

A. I. N° - 279266.0015/24-0  
AUTUADO - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04/11/2024

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0191-03/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou demonstrado que o Autuado adquiriu energia elétrica em ambiente de contratação livre, sendo esse fato elemento motivador da incidência do imposto, decorrente de operação de aquisição interestadual por meio do instrumento de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência/perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/03/2024, refere-se à exigência de R\$ 644.639,12 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 002.001.024: Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica, 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. Período de maio de 2022 a junho de 2023.

Consta na Descrição dos Fatos: Contribuinte alcançado na Operação 2023 da Malha Fiscal de Energia Elétrica adquirida no ambiente de contratação livre. ICMS devido calculado com base nas notas fiscais de entrada de energia constantes nos arquivos de EFD do Contribuinte e na sua arrecadação do ICMS Energia, conforme discriminado no anexo A, parte integrante deste PAF.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 29 a 44 do PAF. Informa que é sociedade empresária que possui como atividades a (i) fabricação de gases industriais, (ii) manutenção e reparação de tanques, reservatórios metálicos e caldeiras, exceto para veículos, (iii) instalações hidráulicas, sanitárias e de gás, (iv) comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, (v) comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados anteriormente, (vi) aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais não especificados anteriormente, sem operador, (vii) comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos, (viii) comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odonto-médico-hospitalar; partes e peças, (ix) aluguel de material médico e (x) manutenção e reparação de equipamentos e produtos não especificados anteriormente, conforme comprovante de inscrição e situação cadastral da Receita Federal do Brasil em mídia anexa.

Afirma que restará demonstrado ao longo da Defesa, que a autuação fiscal em discussão não merece prevalecer, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Alega que não foram observadas as normas pertinentes e nem a situação fática relacionada ao momento do fato gerador do ICMS em relação à energia elétrica.

Comenta que em se tratando de energia elétrica, se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada da energia elétrica oriunda de outro Estado. Transcreve os arts. 4º, VIII e 17 da Lei nº 7.014/96; Convênio ICMS 77 de 05/08/2011.

Alega que no caso dos autos e como restará demonstrado documentalmente, não houve entrada de energia elétrica. Está em discussão nos presentes autos, a cobrança de ICMS sobre a entrada de energia elétrica no estabelecimento Autuado, localizado no Município de Candeias/BA, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em Ambiente de Contratação Livre – ACL.

Ressalta que para participar do mercado de energia, todas as empresas de geração, distribuição, comercialização e consumidores livres de alta demanda/carga que participam de negociações no Ambiente de Contratação Livre – ACL, precisam se submeter à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Diz que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, criada pela Lei nº 10.848/2004 é sujeita à fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e sua atuação segue as diretrizes definidas na Convenção de Comercialização de Energia Elétrica (Resolução Normativa nº 109/2004) e as Regras e Procedimentos de Comercialização aprovados pela ANEEL.

No Ambiente de Contratação Livre – ACL, é formalizado um contrato de livre negociação de cláusulas e preços entre compradores e vendedores.

Inserido no contexto do Ambiente de Contratação Livre – ACL, informa que tem deveres junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, de registro dos contratos firmados e liquidação financeira. Até porque, se trata de uma contratação que pode ser realizada de maneira livre, mas em um mercado estritamente regulado.

Afirma que são observados os termos dos contratos, a demanda contratada e sua utilização/consumo (entrada), feito este encontro de contas, o consumidor livre que consumir mais ou menos energia do que estava previsto em seu contrato deve liquidar esta diferença entre o contratado e o consumido no Mercado de Curto Prazo – MCP, dentro do ambiente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Diz que as liquidações financeiras são realizadas mensalmente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e consiste no pagamento e recebimento dos débitos e créditos apurados. As compensações são realizadas por uma instituição financeira autorizada pelo Banco Central, contratada pela CCEE, que atualmente é o Banco Bradesco. A CCEE não é parte na liquidação, tendo somente o papel de viabilizar a realização das compensações financeiras.

Postas estas premissas em relação à prática do mercado, passa a analisar o caso concreto envolvendo a autuação ora em discussão.

Registra que conforme fato constante do próprio Auto de Infração, é consumidor livre de alta demanda/carga no Ambiente de Contratação Livre – ACL, tendo firmado Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre de Longo Prazo – ACL com a Ômega Desenvolvimento de Energia S.A para sua operação em relação à região Nordeste e Sudeste.

Informa que toda a dinâmica da contratação e operação pode ser visualizada das Notas Fiscais de Energia, Balanços Energéticos, Sumários e Notas de Liquidação de Contabilização junto à CCEE, Relatórios CONFAZ e também de Demonstrativo de consistência dos relatórios CCEE, todos constantes de mídia anexa.

Diz que ao fechar um Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre de Longo Prazo – ACL há uma demanda contratada mês a mês, a qual independentemente de sua utilização, é paga por força contratual.

Ou seja, diferentemente da realidade que se pode observar no Consumidor Residencial, onde existe o consumo e posteriormente a cobrança por aquele consumo, ou seja, a cobrança baseada na energia elétrica que entrou na residência, no Ambiente de Contratação Livre – ACL, podem ser pactuadas em contrato condições comerciais baseadas na demanda contratada, não importando se

houve ou não a entrada de energia no estabelecimento. É uma obrigação financeira a ser cumprida por força contratual.

Cita exemplo da operação no Ambiente de Contratação Livre – ACL em relação ao caso dos autos. Diz que foi firmado Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre de Longo Prazo – ACL entre a AIR LIQUIDE (Autuado) e a Ômega Desenvolvimento de Energia S.A.

Em decorrência de tal contratação, todo mês é emitida Nota Fiscal de Energia referente à demanda contratada. Para visualização apresenta cópia da NF de maio/2022.

Informa que no mês seguinte (junho/2022), foi feita no âmbito da CCEE a contabilização do contrato referente ao mês de maio/2022.

Ou seja, é apurada a entrada de energia e feito um encontro de contas, para visualização se houve mais ou menos consumo de energia do que estava previsto em contrato, para a liquidação financeira desta diferença no Mercado de Curto Prazo – MCP da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Diz que o Balanço Energético é unificado, portanto, no caso dos autos se deve observar a região Nordeste, em mídia anexa estão sendo apresentados todos os documentos em sua integralidade. Afirma que é possível observar que não houve entrada (TRC = Consumo Total).

Registra que toda a demanda contratada (PCL = Posição Contratual Líquida), entrou para liquidação no Balanço Energético (NET = Balanço Energético), por meio do Mercado de Curto Prazo - MCP (MCP = Resultado no Mercado de Curto Prazo) na CCEE.

Diz que a apuração conjunta dos diversos estabelecimentos abarcados no mesmo contrato pode ser visualizada no Sumário de Contabilização.

Feita esta apuração, com a obtenção do resultado final, é emitida pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE uma Nota de Liquidação das Contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE, para liquidação financeira dos valores tendo em vista que foi realizado o pagamento da demanda contratada, mas não houve a entrada da energia elétrica.

Em relação a todo esse ciclo mensal, informa que a própria CCEE gera um relatório/detalhamento com informações para a Secretaria de Estado da Fazenda (mídia anexa).

Informa que os documentos relacionados às Notas de Energia Elétrica estão sendo juntados aos autos nesta oportunidade, em relação aos meses de maio/2022 a fevereiro/2023, pois os meses de março/2023 a junho/2023 envolvem apenas a cobrança de tarifas do sistema de energia.

Diz que o Balanço Energético, no ambiente regulado da CCEE, espelha a situação de fato relacionada à entrada ou não de energia no estabelecimento e para todo o período do Auto de Infração, não houve entrada de energia elétrica na filial de Candeias/BA.

Alega que se pode se observar, que durante todo período autuado, não houve entrada de energia no estabelecimento e nem consumo (TRC = Consumo Total) e em relação à toda a demanda contratada (PCL = Posição Contratual Líquida) para o Nordeste (filial Candeias/BA), foi realizada liquidação financeira integral no Balanço Energético (NET = Balanço Energético), por meio do Mercado de Curto Prazo - MCP (MCP = Resultado no Mercado de Curto Prazo) na CCEE.

Ressalta que, para a energia elétrica, o fato gerador do imposto ocorre no momento da entrada da energia elétrica oriunda de outro Estado, este não ocorreu em relação aos períodos objeto da autuação, não havendo que se falar em recolhimento de ICMS.

Alega que conforme demonstra a documentação em mídia anexa, houve o pagamento mensal de uma demanda contratada, mas tendo em vista que não houve a entrada correspondente, foi realizada a liquidação financeira no âmbito da CCEE.

Acrescenta que além das próprias previsões da legislação do Estado da Bahia, com a definição de que em se tratando de energia elétrica, se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada da energia elétrica oriunda de outro Estado, o Supremo Tribunal Federal consolidou 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).

Para corroborar tais alegações e demonstrações, desde já, requer que seja realizado trabalho conjunto de reanálise das exigências, postulando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos para demonstrar a veracidade dos fatos, inclusive pela apresentação de documentos adicionais/complementares, realização de diligências, perícia técnica/fiscal, bem como quaisquer outras providências que se fizerem necessárias ao atendimento e busca da verdade material.

Afirma que no caso concreto, é de rigor o cancelamento da exigência, uma vez que não houve entrada/operação mercantil de forma a ensejar a incidência do ICMS.

Por todo o exposto, requer que a Defesa seja recebida com os procedimentos de praxe, a fim de que seja conhecida e julgada procedente, de sorte que seja cancelado o presente Auto de Infração.

Na remota hipótese de que assim não se entenda, requer seja realizado apurado trabalho conjunto de reanálise das exigências, com base no quanto alegado e documentos apresentados, postulando, desde já, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos para demonstrar a veracidade dos fatos alegados na presente Defesa, inclusive pela apresentação de documentos adicionais/complementares, realização de diligências, perícia técnica ou fiscal e outras providências que se fizerem necessárias ao atendimento e busca da verdade material.

Requer, ainda, a realização de sustentação oral, nos termos do artigo 163 do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/1999.

Por fim, requer que todas as intimações e/ou notificações do caso sejam enviadas também ao advogado Roberto Trigueiro Fontes – OAB/BA nº 1009A e OAB/SP 244.463, para o seu endereço profissional na Rua Haddock Lobo, nº 846, 13º andar – Torre Beta, Jardins, São Paulo/SP – CEP 01414-000, sob pena de nulidade.

O Autuante presta informação fiscal à fl. 74 dos autos. Diz que o autuado apresentou Defesa, encaminhando, só agora, o Demonstrativo de Apuração do ICMS devido na aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre e os DAEs e comprovantes de recolhimento referentes ao período de 01/01/2019 a 31/12/2023. Foi intimado a apresentar, conforme Intimação Fiscal de 12/02/2024, fl. 19 deste PAF.

Informa que o Defendente apresenta arquivos em meio magnético à fl. 72 deste PAF, alegando serem documentos que demonstram que não houve entrada de energia elétrica no seu estabelecimento para fins de consumo próprio.

Da análise desses documentos, afirma que nada se encontra que ampare os argumentos defensivos. Ressalta que as liquidações financeiras apresentadas nenhuma delas em favor do Autuado, com CNPJ 000.331.788/0020-81.

Conclui que os argumentos trazidos pela Defesa não rebatem a autuação e pede a manutenção integral do presente Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Andiara Cristina Freitas – OAB/SP - 299.437.

## VOTO

Inicialmente, o Autuado alegou que não foram observadas as normas pertinentes e nem a situação fática relacionada ao momento do fato gerador do ICMS em relação à energia elétrica.

Observo que não foi constatado prejuízo à Defesa, o autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo cerceamento ao direito de defesa.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar nulidade do Auto de Infração.

O Defendente requereu a realização de diligências, perícia técnica/fiscal, bem como quaisquer outras providências que se fizerem necessárias ao atendimento e busca da verdade material.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência/perícia, em vista das provas produzidas nos autos.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica, 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. Período de maio de 2022 a junho de 2023.

De acordo com a Descrição dos Fatos, o ICMS devido foi calculado com base nas notas fiscais de entrada de energia constantes nos arquivos de EFD do Contribuinte e na sua arrecadação do ICMS Energia, conforme discriminado no anexo A, parte integrante deste PAF.

Na Impugnação apresentada, o Defendente comentou que em se tratando de energia elétrica, se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada da energia elétrica oriunda de outro Estado, e no Ambiente de Contratação Livre – ACL é formalizado um contrato de livre negociação de cláusulas e preços entre compradores e vendedores.

Inserido no contexto do Ambiente de Contratação Livre – ACL, informou que tem deveres junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, de registro dos contratos firmados e liquidação financeira.

Também informou que o consumidor livre que consumir mais ou menos energia do que estava previsto em seu contrato deve liquidar esta diferença entre o contratado e o consumido no Mercado de Curto Prazo – MCP, dentro do ambiente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e as liquidações financeiras são realizadas mensalmente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Consiste no pagamento e recebimento dos débitos e créditos apurados. As compensações são realizadas por uma instituição financeira autorizada pelo Banco Central, contratada pela CCEE, que atualmente é o Banco Bradesco.

O Defendente ressaltou que a cobrança baseada na energia elétrica que entrou no Ambiente de Contratação Livre – ACL, pode ser pactuada em contrato, condições comerciais baseadas na demanda contratada, não importando se houve ou não a entrada de energia no estabelecimento. É uma obrigação financeira a ser cumprida por força contratual.

Disse que é realizada apuração conjunta dos diversos estabelecimentos abarcados no mesmo contrato, o que pode ser visualizado no Sumário de Contabilização.

Feita esta apuração, com a obtenção do resultado final, é emitida pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE uma Nota de Liquidação das Contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE, para liquidação financeira dos valores tendo em vista que foi realizado o pagamento da demanda contratada, mas não houve a entrada da energia elétrica.

O Impugnante afirmou que durante todo período autuado, não houve entrada de energia no estabelecimento e nem consumo (TRC = Consumo Total) e em relação à toda a demanda contratada (PCL = Posição Contratual Líquida) para o Nordeste (filial Candeias/BA), foi realizada liquidação financeira integral no Balanço Energético (NET = Balanço Energético), por meio do Mercado de Curto Prazo - MCP (MCP = Resultado no Mercado de Curto Prazo) na CCEE. Houve o pagamento mensal de uma demanda contratada, mas tendo em vista que não houve a entrada correspondente, foi realizada a liquidação financeira no âmbito da CCEE.

Observo que em relação à energia elétrica adquirida no AMBIENTE DE CONTRAÇÃO LIVRE – ACL, as operações se enquadram em autêntica hipótese de incidência do ICMS, sendo correta a exigência de recolhimento do referido imposto.

O Autuante informou que analisou os documentos apresentados pelo Defendente juntamente com a Defesa e afirmou que nada se encontra que ampare os argumentos defensivos. As liquidações financeiras apresentadas, nenhuma delas em favor do Autuado, com CNPJ 000.331.788/0020-81.

Constatou que o levantamento fiscal foi realizado com base em notas fiscais de aquisição da energia elétrica constantes nos arquivos de Escrituração Fiscal Digital (EFD) e na arrecadação do ICMS. Se encontram identificadas no demonstrativo de apuração (fls. 04 a 18 do PAF), os documentos fiscais e respectiva chave de acesso, bem como o CNPJ do emitente, e se observa que são operações de aquisição de energia elétrica oriundas dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais.

A tese defensiva, repousa no entendimento de que não deveria ser lançado o imposto, com a alegação de que não houve a entrada de energia elétrica. Entretanto, as notas fiscais da autuação fiscal foram declaradas pelo Autuado em sua EFD, e a LC 87/96 prevê a incidência do ICMS sobre a energia elétrica, quando tal mercadoria tiver origem em outra unidade da federação, conforme dispõe o seu art. 2º, § 1º, inciso III, abaixo reproduzido.

LC 87/96:

*“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”.*

Restou demonstrado que o Autuado adquiriu energia elétrica em ambiente de contratação livre, sendo esse fato elemento motivador da incidência do ICMS, decorrente de operação de aquisição interestadual por meio do instrumento de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL.

Não acompanho a tese de que no processo de liquidação operada na CCEE (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica), verificada no ambiente da Contratação Livre (ACL), no qual se confronta os valores da demanda contratada com o consumo efetivo de energia (demanda efetivamente realizada), em havendo saldo devedor, desfavorável ao Contribuinte, se esteja diante de uma operação de liquidação financeira, sem repercussão para o ICMS.

O caso, em exame, envolve aquisição de energia elétrica que tem consequências tributárias. Essa energia elétrica adquirida em operação interestadual tem o aspecto relativo à incidência do imposto no estabelecimento consumidor destinatário da mercadoria. Portanto, não acato as alegações defensivas.

Afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao Autuado e a insuficiência de elementos probatórios acostados aos autos pela Defesa. Nos moldes como foi apurada e descrita a

infração, é correta a acusação fiscal, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem as matérias tratadas na autuação fiscal, considerando que o levantamento fiscal foi efetuado com base na documentação fiscal constante na EFD do contribuinte, estando evidenciado que não houve recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, e o Contribuinte não apresentou elementos suficientes para elidir a exigência fiscal.

O Defendente requer que todas as intimações e/ou notificações do caso sejam enviadas também ao advogado Roberto Trigueiro Fontes – OAB/BA nº 1009A e OAB/SP 244.463, para o seu endereço profissional na Rua Haddock Lobo, nº 846, 13º andar – Torre Beta, Jardins, São Paulo/SP – CEP 01414-000, sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279266.0015/24-0, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 644.639,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2024

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA