

A. I. N° - 298633.0011/22-2
AUTUADO - ARDAGH METAL PACKAGING BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/03/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF N° 0034-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. ACL. Restou demonstrado nos autos, equívocos cometidos pela fiscalização ao incluir operações cujo imposto encontrava-se devidamente recolhido e nota fiscal estranha ao objeto do presente lançamento. Valores remanescentes dizem respeito ao excedente da energia elétrica entrada no estabelecimento do contribuinte, que foi objeto de veda interestadual, portanto, sem incidência do ICMS (Art. 2º, § 1º, inc. III da LC 87/96). Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 30/09/2022, exige ICMS no valor histórico de R\$ 753.546,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 - 002.001.024: *“Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre - ACL. Estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada”.*

O contribuinte ingressa com defesa, fls. 22 a 41, inicialmente faz um resumo dos fatos, transcrevendo o teor da infração e dispositivos legais referentes ao enquadramento legal e multa aplicada. Após, assevera que a exigência não tem meios de prosperar, tendo em vista que:

- **parte dos valores em cobrança foi devidamente arrecadado aos cofres públicos**, encontrando-se tais créditos tributários regularmente extintos, a teor do art. 156,1, do Código Tributário Nacional - CTN;
- **parte não se submete à incidência do ICMS**, em atenção ao quanto disposto no art. 2º, § 1º, e art. 12, XII, da Lei Complementar 87/96 e art. 3º, III da Lei estadual nº 7.014/96, já que correspondente à energia elétrica adquirida ao abrigo das Notas Fiscais autuadas, mas não consumida, tendo sido objeto de subsequentes revendas interestaduais;
- **uma das Notas Fiscais autuadas sequer diz respeito à compra de energia elétrica no ACL**, mas sim à aquisição de mercadorias junto a Empresa de Pequeno Porte - EPP optante pelo Simples Nacional -, escapando a operação ali amparada, portanto, do escopo de abrangência do lançamento, tal como delimitado pela própria autoridade fiscal autuante.

Assevera que é o que retrata o demonstrativo em anexo (doc. 04), através do qual resta contemplado o resumo das razões de improcedência de cada competência autuada, elaborado a partir dos dados consignados no *“Demonstrativo das Notas Fiscais de compra de energia elétrica e cálculo do ICMS sobre energia a recolher, no período de novembro de 2019 a janeiro de 2022”*, que integra a autuação ora guerreada.

Em seguida diz que passará a abordar os fatos e fundamentos jurídicos que ensejam a pronta desconstituição do lançamento.

DA EXTINÇÃO, POR PAGAMENTO, DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS AUTUADOS: Informa que de acordo com o art. 156, I, do Código Tributário Nacional - CTN, recepcionado pelo ordenamento jurídico com status de Lei Complementar, trata-se o pagamento de modalidade de extinção do crédito tributário.

Assim, uma vez efetuado o recolhimento integral do tributo devido, quedam as autoridades fiscais impedidas de promover quaisquer exigências a tal título, sob pena de ofensa não apenas ao dispositivo legal acima citado, mas também à vedação ao enriquecimento ilícito, bem ainda ao preceito constitucional da segurança jurídica, plasmado no art. 5º, XXXVI da Lei Maior. Aplicando estas considerações ao caso concreto, constata-se a impossibilidade de exigência de parte dos créditos tributários autuados, uma vez que se encontram regularmente extintos por pagamento, nos moldes em que previstos no aludido art. 156, I do CTN.

Informa que identificou recolhimentos a título de ICMS, desconsiderados pela fiscalização, quanto às seguintes Notas Fiscais de compra de energia elétrica arroladas na peça fiscal acusatória, emitidas nos meses de janeiro e junho de 2020 e maio de 2021:

<i>NF autuada</i>	<i>Competência</i>	<i>NF de entrada correspondente</i>	<i>ICMS destacado e recolhido</i>	<i>ICMS exigido</i>
63553	01/2020	35363*	RS 99.956,12	RS 99.956,12
63552	01/2020	35364	RS 19.442,83	RS 19.442,83
91739	06/2020	37989	RS 11.117,73	RS 11.617,87
91738	06/2020	37984	RS 92.404,17	RS 92.404,17
92263	06/2020	37105	RS 11.882,11	RS 11.882,11
113569	05/2021	48527	RS 56.147,83	RS 57.090,06
113764	05/2021	48525	RS 55.267,87	RS 55.267,87

No particular observa que, em obediência ao quanto disposto no art. 400, § 1º, I, alíneas 'a' a 'c' do RICMS/BA, veiculado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, cuidou a Impugnante de emitir correlatas Notas Fiscais de entrada, contemplando a base de cálculo do tributo - correspondente ao valor total da quantidade de MWh efetivamente consumida, integrado pelo montante alusivo ao próprio ICMS, reduzido em 52% (cinquenta e dois por cento) a alíquota aplicável, bem como o destaque do ICMS incidente sobre a operação.

Na sequência, providenciou o recolhimento do aludido imposto aos cofres públicos estaduais, mediante observância do prazo estipulado no art. 332, XVI, do RICMS/BA, restando incontestado a improcedência da cobrança correlata, conforme se depreende do demonstrativo elaborado, que informa estar colacionando aos autos doc. 05, ressaltando que foi elaborado a partir dos dados contemplados na própria autuação.

Demais disto, como forma de conferir substrato às informações ali apostas, informa estar colacionando à defesa administrativa as Notas Fiscais - NFs de entrada logo acima referidas, cujos campos Dados ADICIONAIS - INFORMAÇÕES Complementares indicam os documentos fiscais de aquisição (autuados) a que se reportam, acompanhadas dos Documentos de Arrecadação - DAEs e comprovantes de pagamento respectivos (vide **doc. 06**), no bojo dos quais indicados, igualmente nos campos INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES, as NFs de entrada em abordagem, atestando a correlação informada no demonstrativo em tela (NF autuada x Pagamento).

Diante desta comprovação, maiores considerações se fazem desnecessárias no intuito de atestar a impossibilidade de exigência do ICMS incidente sobre a parcela da energia elétrica efetivamente consumida que foi adquirida ao abrigo das Notas Fiscais 63553 e 63552 (competência janeiro de 2020), 91739, 91738 e 92263 (competência junho de 2020) e 113569 e 113564 (competência maio de 2021), impondo-se o pronto afastamento da exigência, neste particular.

Fixadas estas premissas, passará a demonstrar que melhor sorte não assiste ao valor remanescente em exigência, como a seguir:

-DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A PARCELA DA ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA, OBJETO DE REVENDA INTERESTADUAL: Preliminarmente faz considerações acerca da legislação que disciplina a incidência do ICMS sobre aquisições de energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre (ACL), transcrevendo o teor do art. 2º, XI, 3º, *ET*, da Lei Complementar 87/96. Informa que em harmonia com estas disposições, preconiza, em seu art. 9º, § 2º, que o ICMS incidente sobre operações interestaduais com energia elétrica, *que tenham como destinatário consumidor final (...), será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente* (grifamos).

Estatui, ainda, que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento (...) 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, a teor do seu art. 12, XII).

Atento a estas diretrizes gerais e abstratas, previu o legislador baiano, em sede do art. 3º, III, da Lei estadual nº 7.014/96, que *o imposto não incide sobre (...) 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*;

Reforça, ainda, por meio do art. 4º, VIII, *do mesmo diploma, que, o fato gerador do ICMS tem palco no momento da entrada, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração* (LC 87/96 e 102/00)

Já no bojo do art. 5º, § 1º, IV, daquela norma, ressalva que é contribuinte do ICMS, dentre outros, *a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial (...) adquira de outra unidade da Federação lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e energia elétrica, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração* (LC 87/96 e 102/00).

Acrescenta que *o art. 400 do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/BA em vigor)*, editado com arrimo no Convênio ICMS nº 77, de 05 de agosto de 2011, pormenoriza os critérios para *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 § I do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996 (...) e emissão de documentos fiscais pertinentes a tais operações*.

Logo, a par do arcabouço normativo em destaque, sobressai livre de dúvidas que o fato gerador do ICMS apenas se materializa diante de operações interestaduais com energia elétrica destinada a consumo, ao passo que operações com energia elétrica destinada à comercialização carecem da aptidão de atrair a incidência do gravame.

Destaca que, em reforço à sólida fundamentação jurídica acima explanada, oriunda dos termos em que positivado o próprio regramento atinente à matéria, que o Supremo Tribunal Federal - STF, em julgamento submetido à sistemática de Repercussão Geral retratada no art. 543-B do CPC prévio, consolidou seu posicionamento no sentido de que 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 (RE 593824/SC - Tema 176 de Repercussão Geral).

Reafirma que, à luz do atual ordenamento jurídico pátrio, apenas o efetivo consumo de energia elétrica atrai a incidência do ICMS, e salienta que o entendimento aqui defendido encontra amparo em decisões oriundas desse órgão julgador administrativo, conforme recente julgado que reproduziu, através do Acórdão nº 0088-11/21, no bojo do qual, à unanimidade de votos, foi confirmada a decisão de primeira instância na oportunidade avaliada, favorável à desconstituição

de lançamento verdadeiramente similar àquele ora rechaçado.

Acrescenta que no mesmo diapasão, através do Acórdão 0207-12/20, cujo teor transcreveu, também em decisão unânime, com especial menção ao fato de que, durante a assentada de julgamento, o d. representante da PGE ali presente, retratando-se de posicionamento anteriormente formalizado, concordou com o afastamento de exigência análoga, a par do acertado reconhecimento de que o ICMS grava exclusivamente a energia elétrica consumida, não incidindo, consequentemente, sobre aquela que vem a ser revendida.

No caso sob análise afirma que no regular exercício do seu objeto social, a Impugnante adquire determinadas quantidades de Megawatt-hora (MWh) de energia elétrica, em Ambiente de Contratação Livre (ACL), a fim de garantir que o desempenho de suas atividades transcorra sem enfrentamento de quaisquer contratempos que a falta deste item pudesse ocasionar.

Ocorre que, por vezes, em decorrência de fatores totalmente alheios ao seu controle, a exemplo de eventual queda na demanda pelos produtos a cuja lavra se dedica, decorrente de questões mercadológicas sobre as quais não exerce quaisquer ingerências, a energia elétrica nestes moldes adquirida finda por exacerbar a quantidade efetivamente consumida, vindo a ser revendida a pessoas jurídicas comercializadoras e/ou consumidoras situadas em outros estados da federação, conforme possibilitado pelo regramento atinente à matéria.

Trata-se do ocorrido quanto às operações objetos das seguintes Notas Fiscais autuadas, que ampararam aquisições de energia elétrica cujo excedente foi posteriormente revendido pela Impugnante:

NF de aquisição	Quant. MWh adquirid	Quant. MWh revendida	NF de revend
65313	431,1460	431,1460	31283
77373	1712,925	1712,925	31286
61430	431,1460	431,1460	31316
78359	1800,5820	1800,5820	31991
65895	395,2500	395,2500	31992
80611	1986,9580	1986,9580	32947
67384	436,1620	436,1620	32974
88378	1598,0676	1499,0770	35650
91739	253,4770	10,9120	36806
102405	271,0251	40,8200	41774
106774	283,4390	35,7430	44234
113569	1310,9346	21,6360	47574
122626	1133,4915	38,8500	51079
123625	1199,8130	33,3010	52432
128986	1195,229	25,806	55224

Em tais situações, portanto, a energia elétrica adquirida não foi destinada a consumo da Impugnante, passando a figurar, isto sim, como objeto de autênticas operações comerciais, sendo certo que tal hipótese, a um só tempo:

- carece da aptidão de desencadear a incidência do ICMS,
- retira da Impugnante a qualidade de sujeito passivo por substituição tributária: e,
- afasta a possibilidade de atribuir sujeição ativa do Estado da Bahia, já que, como visto, o tributo em voga será devido ao Fisco da unidade federativa onde situado o destinatário consumidor final da mercadoria em foco.

Para melhor visualização do quanto acima explanado, a Impugnante elaborou o demonstrativo ora colacionado sob a designação de doc. 07, através do qual se pode aferir a quantidade de energia elétrica relativa às NFs autuadas que foi objeto de comercialização, devidamente acompanhado das NFs de entrada emitidas para amparar a parcela efetivamente consumida da energia autuada nas hipóteses de consumo parcial, bem como das NFs de aquisições e de

revendas indicadas no item 3.17 supra (doc. 08), cuja correlação se encontra detalhada no documento gerencial em anexo, elaborado justamente no intuito de subsidiar o cálculo do ICMS em cada caso devido, direcionando pagamentos e lançamentos contábeis (doc. 09).

Diante desta comprovação, conclui-se pela necessidade de desconstituição do lançamento no que tange à parcela da energia elétrica revendida, que foi adquirida ao abrigo das Notas Fiscais 65313, 77373 e 61430 (competência novembro de 2019), 78359 e 65895 (competência dezembro de 2019), 80611 e 67384 (competência janeiro de 2020), 88378 (competência maio de 2020), 91739 (competência junho de 2020), 102405 (competência novembro de 2020), 106774 (competência janeiro de 2021), 113569 (competência maio de 2021), 122626 (competência setembro de 2021), 123625 (competência outubro de 2021) e 128986 (competência janeiro de 2022).

Desta forma, resta clara a impossibilidade de prosseguimento da exigência quanto aos créditos tributários em tela, impondo-se o pronto afastamento da exigência também neste particular.

No tópico denominado “DA NOTA FISCAL QUE AMPARA OPERAÇÃO ESTRANHA AO OBJETO DO LANÇAMENTO” afirma que partir da análise dos documentos objeto de malfadada autuação, verificou a Impugnante que uma das Notas Fiscais contemplada pela autoridade fiscal sequer diz respeito a operação dessa natureza. Trata-se da Nota Fiscal de nº 386, que ampara a aquisição de terminais (conectores) junto à Empresa de Pequeno Porte - EPP optante pelo Simples Nacional (doc. 10).

Logo, não há dúvidas de que a operação objeto da NF em comento foge do escopo de abrangência da autuação, tal como delimitado pelo próprio ente fazendário, com amparo em normatização pertinente à matéria à qual direcionadas suas averiguações - reitere-se, art. 400 do RICMS/BA, art. 16, II, alínea “i”, art. 16-A, art. 17, V e § 1º e art. 34, III da Lei estadual nº 7.014/96 c/c Cláusula Terceira do Convênio ICMS 77/2011, que tratam da incidência do ICMS sobre aquisições de energia elétrica no ACL despontando inquestionável a necessidade de que seja prontamente excluída do lançamento, tal como perpetrado pelas próprias autoridades autuantes, à luz de situações análogas.

Finaliza solicitando a improcedência do Auto de infração ao tempo em que requer a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa nobre Junta de Julgamento.

A autuante presta Informação Fiscal às fls. 154 a 155, afirmando que, em sua própria defesa o contribuinte declara que no cadastro do CNPJ e Inscrição Estadual consta como atividade principal: CNAE PRINCIPAL 2591800 - Fabricação de embalagens metálicas, portanto, atividade industrial.

Em seguida diz que, conforme planilha anexa ao PAF 2986330011222, registrado no SIPRO 125347/2022-9, fica demonstrado o cálculo do ICMS a recolher incidente sobre a entrada de Energia Elétrica oriunda de outra UF, adquirida no Mercado Livre, onde nota-se que o contribuinte está gozando do benefício da redução em 52% da Base de Cálculo do ICMS, conforme Art. 268, inciso XVII do RICMS/2012, cujo redação copiou, já que o CNAE do contribuinte é 2591800 - Fabricação de embalagens metálicas, classificado como indústria.

Finaliza opinando pela procedência total do Auto de Infração.

Considerando que os argumentos trazidos na peça defensiva não foram enfrentados pela autuante, em sessão suplementar realizada em 31 de julho de 2023, decidiram os membros desta Junta de Julgamento Fiscal pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que a autuante prestasse a Informação Fiscal obedecendo o que determina o § 6º do Art. 127 do RPAF/BA, isto é, *“deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”*.

Às fls. 164 a 165 a autuante diz que o autuado em sua defesa, apresentou várias situações como:

1 - Compra de energia e consumo total da quantidade comprada (valores do ICMS totalmente recolhidos);

2 - Consumo parte da Energia comprada e revenda do excedente (tópico 3.17, página 38 do PAF) o ICMS referente à parte de energia consumida, foi recolhido;

3 - Emissão de Nota Fiscal de Entrada correlacionada com a Nota Fiscal de compra, que foi autuada, mas por erro material o ICMS foi destacado e recolhido através da nota fiscal de entrada, onde no campo “Informações Complementares” está se referindo à nota fiscal autuada (tópico 2.4, página 25 do PAF).

Em seguida diz que após análise dos argumentos e verificação dos documentos apresentados e anexados ao PAF, pelo contribuinte montou a planilha “demonstrativo da diligência” com várias abas, onde está demonstrado todos os casos abordados pelo autuado.

ABA1- $MWH_{adq} = MWH_{cons} + MWH_{ver}$

ABA2 – OPERAÇÃO NÃO REALIZADA

ABA3 – NF NÃO É DE COMPRA DE ENERGIA

ABA4 – $MWH_{adquirido} = MWH_{consumido}$

ABA5 – $MWH_{adquirido} = MWH_{revendido}$

Em cada aba tem a explicação e o cálculo referente a cada situação, elucidando assim quaisquer dúvidas. Assim, conclui que, pelo o que está demonstrado nas ABAS da planilha “demonstrativo da diligência” não há diferença de ICMS a recolher e opina pela improcedência total do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal do autuado, Drª Trícia Barradas Malheiros Mello, OAB/BA nº 20.131, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

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

O impugnante, na apresentação da defesa, asseverou ser indevida a presente exigência, apresentando os seguintes argumentos:

- (i) parte dos valores exigidos, nos meses de janeiro e junho de 2020 e maio de 2021, foi devidamente recolhido. Apresentou demonstrativo indicando as notas fiscais autuadas de compra de energia elétrica, correlacionando com as notas de entradas emitidas pela empresa e respectivos Documentos de Arrecadação acompanhados dos comprovantes de pagamentos emitidos por instituições financeiras. (DOC 05)
- (ii) inclusão indevida da nota fiscal nº 386, por se tratar de aquisição de terminais (conectores), junto à empresa de Pequeno Porte-EPP, optante do Simples Nacional, portanto, operação estranha ao objeto do lançamento;
- (iii) os valores remanescentes tratam-se de energia elétrica não consumida pela empresa, e foram objeto de revenda interestadual, não constituindo fato gerador do ICMS, conforme disposto na Lei Complementar 87/96 e 102/00. Elaborou demonstrativo indicando: as notas fiscais autuadas de compra de energia elétrica: Quant. MWh adquiridas; Quant. revendida e NF de revenda;

A autuante ao prestar a Informação Fiscal apesar de manter integralmente a autuação não

enfrentou as questões trazidas pela defendente, razão pela qual o processo foi convertido em diligência, a fim de que fosse prestada nova Informação Fiscal, obedecendo o disposto no § 6º do Art. 127 do RPAF/BA.

Assim é, que a autuante asseverou que após análise dos argumentos defensivos e verificação dos documentos anexados na peça defensiva, elaborou a planilha “demonstrativo da diligência” com várias abas, onde encontra-se demonstrado todos os casos abordados pelo autuado e conclui não haver diferença de ICMS a recolher e opina pela improcedência total do Auto de Infração.

De fato, em relação ao primeiro argumento defensivo, verifica-se que o autuado cuidou de elaborar a seguinte planilha:

<i>NF autuada</i>	<i>Competência</i>	<i>NF de entrada correspondente</i>	<i>ICMS destacado e recolhido</i>	<i>ICMS exigido</i>
63553	01/2020	35363	RS 99.956,12	RS 99.956,12
63552	01/2020	35364	RS 19.442,83	RS 19.442,83
91739	06/2020	37989	RS 11.117,73	RS 11.617,87
91738	06/2020	37984	RS 92.404,17	RS 92.404,17
92263	06/2020	37105	RS 11.882,11	RS 11.882,11
113569	05/2021	48527	RS 56.147,83	RS 57.090,06
113764	05/2021	48525	RS 55.267,87	RS 55.267,87

De acordo com os documentos anexados aos autos ficou comprovado que o sujeito passivo emitiu notas fiscais de entradas correspondentes às notas fiscais de vendas emitidas pelo remetente da energia elétrica, correspondentes às quantidades de WWh consumidas, de acordo com o disposto no art. 400, § 1º, I, do RICMS/BA, e, efetuou o recolhimento do imposto referentes aos valores acima apurados, conforme DAes e comprovantes de recolhimentos anexados às fls. 84 a 105, devendo, portanto, serem excluídas da autuação as Notas Fiscais autuadas nos 63553; 63552; 91739; 91738; 92263; 113569; 113764.

Da mesma forma, os valores de R\$ 53,27; R\$ 56,81, R\$ 68,88 no total de R\$ 178,96, referente a nota fiscal nº 386, com data de emissão em 11/05/2021, não diz respeito à aquisição de energia elétrica, conforme se verifica na fotocópia anexada à fl. 148, devendo também ser excluída da autuação.

Em relação as operações remanescentes, afirmou o autuado tratar-se de parcela de energia elétrica não consumida no seu processo produtivo, tendo sido objeto de revenda interestadual, conforme quadro que apresentou, acompanhado das respectivas notas fiscais, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 111 a 144.

NF de aquisição	Quant. MWh adquirid	Quant. MWh revendida	NF de revend
65313	431,1460	431,1460	31283
77373	1712,925	1712,925	31286
61430	431,1460	431,1460	31316
78359	1800,5820	1800,5820	31991
65895	395,2500	395,2500	31992
80611	1986,9580	1986,9580	32947
67384	436,1620	436,1620	32974
88378	1598,0676	1499,0770	35650
91739	253,4770	10,9120	36806
102405	271,0251	40,8200	41774
106774	283,4390	35,7430	44234
113569	1310,9346	21,6360	47574
122626	1133,4915	38,8500	51079
123625	1199,8130	33,3010	52432
128986	1195,229	25,806	55224

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

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

(...)

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

O art. 3º, III da Lei Complementar 87/96 assim estabelece:

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;

Da mesma forma o inciso Art. 3º, inciso III da Lei nº 7014/96, assim prevê:

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.

No caso sob análise restou comprovado, inclusive pela própria autuante, que as aquisições de energia elétrica apontadas pelo defendente, não foram totalmente consumidas em seu estabelecimento industrial, sendo que, as quantidades excedentes, foram objeto de comercialização para empresas localizadas em outros estados, e, de acordo com a legislação posta, inexistiu a ocorrência do fato gerador do ICMS, sobre ditas operações.

Ressalto que este tem sido o entendimento, deste órgão julgador ao apreciar questão idêntica à presente, a exemplo dos Acórdãos citados pelo impugnante, sendo que o CJF nº 0088-11/21-VD, em decisão unânime, manteve a decisão da 1ª Instância, no sentido de que “o imposto não incide sobre a entradas no território do Estado destinatário, decorrente de operações interestaduais de “energia elétrica”, quando destinada a comercialização”.

Quanto ao Acórdão nº CJF nº 0207-12/20, também citado pelo defendente, observo inicialmente ter havido um equívoco em relação a numeração indicada, pois, na realidade trata-se do CJF nº 0207-11/21. A referida decisão modificou o entendimento desta 4ª JF Junta de Julgamento, em decisão não unânime, ao apreciar o Recurso Voluntário interposto, concluindo no sentido de que: “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, e constituída apenas pela energia realmente consumida”.

Por entender pertinente, observo que no voto exarado pelo ilustre Relator encontra-se consignado o seguinte: “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.”

Assim, concluo pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298633.0011/22-2, lavrado contra **ARDAGH METAL PACKAGING BRASIL LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da decisão acima para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR