente, IMPROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298929.0049/22-9, lavrado contra **COLOR VISÃO DO BRASIL INDÚSTRIA ACRÍLICA LIMITADA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 46.674,28, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, João Vicente Costa Neto e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Antonio Dijalma Lemos Barreto, João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes e Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA - RELATOR

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS