

A. I. N° - 298929.0063/24-8
AUTUADO - J MACEDO S/A
AUTUANTE - EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/04/2025

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0061-03/25-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 23/10/2024, exige crédito tributário no valor de R\$ 1.856.873,13, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da Infração 01 – **41.02.05**. - Falta 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 junho de dezembro de 2022, janeiro a dezembro de 2023 e janeiro a julho de 2024. Exigido o valor de R\$ 1.856.873,13, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 06 a 09.

O Autuado impugna o lançamento, fls. 23 a 32, articulando os argumentos resumidos a seguir.

Afirma ser empresa de destaque em todo o território nacional que atua há mais de 85 anos na industrialização e comercialização de farinha de trigo e seus derivados, pautando-se sempre em uma postura socialmente responsável, recolhendo todos os tributos que lhe são devidos e questionando administrativa ou judicialmente aqueles que lhe são cobrados ao arrepio da Lei e da Constituição.

Destaca que adquire energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre - ACL - para utilização no desenvolvimento da sua atividade industrial, isto porque o seu consumo é, em regra, bem superior ao de consumidores domésticos, uma vez que a energia adquirida é utilizada no seu processo industrial. Assevera serem essas operações, de aquisição de energia em ACL, que compõem a base da presente autuação, a qual apura a ausência de recolhimento de ICMS pela contribuinte.

Destaca que a autuação deixou de observar a norma disposta no inciso III, do art. 39, da Lei Complementar nº 97/99 (Lei Kandir)¹, que retira do campo de incidência do ICMS as operações com energia elétrica empregadas no processo de industrialização, conforme reiteradamente ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Prossegue destacando que mesmo superada essa questão, o que se cogita apenas para que sejam apreciadas todas as questões relacionadas no auto de infração, verifica-se como inaplicável a penalidade imputada.

Essas questões serão devidamente desenvolvidas adiante.

Da Improcedência - Não incidência de ICMS sobre operações interestaduais de aquisição de energia elétrica. Princípio da Legalidade. Da disposição da Lei Complementar nº 87 (Lei Kandir), art. 39, III, e do entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça.

Observa o que prevê o inciso III, do art. 39, da Lei Complementar nº 97/99 (Lei Kandir), cujo teor reproduz à fl. 25.

Afirma que o dispositivo não deixa dúvidas acerca da não incidência do ICMS sobre as operações interestaduais com energia elétrica, se destinadas ao processo de industrialização.

Destaca que, apesar disso, em razão de eventuais restrições à amplitude dessa norma por algumas legislações estaduais, a matéria chegou ao STJ de forma recorrente nos últimos anos.

Observa que o Tribunal, por sua vez, por meio das suas turmas responsáveis pela apreciação das matérias relacionadas com o Direito Público (1ª e 2ª Turma), pacificou o entendimento, compreendendo que essas operações não se submetem à incidência do ICMS, bastando que sejam consumidas no processo industrial, ainda que não sirvam como matéria-prima dentro dele.

Esclarece que essa compreensão foi muito bem delineada pela 2ª Turma no julgamento do AgInt no RESP nº 1871692 (Doc. 03), cujos trechos do inteiro teor, pela pertinência, reproduz à fl. 25.

Diz que de forma muito similar, também tem se manifestado a 1ª Turma do STJ, conforme o fez no julgamento do AgInt no Resp nº 1883142, sob relatoria do Ministro Manoel Erhardt, cujo trecho do voto reproduz à fl. 26 e 27.

Observa que o critério utilizado pelo STJ para se aferir a “destinação à industrialização” da energia elétrica adquirida é a sua essencialidade no processo industrial do contribuinte, ainda que não incorporada ao produto dessa cadeia.

Chama a atenção para o fato de que seu estabelecimento é uma indústria (Doc. 04 - Cartão CNPJ), cujas atividades econômicas são moagem de trigo e fabricação de derivados (CNAE nº 10.62-7-00), além da fabricação de massas alimentícias (CNAE nº 10.94-5-00), para as quais, por óbvio, não se discute a indispensabilidade do emprego de energia elétrica, ora adquirida no ACL, fl. 28.

Frisa que todas as operações autuadas são de origem interestadual, conforme se verifica das notas fiscais em anexo (Doc. 05 - Notas Fiscais das operações autuadas).

Assevera não haver dúvidas de que a aquisição de energia elétrica objeto da presente autuação não está submetida à incidência do ICMS, nos termos do art. 39, III, da Lei Complementar nº 97/99, em consonância com a jurisprudência pacificada do STJ, de modo que não é possível falar em ausência de recolhimento do tributo no caso concreto.

Afirma ser necessário diferenciar o caso concreto e os argumentos ora apresentados do entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE nº 748543. Diz que, naquela ocasião, observando o disposto no § 22, do art. 155, da CF/88, que também prevê a não incidência de ICMS sobre operações interestaduais com energia elétrica, a Suprema Corte consagrou a tese que deu origem ao Tema 689, fl. 29.

Observa, contudo, que a regra disposta no inciso III, art. 32, da Lei Complementar nº 97/99 não foi afetada pela compreensão firmada no paradigma.

Esclarece que, por ocasião do julgamento, o Min. Alexandre de Moraes até propôs expandir a discussão para além da norma disposta no artigo 155, § 22, X, b, da CF/1988, para a incluir a apreciação da norma prevista na Lei Kandir, buscando emplacar o seguinte enunciado para a tese, fl. 29. Observa que o seu posicionamento foi voto vencido, tendo em vista que o inciso III, do art. 32, da Lei Complementar nº 97/99 nunca foi objeto de discussão no recurso e nem poderia, já que a competência para tratar de legislação federal é do STJ, e não do STF. Nesse sentido, vale observar a precisa fundamentação exarada pelo Min. Gilmar Mendes, por ocasião do seu voto, fl. 30.

Pondera que mesmo à revelia da legislação e jurisprudência do STJ, fosse considerada devida a cobrança perpetrada por meio do auto impugnado, a penalidade imputada ao contribuinte deveria ser substituída.

Assinala que a autuação indicou a multa prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, equivalente a 60% do valor do imposto, cuja teor transcreve à fl. 31. Contudo, pondera que conforme se observa, a penalidade aplicada possui caráter estritamente residual, devendo ser afastada se existente dispositivo mais específico no mesmo art. 42. Observa que o inciso I, do referido dispositivo, alberga precisamente a infração imputada ao contribuinte, fl. 31.

Menciona que o próprio Auto de Infração traz a informação de que as operações foram regularmente escrituradas, conforme é possível observar no *print* de tela colacionado à fl. 32.

Assevera não haver motivos para que não seja reenquadrada a penalidade para a prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que é a mais específica e mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 112, IV do Código Tributário Nacional.

Arremata requerendo que seja reconhecida a:

- a) A improcedência da autuação, em razão de não haver incidência de ICMS sobre as operações listadas no relato infracional, nos termos inciso III, do art. 39, da Lei Complementar nº 87, art. 39, III e conforme a documentação anexada em sua defesa;
- b) A parcial procedência da autuação, em virtude do reenquadramento da Penalidade para a prevista no inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia;
- c) A Intimação para realização de Sustentação Oral nos termos do Regimento Interno do CONSEF.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 303 a 305, nos seguintes termos.

Inicialmente destaca que, em consonância com o art. 38, do RPAF-BA/99, foi lavrado o Auto de Infração (para exigência de tributos, acréscimos e multas, decorrentes da constatação da Infração 002-001.024 - 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. Art. 400 e 401, do RICMS-BA/12, alínea “i”, do inciso II, do art. 16, art. 16-A, inciso V e parágrafo primeiro do art.17 e inciso III, do art.34 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas 1ª, 2ª e Inciso I da Cláusula 3ª, do Conv. ICMS 77/2011.

Assinala que o contribuinte apresenta, por intermédio de representante legal devidamente constituído, defesa tempestiva ao presente Auto de Infração que exige débito de ICMS no valor histórico de R\$ 1.856.873,13, referente a aquisição de energia elétrica no mercado livre, advindas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento da Impugnante.

Destaca que o Autuado alega que a aquisição da energia elétrica é para utilização no desenvolvimento da sua atividade industrial, e que a autuação deixou de observar a norma disposta no art. 3º, III, da Lei complementar nº 87/96 - Lei Kandir.

Observa que o Autuado em sua defesa discorre sobre as legislações atinentes a matéria, às fls. 24 a 30 e 55 a 154.

Afirma que em razão de eventuais restrições à amplitude do inciso, do art. 3º, III, da Lei complementar nº. 87/96 por algumas legislações estaduais, o STJ por meio da 1ª e 2ª Turma, pacificou o entendimento de que essas operações não se submetem a incidência do ICMS, quando consumidas no processo industrial. E que o critério utilizado pelo tribunal para se aferir a “destinação à industrialização” da energia elétrica adquirida é a sua essencialidade no processo industrial.

Frisa que esta mesma Lei (Lei Kandir), em seu art. 12, XII, com a redação dada pela LC 102 de 11/07/2000, estabelece:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;”

De acordo com o art. 5º, da Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996:

“Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

[...]

IV - 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)”

Esclarece que a empresa não industrializa e nem comercializa energia elétrica, portanto passível de cobrança do ICMS.

Frisa que o Autuado contesta também a cobrança da multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da lei 7.014/96, alegando que não há motivos para que não seja reenquadrada a penalidade para a prevista no inciso I, do art. 42, por ser mais específica e mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 112, IV do Código Tributário Nacional.

Consigna que, tal discussão escapa aos limites do trabalho da fiscalização, tendo em vista que cabe ao preposto fiscal exclusivamente aplicar a lei vigente e regularmente instituída.

Conclui assinalando que, por tudo quanto exposto mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na exigência do crédito tributário e, portanto, requer a procedência do Auto de Infração, por estar embasado na legislação que regulamenta a matéria.

VOTO

Depois de compulsar os elementos que compõem o presente PAF, verifico que: *i)* a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; *ii)* foram determinados, com segurança, a infrações e o infrator; *iii)* foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e *iv)* não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, bem como no transcurso de sua instrução o lançamento de ofício foi aperfeiçoado diante de documentação apresentada pelo Impugnante e ajustado pelo Autuante e o cientificado na forma da legislação de regência. Portanto, o presente Auto de Infração se afigura revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento da 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.

Em sede de Defesa pugna pela improcedência da autuação asseverando que adquire energia elétrica em Ambiente de Contratação Livre - ACL - para utilização no desenvolvimento da sua atividade industrial, isto porque o seu consumo é, em regra, bem superior ao de consumidores

domésticos, uma vez que a energia adquirida é utilizada no seu processo industrial, esclareceu serem essas operações, de aquisição de energia em ACL, que compõem a base da presente autuação, a qual apura a ausência de recolhimento de ICMS pela contribuinte.

Explicou que a autuação deixou de observar a norma disposta no inciso III, do art. 39, da Lei Complementar nº 97/99 (Lei Kandir)¹, que retira do campo de incidência do ICMS as operações com energia elétrica empregadas no processo de industrialização, conforme reiteradamente ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Em suma, essa foi a razão de Defesa apresentada pelo Autuado para se eximir da acusação objeto da autuação.

O Autuante informou que mantém a autuação pelo fato de que o estabelecimento autuado não industrializa e nem comercializa energia elétrica, portanto, é passível de cobrança do ICMS.

Como expendido a tese defensiva, repousa no entendimento de que não deveria ser lançado o imposto, com a alegação de que utiliza a energia elétrica adquirida no desenvolvimento de sua atividade industrial que se trata de industrialização e comercialização de farinha de trigo e seus derivados.

A origem da exigência fiscal da presente autuação se afigura definida, no inciso III, do § 1º, do art. 2º da LC 87/96, *in verbis*:

“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”.

Logo, resta evidente que nos autos que o estabelecimento autuado não se enquadra na exceção, expressamente preconizada na legislação de regência para não incidência, uma vez que a exceção de incidência veiculada no supra aludido dispositivo legal se refere exclusivamente a operações em que o estabelecimento adquirente de energia elétrica comercialize ou industrialize a energia adquirida.

Depois de examinar os elementos que instruem os presentes autos, constato que remanesce claramente 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.

Assim, resta evidenciado que o Autuado carrou aos autos elementos com o condão de elidir a exigência fiscal que lhe fora imputada.

Quanto a alegação da Defesa atinente à necessidade de reenquadramento da multa indicada no Auto de Infração, qual seja, a alínea “F”, do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/97, para a prevista no inciso I, do mesmo artigo, constato que não há como prosperar a pretensão, haja vista que o enquadramento constante do Auto de Infração se afigura em devida conformidade com a irregularidade apurada, ao passo que o enquadramento pretendido, trata especificamente de recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica. Portanto, mantenho o enquadramento da multa apontado na autuação.

Concluo pela subsistência da autuação.

Ante 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 **298929.0063/24-8**, lavrado contra **J MACEDO S/A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.856.873,13** acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2025.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

