

A. I. Nº - 206986.0004/19-6
AUTUADO - DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO TORRES DE BARROS e LUIZ CARLOS PRATES SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/09/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-04/20-VD

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE ENERGIA ELÉTRICA ATRAVÉS DE CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL CONECTADO A REDE BÁSICA DE TRANSMISSÃO, PARA EMPREGO NO PROCESSO PRODUTIVO, A TÍTULO DE INSUMO. RECOLHIMENTO PARCIAL DO IMPOSTO. O imposto incide sobre a entrada, no território do Estado destinatário, nas operações interestaduais de aquisição de “energia elétrica”, quando destinada ao emprego na industrialização de outros produtos (art. 2º, § 1º, inc. III da LC nº 87/96). Está demonstrado nos autos, que a exigência tributária recaiu sobre o total da energia elétrica contratada, representadas por notas fiscais devidamente registradas e elencadas na autuação. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do Relator.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$4.138.093,16, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.24: Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS no valor de R\$4.138.093,16 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, relativo as notas fiscais constantes do demonstrativo de débito de fls. 18 dos autos, emitidas pela empresa BANCO BTG PACTUAL S.A., CNPJ/MF 30.306.294/0002-26, estabelecida no Estado de São Paulo, nos anos de 2017 e 2018, com enquadramento nos artigos 400 e 401 do RCIMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12: alínea “i”, do inc. II, do art. 16, art. 16-A, inc. V e § 1º, do art. 17 e inc. III, do art. 34, da Lei 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3ª, do Convênio ICMS 77/2011.

O sujeito passivo, às fls. 35/78 dos autos apresenta defesa administrativa, com documentos anexos, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

- **DOS FATOS**

Diz ter por objeto social, precipuamente, a fabricação de produtos químicos, petroquímicos, plásticos e resinas, produtos agropecuários, produtos farmacêuticos de uso humano, além de outras atividades correlatas, conforme previsto em seu Contrato Social, em que mantém estabelecimento no Município de Candeias/BA, no Pólo Industrial de Aratu, onde produz óxido de propeno e propileno glicol, ácido clorídrico, cloro-soda e percloroetileno, sendo certo que o desenvolvimento de tais produtos demanda o consumo de energia elétrica e atrai a incidência do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS).

Pontua que, na consecução de suas atividades econômicas, adquire diversos produtos necessários ao seu processo industrial, dentre os quais a energia elétrica para ser utilizada no seu processo produtivo.

Diante das características do consumo de energia elétrica em seu estabelecimento, optou por se tornar Consumidor Livre, nos termos dos Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/199, que destaca no formato de nota em sua peça de defesa.

Partindo da sua condição de consumidor livre, diz que celebra Contratos Bilaterais de Aquisição de Energia Elétrica de longo prazo (doc. 04), considerando um montante de consumo mesmo no caso de sua atividade industrial atingir um grau de plena ocupação, sendo que há meses em que isso não ocorre, razão pela qual o excedente de energia elétrica termina sendo objeto de contratos de cessão de montantes, cujas cessões são comprovadas pelas anexas notas fiscais de saída (doc. 05).

Diz que, considerando que a energia elétrica é um insumo que não pode ser estocado e, ainda, na forma da regulação setorial, cede o excesso de energia contratada, recuperando assim total ou parcialmente o custo de aquisição deste importante insumo de seu processo produtivo.

Consigna que, não obstante a regularidade com que conduz suas atividades foi surpreendida pela lavratura do auto de infração em referência, por meio do qual a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pretende a cobrança de supostos débitos de ICMS, do período de dezembro de 2017 a junho de 2018, bem como de agosto a outubro de 2018, no montante total de R\$4.138.093,16.

Como se lê do teor da suposta infração 01, diz que teria deixado de recolher o ICMS incidente sobre a entrada interestadual de energia elétrica em seu estabelecimento, adquirida no ambiente de Contratação Livre.

Registra que a origem da autuação fiscal é a suposta ausência de recolhimento do ICMS na aquisição interestadual de energia elétrica adquirida por meio de contrato bilateral no momento de sua entrada no estabelecimento da Impugnante, na forma do art. 400 do Decreto Estadual nº 13.780/12, que aprovou o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA), veja-se:

*“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.*

§ 1º Sem prejuízo das demais obrigações previstas na legislação, cabe ao consumidor:

I – emitir nota fiscal ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, emitir Nota Fiscal Avulsa, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao das operações, onde deverão constar:

a) como base de cálculo, o valor cobrado pelo gerador ou comercializador da energia elétrica e por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, ao qual deve ser integrado o montante do próprio imposto;

b) a alíquota aplicável;

c) o destaque do ICMS;

II – elaborar relatório mensal em que deverá constar:

a) a sua identificação com CNPJ e, se houver número de inscrição no Cadastro de Contribuintes;

b) o valor cobrado pelos geradores ou comercializadores da energia elétrica e pelas empresas transmissoras;

c) notas explicativas de interesse para a arrecadação e a fiscalização do ICMS.

§ 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.

§ 4º Revogado.”

Aduz que, ao utilizar a expressão “consumidor de energia elétrica”, o RICMS do Estado da Bahia

presume que a energia elétrica adquirida será consumida no estabelecimento adquirente, razão pela qual exige o recolhimento do ICMS quando da entrada no estabelecimento.

Ocorre, no entanto, que não houve o consumo da integralidade da energia elétrica adquirida. Em realidade, o excedente da energia elétrica entrada no seu estabelecimento foi objeto de cessão interestadual, de modo que não poderia se exigir o ICMS sobre tal parcela.

Em total demonstração de sua boa-fé, diz que reconhece que as Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores de energia elétrica foram emitidas com o CFOP nº 6.252 (*“venda de energia elétrica para estabelecimento indústria”*), o que justificou a presunção adotada pela fiscalização estadual de que a totalidade da energia elétrica adquirida seria utilizada no processo industrial da empresa (consumo) e, portanto, seria devido o ICMS sobre a totalidade da energia quando da entrada no seu estabelecimento.

Diz que não houve o consumo integral da energia elétrica adquirida em operação interestadual, mas, em realidade, operou-se a consequente comercialização do excedente que não foi consumido, razão pela qual não haveria incidência do ICMS, a teor do art. 3º, III, da LC 87/96 e do art. 3º, III, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Pontua que a fiscalização verificou que houve a comercialização do excedente de energia elétrica, tanto que o lançamento de ofício foi realizado somente em relação a tais parcelas. No entanto, provavelmente em razão do CFOP utilizado nas Notas Fiscais dos fornecedores, o Fisco Estadual entendeu pelo cabimento da autuação fiscal.

Entretanto, diz que, conforme será mais bem demonstrado, o auto de infração foi lavrado sobre premissa que não está em harmonia com a realidade das operações levadas a efeito, uma vez que o excedente de energia elétrica foi objeto de comercialização para empresas localizadas em outros Estados da federação, de forma que aplica-se a regra do art. 155, § 2º, X, ‘b’, da Constituição Federal de 1988, regulamentada pelo art. 3º, III, da LC 87/96 e, em nível estadual, repisada no art. 3º, III, da Lei Estadual nº 7.014/1996, as quais foram editadas justamente com o objetivo de favorecer o Estado onde ocorrerá o efetivo consumo da energia elétrica.

- *DAS RAZÕES DE IMPROCEDENCIA DA AUTUAÇÃO FISCAL*

03.1. DA REGRA CONSTITUCIONAL PARA O ICMS PREVISTA NO ART. 155, § 2º, X, “b”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DAS PREVISÕES CONTIDAS NA LEI COMPLEMENTAR 87/96 E NA LEI ESTADUAL 7.014/96. DA OPÇÃO DO LEGISLADOR CONSTITUINTE DE ESTABELECER A TRIBUTAÇÃO NO LOCAL DE CONSUMO DA ENERGIA ELÉTRICA

De início diz que é fundamental afastar a presunção de que a energia elétrica seria consumida pelo seu estabelecimento localizado no Pólo Industrial de Aratu somente porque foi dada entrada em determinada quantidade de energia elétrica com a utilização do CFOP nº 6.252, desconsiderando a realidade fática de que houve a efetiva comercialização do excedente, por meio de cessão de montante, que foi realizada com periodicidade quase que mensal, como se demonstra pela apresentação das Notas Fiscais de Venda (e correlatos relatórios da CCEE) (doc. 05).

Registra que, antes de adentrar na análise jurídica tributária, vale demonstrar o perfeito entendimento das operações realizadas. Como visto, preenchendo os requisitos dos Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95, optou por atuar no mercado como consumidor livre. Nesta condição, pode escolher seu fornecedor de energia elétrica por meio de livre negociação.

Com o advento da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013 e Portaria MME nº 185/2013, os consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95 foram autorizados a ceder, a preços livremente negociados, montantes de energia elétrica e de potência que sejam objeto de contratos de compra e venda registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Não obstante a sua denominação como “Cessão de Montante”, trata-se de contrato de revenda do excedente de energia oriunda do contrato original de aquisição.

Desta forma, diz que, sob ponto de vista fiscal, mormente em relação ao ICMS, a Cessão de Montante possui idêntico tratamento aplicável às compras e vendas de energia elétrica. Para fins

da presente Impugnação, os termos cessão; venda; comercialização são sinônimos e se referem à operação comercial subsequente com a energia elétrica.

Aduz que a parcela da energia elétrica adquirida e que terminou sendo cedida para empresas sediadas em outros Estados da Federação tem tratamento específico previsto no art. 155, § 2º, X, 'b', da CF/88, que assim dispõe *in verbis*:

“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;”

Consigna que, interpretando esta disposição constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que a não-incidência tem como objetivo favorecer o Estado de destino, de forma que a tributação sobre as operações interestaduais com petróleo, lubrificantes e energia elétrica estivessem dentro da competência tributária dos Estados destinatários de tais mercadorias. Destaca a decisão RE 198088, do Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2000, DJ 05-09-2003 PP-00035 EMENT VOL-02122-03 PP-00618, que diz ter sido reiterado em diversas decisões do STF (RE 338681 AgR-ED, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, RE 296199 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI e RE 1055486 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX)

Diz que, no intuito de regulamentar o comando constitucional, inclusive sob o enfoque do art. 146, III, 'a', da CF/88, a Lei Complementar nº 87/96, dispõe que:

“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.”*

E ainda:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

*III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, **quando destinados à industrialização ou à comercialização**;*”

Assim, diz que, a interpretação prevalecente da LC nº 87/96 é no sentido de que a não incidência do ICMS nas operações interestaduais terá aplicação quando a própria mercadoria for destinada à industrialização ou à comercialização. “*In casu*”, aduz que houve a efetiva e real comercialização da própria energia elétrica em operação interestadual, de modo que fica evidente que o excedente comercializado para destinatários em outras unidades da Federação não pode sofrer a incidência do ICMS, seja na sua entrada ou subsequente saída, como pretende o Estado da Bahia.

Pontua que a regra do inciso III do parágrafo 1º do artigo 2º da LC nº 87/96 tem de ser interpretada em conjunto com o que dispõe o artigo 3º, III, da mesma LC, de modo que a incidência sobre a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento está adstrita a parcela da energia elétrica efetivamente consumida no seu estabelecimento, inclusive como diz advertir Antonio Ganim (*In*

ICMS no Setor Elétrico Brasileiro. Synergia Editora. 2018. p. 43)

“(…) Dessa forma, depreende-se que no Ordenamento Jurídico Pátrio, se consolidou o entendimento da norma prevista no art. 2º, § 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/1996, no sentido de que haja incidência do ICMS, nas operações interestaduais com energia elétrica, tendo como fato gerador a entrada no território do Estado destinatário, quando esta não se destinar à comercialização ou à industrialização no estabelecimento adquirente”.

Registra que tal conclusão está expressa no inciso III do artigo 2º da Lei Estadual nº 7.014/96, veja-se:

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

III - a 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).”

Diz que este é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: TJBA, 4ª Câmara Cível, Classe: Apelação, Número do Processo: 0521771-71.2014.8.05.0001, Relator: JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO, Publicado em: 20/04/2016. Também diz que o próprio CONSEF já decidiu que o ICMS incide apenas se restar comprovado que houve o consumo da energia elétrica pelo estabelecimento, na forma decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF nº 0225-04/18 – Auto de Infração nº 298958.0013/18-9.

Por tudo isso diz que é aplicável o inciso III do artigo 2º da Lei Estadual nº 7.014/96, segundo o qual não há incidência do ICMS nas entradas de energia elétrica no estabelecimento da Impugnante relativamente à parcela da energia cedida (revendida) e, portanto, que não foi por ela consumida.

Por fim diz que, do mesmo modo, uma vez que cedeu as sobras de energia elétrica para outras empresas localizadas em outros Estados da federação, é evidente que as vendas do excedente de energia elétrica se enquadram no conceito de operação interestadual de comercialização de energia elétrica, portanto, fora do campo de incidência do ICMS, nos termos do inciso III do artigo 3º da Lei Estadual nº 7.014/96.

03.2. DA COMPROVAÇÃO DA VENDA DO EXCEDENTE DE ENERGIA ELÉTRICA EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL

Diz que o artigo 8º, IV, do Decreto Estadual nº 7.629/99, estabelece que a Impugnante deve indicar os meios de prova pelos quais pretende provar as suas alegações.

No presente caso, em primeiro lugar, requer o cotejo das notas fiscais de aquisição de energia elétrica (doc. 06) com as notas fiscais de cessão (doc. 05), para comprovar que houve a comercialização do EXCEDENTE de energia elétrica, proveniente de Contrato Bilateral, cuja quantidade (em MWh) que não foi integralmente consumida no seu estabelecimento.

Para permitir a fácil compreensão da realidade fática evidenciada, diz que anexa os relatórios da CCEE, que comprovam as alienações dos excedentes de energia elétrica para terceiros localizados em outras unidades da Federação (doc. 07).

Além disso, aduz que, a análise das notas fiscais de venda do excedente de energia elétrica emitidas permite identificar que as vendas foram realizadas para destinatários localizados em outras unidades da Federação (portanto, operações interestaduais), razão pela qual aplica-se a disciplina do art. 155, § 2º, X, ‘b’, da Constituição Federal; art. 3º, III, da LC 87/96 e art. 3º, III, da Lei Estadual nº 7.014/96, comprovando-se que o Estado da Bahia não tem competência tributária para cobrar o ICMS relativamente às entradas e saídas subsequentes interestaduais de energia elétrica realizadas pela Impugnante.

Com o objetivo de facilitar a pronta visualização das informações relacionadas às operações de compra de energia elétrica e da venda do respectivo excedente a empresas localizadas fora do Estado da Bahia, diz reproduzir, por competência, (i) os relatórios emitidos pela CCEE, que detalham tais operações, e (ii) as Notas Fiscais de venda correspondentes que indicam o estado da

Federação em que se localizam as compradoras.

Pontua que, tais documentos – emitidos pela CCEE e pelo próprio sistema eletrônico da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – são mais do que suficientes para demonstrar que, no caso em tela, a autuação partiu de premissa equivocada, desconsiderando a realidade fática que se apresentava no período autuado.

Às fls. 54/74 dos autos traz, por mês de competência da autuação, as informações relacionadas às operações de compra de energia elétrica e da venda do respectivo excedente a empresas localizadas fora do Estado da Bahia.

Neste contexto, diz que se faz necessária a conversão do julgamento em diligência para que a fiscalização retorne ao seu estabelecimento para analisar os documentos e solicitar esclarecimentos, de modo a cancelar o lançamento tributário na medida em que o excedente de energia elétrica foi revendido para terceiros em outros Estados da federação. Destaca o art. 7º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

- *DO PEDIDO*

Diante do exposto, respeitosamente, requer o conhecimento e o provimento da presente Impugnação para:

- i. em benefício da legalidade da atuação da administração tributária, determinar a conversão do julgamento em diligência, de modo que a fiscalização estadual possa verificar, inclusive com solicitação de documentação adicional se assim entender, que o excedente de energia foi objeto de operação de comercialização interestadual feita pela Impugnante, o que afasta a incidência do ICMS a teor do art. 2º, III, da Lei Estadual nº 7.014/96; e
- ii. ainda que não seja determinada a conversão do julgamento em diligência, que seja integralmente cancelada a autuação fiscal em comento, posto que a presunção baseada no CFOP informado nas notas fiscais de aquisição de energia se mostra falha e descasada da realidade fática, tendo em vista que não houve o consumo de toda a energia elétrica adquirida, sendo certo que o excedente foi objeto de operação de cessão interestadual feita pela Impugnante, o que afasta a incidência do ICMS a teor do art. 2º, III, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Os Autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 224/227 dos autos, assim expõe:

Dizem que Contribuinte Autuado baseia sua Defesa entendendo que não incide o ICMS sobre a energia elétrica não consumida, ou seja, referente às parcelas excedentes. Também, erroneamente presume que o Fisco, baseado no CFOP 6.252 - *Venda de energia elétrica para estabelecimento industrial*, concluiu que toda energia elétrica contratada, foi efetivamente consumida.

Registram que as premissas da Defesa, não ocorreram. Diz que esta Fiscalização não está acusando o contribuinte de ter consumido toda a energia, nem tão pouco, contestando que não houve a revenda das parcelas de energia elétrica não consumidas.

Registram que a legislação do ICMS, determina que se pague o imposto, na entrada, sobre o total da energia elétrica contratada, representadas pelas notas fiscais elencadas, na planilha analítica, fl. 18, independentemente se esta energia foi consumida integralmente ou não. Diz que a revenda da parte não consumida, já é outro momento, ou seja, outro fato gerador.

Observam que, na legislação do ICMS, não existe a previsão legal de isentar o Contribuinte pela parcela não consumida, e revendida posteriormente.

Dizem que o legislador determinou de forma clara e inequívoca, que o ICMS que incide sobre a energia elétrica, nas entradas interestaduais, deve ser pago integralmente sobre o total contratado, pois, esta questão do não consumo integral, em se tratando de energia elétrica, é de difícil controle para a fiscalização, pela própria natureza intrínseca de suas propriedades, por exemplo, de ser intangível, tornando complexo o seu controle em termos quantitativos.

Após destacar o embasamento legal da autuação, dizem que existe o Parecer nº 10.149/2017 da

DITRI, determinando que se pague, na entrada, toda energia adquirida de outros estados da federação, mesmo que não seja consumida integralmente pelo Contribuinte.

Do exposto, em conclusão, quanto ao pedido de Diligência, dizem que é descabida, tendo em vista que esta fiscalização, em nenhum momento, afirmou que o Contribuinte consumiu no seu processo industrial, esta parcela excedente de energia que foi posteriormente revendida.

Em seguida, dizem que ratificam que a legislação do ICMS determina que se pague o imposto, na entrada, sobre o total da energia elétrica contratada, independentemente se esta energia tenha sido consumida integralmente ou não.

Face ao exposto, mantém na íntegra o ICMS reclamado no valor de R\$4.138.093,16.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$4.138.093,16 incidente sobre a entrada de Energia Elétrica no estabelecimento do Contribuinte Autuado, a DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, 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, relativo as notas fiscais constantes do demonstrativo de débito de fls. 18 dos autos, emitidas pela empresa BANCO BTG PACTUAL S.A., CNPJ/MF 30.306.294/0002-26, estabelecida no Estado de São Paulo, nos anos de 2017 e 2018, com enquadramento nos artigos 400 e 401 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, alínea “i”, do inc. II, do art. 16, art. 16-A, inc. V e § 1º, do art. 17 e inc. III, do art. 34, da Lei nº 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3ª, do Convênio ICMS 77/2011.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que, na consecução de suas atividades econômicas, adquire diversos produtos necessários ao seu processo industrial, dentre os quais a energia elétrica para ser utilizada no seu processo produtivo.

Neste contexto, diante das características do consumo de energia elétrica em seu estabelecimento, diz ter optado por se tornar Consumidor Livre, nos termos dos Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/199, que destacou no formato de nota em sua peça de defesa as 37 e 38 dos autos.

Partindo da sua condição de consumidor livre, pontua que celebra Contratos Bilaterais de Aquisição de Energia Elétrica de longo prazo com a BTG PACTUAL COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA de fls. 102/135 (Doc. 04), considerando um montante de consumo mesmo no caso de sua atividade industrial atingir um grau de plena ocupação, sendo que há meses em que isso não ocorre, razão pela qual o excedente de energia elétrica termina sendo objeto de contratos de cessão de montantes, cujas cessões são comprovadas pelas anexas notas fiscais de saída de fls.135/192 (Doc. 05).

Diz que, considerando que a energia elétrica é um insumo que não pode ser estocado e, ainda, na forma da regulação setorial, cede o excesso de energia contratada, recuperando assim total ou parcialmente o custo de aquisição deste importante insumo de seu processo produtivo.

Consigna que, não obstante a regularidade com que conduz suas atividades, foi surpreendida pela lavratura do auto de infração em referência, por meio do qual a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pretende a cobrança de supostos débitos de ICMS, do período de dezembro de 2017 a junho de 2018, bem como de agosto a outubro de 2018, no montante total de R\$ 4.138.093,16.

Como se lê do teor da suposta infração 01, diz que teria deixado de recolher o ICMS incidente sobre a entrada interestadual de energia elétrica em seu estabelecimento, adquirida no ambiente de Contratação Livre.

Registra que a origem da autuação fiscal é a suposta ausência de recolhimento do ICMS na aquisição interestadual de energia elétrica adquirida por meio de contrato bilateral no momento de sua entrada no estabelecimento da Impugnante, na forma do art. 400 do Decreto Estadual nº 13.780/12, que aprovou o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA), vigente à época

dos fatos, veja-se:

“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.

Aduz que, ao utilizar a expressão “consumidor de energia elétrica”, o RICMS (art. 400) do Estado da Bahia presume que a energia elétrica adquirida será consumida no estabelecimento adquirente, razão pela qual exige o recolhimento do ICMS quando da entrada no estabelecimento.

Diz, no entanto, que não houve o consumo da integralidade da energia elétrica adquirida. Em realidade, o excedente da energia elétrica entrada no seu estabelecimento foi objeto de cessão interestadual, de modo que não poderia se exigir o ICMS sobre tal parcela.

Em total demonstração de sua boa-fé, diz que reconhece que as Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores de energia elétrica foram emitidas com o CFOP nº 6.252 (“venda de energia elétrica para estabelecimento industrial”), o que entende ter justificado a presunção adotada pela fiscalização estadual de que a totalidade da energia elétrica adquirida seria utilizada no processo industrial da empresa (consumo) e, portanto, seria devido o ICMS sobre a totalidade da energia quando da entrada no seu estabelecimento.

Todavia, afirma que não houve o consumo integral da energia elétrica adquirida em operação interestadual, mas, em realidade, operou-se a consequente comercialização do excedente que não foi consumido, razão pela qual não haveria incidência do ICMS, a teor do art. 3º, III, da LC 87/96 e do art. 3º, III, da Lei Estadual nº 7.014/96, veja-se:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração;” (Grifos acrescidos)

Pontua que a fiscalização verificou que houve a comercialização do excedente de energia elétrica, tanto que o lançamento de ofício foi realizado somente em relação a tais parcelas. No entanto, provavelmente em razão do CFOP (“6.252-Venda de energia elétrica para estabelecimento industrial”) utilizado nas Notas Fiscais dos fornecedores, o Fisco Estadual entendeu pelo cabimento da autuação fiscal.

Os Autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 224/227 dos autos, dizem que o Contribuinte Autuado baseia sua Defesa entendendo que não incide o ICMS sobre a energia elétrica não consumida, ou seja, referente às parcelas excedentes. Também, erroneamente presume que o Fisco, baseado no “CFOP 6.252- Venda de energia elétrica para estabelecimento industrial”, concluiu que toda energia elétrica contratada, foi efetivamente consumida.

Registraram os Autuantes que as premissas da Defesa não ocorreram. Disseram que a Fiscalização não está acusando o Autuado de ter consumido toda a energia, nem tampouco, contestando que não houve a revenda das parcelas de energia elétrica não consumidas.

Consignaram, os Autuantes, que a legislação do ICMS, determina que se pague o imposto, na entrada, sobre o total da energia elétrica contratada, representadas pelas notas fiscais elencadas, na planilha analítica, fl. 18, independentemente se esta energia foi consumida integralmente ou não. Dizem que a revenda da parte não consumida, já é outro momento, ou seja, outro fato gerador. Observam, também, que, na legislação do ICMS, não existe a previsão legal de isentar o ccontribuinte pela parcela não consumida, e revendida posteriormente.

Neste sentido, de tudo até posto no presente voto, vê-se que a lide, objeto da autuação, trata-se da cobrança de ICMS sobre a energia adquirida pela DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, nos termos dos Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/199, relativo ao excedente da

energia elétrica entrada no seu estabelecimento, que foi objeto de cessão interestadual com natureza de operação de “*venda de energia elétrica para distribuição ou comercialização/industrialização (CFOP 6.251 e CFOP 6.252)*”, conforme se pode observar da descrição dos campos competentes nas cópias impressas das notas fiscais de saídas de fls. 136/192, originárias das notas fiscais de entradas constantes da planilha analítica de fl. 18 dos autos, que fundamentam a autuação.

Neste contexto, passo então a posicionar sobre o objeto da presente autuação, tomando como referência o entendimento deste próprio Julgador Relator no voto exposto no Acórdão 1ª JF N° 0184-01/18, mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF N° 0304-12/19, relativo ao PAF A. I. N° 206986.0002/18-5, conforme a seguir:

A Lei de regência nacional do ICMS (LC n° 87/96) prescreve em seu art. 2º, § 1º, III, o seguinte:

§ 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.

Essa mesma Lei em seu art. 12º, inc. XII, com a redação dada pela LC 102, de 11.7.2000, traz a seguinte orientação quanto à ocorrência do fato gerador do ICMS na entrada de “energia elétrica” oriunda de outro Estado da Federação:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (Redação dada pela LCP n° 102, de 11.7.2000) (Grifos acrescidos)

Neste contexto, a questão que se sobrepõe nos autos diz respeito à extensão do conceito de “comercialização” e “industrialização” referido nos dispositivos acima. Os Estados, incluindo aqui especificamente o Estado da Bahia, entendem que a exclusão de incidência do imposto determinada sobre “energia elétrica”, compreende apenas as entradas interestaduais destinadas à comercialização ou à industrialização da própria energia elétrica adquirida, e não àquelas destinadas à industrialização de outros produtos.

O termo comercialização deriva do conceito latim *commercium* e refere-se à negociação que tem lugar na hora de comprar ou vender gêneros/bens e mercadorias, por sua vez o entendimento do termo industrialização pode ser retirado da interpretação literal do parágrafo único, do art. 46 do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual, para fins de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), “*considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para consumo*”.

Extraí-se desses conceitos, que somente se pode considerar a entrada de energia no território deste Estado imune de incidência do ICMS (art. 2º, § 1º, III, da LC n° 87/96) a destinada à comercialização, isto é, à (re)venda da energia adquirida, que é o caso em tela, e a entrada de energia destinada à “industrialização” da própria energia, isto é, a energia elétrica que seja submetida a alguma operação que lhe modifique a própria natureza ou finalidade; ou ainda, aquela que aperfeiçoe a própria energia para (re)venda.

Por conseguinte, as operações em que a “energia elétrica” seja destinada a emprego em processo industrial de outros produtos e não dela própria, que não é objeto da presente autuação, nem tampouco de controvérsia entre as partes, não são consideradas imunes pela LC n° 87/96, na forma do art. 2º, § 1º, inc. III, em relação às entradas decorrentes de operações interestaduais. Este é o entendimento que vem prevalecendo nas decisões deste Conselho de Fazenda Estadual.

Aliás, em que pese não seja um entendimento uniforme no âmbito nacional em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dado a ajuizamentos de algumas decisões administrativas estaduais desfavoráveis ao Contribuinte do ICMS em relação a essa matéria, a 1ª turma do STJ,

através do Recurso Especial 1.340.323/RS, de 6/8/2013, (Relator Ministro Ari Pargendler), entendeu que os Fiscos Estaduais podem exigir o ICMS nas operações interestaduais com energia elétrica quando o adquirente utiliza a energia para consumo em processo de industrialização e comercialização de produto que não seja a própria energia. Nessa mesma linha, há o precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), através do Recurso Especial nº 198.088/SP, DJ de 05.09.2003, relator o Ministro Ilmar Galvão.

Na realidade, o que se interpreta das disposições da Lei de regência nacional do ICMS (LC nº 87/96, art. 2º, § 1º, III; c/c art.12, inc. XII) acima destacados, é de que a entrada de energia elétrica oriunda de outras Unidades da Federação, não tem incidência do ICMS por ocasião da entrada, quando destinada à comercialização ou à industrialização da própria energia elétrica; e não àquelas operações destinadas ao consumo do estabelecimento com fulcro à industrialização de outros produtos.

Pois bem! Em relação aos termos da defesa, quanto à incidência do ICMS 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, relativo as notas fiscais constantes do demonstrativo de débito de fls. 18 dos autos, ou seja, relativo a energia elétrica adquirida através das Notas Fiscais nºs 3055, 3456, 3871, 4428, 4906, 5394, 5874, 6916, 7434 e 7958 emitidas pela empresa BANCO BTG PACTUAL S.A., CNPJ/MF 30.306.294/0002-26, estabelecida no Estado de São Paulo, não há discordância em relação a incidência do imposto relativa a energia consumida em seu processo industrial, que, também, não é objeto de autuação.

Entretanto a discordância é sobre a acusação de que teria o Contribuinte Autuado, a DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, deixado de recolher, em sua totalidade, o ICMS incidente sobre as entradas de energia elétrica no seu estabelecimento, adquirida através das mesmas Notas Fiscais nºs 3055, 3456, 3871, 4428, 4906, 5394, 5874, 6916, 7434 e 7958 emitidas pela empresa BANCO BTG PACTUAL S.A., CNPJ/MF 30.306.294/0002-26, estabelecida no Estado de São Paulo, em que o sujeito passivo, afirma que não houve o consumo integral da energia elétrica adquirida em seu processo industrial, o que é atestado pelos Autuante.

Em realidade, o excedente da energia elétrica entrada no estabelecimento do Contribuinte Autuado, a DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, adquirida através das Notas Fiscais de entrada nºs 3055, 3456, 3871, 4428, 4906, 5394, 5874, 6916, 7434 e 7958 emitidas pela empresa BANCO BTG PACTUAL S.A., foi objeto de cessão interestadual, através operações de (re)venda por meio das Notas Fiscais de saída nºs 32158, 32159, 32160, 32188, 32190, 32386, 32387, 33358, 33360, 33891, 33893, 33997, 34471, 34932, 35318, 35319, 36294, 36848, 36853, 36971, 37636, 37637, 37638, 37640, 38249, 38250, 38264, 38305 e 38753, com natureza de operação de “*venda de energia elétrica (CFOP 6.251 e CFOP 6.252)*”, conforme se pode observar da descrição dos campos competentes nas cópias impressas dos documentos fiscais às fls. 136/192 dos autos, de modo que, de fato, como arguido pela defesa, não poderia se exigir o ICMS sobre tais operações por não haver incidência do ICMS, a teor do art. 3º, III; e art. 12º, inc. XII, da LC 87/96, acima exaustivamente recorrido, e agora, o art. 3º, III, da Lei Estadual nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, veja-se:

“Art. 3º O imposto **não** incide sobre:

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração;” (Grifos acrescidos)

Pontua o sujeito passivo que a Fiscalização verificou que houve a comercialização do excedente de energia elétrica, tanto que o lançamento de ofício foi realizado somente em relação a tais parcelas, como assim está posto no demonstrativo de débito da autuação à fl. 18 dos autos.

Vejo, portanto, que o Auto de Infração, em lide, foi lavrado, de fato, sobre premissa que não está em harmonia com a realidade das operações levadas a efeito, uma vez que o excedente de

energia elétrica foi objeto de comercialização para empresas localizadas em outros Estados da Federação, de forma que se deve aplicar a regra do art. 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal de 1988, regulamentada pelo art. 3º, III, da LC 87/96 e, em nível estadual, recepcionada pelo o art. 3º, III, da Lei Estadual nº 7.014/1996, as quais foram editadas justamente com o objetivo de favorecer o Estado onde ocorrerá o efetivo consumo da energia elétrica, ou seja, cumprir o ditame constitucional do direito ao ICMS incidente sobre operação com energia elétrica, isto é, na unidade Federação que de fato haja o consumo da energia elétrica.

É o que se observa do art. 155, § 2º, X, “b”, da CF/88, abaixo destacado:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

X - não incidirá:

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; (Grifos acrescidos)

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

VOTO DIVERGENTE/VENCEDOR

A acusação posta nos presentes autos assim se apresenta: “Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS no valor de R\$4.138.093,16 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, relativo as notas fiscais constantes do demonstrativo de débito de fls. 18 dos autos, emitidas pela empresa BANCO BTG PACTUAL S.A., CNPJ/MF 30.306.294/0002-26, estabelecida no Estado de São Paulo, nos anos de 2017 e 2018, com enquadramento nos artigos 400 e 401 do RCIMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12: alínea “i”, do inc. II, do art. 16, art. 16-A, inc. V e § 1º, do art. 17 e inc. III, do art. 34, da Lei 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3ª, do Convênio ICMS 77/2011”.

O autuado declarou que tem por objeto social, precipuamente, a fabricação de produtos químicos, petroquímicos, plásticos e resinas, produtos agropecuários, produtos farmacêuticos de uso humano, além de outras atividades correlatas, conforme previsto em seu Contrato Social, e que produz óxido de propeno e propileno glicol, ácido clorídrico, cloro-soda e percloroetileno, sendo certo que o desenvolvimento de tais produtos demanda o consumo de energia elétrica e atrai a incidência do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), sendo que, diante das características do consumo de energia elétrica em seu estabelecimento, optou por se tornar Consumidor Livre, nos termos dos Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/199. Portanto, não há dúvida de que o autuado adquiriu, em outra unidade da Federação, energia elétrica para utilização em seu processo produtivo retro mencionado, e não, destinada à comercialização.

E, nessa condição, o autuado obteve no decorrer dos exercícios de 2017 e 2018, energia elétrica oriunda do estado de São Paulo, para emprego a título de insumo em seu processo produtivo, entretanto, segundo o mesmo, não houve a utilização do total da energia elétrica adquirida, cujo quantitativo excedente da energia elétrica adquirida e não utilizada, foi objeto de sucessivas cessões interestadual com natureza de operação de venda de energia elétrica para distribuição ou comercialização/industrialização (CFOP 6.251 e CFOP 6.252).

Após esse preâmbulo, registro que ouse divergir do entendimento do ilustre Relator, apesar do seu bem elaborado e criterioso voto. Antes, porém, de adentrar ao exame do mérito propriamente dito da autuação, entendo, tal como o nobre Relator, que não é necessário a conversão dos autos

em diligência na medida em que já se encontram presentes todos os elementos necessários a formação do meu convencimento como julgador. Ademais, não houve por parte do autuado qualquer questionamento envolvendo a formação da base de cálculo ou a existência de qualquer equívoco por parte dos autuantes que repercutisse na fixação do valor exigido. A discussão reside apenas em se definir se a tributação incide sobre o total das aquisições de energia elétrica que foi adquirida ou, apenas, sobre a parcela que foi considerada como consumida, com exclusão da quantidade indicada como excedente.

Entendeu o nobre Relator que essa parcela excedente da energia elétrica não utilizada pelo autuado em seu processo produtivo, ao ser revendida para terceiro, localizado em outra unidade da Federação, não está sujeita a incidência do ICMS por se tratar de operações interestaduais com energia elétrica destinadas ao uso na industrialização:

“Art. 3º O imposto não incide sobre: (...)

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração;”

É justamente neste ponto que reside minha discordância em relação ao posicionamento do i. Relator. Isto porque, neste Auto de Infração não se exige imposto sobre operação de saída interestadual de energia elétrica. Ao contrário, a exigência recaiu exatamente sobre as parcelas relativas as aquisições interestaduais de energia elétrica (entradas) que foram obtidas pelo autuado, porém, os pagamentos referentes a totalidade das aquisições regularmente registradas não se efetivaram, ocorreram somente em relação a energia considerada como efetivamente consumida, enquanto que sobre a quantidade adquirida, porém dita excedente, não houve o pagamento do imposto quando da aquisição.

Não se pode perder de vista que a acusação tomou por base operações de aquisições de energia elétrica regularmente escrituradas pelo autuado e a exigência recaiu sobre os valores das notas fiscais constantes do demonstrativo de débito de fls. 18 dos autos, emitidas pela empresa BANCO BTG PACTUAL S.A., CNPJ/MF 30.306.294/0002-26, estabelecida no Estado de São Paulo, nos anos de 2017 e 2018.

Considero importante aqui pontuar, que os fatos apurados através do presente lançamento tributário, ocorreram praticamente durante 24 (vinte e quatro) meses consecutivos, portanto, nesta ótica, o autuado teve plenas condições de aferir a real quantidade de energia elétrica que necessitava adquirir, a fim de que não ocorresse excedentes mensais consecutivos e desnecessários.

Assim, entendo de suma importância consignar que o imposto incide sobre a entrada (aquisição) da energia elétrica adquirida através de notas fiscais de entradas (aquisições). Vejamos, pois, o que estabelece a legislação pertinente.

Inicialmente destaco o Convênio ICMS 77/11, citado pelos autuantes, que trata da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS em operações interestaduais no ambiente de contratação livre **na entrada da energia elétrica destinadas ao consumo final**:

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as sucessivas operações internas e interestaduais, correspondentes à circulação de energia elétrica, desde a sua importação ou produção até a última operação da qual decorra a sua saída com destino a estabelecimento ou domicílio onde deva ser consumida por destinatário que a tenha adquirido por meio de contrato de compra e venda firmado em ambiente de contratação livre, a:

I - empresa distribuidora que praticar a última operação em referência por força da execução de contratos de conexão e de uso da rede de distribuição por ela operada, firmados com o respectivo destinatário que deva se conectar àquela rede para fins do recebimento, em condições de consumo, da energia elétrica por ele adquirida de terceiros;

II - destinatário que, estando conectado diretamente à Rede Básica de transmissão, promover a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio para fins do seu próprio consumo.” (grifo acrescido).

Por igual, a Lei de regência nacional do ICMS (LC nº 87/96), prescreve em seu art. 2º, § 1º, III, a incidência do imposto **sobre a entrada** de energia elétrica no território do Estado:

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 acrescidos).

Também, esta mesma Lei estabelece em seu art. 12º, inc. XII, com a redação dada pela LC 102/00, de 11.7.2000, no tocante à ocorrência do fato gerador do ICMS na entrada de “energia elétrica” oriunda de outro Estado da Federação:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

*XII – da **entrada no território do Estado** de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)* (grifos acrescidos).

Já sob a ótica do Regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, estabelece em seu Art. 400:

*“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.* (grifo acrescido).

§ 1º Sem prejuízo das demais obrigações previstas na legislação, cabe ao consumidor:

I – emitir nota fiscal ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, emitir Nota Fiscal Avulsa, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao das operações, onde deverão constar:

a) como base de cálculo, o valor cobrado pelo gerador ou comercializador da energia elétrica e por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, ao qual deve ser integrado o montante do próprio imposto;

b) a alíquota aplicável;

c) o destaque do ICMS;

II – elaborar relatório mensal em que deverá constar:

a) a sua identificação com CNPJ e, se houver número de inscrição no Cadastro de Contribuintes;

b) o valor cobrado pelos geradores ou comercializadores da energia elétrica e pelas empresas transmissoras;

c) notas explicativas de interesse para a arrecadação e a fiscalização do ICMS.

§ 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.

Ainda este mesmo RICMS, em seu art. 332, XVI, no tocante ao prazo para recolhimento do ICMS, incidente nas aquisições de energia elétrica, assim dispõe:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

*XVI - tratando-se de energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, até o último dia útil do segundo mês subsequente **ao da entrada da energia elétrica no estabelecimento do adquirente**, inclusive em relação ao imposto devido pela conexão e uso do sistema de transmissão;* (grifo acrescido).

De maneira que, à luz do quanto acima exposto, não há qualquer previsão pela legislação tributária em vigor no sentido de que, nas aquisições de energia elétrica na situação posta nestes autos, o imposto deva ser recolhido apenas sobre a quantidade utilizada ou consumida, mas, a

incidência e o fato gerador se aplicam sobre a entrada de energia ocorrida no estabelecimento do adquirente para fim de emprego na industrialização de outros produtos, consoante pratica o autuado.

Convém aqui registrar que a jurisprudência mencionada pelo autuado, no meu entender, em nada lhe socorre, na medida que não reflete a real situação vivenciada nestes autos.

No tocante a citação do autuado de que o próprio CONSEF já decidiu que o ICMS incide apenas se restar comprovado que houve o consumo da energia elétrica pelo estabelecimento, na forma contida na decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF nº 0225-04/18 – Auto de Infração nº 298958.0013/18-9, não é esta a leitura que faço no inteiro teor do referido acórdão, de cuja decisão participei, na medida em que nesse julgamento não ocorreu situação de venda de energia elétrica adquirida para utilização no processo produtivo, tal como no presente caso, conforme se verifica na ementa abaixo transcrita:

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-04/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. Devidamente comprovado que a energia elétrica adquirida é para fins de consumo por parte da empresa autuada/adquirente da mesma, a operação deve sofrer incidência do ICMS. Negado o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

Em face do quanto acima exposto, com a devida vênia, deixo de acompanhar o entendimento esposado pelo i. Relator e voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206986.0004/19-6**, lavrado contra **DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.138.093,16**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões de CONSEF, em 14 de julho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA