

PROCESSO	- A. I. N° 298929.0089/24-7
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0122-03/25-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 29/10/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0378-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELETRICA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. Existência de Mandado de Segurança. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Considerar **PREJUDICADA** a análise das razões. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente o Auto de Infração Auto de Infração lavrado em 16/12/2024, exige crédito tributário no valor de R\$ 40.481,18, acrescido de multa de 60%, em razão da 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, nos meses de janeiro a junho de 2023.

Consta na descrição dos fatos, que o contribuinte apresentou o Processo 0510031-14.2017.8.05.0001, que concede em parte a tutela provisória para, conforme os artigos 15, I, da Lei 7.014/96 e 50, I, do Decreto 6.284/97, com as alterações da Lei nº 13.461/2015, com produção de efeitos a partir de 10/03/16, fixar em 18% (dezoito por cento) a alíquota do ICMS incidente sobre Energia Elétrica e Telecomunicações, razão pela qual, deve ser suspensa a exigibilidade deste auto.

O autuado impugna o lançamento fls. 20/34. Requeru que: “**a)** seja reconhecida a improcedência da autuação fiscal, tendo em vista a inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigue a recolher o ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica aos seus estabelecimentos localizados neste Estado de acordo com alíquotas superiores àquelas aplicáveis às demais operações sujeitas à incidência do imposto - afastando-se, assim, a aplicação do artigo 16, inciso II, alínea “i”, e inciso V, da Lei nº 7.014/1996 (bem como de eventuais alterações legislativas supervenientes de mesmo conteúdo material), e atraindo a aplicação, em tais hipóteses, da alíquota geral de ICMS, nos patamares de 18% (dezoito por cento) até 21/03/2023, e 19% (dezenove por cento), até 06/02/2024, na forma do artigo 15, inciso I, alínea ‘a’; da Lei nº 7.014/1996; b) Seja reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração em virtude do vício material, à medida em que o sujeito passivo direto da obrigação tributária (contribuinte de direito) não foi solidariamente autuado, de modo que restaram ofendidos os direitos ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa”.

Um dos Autuantes presta informação fiscal fls.53/55. Conclui que consta no corpo do Auto de Infração, que o Autuado apresentou o Processo 0510031-14.2017.8.05.0001, que concede em parte a tutela provisória para, fixar em 18% (dezoito por cento) a alíquota do ICMS incidente sobre Energia Elétrica e Telecomunicações, razão pela qual deve ser suspensa a exigibilidade deste auto.

A JJF dirimiu a lide nos seguintes termos:

VOTO

Conforme exposto no Relatório supra, a matéria em lide encontra-se sob a apreciação do Poder Judiciário, no mandado de segurança nº 0510031-14.2017.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca.

A respeito de tal situação, a legislação estadual, especialmente o artigo 125, inciso II do COTEB (Lei 3.956/81), assim dispõe:

“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

(...) II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”.

No mesmo sentido, é o artigo 117 do RPAF/99:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Em complemento, o artigo 122, inciso IV do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorribel a decisão administrativa.

Logo, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, a Defesa está prejudicada, na esfera administrativa, quanto à análise do mérito das exigências do imposto e da multa, objeto do Auto de Infração em análise, conforme previsto no art. 117 do RPAF, sob pena de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial.

Porém, há de se salientar que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme art. 117, § 2º, II, do RPAF/99, mas não de sua constituição pelo Fisco. Na realidade, a SEFAZ está impedida de exigir o imposto relativo à operação e não de constituir-lo, no intuito de assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial definitiva do mérito desfavorável ao contribuinte.

Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis. Caso não seja confirmada a Decisão final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deverá intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido, caso não haja depósito judicial integral da quantia.

Diante do exposto, considero PREJUDICADA a Defesa, no que tange às exigências consignadas no Auto de Infração em epígrafe, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

Apresentado peça recursal às fls. 81/95. Relata quanto à tempestividade, descreve os fatos da autuação dizendo que apresentou como defesa o Processo Judicial nº 0510031-14.2017.8.05.0001, que concedeu tutela provisória para aplicar alíquota reduzida de 18% sobre energia elétrica e telecomunicações, o que justificaria a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Salienta que a penalidade foi fundamentada em diversos dispositivos legais do RICMS/BA e da Lei Estadual nº 7.014/96, além do Convênio ICMS 77/2011. Contudo, argumentou que a autuação é inválida, pois não foi direcionada à distribuidora de energia (contribuinte de direito), contrariando princípios do processo administrativo fiscal.

Ressalta que a 3ª JJF manteve o lançamento, considerando a defesa prejudicada, e encaminhou o caso à PGE/PROFIS, por entender haver identidade de objeto com o processo judicial mencionado — decisão que, segundo a Recorrente, merece revisão.

Pede pela reforma da decisão de piso, pelos seguintes motivos:

EXISTÊNCIA DE DEMANDA JUDICIAL DISCUTINDO A ESSENCEALIDADE DOS SERVIÇOS RELATIVOS AO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL NO STF - AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO DA RECORRENTE NA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Disse que a Recorrente ajuizou ação judicial em 2017 buscando afastar a cobrança de ICMS com alíquota majorada (27%) sobre energia elétrica e telecomunicações, alegando a essencialidade desses serviços e o princípio da seletividade constitucional. Obteve decisão judicial favorável, reconhecendo a aplicação da alíquota geral (17% até 2016 e 18% a partir de 2016), além do direito à

compensação do indébito.

Reporta que o Auto de Infração desconsiderou essa decisão, mas sua exigência é afastada, pois a ação foi proposta antes do julgamento do RE 714.139 (Tema 745 do STF), cuja tese firmada confirmou a constitucionalidade da aplicação de alíquotas superiores para energia e telecomunicações, com ressalva justamente para ações ajuizadas antes de 05/02/2021, como no caso da Recorrente.

Assim, sustenta que não subsiste a cobrança do ICMS à alíquota de 27%, devendo prevalecer a alíquota geral (18%, depois 19% em 2024). Ademais, o Auto é nulo por não ter incluído a concessionária de energia, responsável legal pelo recolhimento do imposto.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR VÍCIO MATERIAL: AUSÊNCIA DE AUTUAÇÃO DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

Assevera que o Acórdão recorrido, ao julgar prejudicada a defesa apresentada por parte da ora Recorrente, deixou de apreciar o tópico inerente à nulidade do lançamento, que, por si só, conduziria à sua extinção.

Assinala que o Auto de Infração foi lavrado contra a Recorrente por suposto não recolhimento de ICMS sobre energia elétrica, apesar de existir decisão judicial favorável afastando a aplicação da alíquota majorada. A distribuidora de energia, como substituta tributária e responsável direta pelo recolhimento, destacou corretamente o imposto em notas fiscais, mas não foi autuada.

Diz que a Recorrente foi responsabilizada solidariamente, mas sem ter concorrido por ação ou omissão para o não recolhimento, já que a distribuidora deixou de recolher em cumprimento a ordem judicial. A ausência de autuação e notificação da concessionária violou os princípios da verdade material, contraditório e ampla defesa, pois o sujeito passivo direto não integrou o processo.

Assim, discorreu que o Auto de Infração é nulo por vício material, decorrente da incorreta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, o que compromete a validade do lançamento.

Resumindo pontuou que a decisão judicial favorável, confirmado que:

- Existia sentença judicial reconhecendo a não incidência da alíquota de 27% sobre energia elétrica.
- A distribuidora (substituto tributário) deixou de recolher o imposto majorado por determinação judicial, não por ação da Recorrente.

Afirma que a responsabilidade do substituto tributário é da distribuidora de energia é o sujeito passivo direto do ICMS, por força de lei, onde destacou o imposto nas notas fiscais e efetuar o recolhimento. A Recorrente é apenas contribuinte de fato (consumidora), suportando o ônus econômico, tendo, portanto, a impossibilidade de autuação isolada da Recorrente, pois a responsabilidade solidária só poderia ser aplicada se houvesse ação ou omissão da Recorrente, o que não ocorreu. Sustenta que o Fisco deveria ter autuado também a distribuidora, na condição de corresponsável solidária.

Alega cerceamento de defesa, por entender que:

- A concessionária, como sujeito passivo direto, não foi notificada nem autuada.
- Isso violou os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além do dever de intimação previsto na legislação (CTN e Decreto estadual).
- Vício material do lançamento
- O erro decorre da identificação incorreta do sujeito passivo da obrigação tributária.
- Trata-se de nulidade material, não meramente formal, já que altera a própria relação jurídico-

tributária.

Aponta a jurisprudência do CARF e da CSRF confirma que, nesses casos, o lançamento deve ser considerado nulo, pois confirma que o Auto de Infração é inválido porque foi lavrado apenas contra a Recorrente, sem incluir a concessionária de energia elétrica, responsável direta pelo recolhimento, configurando vício material insanável.

Finaliza requerendo a Nulidade do Auto de Infração através do Provimento ao presente Recurso Voluntário, para afastar o Auto de Infração lançado em face da Recorrente ante a existência de vício material.

Registrada a presença do autuante Sr. Edmário de Jesus Santos na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado visando modificar a Decisão recorrida referente à lavratura de imputação por falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro a junho de 2023.

A JJF considerou prejudicada a análise defensiva por entender que a matéria em lide encontra-se sob a apreciação do Poder Judiciário, no Mandado de Segurança nº 0510031-14.2017.8.05.0001, que tramita perante a 3^a Vara da Fazenda Pública desta Comarca, assim, conforme os dispositivos citados na decisão de piso, verifica-se a desistência da defesa, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Nas razões recursais, o representante da recorrente, apresenta duas nulidades:

a) a primeira, sustenta que devido à ação promovida no judiciário onde buscou anulação do Auto de Infração com afastamento da cobrança do ICMS referente à alíquota de 27% sobre energia elétrica e telecomunicações, alegando a essencialidade desses serviços e o princípio da seletividade constitucional. Afirma que obteve decisão judicial favorável, reconhecendo a aplicação da alíquota geral (17% até 2016 e 18% a partir de 2016), além do direito à compensação do indébito. Sustentou que não subsiste a cobrança do ICMS à alíquota de 27%, devendo prevalecer a alíquota geral (18%, depois 19% em 2024), portanto, afirma ser nulo por não ter incluído a concessionária de energia, responsável legal pelo recolhimento do imposto.

b) a segunda, afirma que é nulo o Auto de Infração, pois a decisão de piso deixou de apreciar o tópico inerente à nulidade do lançamento, que, por si só, conduziria à sua extinção. Consignou que o ICMS sobre a energia elétrica é da distribuidora, como substituta tributária, como destacado corretamente o imposto em notas fiscais, que não foi autuada. Afirma que a Recorrente foi responsabilizada solidariamente, mas sem ter concorrido por ação ou omissão para o não recolhimento, já que a distribuidora deixou de recolher em cumprimento a ordem judicial. A ausência de autuação e notificação da concessionária violou os princípios da verdade material, contraditório e ampla defesa, pois o sujeito passivo direto não integrou o processo.

Analizando as duas argumentações, vejo que estão inteiramente interligadas, pois, a decisão prolatora judicial, verificará de quem é a responsabilidade do pagamento do imposto, portanto, esta esfera administrativa não pode analisar os argumentos defensivos ou recursais, por ter o entendimento de que o objeto da matéria é idêntico à demanda judicial.

Assim, não vejo, como arguir nenhum combate no assunto posto nas razões recursais, pois o Mandado de Segurança nº 0510031-14.2017.8.05.0001, que tramita perante a 3^a Vara da Fazenda

Pública desta Comarca, teve a escolha da defendant, conforme o artigo 125, inciso II do COTEB (Lei 3.956/81), que não incluem competência desses julgadores análise de matéria sob apreciação do Poder Judiciário. Destaco também o art. 117 do RPAF/99, que emana de que a propositura de medida judicial importa em renúncia de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso.

Acrescento que através do art. 122, inciso IV do mesmo Regulamento prevê a extinção do contencioso, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorribel a decisão administrativa.

Relato que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme art. 117, § 2º, II do RPAF/99, e não a constituição do crédito devedor feita pelo Fisco, sendo que a SEFAZ não está impedida de sua constituição e, da sua exigência, portanto, o imposto relativo à operação é assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial definitiva do mérito ser desfavorável ao contribuinte.

Considerando que a decisão piso foi PREJUDICADA a análise da defesa, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, por entender que o objeto idêntico à demanda judicial, devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do artigo 151, IV do CTN. Assinalo que os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

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 considerou PREJUDICADA a defesa apresentada relativa ao Auto de Infração nº 298929.0089/24-7, lavrado contra CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA., no valor de R\$ 40.481,18, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis. Caso não seja confirmada a Decisão final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deverá intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido, caso não haja depósito judicial integral da quantia.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2025.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS