

PROCESSO - A. I. Nº 279266.0015/24-0
RECORRENTE - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0191-03/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/05/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0150-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o imposto exigido refere-se a aquisições de energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre (ACL) de fornecedores localizados em outras unidades da Federação, mediante emissão de documentos fiscais devidamente escriturados (EFD) ocorrendo a incidência do imposto (Art. 2º, § 1º, III da LC nº 87/96). Documentos juntados ao processo refere-se a negociações efetuadas por outro estabelecimento e não fazem prova das alegações. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a decisão proferida pela 3ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado no dia 22/03/2024 para exigir ICMS em razão do cometimento da seguinte infração:

***Infração 01 - 02.01.24:** Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre - ACL, estando ele conectado diretamente à Rede Básica de Transmissão para seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada (maio de 2022 a junho de 2023). Consta na Descrição dos Fatos que o contribuinte foi alcançado na Operação 2023 da Malha Fiscal de Energia Elétrica adquirida no ambiente de contratação livre, tendo o ICMS sido 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 - R\$ 644.639,12. Multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 82/88) a 3ª JJF apreciou que:

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.

Observe 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.

Observe 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.

Constato 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.

No Recurso Voluntário interposto por meio de advogado Roberto Trigueiro Fontes, OAB/SP 1009A e Murilo José Cimino Rodrigues OAB/SP 434.792 (fls. 99 a 119) inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as atividades que exerce (fabricação de gases industriais ...) conforme comprovante de inscrição e situação cadastral da Receita Federal do Brasil.

Discorre sobre a infração, argumentos defensivos e julgamento em primeira instância que entende deva ser reformada por a fundamentação não encontrar abrigo na legislação estadual, visto que afirmou ter motivação na aquisição de mercadoria que diferencia do conceito de entrada de Energia Elétrica no território do Estado da Bahia, inexistindo fato gerador do ICMS.

MÉRITO. Alega que a exigência fiscal acusa ocorrência do fato gerador do imposto a entrada da energia elétrica oriunda de outro Estado, sem observar a previsão contida nos arts. 4º, VIII e 17 da Lei nº 7.014/96 e Convênio ICMS 77 de 05/08/2011, transcritos às fls. 105/106 que não se coaduna com as aquisições feita pelo estabelecimento autuado localizado no município de Candeias/BA, por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em Ambiente de Contratação Livre (ACL).

Discorre sobre o mercado de energia, empresas de geração, distribuição, comercialização e consumidores livres de alta demanda/carga que participam de negociações no ACL que se submetem à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), sujeita à fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) com diretrizes definidas pela Resolução Normativa nº 109/2004) e as Regras e Procedimentos de Comercialização aprovados pela ANEEL.

Ressalta que no ACL, é formalizado contrato de livre negociação de cláusulas e preços entre

compradores e vendedores, com registro na CCEE, cujos termos indica utilização/consumo (entrada), feito por um encontro de contas, no qual o consumidor livre que consumir mais ou menos energia do que estava previsto em seu contrato deve liquidar a diferença entre o contratado e o consumido no Mercado de Curto Prazo – MCP, dentro do ambiente da CCEE, que consiste no pagamento e recebimento dos débitos e créditos apurados, cujas compensações são realizadas por uma instituição financeira autorizada pelo Banco Central, no caso o Banco Bradesco, que viabiliza a realização das compensações financeiras.

Postas estas premissas, argumenta que no caso concreto firmou Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no ACL com a Ômega Desenvolvimento de Energia S.A, conforme 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, reproduzido nas fls. 108 a 117, em resumo:

- i) Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no ACL com a empresa ÔMEGA, no mês 05/2022, com emissão da Nota Fiscal nº 9878 (fl. 109);
- ii) No mês 06/2022), foi feito no âmbito da CCEE a contabilização do contrato referente ao mês de maio/2022 (fl. 110) mediante encontro de contas, para visualização se houve mais ou menos consumo de energia do que o previsto em contrato, para a liquidação financeira da diferença no Mercado de Curto Prazo – MCP da CCEE, de acordo com o Balanço Energético unificado (fl. 110) que *“é possível observar que não houve entrada (TRC = Consumo Total)”* visto 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”*.

Afirma que conforme Balanço Energético, no ambiente regulado da CCEE, que indica a situação de entrada ou não de energia no estabelecimento, no período autuado *“não houve entrada de energia elétrica na filial de Candeias/BA”*, cujos resumos foram indicados nas fls. 113 a 117, concluindo que:

Como se pode observar acima, 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, o que não ocorreu em relação aos períodos objeto da autuação, não havendo que se falar em recolhimento de ICMS, visto que conforme 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”*, inexistindo a entrada (ingresso, ato de entrar, efetiva passagem ou introdução de algo) de energia elétrica no território do Estado da Bahia que é o elemento motivador da incidência do imposto.

Acrescenta que além das previsões na legislação do Estado da Bahia quanto a ocorrência do fato gerador do ICMS no momento da entrada da energia elétrica oriunda de outro Estado, o STF consolidou posicionamento de que a demanda de potência elétrica não é passível de tributação via ICMS, visto que integram a base de cálculo os valores referentes ao efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor (RE 593824/SC - Tema 176 de Repercussão Geral).

Solicita a reanálise das exigências, postulando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos para demonstrar a veracidade dos fatos, inclusive realização de diligências, perícia técnica/fiscal, bem como outras providências necessárias a busca da verdade material.

Requer acolhimento do Recurso Voluntário, realização de sustentação oral, e que as intimações e/ou notificações sejam enviadas também ao advogado, sob pena de nulidade.

Registrada a presença a advogada Dra. Andiará Cristina Freitas na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica no estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em Ambiente de Contratação Livre (ACL). Foi julgado procedente em Primeira Instância.

No Recurso Voluntário interposto o recorrente em termos gerais reapresentou os argumentos da impugnação inicial que foi apreciado na decisão recorrida de que:

- I) Adquiriu energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre (ACL) mediante contratos;
- II) Os Balanços Energéticos fazem o encontro de contas e toda demanda contratada (PCL) entrou para liquidação no Balanço Energético (NET), por meio do Mercado de Curto Prazo (MCP) e que “*não houve entrada de energia elétrica na filial de Candeias/BA*”.

Na decisão recorrida foi apreciado que:

- a) A exigência tem como base as notas fiscais de aquisição da energia elétrica constantes nos arquivos de Escrituração Fiscal Digital (EFD) conforme chave de acesso, CNPJ do emitente, oriundas dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais;
- b) As liquidações financeiras apresentadas não se referem ao estabelecimento autuado, com CNPJ 000.331.788/0020-81.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que tomando por exemplo a primeira chave de acesso indicada no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 04) indica:

20220509 35220514797440000126550010000098781135504213 14797440000126 SP 359.843,04

O recorrente apresenta cópia da Nota Fiscal-e nº 9.878 de 09/05/2022 emitida pela Ômega Comercialização de Energia S.A., CNPJ nº 14.797440.0001-26 localizada no Estado de São Paulo relativo a venda de energia elétrica ao estabelecimento autuado com CNPJ 00.331.788.0020-81 localizada no município de Candeias/BA, indicando como natureza da operação “CONSUMO” de energia elétrica totalizando valor de R\$ 359.843,04. Essa NFe corresponde a relacionada pela fiscalização.

Pelo exposto, conforme fundamentado na decisão recorrida, as notas fiscais objeto da autuação, a exemplo da primeira nota fiscal relacionada no demonstrativo elaborado pela fiscalização, foi regularmente escriturada na EFD do estabelecimento autuado registrando o consumo de energia elétrica adquirida em outras unidades da Federação, ocorrendo a incidência do ICMS conforme disposto no art. 2º, § 1º, III da LC 87/96 que estabelece:

“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”.

No que se refere aos Balanços Energéticos relativo a aquisições de energia elétrica mediante Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre (ACL) juntados com a defesa e recurso, constato que conforme informação da fiscalização e acolhido na decisão recorrida, trata-se de negociações com outros estabelecimentos e não podem ser acatadas.

Tomando por exemplo as cópias dos Balanços Energéticos apresentados (gravado na mídia de fl. 120) e reproduções nas fls. 110 a 118 indicam a posição contratual do agente AIR LIQUIDE SP, CNPJ

nº 00.331788.0001-19 localizado no Estado de São Paulo, cuja NOTA DE LIQUIDAÇÃO DO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CEE (fl. 112) indica liquidação financeira na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) por parte daquela empresa e não do estabelecimento autuado.

Concluo que conforme apreciado na decisão recorrida, o ICMS exigido neste lançamento refere-se ao consumo de energia elétrica adquirida em outros Estados, conforme notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, devidamente escrituradas na EFD do estabelecimento autuado, operações que a legislação do ICMS prevê a incidência do ICMS e os documentos juntados com a defesa e recurso referem-se a negociações efetivadas por outro estabelecimento e não fazem prova da alegação de que não houve consumo pelo estabelecimento autuado.

Quanto ao pedido de que as intimações e/ou notificações sejam enviadas para o advogado do estabelecimento autuado, entendo que não há impedimento, porém, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato deve atender ao previsto no art. 108 do RPAF/BA.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279266.0015/24-0, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 644.639,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS