

|            |  |
|------------|--|
| PROCESSO   | - A. I. N° 206986.0004/19-6                                  |
| RECORRENTE | - DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. |
| RECORRIDA  | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL                                   |
| RECURSO    | - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0128-04/20          |
| ORIGEM     | - IFEP INDÚSTRIA   |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET 13/09/2021  |

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0207-12/20-VD

**EMENTA:** ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. AMBIENTE DE CONTRATACÃO LIVRE – ACL. EMPREGO NO PROCESSO PRODUTIVO. RECOLHIMENTO PARCIAL DO IMPOSTO. O Auto de Infração, em lide, foi lavrado, de fato, sob a premissa de 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 da Federação que de fato haja o consumo da energia elétrica. Tratando-se de energia elétrica, só ocorre fato gerador do ICMS quando do efetivo consumo desta por parte do consumidor, sendo que a base de cálculo do referido tributo, é constituída apenas pela energia realmente consumida. Nesta linha de pensamento, exclui-se a possibilidade do ICMS incidir sobre a “demanda contratada”, pois a mercadoria (energia elétrica), não foi efetivamente consumida. Acusação insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 24/09/2019, no valor histórico de imposto de R\$4.138.093,16, seguido de multa de 60%, onde acusa o contribuinte de:

*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 3º, do Convênio ICMS 77/2011.*

O sujeito passivo, às fls. 35/78 dos autos apresentou defesa administrativa, com documentos anexos, na qual impugna o Auto de Infração, e os autuantes, em sua informação fiscal, às fls.

224/227 dos autos, mantiveram o lançamento em sua integralidade. A Junta decidiu conforme os seguintes fundamentos, sendo que o Relator foi vencido em voto divergente:

**VOTO VENCIDO**

*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 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 nº 7.014/96, c/c Cláusula 1ª, 2ª e inciso I da Cláusula 3º, 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 9.074/1999, 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, de acordo com o 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 contribuinte 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 esposado no Acórdão 1ª JJF Nº 0184-01/18, mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0304-12/19, relativo ao PAF A. I. Nº 206986.0002/18-5, conforme a seguir:

A Lei de regência nacional do ICMS (LC nº 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 nº 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”.

Extrai-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 nº 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 nº 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, de acordo com o art. 3º, III; e art. 12º, inc. XII, da LC 87/96, acima exaustivamente discorrido, 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 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 da 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 3º 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 9.074/1999. 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 interestaduais 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 ouso 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.

Nas razões recursais apresentadas às fls. 280/312, o Recorrente diz o seguinte:

Inicialmente, que fabrica produtos químicos, petroquímicos, plásticos e resinas, produtos agropecuários, produtos farmacêuticos de uso humano, além de outras atividades correlatas, conforme previsto em seu Contrato Social, sendo que mantém estabelecimento no Município de Candeias/BA, no Polo Industrial de Aratu, onde produz óxido de propeno e propilenoglicol, 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).

Reputa que na execução 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 e 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 9.074/1995.

Salienta que a sua condição de consumidor livre, 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 que instruiu a Impugnação). E 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.

Destaca que foi surpreendida pela lavratura do auto de infração em referência, por meio do qual a SEFAZ-BA 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**, tendo origem 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 Recorrente, na forma do art. 400 do Decreto Estadual nº 13.780/12 (reproduzida), que aprovou o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA).

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

Explica que não houve o consumo da integralidade da energia elétrica adquirida pela Recorrente. Em realidade, o excedente da energia elétrica entrada no estabelecimento da Recorrente foi objeto de cessão interestadual, de modo que não poderia se exigir o ICMS sobre tal parcela. Todavia, em total demonstração de sua boa-fé, a Recorrente reconheceu por ocasião da apresentação de sua Impugnação 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 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 estabelecimento da Recorrente.

Destaca 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, em conformidade com o art. 3º, III da LC 87/96 e do art. 3º, III da Lei Estadual nº 7.014/96.

Disse 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.

Pontua que na 4ª JJF inaugurou a divergência, na qual foi seguida pela terceira Julgadora integrante do colegiado, entendeu que a cobrança não foi sobre a operação de saída interestadual de energia, mas sobre as aquisições realizadas (entradas) e os pagamentos correspondentes. Além disso, continua, ao longo de 24 (vinte e quatro meses), a Recorrente teria tido a possibilidade de apurar o montante de energia necessária, “*a fim de que não ocorresse excedentes mensais consecutivos e desnecessários (sic)*”.

Acrescenta que Presidente concluiu que não haveria previsão na 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 adquirente para fim de emprego na industrialização de outros produtos, consoante pratica o autuado*”.

Pede pela reforma da decisão de Primeira Instância, dando Provimento a este Recurso, pelas razões:

Afirma que na peça defensiva há comprovação documental de equívoco da premissa adotada pela autuação fiscal, no sentido de que a energia elétrica seria integralmente consumida pelo seu estabelecimento localizado no Polo 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 com empresas localizadas em outras Unidades da Federação, que foi realizada com periodicidade quase que mensal, como demonstrado pelas Notas Fiscais de Venda (e respectivos relatórios da CCEE) (doc. 05 que instruiu a Impugnação).

Complementa que a questão fática era essencial para que pudesse ser dado o tratamento jurídico adequado à matéria, este, por sua vez, mais simples, posto que amparado na legislação – Lei Estadual, Lei Complementar de normas gerais e Constituição Federal – e na jurisprudência. Entretanto, para sua surpresa, mesmo confirmado o quadro fático, o tratamento jurídico, de maneira pouco usual, foi dado em desconsideração à legislação que rege a matéria, razão pela qual a Recorrente passa a dele tratar.

Ressalta, que diante da divergência inaugurada na 4ª JJF, se deu sob o fundamento de que a cobrança do ICMS objeto do Auto de Infração não foi sobre a operação de saída interestadual de energia, mas sobre as aquisições realizadas (entradas) e os pagamentos correspondentes – desconsiderando que a saída em operação interestadual posterior é exceção expressamente prevista à regra.

Acrescenta, que ao longo de 24 (vinte e quatro) meses, a Recorrente teria tido a possibilidade de apurar o montante de energia necessária, “*a fim de que não ocorresse excedentes mensais consecutivos e desnecessários (sic)*”. E que desconsidera por completo a realidade de qualquer empresa com atividade industrial, na medida em que não há como estabelecer com exatidão a quantidade de energia elétrica que será consumida mensalmente, tendo em vista não apenas questões operacionais, tais como nível de demanda de seus clientes, paralisação do processo industrial para correção de falhas, manutenção de máquinas etc., mas questões de mercado e regulatórias expedidas pelas agências competentes.

Pontua que, com o advento da Lei nº 12.783/2013 e da Portaria MME nº 185/2013, a Recorrente, como os consumidores como ela enquadrados, 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.

Assinala 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. Assim, no presente contexto, os termos cessão; venda; comercialização são sinônimos e se referem à operação

comercial subsequente com a energia elétrica.

Discorre que em decorrência, e com autorização para tanto, realizou a cessão da parcela da energia elétrica adquirida para empresas sediadas em outros Estados da Federação. Reproduz o art. 155, § 2º, X, ‘b’ da CF/88, e disse que ao interpretar a 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. Observa que as decisões do STF são muito claras, no sentido de que a competência para tributar é do Estado de destino, onde estiver localizado o consumidor final da energia elétrica, conforme o art. 146, III, ‘a’ da CF/88, a Lei Complementar nº 87/96 (reproduzido).

Sustenta, que a interpretação prevalecente da LC 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*, 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.

Destaca, 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 estabelecimento da Recorrente está (como esteve e foi objeto de tributação pelo ICMS) adstrita a parcela da energia elétrica efetivamente consumida no seu estabelecimento. Cita advertência de Antonio Ganim e transcreve o inciso III, do artigo 2º, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Junta 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*), sendo que decidiu que o ICMS incide apenas se restar comprovado que houve o consumo da energia elétrica pelo estabelecimento.

Salienta, que não faz qualquer sentido, seja do ponto de vista operacional, seja do ponto de vista jurídico, o v. acórdão de primeiro grau sustentar que não se cobra o ICMS pela saída interestadual, mas pela sua entrada, na medida em que a própria legislação que rege a matéria é clara ao prever que não se aplica a tributação na entrada quando a energia é comercializada em operação interestadual, tal como aqui ocorre, o que leva à completa ausência do Estado da Bahia para realizar a tributação na forma pretendida, como foi bem apreendido pelo Julgador Relator, que, infelizmente, restou vencido.

Destaca, que os registros referentes às operações com energia elétrica somente ocorrem após o seu consumo. Com efeito, consoante o art. 117 do RICMS/BA, a nota fiscal relativa ao fornecimento, deve ser emitida considerando o consumo mensal apurado. No mesmo sentido, o art. 401 do mesmo RICMS/BA, dispõe que a nota fiscal para recolhimento do ICMS pelo consumidor livre que adquiriu energia interestadual destinada ao seu consumo, será emitida até o último dia útil do segundo mês subsequente ao das operações.

Contesta, que se tem o momento da emissão dos documentos fiscais e recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de energia destinada à industrialização, sendo que os agentes (fornecedor e consumidor), já conhecem o montante efetivamente consumido e aquele que foi cedido a terceiros por meio da Cessão de Montantes.

Afirma 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 Recorrente relativamente à parcela da energia cedida (revendida) e, portanto, que não foi por ela consumida.

Confirma 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.

Refuta, que acórdão de Primeira Instância não faça qualquer questionamento quanto à realidade fática, dando atenção apenas ao tratamento jurídico da matéria, assim pede vênia para trazer a V. Sas. a demonstração da venda do excedente da energia elétrica em operação interestadual.

Aponta, que no cotejo das notas fiscais de aquisição de energia elétrica (doc. 06 que instruiu a Impugnação), com as notas fiscais de cessão (doc. 05 que instruiu a Impugnação), comprova que houve a comercialização do EXCEDENTE de energia elétrica, proveniente de Contrato Bilateral, cuja quantidade (em MWh), que não foi integralmente consumida no estabelecimento da Recorrente.

E que para permitir a fácil compreensão da realidade fática, anexou os relatórios da CEE, que comprovam as alienações dos excedentes de energia elétrica para terceiros localizados em outras Unidades da Federação (doc. 07 que instruiu a Impugnação).

Ressalta, que na análise das notas fiscais de venda do excedente de energia elétrica emitidas pela Recorrente permitiu 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, tal qual entendeu o Julgador Relator da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

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, reproduz, 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.

Assinala 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, *in casu*, a autuação partiu de premissa equivocada, desconsiderando a realidade fática que se apresentava no período, exemplo:

COMPETÊNCIA DEZEMBRO/2017 – afirma que efetivou a compra de energia elétrica do Agente Comercializador da Energia do PROINFA – ACEP e do Banco BTG Pactual, tendo realizado a venda do respectivo excedente às empresas COMERC Comercializadora de Energia Ltda. (São Paulo), Nova Energia Comercializador S.A. (São Paulo), e Statkraft Energia do Brasil Ltda. (Santa Catarina), sendo repetidos em outros meses, aqui retirados, por uma questão de espaço.

Assinala, que efetivou a compra de energia elétrica do Agente Comercializador da Energia do PROINFA – ACEP, do Banco BTG Pactual e da Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF, tendo realizado a venda do respectivo excedente ao Banco BTG Pactual (SP). Situações semelhantes à presente ocorreram em quase todos os meses que foram objeto da autuação fiscal em questão. De toda forma, caso esse E. Conselho entenda necessária a melhor apuração do ocorrido, far-se-á necessária a conversão do julgamento em diligência para que a fiscalização retorne ao estabelecimento da Recorrente 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.

Reproduz o Decreto Estadual nº 7.629/99, que traz as seguintes previsões acerca da realização de diligências.

Discorre, que dúvida poderá ocorrer diante do elevado volume de notas fiscais de entrada e saída envolvendo a matéria, objeto da autuação fiscal em tela, de modo que, caso haja qualquer necessidade de esclarecimento fático, mostra-se razoável e, mais do que isso, aconselhável que o processo seja convertido em diligência para o que o auditor fiscal estadual possa analisar toda a documentação com parcimônia, inclusive solicitar esclarecimentos adicionais à Recorrente, tudo em prol do princípio da verdade material.

Destaca novamente, que o julgamento do Processo Administrativo Fiscal deve ser pautado pela busca da verdade material, relacionado aos fatos jurídicos que originaram a instauração do processo administrativo. Reitera que o princípio da verdade material representa a busca dos fatos ocorridos que estejam mais próximos da realidade, de forma que, quando da análise do processo administrativo, devem ser considerados todos os fatos e provas, capazes de confirmar o posicionamento do fisco ou o cancelamento de autuação fiscal. Isso porque é por meio das provas que os fatos jurídicos que ocasionaram a autuação podem ser esclarecidos, de modo a elidir as presunções da autuação.

Salienta, que o STF reforçou o racional de que o ICMS somente incide sobre a parcela da energia elétrica efetivamente consumida, ao apreciar o RE nº 593.824/SC, com repercussão geral, sendo que o STF foi claro a afirmar que somente incide ICMS sobre a parcela da energia elétrica efetivamente consumida.

Sustenta, que realizou a cessão de montante interestadual do excedente de energia elétrica, sendo forçoso reconhecer a improcedência da autuação fiscal. Pede pelo Provimento do Recurso Voluntário.

O processo foi pautado para julgamento na 2ª CJF, contudo na sessão do dia 23.11.2020, a 2ª Câmara decidiu por converter o processo em diligência à PGE /PROFIS, conforme fls.321/28, onde foram reproduzidos os 2 votos de primeira instância, e o TEMA 176 do STF, cujo texto diz que **HÁ INCIDÊNCIA APENAS SOBRE O CONSUMO EFETIVO**, para se pronunciar a respeito da questão jurídica em discussão.

Às fls. 333/335, a douta PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador, Dr. José Augusto Martins Jr, opinou nos seguintes termos em resumo:

Que conforme o disposto na Resolução ANEEL nº 414, de 09.09.2010, a demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em Kw.

Transcreve trechos da LC nº 87/96, em que o art. 12, XXII, diz que se considera ocorrido o fato gerador do imposto, no momento da entrada no território do Estado, de lubrificantes, combustíveis, derivados de petróleo, e energia elétrica oriundos de outro estado, quando não destinados à comercialização ou industrialização.

Que sendo o marco temporal do fato gerador as entradas no território do Estado do adquirente, não se têm como descortinar a prior, a utilização da energia pelo fabricante, sob pena de um clássico exercício de futurologia. Assim, não há como se estabelecer que a incidência do imposto com seu correlato recolhimento, esteja atrelada ao consumo ou não da mesma pelo destinatário.

Destarte, com a devida vênia ao voto vencido da decisão da 4ª JJF, comunga integralmente com as razões do voto vencedor, no sentido de que a norma complementar não estabeleceu qualquer restrição quanto à incidência na entrada da energia elétrica em outra Unidade da federação apenas sobre a quantidade utilizada.

Quanto ao TEMA 176 do STF, com repercussão geral, que diz exatamente o contrário, não se pronunciou.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, acerca de decisão não unânime da primeira instância deste Conselho de Fazenda, em que o Relator teve voto vencido, em divergência de outro integrante da Junta de Julgamento Fiscal.

Há um pedido de diligência, que entendo ser inútil, dado que as divergências se reportam a questões de direito, já que o autuante não contesta que a diferença cobrada se assenta sobre parte da energia comprada e comercializada com terceiros em outros Estados da Federação; além disso os documentos que comprovam tais operações estão fartamente disponíveis no processo, os

autuantes não contestam, não havendo discussão quanto à matéria de fato, mas apenas de direito.

A autuação se deu pela falta de pagamento da energia elétrica adquirida em ambiente de contratação livre, onde a Recorrente prova haver feito pagamento pelas entradas de energia, exceto quanto ao fato de que em alguns meses, sua produção não precisou da carga contratada, e comercializou o excedente de energia, revendendo para outros Estados, como comprova por exemplo, à fl. 69, com nota fiscal de venda do respectivo excedente de energia, em 04.09.2018.

O lançamento, portanto, se resume ao lançamento do imposto referente à energia adquirida, porém revendida para outros contribuintes em outros Estados, por não ser consumida pelo Recorrente. No caso, por se tratar de decisão não unânime, é importante tratar neste voto, das razões brilhantemente postas nos votos contrários, de modo se fazer o devido cotejo, por se tratar evidentemente de uma questão complexa a ser descortinada neste voto.

O Relator *a quo*, pontua suas razões pela improcedência no voto vencido, em resumo, da seguinte forma:

*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 1<sup>a</sup> JJF Nº 0184-01/18, mantido pela 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0304-12/19, relativo ao PAF A. I. Nº 206986.0002/18-5, conforme a seguir:*

*A Lei de regência nacional do ICMS (LC nº 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.*

*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”.*

*Extrai-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 nº 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 nº 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.*

*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.*

*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 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 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, conforme art. 3º, III; e art. 12º, inc. XII, da LC 87/96, acima exaustivamente discorrido, 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 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.*

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

Vejamos agora, os argumentos do voto vencedor, em resumo:

*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.*

*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 (...)*

*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).

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).**

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.

**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.**

Assim, os votos divergem, em apertada síntese, porque o relator *a quo*, entende que o lançamento se reporta a uma parcela de energia que foi objeto de comercialização, e que o imposto relativo a esta parcela comercializada, é devido ao Estado de destino, embora tenha sido objeto de contrato firmado por empresa estabelecida neste Estado, sendo devido o imposto apenas quanto à parcela adquirida e aqui consumida (que foi pago), e que enfim, com base na LC 87/96, e no dispositivo constitucional, não há incidência do imposto no caso em discussão, sendo irrelevante para a base de cálculo, o valor declarado na nota fiscal de aquisição .

Já o voto vencedor, ressalta que **“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.”**

Assim, os votos divergem, em resumo, porque o relator *a quo*, entende se tratar de comercialização, e que o imposto relativo à parcela vendida, é devido ao Estado de destino, sendo deste Estado, apenas a parcela aqui consumida, e que enfim, no caso, parte da energia não ficando neste Estado, e sendo consumida em outro, não há incidência do imposto.

Já o voto vencedor, ressalta que: **“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.”**

Devo admitir, que a legislação a respeito da energia elétrica é das mais complexas, pois teve tratamento apartado no complexo normativo do nosso sistema tributário. A CF tratou energia elétrica, petróleo, e importação de forma totalmente diferenciada, em relação aos demais itens submetidos à incidência do ICMS, não havendo repartição do imposto entre origem e destino, com o claro intuito de evitar a concentração na arrecadação destes tributos, que por suas características, tem poucos Estados produtores (petróleo e energia elétrica), e no caso da importação, poucos Estados com estrutura portuária, por onde ingressam a imensa maioria dos produtos importados.

No caso, embora seja indubitável que não se possa desprezar nenhum dos argumentos dos votos divergentes de piso, e reconhecendo que a legislação posta no RICMS/BA, de fato é omissa quanto às operações de aquisição com posterior revenda parcial não consumida, argumento que foi utilizado no voto vencedor, a de que *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.*

Entendo, com a máxima e respeitosa vénia ao ilustre julgador *a quo*, que houve aqui uma falha na interpretação da norma regente do nosso RICMS, que em princípio, numa leitura estanque, lhe dá razão, quando diz no art. 400 que *se tomará como base de cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, que o fato gerador ocorre no momento da entrada no território do Estado, nos termos do art. 12 da LC 102, de 11.07.2000*, no que foi também reforçado pelo parecer da douta PGE/PROFIS.

Quanto ao parecer da PGE/PROFIS, além de convalidar a interpretação do voto vencedor, reforça-o com o argumento de que seria impossível ao Estado saber evento futuro sobre o consumo total ou parcial. O Recorrente alega à fl. 282, que quando do momento da emissão dos documentos fiscais, tanto o fornecedor como os consumidores já conhecem o montante efetivamente consumido e aquele cedido a terceiros, por meio da cessão de montantes. Ou seja, não se trata de evento futuro e incerto. Evidentemente a energia elétrica é uma “mercadoria” ficta, que diferentemente de uma mercadoria real, não pode ser comprada, estocada e depois revendida.

Sob o prisma apenas do que diz o RICMS/BA, interpretação se apresente como perfeita. Contudo, como dito já neste voto, o nosso sistema normativo é complexo, e entre os métodos de interpretação normativa, comprehende-se o da interpretação sistemática, que é aquela que leva em consideração o sistema em que está inserido, e assim, verifica-se o conjunto normativo e as disposições constitucionais, partindo-se do pressuposto que a lei não existe isoladamente, devendo ser alcançado o seu sentido em harmonia com as outras normas e nisto não pode se desprezar o argumento de ordem legal trazido pelo voto vencido, o de que há uma norma constitucional que estabelece o sujeito ativo da relação tributária no caso de energia elétrica, o Estado de destino, e também a LC 87/96, que em seu art. 2º, parágrafo 1º, inciso III diz que o imposto incide na entrada do Estado destinatário, exceto quando destinado à comercialização e industrialização, e o art. 3º da Lei nº 7.014/96, que reproduz o mesmo texto normativo.

Há de se perguntar, se existe alguma dúvida que parte da mercadoria foi comercializada. Quanto a isto, não há qualquer sombra de dúvidas, é fato incontrovertido, reconhecido pelos auuentes e pelos julgadores de piso. Por que então se desprezar o que diz a Lei complementar, e a Constituição Federal, e a própria Lei nº 7.014/96, que claramente diz que não se tributa a energia que é comercializada, em detrimento do art. 400 do RICMS que se reporta ao fato gerador, à entrada e à base de cálculo, o valor da nota de emissão pelo fornecedor?

Ainda que estivéssemos tratando de antinomia, mesmo assim, deveria prevalecer pela hierarquia o que está disposto na Lei nº 7.014/96, na Lei Complementar e também na Constituição Federal, mas sequer estamos a tratar de antinomia mas de integração de normas, pois é claro o disposto na LC 87/96 quanto à incidência nas entradas de energia elétrica oriundas de outras Unidades Federativas, não tributa quando destinadas ao comércio, devendo ser interpretado sob um prisma sistemático, e não sob um único ângulo, visto as peculiaridades do nosso sistema tributário. E isto não implica em desconsideração ao artigo 400 do RICMS, devendo servir de base de cálculo, desde que não haja comprovação de comercialização ou industrialização.

Digo isto, porque não se pode olvidar que a venda de energia do Recorrente para outro Estado, com certeza, será interpretado da mesma forma no Estado adquirente, já que assim como foi neste Estado, lançado o imposto sobre a energia adquirida e consumida, também o será no

destino, a parte que daqui saiu por revenda, sob pena de se admitir a tributação *bis in idem* como normal.

Se o art. 400 do RICMS fosse interpretado unilateralmente, isto significaria que se a COELBA adquirisse no mercado livre e revendesse para outro Estado, haveria de pagar o imposto só por conta da entrada no território baiano? A diferença aqui é que se trata de uma indústria que consome a energia, mas não está proibida de revender no todo ou em parte a energia adquirida.

Assim, considerando as dificuldades inerentes ao processo e às interpretações divergentes em primeira instância, e ainda com o parecer da PGE/PROFIS, considero prudente avançar nos argumentos. Inicialmente, efetuei uma breve pesquisa em relação ao comportamento administrativo de outros fiscos, assim como do Poder Judiciário:

**PARECER N° 263/2016-GTRE/CS**

*Explica que utiliza energia elétrica como principal insumo de seu processo produtivo, para manutenção dos fornos de calcinação em altas temperaturas para produção de ferro e níquel. Assim, por utilizar grande monta de energia elétrica no seu processo produtivo, tendo contratado, aproximadamente, 190.000 KW/mês, sendo atendida em tensão igual a 230 KV, se enquadra no conceito de “consumidor livre”, nos termos da Lei Federal nº 9.074/95 e do Decreto Federal nº 5.163/04.*

*O referido contrato foi firmado na modalidade Take or Pay – TOP, ou seja, independente do consumo mensal efetivo da contratante, o valor contratado será integralmente faturado pela contratada. Recentemente, notou que a demanda de energia elétrica, previamente contratada com a CESP, estava, temporariamente, superestimada, ocasionando excedentes não aproveitados pela mesma.*

*Destaca que o excedente é temporário e relaciona-se com obras de manutenção em um dos fornos de calcinação utilizado na operação da filial de Barro Alto. Dessa forma, até mesmo por determinação da Lei Federal nº 12.783/2013, posteriormente regulamentada pelo Ministério das Minas e Energia, a Consulente passa a ceder a energia elétrica excedente da filial de Barro Alto.*

*Relata que as cessões foram assim distribuídas:*

*- em operação interestadual, para terceiro operador/distribuidor de energia elétrica, localizado fora do Estado de Goiás, contudo, também, signatário do Convênio ICMS 77/2011, in casu, para a CPFL Energia S/A, concessionária e distribuidora paulista de energia elétrica.*

**Na operação interestadual de entrada de energia elétrica:**

*Mensalmente, independente do consumo de energia elétrica, a CESP emite nota fiscal de venda contra a Consulente, sem incidência do ICMS, nos termos do contrato firmado entre as partes, especialmente da cláusula Take or Pay.*

*A Consulente registra em seus livros fiscais a nota fiscal emitida pela CESP em seu valor integral. Ato contínuo, a Consulente emite nota fiscal de entrada da energia elétrica no montante efetivamente consumido, tributando o respectivo ICMS de forma proporcional ao consumo, ou seja, a tributação do ICMS na entrada do estabelecimento da Consulente abarcará somente a quantidade efetivamente transferida e consumida, sendo que o restante, objeto de cessão, não constitui hipótese de incidência nem de ocorrência do fato gerador da exação em comento.*

**Operação interestadual de saída de energia elétrica:**

*A Consulente realiza em operação interestadual, cessão de excedente de energia elétrica para terceiro (CPFL Energia S/A, concessionária e distribuidora paulista de energia elétrica), localizado fora do Estado de Goiás. A cessão é oriunda da energia elétrica excedente contratada junto à CESP (contrato este registrado na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE).*

*Nas operações de saída interestadual de energia elétrica com contribuinte operador/distribuidor de energia elétrica, localizado fora do Estado de Goiás, também não deverá haver incidência do ICMS na saída da energia elétrica do estabelecimento da Consulente, uma vez destinada a cessão para comercialização, com supedâneo no art. 79, inciso I, alínea ‘b’, do RCTE, combinado com art. 3º, inciso III, da LC 87/1996 e com o art. 155, inciso II, § 2º, inciso X, alínea ‘b’, da Constituição Federal?*

*A Gerência de Substituição Tributária exarou o Relatório Diligencial nº 28/2016-GEST (fls. 35 a 37), manifestando-se sobre os questionamentos suscitados pela Consulente, o qual acatamos em sua íntegra.*

*Assim, passamos às respostas aos quesitos formulados pela Consulente.*

*A Consulente deve emitir NF-e de aquisição de energia elétrica, até o último dia do mês de faturamento desta, nos termos do art. 30-A, § 2º, inciso I, do Anexo VIII do RCTE. Assim, no momento da emissão da nota fiscal de entrada, já se tem, com exatidão, o volume de energia consumida.*

*Desse modo, entendemos ser correta a tributação da energia elétrica efetivamente consumida. Na operação de saída interestadual de energia elétrica, conforme exposto pela Consulente, não há a incidência do ICMS, haja vista que está destinada a comercialização.*

*É o parecer. Goiânia, 20 de junho de 2016.*

Vê-se que o Fisco de Goiás, não tributa simplesmente pela entrada de energia elétrica, nem tampouco tributa o valor integral adquirido, e a parte vendida a contribuinte de outro Estado fica fora do campo de incidência, restando tão somente o valor efetivamente consumido. Tal entendimento, bate exatamente com os argumentos do voto vencido. É que, tendo o parecer acima, transcrito de forma resumida, de forma a não estender muito este voto, os argumentos foram idênticos ao do voto do Relator de primeira instância.

*...não poderia se exigir o ICMS sobre tais operações por não haver incidência do ICMS, de acordo com o art. 3º, III; e art. 12º, inc. XII, da LC 87/96, acima exaustivamente discorrido, 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)*

*A Lei de regência nacional do ICMS (LC nº 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.*

Assim, com a máxima e respeitosa vénia, discordo do parecer da DOUTA PGE/PROFIS, ainda que não tenha sido contemplado no parecer o TEMA 176 do STF, embora reportado no pedido de diligência.

Tal situação, inclusive integra o TEMA 176, com repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal. Embora o TEMA seja mais abrangente, pois não trata simplesmente de comercialização do todo ou parte de energia adquirida em outros Estados, é certo que impacta este julgamento. Isto porque, a parte que não foi revendida, foi a consumida, e o TEMA 176 dispõe que o imposto incide exclusivamente na energia consumida, e por conseguinte não incide na revendida.

**TEMA 176 – INCLUSÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA NA BASE DE CÁLCULO SOBRE OPERAÇÕES ENVOLVENDO ENERGIA ELÉTRICA.**

**RE 593824 / SC - RELATOR MINISTRO EDSON FACHIN**

**TRIBUTÁRIO – BASE DE CÁLCULO DO ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA – ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL – ENCARGO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – “SEGURO APAGÃO” - IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA APENAS SOBRE O CONSUMO EFETIVO** - Tratando-se de energia elétrica, só ocorre fato gerador do ICMS quando do efetivo consumo desta por parte do consumidor, sendo que a base de cálculo do referido tributo é constituída apenas pela energia realmente consumida. Nesta linha de pensamento, exclui-se a possibilidade do ICMS incidir sobre a “demanda contratada”, pois a mercadoria (energia elétrica) não foi efetivamente consumida.

De acordo com o fundamento do lançamento fiscal, de forma não idêntica a esta lide, mas similar, o imposto foi lançado sobre tarifa cobrada do consumidor, o total da operação - a energia contratada e a consumida. Porém, restou, devidamente apontado pela Corte Constitucional, que o consumo da energia elétrica decorria do seu efetivo uso e não da disponibilização contratual.

*In casu*, também aqui, a energia não foi integralmente consumida, e o contribuinte ainda prova que comercializou a parte não consumida, situação de não incidência pelos dispositivos legais já dissecados, mas em nada se diferenciaria do julgamento do STF, que tem conteúdo até mais amplo, pois ainda que não fosse revendida o excedente de energia, mas comprovado o consumo parcial, haveria o imposto de incidir sobre a energia consumida e não sobre a potência disponibilizada.

No mais, constato que transitou em julgado no dia 25/02/2021, o processo paradigmático com Repercussão Geral no STF conforme extrato abaixo:

**Leading Case RE 593824**

*Relator: Min. Edson Fachin*

*Data de reconhecimento da existência de repercussão geral: 01/08/2009*

*Data do julgamento de mérito: 27/04/2020*

*Data de publicação do acórdão de mérito: 19/05/2020*

*Data do trânsito em julgado: 25/02/2021*

Após esta data, o próprio STF já deu seguimento ao julgamento de embargos pendentes em processos afins como o exemplificado abaixo:

*Supremo Tribunal Federal STF*

*EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 599396 MG*

*14/06/2021 SEGUNDA TURMA*

***EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 599.396 MINAS GERAIS***

***RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO***

***EMBTE.(S) : ESTADO DE MINAS GERAIS***

***ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS***

***EMBDO.(A/S) : FERROESTE INDUSTRIAL LTDA***

***EMENTA : DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE EMBARGABILIDADE. PRETENSÃO MERAMENTE INFRINGENTE. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA PELO CONSUMIDOR. TEMA 176 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.***

1. O recurso não pode ser acolhido, tendo em vista a inexistência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material no acórdão questionado, o que afasta a presença dos pressupostos de embargabilidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.824-RG, Rel. Min. Edson Fachin, decidiu que a demanda de potência elétrica contratada e não utilizada não compõe a base de cálculo do ICMS.

3. Naquela assentada, foi fixada a seguinte tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

4. Embargos de declaração rejeitados.

*Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO - Relator*

*VOTO*

***O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):***

1. O recurso não pode ser acolhido, tendo em vista a inexistência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material no acórdão questionado, o que afasta a presença dos pressupostos de embargabilidade.

2. Este Tribunal fixou entendimento no sentido de que não se revelam cabíveis embargos de declaração quando, a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, vêm a ser opostos com o inadmissível objetivo de infringir o julgado, em ordem a viabilizar um indevido reexame da causa (AI 177.313-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello).

3. Restou claro no acórdão embargado a existência de óbices formais que tornam inviável o recurso extraordinário.

4. Ainda que superados os óbices, quanto ao mérito a pretensão também não merece acolhida. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.824-RG, Rel. Min. Edson Fachin, decidiu que a demanda de potência elétrica contratada e não utilizada não compõe a base de cálculo do ICMS. Confira-se a ementa do julgado:

***“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA. 1. Tese jurídica atribuída Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àsquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”. 2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia***

elétrica. 3. Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS. 4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada. 5. Tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes às aquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”. 6. Recurso extraordinário a que nega provimento”. (RE 593.824-RG, Rel. Min. Edson Fachin – Tema 176 da Sistemática da Repercussão Geral)

5. Naquela assentada, foi fixada a seguinte tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes às aquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

**6. Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração opostos.**

Supremo Tribunal Federal  
Voto-MIN.ROBERTOBARROSO

Estados da Federação, também estão negando seguimento de recursos até então sobreestados, que aguardavam o julgamento do TEMA 176 do STF, podendo se encontrar diversos julgados na internet como o citado abaixo:

**PODER JUDICIÁRIO**

**JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ**

**VICE-PRESIDÊNCIA**

**RECURSO ESPECIAL NA REMESSA NECESSÁRIA ciVEL<sup>0</sup> 2015.0001.000017-9**

(Proc. N<sup>º</sup> 0000601-55.2007.8.18.0140)

**RECORRENTE** \* ESTADO DO PIAUÍ

Advogada . Lucimeire Sousa Anjos Medeiros (P105185)

**RECORRIDO** \* PINTOS LTDA

Advogado .. Mattson Resende Dourado (P1006594)

Relator • Des. JOSÉ JAMES GOMES PEREIRA

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 557 SI<sup>0</sup>-A DO CPC173. APLICAÇÃO DO TEMA 176 DO STE DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O TEMA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.**

**DE C I SÃO**

Recurso Especial (evento nº 127) interposto com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF contra o acórdão proferido nos autos do Agravo Interno n<sup>º</sup>2015.0001.000017-9, mantendo a decisão monocrática do relator em todos os seus termos, assim ementada.

“AGRAVO INTERNO. REMESSA NECESSARIA. DECISAO MONOCRÁTICA DO RELATOR NEGANDO SEGUIMENTO AO REEXAME. MATERIA TRIBUTÁRIA. CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL ICMS ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE PONTÉNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA, COMPENSAÇÃO DE CREDITOS DE ICMS APLICAÇÃO DA SUMULA 213 STJ. 1 Trata-se de Agravo Interno interposto pelo Estado do Piam. postulando a reconsideração da decisão que concluiu, monocraticamente, pela negação dc seguimento do Reexame Necessário. mantendo inalterada a sentença de piso, ou, acaso não sendo reconsiderada requereu fosse o reexame submetido ao órgão colegiado para. no merito, anular a sentença em reexame. 2. Acentua que apesar de a decisão recorrida invocar o art 557. S 1<sup>º</sup>-A. CPCO deixou de demonstrar expressamente qual seria a súmula ou a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que autoriza ao Relator. monocraticamente, dar provimento ao recurso de Apelação (sic!)., 3. A decisão recorrida foi no sentido de negar seguimento ao Reexame Necessário tendo em vista que a sentençaposta em reexame foi prolatada com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e súmula do Superior Tribunal de Justiça, se amoldando, portanto, a exceção prevista no art. 496, S 4<sup>º</sup>, incisos I e II, NCPC. 4. O Código de Processo Civil anterior dis Inha em seu artigo 475, S 3<sup>º</sup> que “Também não se aplica o disposto neste artigo quando a a estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo tribunal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” 4. Dos dispositivos processuais referidos têm-se que a Remessa necessário não deve operar nos casos em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou em súmula do STF ou, ainda, em súmula de outro tribunal superior 5. A sentença meritória, em si, assenta a discussão quanto á incidência ou não do imposto sobre circulação de mercadoria e serviços - ICMS sobre o valor da energia elétrica contratada que, neste caso, somente deve incidir sobre a parcela de energia elétrica contratada e efetivamente consumida, situação amplamente reconhecida como atesta a jurisprudência prevalente nos tribunais superiores. 6 A decisão agravada apontou tanto a jurisprudência quanto a súmula que deram base à decisão objeto do reexame. 7. Agravo interno conhecido e improvido, 8. Decisão por votação unânime.”

Em suas razões, o Recorrente aduz a violação aos arts. 496, S 4<sup>º</sup>, Incisos I e II, 932, IV, do CPC (art. 475, S 3<sup>º</sup>, art. 557, SI<sup>0</sup>-A, do CPC/73), afirmando que não foi correta a decisão do acórdão que denegou remessa

necessária por estar em conformidade com jurisprudência dominante do STF. Devidamente intimada, a parte Recorrida apresentou contrarrazões (evento nº 139 eTJPl).

É o Relatório. DECIDO.

O Recorrente afirma que não foi correta a decisão do acórdão que denegou remessa necessária por estar em conformidade com jurisprudência dominante do STE

No caso dos autos, a Câmara Especializada Cível deste Tribunal decidiu manter a decisão monocrática do relator que denegou a remessa necessária, **haja vista jurisprudência dominante que afirma que o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. Senão vejamos, in litteris:**

**“valor da energia elétrica contratada que neste caso, somente deve incidir sobre a parcela de energia elétrica contratada e efetivamente consumida, situação amplamente reconhecida como atesta a jurisprudência prevalente nos tribunais superiores”**

Ocorre que a questão citada foi totalmente dirimida no julgamento do tema 176, do STF, que tratava sobre “Inclusão dos valores pagos a título de ‘demanda contratada’ na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica”, a mesma questão dos autos, conforme tese transcrita, in verbis:

**‘A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes às operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor’**

Assim, analisando a questão posta a debate e a tese definida, observo que há evidente consonância entre o acórdão e o precedente fixa a sistemática de Repercussão Geral (tema 176

do STF), razão pela qual NEGOU SEGUIMENTO ao Recurso Especial interposto, nos termos do art. 1.030, I, “a”, do CPC.

Publique-se e intime-se, imediatamente.

Teresina/Pl, de abril de 2021  
Desembargador RAIMUNDO ALVES FILHO

Por fim, processo envolvendo o mesmo contribuinte já teve pretensão acolhida em primeira instância, sendo o RECURSO DE OFÍCIO NÃO PROVADO nesta mesma Câmara, em julgamento recente, conforme transcrição parcial abaixo:

**PROCESSO - A. I. Nº 206854.0002/19-4  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0147-01/20VD  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/05/2021**

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO CJF Nº 0088-11/21-VD**

**EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. O imposto não incide sobre as entradas, no território do Estado destinatário, decorrentes de operações interestaduais de “energia elétrica”, quando destinada à comercialização ou à industrialização da própria energia elétrica (Art. 2º, § 1º, inc. III da LC 87/96). Restou demonstrado nos autos, inclusive sem controvérsia entre as partes, que quase a totalidade da exigência é relativa ao excedente da energia elétrica entrada no estabelecimento do contribuinte, que foi objeto de cessão interestadual. Portanto, somente deve incidir a exigência do imposto, às operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor. Imputação parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.**

#### **VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício, em relação à desoneração ocorrida no voto condutor. O cerne da questão, gira em torno da incidência do ICMS sobre a entrada de Energia Elétrica no estabelecimento do autuado, 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 às notas fiscais constantes do demonstrativo de débito, de fl. 20 dos autos, inexistindo discordância em relação à incidência do imposto relativa à energia consumida em seu processo industrial, que não é objeto de autuação.

A discordância nos autos, como bem explicitou o julgador de piso, diz respeito à acusação de que teria o autuado deixado de recolher, em sua totalidade, o ICMS incidente sobre as entradas de energia elétrica no seu estabelecimento, demonstrando o contribuinte, que não houve o consumo integral da energia elétrica adquirida

*em seu processo industrial, o que é, inclusive, atestado pelos autuantes.*

*Explica ainda o julgador de piso, que o excedente da energia elétrica não-consumido no estabelecimento do Autuado, foi objeto de cessão interestadual, conforme comprova a documentação acostada aos autos, de modo que, de fato, não poderia se exigir o ICMS sobre tais operações, por não haver incidência do ICMS, de acordo com o art. 3º, III; e art. 12º, inc. XII da LC 87/96, acima exaustivamente discorrido, 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)*

*A própria fiscalização verificou que houve a devida comercialização do excedente de energia elétrica, tanto que o lançamento de ofício foi realizado somente em relação a tais parcelas, com exceção da Nota Fiscal nº 3990, de agosto de 2017, cuja energia adquirida foi totalmente consumida, e cuja falta de pagamento, foi objeto de reconhecimento por parte do sujeito passivo.*

*Assim, a Junta de Julgamento Fiscal manteve na autuação tão somente a competência de agosto de 2017, (Nota Fiscal nº 3990), no valor de R\$106.501,84. Compulsando a autuação, vislumbro o acerto da revisão dos valores realizados, por ser de lídima justiça fiscal e estar condizente com a verdade material dos fatos, razão pela qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.*

**LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA**

Por oportuno, acrescento que, após a leitura do Relatório e da defesa oral do Recorrente, a PGE/PROFIS, na pessoa do procurador Dr. José Augusto Martins Junior, o mesmo que emitiu parecer opinativo favorável à manutenção do lançamento, solicitado a se pronunciar pelo Presidente da Câmara, ponderou que diante dos argumentos expostos durante o julgamento, entendeu haver equívoco no seu parecer em anexo ao processo, modificando ali seu opinativo, e concordando com os argumentos do Recurso, no que diz respeito à improcedência do lançamento, acompanhando assim, os fundamentos que estão expostos neste voto.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário, apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 206986.0004/19-6, lavrado contra **DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões de CONSEF, 26 de julho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS