

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0223/06-0
RECORRENTE - ENGUIA GEN BA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0412-02/06
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 08/05/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-12/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. UTILIZAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL SEM AMPARO NA LEGISLAÇÃO. O contribuinte utilizou o benefício extensivamente nas aquisições interestaduais de bens e equipamentos não utilizados na geração de energia elétrica. Infração comprovada. **b)** MATERIAIS DESTINADOS AO USO E/OU CONSUMO PELO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias para uso e consumo. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 269200.0223/06-0, lavrado em 08/09/2006 para exigir ICMS no valor total de R\$649.864,41, acrescido das multas nos percentuais de 50% e de 60%, em razão de três imputações.

O Recurso Voluntário tem como objeto a insurgência contra parte do débito tributário lançado para as infrações 01 e 02.

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo permanente do estabelecimento. Período de janeiro/2002 a julho/2003. ICMS no valor de R\$641.841,70, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Período de setembro/2002 a março/2005. ICMS no valor de R\$4.624,15, acrescido da multa de 60%.

O Fisco acosta, às fls. 07 a 296, documentos que consistem, dentre outros, em Termo de Intimação, demonstrativos do levantamento fiscal realizado (fls. 09 a 19); cópia dos Pareceres GECOT/DITRI nºs 9261/2003 e 8588/2003 (fls. 20 a 28); cópias de livro fiscal (fls. 31 a 93); cópias de notas fiscais (fls. 94 a 296).

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 301 a 312, insurgindo-se contra parte das imputações 1 e 2. Acosta documentos às fls. 313 a 378, que consistem, dentre outros, em relatório elaborado pelo autuado quanto aos valores objeto da autuação e valores por si reconhecidos como devidos (fls. 313 a 318); cópia do Ato Declaratório Executivo da SRF - Secretaria da Receita Federal/Ministério da Fazenda - nº 19/2002 (que divulga a relação de projetos de instalação de unidades geradoras de energia elétrica, autorizados pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, e que cita o autuado listado como nº 004) à fl. 319; Despacho nº 2026/2005 da ANEEL (fls.

323 e 324); Portaria nº 550/2005 do Ministério de Minas e Energia (fls. 325 a 328); cópias de espelhos de cadastros federais e estadual do sujeito passivo (fls. 329 a 333); cópias de Contrato Social (fls. 341 a 349); cópias do Auto de Infração e demonstrativos do levantamento fiscal (fls. 354 a 371); cópia do Parecer GECOT/DITRI nº 8588/2003, também anexado pelo autuante às fls. 23 e 24 (fls. 372 a 376).

O autuante presta informação fiscal às fls. 381 a 388 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações.

O contribuinte acosta, na data da sessão de julgamento de primeiro grau, às fls. 393 e 394, cópia do Ofício nº 181/2003 expedido pela Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração - SRG da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, datado de 26/08/2003 e endereçado a Sr. “Paulo Dantas da Costa”, nesse Ofício identificado como sócio da empresa INTERCON – Consultores Associados Sociedade Civil, de Salvador/BA, com o Assunto: “Solicitação de esclarecimentos quanto aos limites das atividades de geração e transmissão de energia elétrica.”

O julgamento em primeira instância, não unânime apenas em relação à Infração 01, manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0412-02/06, às fls. 396 a 405. Em seus votos assim se expressam o digno Relator e o ilustre Autor do Voto Discordante:

VOTO

Mesmo apresentada de forma difusa na peça defensiva, deixo de acatar a preliminar de cerceamento do exercício da ampla defesa suscitada pelo autuado em face da suposta falta de motivação para o lançamento de ofício, ora em lide. Entendo que a lavratura do Auto de Infração tivera sua motivação claramente evidenciada, ante a transparente manifestação da DITRI, fls. 372 a 376, em Parecer circunstanciado ao atender solicitação de reconhecimento de isenção do ICMS, e pleno conhecimento do autuado. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Deixo de acatar o pedido de diligência apresentado pela defesa tendo em vista que, além de não terem sido explicitado e especificados os pontos a serem aclarados na solicitação do autuado, entendo os elementos constantes dos autos serem suficientes para a formação de meu convencimento sobre a matéria em questão.

Da análise dos autos, verifico que o cerne da questão em comento constitui em saber se é devido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens destinados a uso e ao ativo permanente, não aplicados na geração de energia elétrica, objeto do lançamento de ofício, baseado que fora no entendimento sobre a matéria, manifestado no Parecer DITRI nº 9261/2003, infração 01. Eis que, a infração 03 não fora impugnada, tendo sido seu débito, integralmente recolhido, fls. 315, 318 e 334, e, a infração 02, apesar de seu débito parcialmente recolhido pelo autuado, também, não carrearou aos autos contestação alguma.

A defesa impugna o lançamento relativo às infrações 01 e 02 aduzindo que sua planta industrial é destinada exclusivamente a geração de energia não atuando na transmissão da energia produzida e que a fiscalização interpretou imotivadamente que o autuado exerce a atividade econômica de transmissão de energia, já que entendera serem determinados bens e máquinas utilizados para a transmissão, mesmo sendo a empresa autuada apenas geradora de energia.

Em sua informação fiscal o autuante assevera que a ação fiscal fora motivada pela denegação, em grau de Recurso, de solicitação do autuado para fruição do benefício da isenção da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais em suas aquisições de bens e equipamentos para uso e para integrar o seu ativo permanente em sua planta de geração de energia elétrica. Acrescenta que a ação fiscal fora antecedida de diligência “in loco” acompanhada por preposto do autuado para identificar quais as aquisições atendiam às exigências do dispositivo legal outorgante do benefício.

Depois de analisar as peças que integram os presentes autos, decorrente do contraditório instalado, constato que, apesar do autuado, sem dúvida alguma, exercer exclusivamente a atividade econômica de geração de energia elétrica, não está ele desobrigado dos encargos tributários inerentes à sua estreita ligação com a atividade de transmissão de energia, ou outras quaisquer atividades que sejam necessárias à consecução plena de sua produção industrial. Isto é, mesmo com a inegável imprescindibilidade da transmissão da energia gerada, sob pena de inviabilizar economicamente essa atividade, tem-se que considerar o alcance que o dispositivo legal regente da matéria expressamente determina.

Como se depreende claramente da leitura da alínea “b” do inciso II da art. 27 do RICMS-BA/97, a seguir transcrito, não tenho dúvida que o legislador distinguiu a atividade de produção como o fulcro do alcance do

benefício que se pretendia conceder, pois, além de não permitir interpretação extensiva ao delimitar claramente “planta de produção”, condicionou sua fruição ao reconhecimento prévio da autoridade fazendária.

“Art. 27. São isentas do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

[...]

II - nas entradas de bens e de materiais de consumo procedentes de outras unidades da Federação, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas, nas seguintes hipóteses:

[...]

b) de 02/12/94 até 30/04/03, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e bens destinados ao uso ou ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de empresas geradoras de energia elétrica, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção, devendo o benefício, contudo, ser reconhecido, caso a caso, por ato do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face de análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado (Conv. ICMS 55/93, 96/94, 151/94, 102/96, 121/97, 23/98, 05/99 e 10/01);”

Outro aspecto assaz importante que vislumbro permear esta matéria é, sem dúvida, a interpretação do dispositivo legal que concede a isenção, ora em lide, eis que, o inciso II do art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, determina a supremacia da interpretação literal da legislação tributária :

“Art. 111 (Interpretação literal da legislação tributária) – Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

[...]

II – outorga de isenção;”

Como restou evidenciado nos autos serem todos os equipamentos, máquinas, aparelhos e implementos adquiridos pelo autuado, destinados estritamente à planta de produção, vez que se faz necessário sua integração com as etapas seguintes do processo, ou seja, transmissão e distribuição da energia elétrica produzida, entendo que as aquisições não destinadas especificamente na produção de energia elétrica não estão amparadas pelo benefício concedido através da alínea “b” do inciso II, do art. 27 o RICMS-BA/97.

Pelo acima exposto, concluo dos exames realizados que restou evidenciado o cometimento, por parte do autuado das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE – ITEM 1º

Acompanho o voto do nobre Relator quanto aos itens 2º e 3º deste Auto de Infração.

Entretanto, com todo respeito, não posso concordar com a conclusão do seu voto quanto ao item 1º.

O lançamento em discussão no item 1º deste Auto diz respeito à exigência do pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao Ativo Imobilizado do estabelecimento do autuado, por entender a fiscalização que determinados bens adquiridos para o Ativo Imobilizado do contribuinte em apreço não atenderiam aos requisitos do art. 27, II, “b”, do RICMS. O fiscal assinala que o benefício fiscal somente alcança as aquisições interestaduais de bens do Ativo Permanente para aplicação na planta de produção, para geração de energia elétrica – com o que concordo plenamente. Não concordo é com o que o fiscal deixou de dizer.

Com efeito, embora o fiscal não tenha dito na descrição constante no Auto, depreende-se que a autuação decorreu do fato de o autuante considerar que o contribuinte, além de gerar energia elétrica (tendo nesse caso direito ao benefício quanto aos bens adquiridos para emprego na geração de energia), também atuaria como distribuidora de energia elétrica (e em tal hipótese não teria direito ao benefício, pois, como foi salientado, a isenção diz respeito apenas aos bens adquiridos para emprego na geração de energia elétrica).

O procurador da empresa, na sustentação oral, pediu que se remetesse o processo em diligência, a fim de que fosse verificado se a empresa tem alguma receita decorrente de “distribuição de energia”, assegurando que, com tal diligência, ficaria provado que toda a receita da empresa é decorrente de “geração”, pois a empresa opera, exclusivamente, como geradora de energia. Foi alegado que, de acordo com o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, a contabilidade das concessionárias e permissionárias de energia elétrica segue padrões rígidos, pois deve discriminar, separadamente, as receitas de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia.

Votei pelo deferimento da diligência. Fui voto vencido.

Passo então ao exame do mérito.

A previsão da isenção da diferença de alíquotas, no RICMS, na redação vigente à época dos fatos, é feita nestes termos:

“Art. 27. São isentas do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

.....
II - nas entradas de bens e de materiais de consumo procedentes de outras unidades da Federação, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas, nas seguintes hipóteses:

.....
b) de 02/12/94 até 30/04/03, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e bens destinados ao uso ou ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de empresas geradoras de energia elétrica, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção, devendo o benefício, contudo, ser reconhecido, caso a caso, por ato do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face de análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado (Convs. ICMS 55/93, 96/94, 151/94, 102/96, 121/97, 23/98, 05/99 e 10/01);

.....
§ 5º A isenção de que trata a alínea “b” do inciso II se aplica inclusive às empresas geradoras de energia elétrica.” (Destaquei as expressões que interessam neste caso.)

Concentro-me na interpretação da alínea “b” do inciso II. Note-se que a isenção contempla as aquisições de bens de uso e de bens do ativo imobilizado feitas por estabelecimentos industriais, por produtores e por geradores de energia, para serem empregados na implantação ou na ampliação da planta de produção.

Para bem interpretar esse dispositivo, vou comentar, separadamente, os três tipos de atividades abrangidos pelo benefício: estabelecimentos industriais, estabelecimentos agropecuários e estabelecimentos geradores de energia elétrica. Por exclusão, não fazem jus ao benefício os estabelecimentos que se dediquem a outros ramos de atividades, como, por exemplo, os que se dediquem à pesca, à aquicultura, à caça, à prestações de serviços, ao comércio (atacado, distribuição, varejo).

Começo então pelos estabelecimentos industriais. Uma indústria produz bens para vender, evidentemente. Porém, ao efetuar as vendas de seus produtos, ela não se torna, por isso, “comerciante”. Mesmo quando vende a sua produção, ela continua sendo um estabelecimento industrial. A coisa será diferente no caso de uma indústria que, além de vender os produtos por ela fabricados, também adquirir e revender ou distribuir produtos de outra empresa, pois, nesse caso, ela desempenhará duas atividades, podendo-se fazer, em tal hipótese, a distinção entre a atividade industrial e as atividades de comercialização ou distribuição.

Do mesmo modo, um estabelecimento agropecuário que, por exemplo, produza cereais ou crie bovinos, evidentemente produz ou cria para vender, e, ao vender os seus produtos, não se torna, por esse ato, “comerciante” – continua sendo um estabelecimento agropecuário. Somente seria comerciante se revendessem ou distribuíssem mercadorias produzidas por terceiros.

Chego agora ao que interessa, o estabelecimento gerador de energia elétrica. Para atuar na área de energia, a empresa precisa obter prévia autorização do órgão ou agência reguladora competente. E para obter tal autorização precisa ser definido se atuará na geração, transmissão, distribuição ou comercialização de energia.

O autuado juntou à defesa a cópia do Ato Declaratório Executivo SRF nº 19/02, da Receita Federal, extraído do “site” da Receita Federal na internet, no qual é divulgada a relação de projetos de instalação de unidades geradoras de energia elétrica, autorizados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Nessa relação, figura o nome do autuado (fls. 319/322).

Juntou também um extrato do Despacho nº 2.026/05 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em que a Superintendente de Concessões e Autorizações de Geração da ANEEL especifica as empresas habilitadas a participar de Leilões de Energia Proveniente de Novos Empreendimentos, nos termos da legislação citada. Na relação, figura o nome do autuado (fls. 323/324). No final da relação, consta a data, seção, página, volume e número do Diário Oficial em que o despacho em apreço foi publicado.

Também foi anexada à defesa a cópia da Portaria nº 550/05 do Ministério de Estado de Minas e Energia, que cuida do cálculo das garantias físicas dos empreendimentos de geração. No anexo da referida portaria consta o nome do autuado como empresa geradora de energia elétrica (fls. 325/328).

Foi anexado, ainda, um extrato do Banco de Informações de Geração da ANEEL, onde consta o índice de capacidade de geração do autuado (fl. 329).

O autuado juntou extratos de comprovante de inscrição e de situação cadastral no CNPJ, nos quais consta que o seu estabelecimento está inscrito no segmento de “Produção de energia elétrica” (fls. 330/332).

Anexou também extrato de sua situação no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, provando que está inscrito neste Estado na atividade econômica de “Produção (geração) de energia elétrica – inclusive produção integrada” (fl. 333).

Fez juntada de cópia do contrato social, cuja cláusula terceira especifica o espectro das atividades que constituem o objeto da sociedade empresária: geração, transmissão, distribuição de energia elétrica, a prática

de atos de comércio dessas atividades, consultoria e gerenciamento de atividades de terceiros na geração de energia elétrica, e qualquer outra atividade correlata (fls. 335 e ss.).

Está provado, portanto, que a empresa atua, especificamente, como geradora de energia elétrica. De acordo com o seu contrato social, poderá, a qualquer tempo, diversificar suas atividades, fazendo outras coisas, porém a autorização obtida dos órgãos competentes, constantes nos autos, é, unicamente, para geração de energia elétrica.

Não sei de onde se tirou a idéia de que essa empresa pratica outras atividades. Note-se que o art. 27, II, “b”, do RICMS se refere à aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e bens destinados ao uso ou ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de empresas geradoras de energia elétrica, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção.

Ora, se o Regulamento diz que fazem jus ao benefício as empresas geradoras de energia elétrica, e se está provado que o atuado é – única e exclusivamente – uma empresa geradora de energia elétrica, qual a dúvida quanto ao seu direito ao benefício?

Entendo que essa empresa não poderia valer-se da isenção prevista no supracitado dispositivo regulamentar se algum dos bens adquiridos se destinasse a emprego em atividade diversa. Por exemplo, se ela atuasse, também, nos segmentos de transmissão, distribuição ou comercialização de energia elétrica, ou seja, se ela adquirisse energia elétrica produzida por terceiro e a revendesse, transmitisse ou distribuisse.

Ouvi referências, na exposição dos fatos e nos debates nesta sessão de julgamento, a respeito de certos bens que podem ser empregados na distribuição de energia, e por isso o fiscal considera que o atuado não tem direito à isenção. Ora, um bem pode ser concebido para emprego em diversas aplicações práticas, mas o que interessa é o seu uso efetivo. No caso do atuado, que é, unicamente, uma empresa geradora de energia elétrica, conforme consta nos autos, os bens só podem ser empregados na sua planta de produção ou geração.

Até mesmo em relação aos bens que sejam empregados para dar saída à energia elétrica para a CHESF ou para outro adquirente, seria um absurdo dizer-se que, no momento da venda da energia por ele produzida, o atuado estaria “distribuindo” energia.

Volto às considerações do início: um estabelecimento industrial ou agropecuário (que atue unicamente como estabelecimento industrial ou agropecuário) produz bens para quê? Para vender, evidentemente. Quando esse estabelecimento industrial ou agropecuário vende a sua produção, vira, por isso, estabelecimento “comercial” ou “distribuidor”? Claro que não. Pois bem, do mesmo modo, uma empresa geradora de energia elétrica produz a energia para quê, senão para vender? Será possível alguém supor que, no momento em que essa empresa geradora de energia venda a energia de sua própria produção estaria “distribuindo” energia?

Não vou perder tempo em detalhes sobre coisas tão óbvias. Poderia recorrer ao código nacional de atividades econômicas, mas considero que basta apelar para o bom senso. Afinal de contas, por qual razão o Estado daria incentivo para produzir energia, senão para que ela seja vendida? Não se perca de vista que a energia produzida num determinado momento, se não for consumida no exato instante em que é produzida, ela se perde, se dissipa. É com a venda que a produção de energia ganha importância econômica e social. O raciocínio do incentivo à produção pura e simples, desestimulando a venda da energia produzida, é ilógica e vai de encontro aos interesses capitais do fisco, que é a arrecadação de tributos, pois, se a empresa produz energia e não a vende, a energia se perde, e por conseguinte não há pagamento de imposto. Que sentido faria o Estado conceder incentivo à produção de energia “produzida só por produzir”, se tal energia não gerar nenhuma riqueza?

Essa idéia de considerar que uma geradora de energia elétrica, no momento em que vende a sua produção, assumiria, nesse ato, o papel de “distribuidora de energia”, não resiste a nenhuma consideração sobre a natureza real das coisas. De acordo com o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, as concessionárias e permissionárias de energia elétrica são obrigadas a proceder aos registros contábeis segregados por atividade de geração, transmissão, distribuição e comercialização. O mesmo Manual define o que seja geração, transmissão, etc. O conceito de geração ou produção de energia elétrica é este: “... consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, não importando sua origem, e as linhas e subestações do sistema de transmissão de conexão”. Por sua vez, a transmissão de energia é definida como uma “... atividade regulada, concedida por meio de um contrato de concessão e feita por linhas e subestações que integram a Rede Básica, bem como por outras instalações reguladas ou não, suportadas, normalmente, por contratos bilaterais de conexão”.

Desse modo, tendo em vista o rigor como deve ser feita a contabilização das operações das empresas de energia elétrica, que são supervisionadas por órgãos governamentais, considero que houve cerceamento de defesa ao ser indeferido, na preliminar, o pedido do representante da empresa, na sustentação oral, no sentido de que se remetesse o processo em diligência, a fim de que fosse verificado se a empresa tem alguma receita decorrente de “distribuição de energia”. Em face das normas constantes no Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, instituído pela Resolução Aneel nº 444/01, caso este processo fosse diligenciado, como pediu o representante da empresa, seria provado se ela porventura atua como distribuidora ou transmissora de energia

elétrica, ou se é, como afirma o defensor, apenas geradora de energia (acessei o referido Manual no “site” da Aneel).

Para concluir, faço um raciocínio por analogia, tomando como referência o ramo farmacêutico, em que atuam três segmentos: o dos fabricantes (laboratórios), o dos distribuidores e o dos varejistas (farmácias e drogarias). No caso da energia elétrica, é preciso distinguir as figuras do gerador de energia e as do distribuidor e do transmissor de energia.

Suponha-se o caso de uma companhia distribuidora de energia que pretendesse adquirir bens para o seu ativo com isenção do imposto fundada no art. 27, II, “b”, do RICMS. Sem dúvida, essa distribuidora não faria jus ao benefício, pois, na condição de distribuidora de energia elétrica, sua atividade não é contemplada nos requisitos do dispositivo regulamentar em exame. Por outro lado, se, porventura, essa distribuidora fosse, ao mesmo tempo, também geradora de energia elétrica, cabia ao fisco apurar quais os bens do ativo adquiridos para emprego na geração e quais os bens adquiridos para emprego na distribuição de energia, de modo que somente os primeiros fariam jus à isenção.

Entretanto, no caso em exame, uma vez provado, e não contestado, que se trata de empresa que atua – única e exclusivamente – como geradora de energia elétrica, pois foi para isso que obteve autorização dos órgãos competentes e é para isso que está inscrita no cadastro estadual de contribuintes, todos os bens adquiridos para integrar a sua planta de produção, no período considerado, gozam de isenção do pagamento da chamada diferença de alíquotas, nos termos do art. 27, II, “b”, do RICMS.

O autuado reconheceu ser devida a diferença de alíquotas de alguns itens. O reconhecimento do autuado vale para aspectos de fato, não de direito. Interpretando o dispositivo regulamentar acima citado, concluo que o lançamento tributário é indevido por inteiro.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do item 1º deste Auto de Infração. Acompanho o voto do Relator quanto aos outros dois itens.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 411 a 425. O contribuinte diz que o Acórdão de primeiro grau não teria “cuidado da matéria” atinente ao pagamento de R\$42.598,60, que se refere a bens adquiridos por ele, sujeito passivo, mas não aplicados em sua planta de produção.

Em seguida fala sobre reexame de matéria, preclusão, cita Súmulas do STF, e aduz que a DITRI/SEFAZ ocupou-se do mérito da questão, mas que aquela Diretoria teria concluído, a seu ver de forma equivocada, que sobre determinados bens adquiridos para o ativo fixo dele, Recorrente, não caberia a isenção da diferença de alíquota exigida no Auto de Infração. Tece considerações acerca do Parecer prolatado pela DITRI/SEFAZ, cuja parte do texto, que ele, recorrente, cita como colacionado à fl. 23 dos autos, reproduz com grifo e observação. Copia parte do artigo 27 do RICMS/BA. Diz que para fruição do benefício isencional bastaria que o bem fosse adquirido para emprego na implantação da planta de produção, e diz que teria atendido a esta circunstância. Afirma que não haveria base jurídica respaldando a exigência da Infração 1, que no Recurso questionava.

Afirma ser dever deste CONSEF a revisão do ato que denegou o benefício, se constatada a ofensa a direito legítimo dele, Recorrente. Fala em poder-dever de auto-tutela do Estado. Cita o artigo 53 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo em âmbito federal, e diz que pode ser invocada na presente lide.

Elogia o voto discordante constante no Acórdão objeto do Recurso Voluntário. Copia este voto, comentando os seus trechos. Afirma que estaria evidenciado, pela própria Decisão de primeiro grau, que ele, contribuinte, apenas exerceria a atividade de geração de energia elétrica, porquanto não havia faturamento algum de transmissão de energia, e sim de geração. Diz que não seria possível dar destinação comercial à energia sem adequação da tensão, pelo que os transformadores por si adquiridos não seriam de utilização exclusiva na atividade de transmissão.

Afirma que no voto vencedor da Decisão da Junta não teriam sido apreciados os laudos, fotos, Pareceres, e “outros elementos técnicos de convencimento”, e sim “opinião subjetiva de um auditor fiscal”. Afirma que no voto dissidente estaria estabelecida a distinção entre geração, transmissão e distribuição da energia elétrica para efeito de concessão do benefício que diz que lhe foi negado injustamente.

Aduz que no voto vencedor está expresso que ele, contribuinte, exerce exclusivamente a atividade econômica de geração de energia elétrica, e compara as conclusões do voto vencedor e do voto vencido, objeto do Acórdão recorrido, cita e comenta trechos de ambos os votos.

O contribuinte passa a discorrer acerca de suas instalações e de seus equipamentos. Afirmar não ter investido na aquisição de equipamentos para transmissão de energia elétrica porque não lhe caberia responsabilidade por esta transmissão, no contexto de contrato que aduz ter firmado com a Companhia Brasileira de Energia Emergencial – CBEE.

Assevera que nem mesmo para viabilizar a conexão da sua usina geradora com a rede normal operada pela CHESF foram realizados quaisquer investimentos em equipamentos de transmissão, porque firmara contrato com a empresa Mineração Caraíba S/A, proprietária de uma Unidade de Subestação receptora de Energia interligada ao sistema CHESF, e sua conexão com “o sistema” se processaria através daquela subestação, de forma compartilhada com a empresa Mineração Caraíba S/A, sem demanda de investimento específico.

Afirma que as instalações dele, recorrente, de usina Termoelétrica, encontram-se fisicamente no mesmo local onde funciona a referida Subestação, conforme contrato de comodato que assevera existir. Diz que esta situação poderia ser visualizada nas fotos que anexa. Expõe que *“T tecnicamente, só se poderá cogitar de investimentos em transmissão de energia elétrica nos procedimentos posicionados à jusante do ponto de interconexão com o sistema CHESF”*, Que, no caso presente, não se poderia cogitar em investimento em transmissão entre o local de geração de energia e o ponto de interconexão porque ambos situar-se-iam no mesmo local. Afirmar que os transformadores, que aduz que representam a quase totalidade do valor glosado, estão posicionados junto com os respectivos geradores, formando um todo único e indispensável, como aduz que estaria demonstrado nas fotos que anexa ao PAF. Reafirma que ambos comporiam um conjunto e não podem funcionar de maneira autônoma.

Fala que cabe apenas à União legislar sobre energia elétrica e copia o artigo 22, IV, da Constituição da República.

Cita a Lei Federal nº 9427/96, que cria a ANEEL. À fl. 422 dos autos apresenta trecho estranho ao texto da Resolução ANEEL nº 444, de 26/10/2001, identificando aquele trecho como se fora dispositivo sob nº “14” dessa Resolução [possui três artigos], que institui o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica.

Transcreve parte do teor do Ofício nº 181/2003-SRG ANEEL, de 26/08/2003 (fls. 432 e 433), e afirma que este conteúdo traria prova cabal e definitiva do equívoco em que teria laborado a Decisão recorrida.

Cita a Lei nº 9074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Reporta-se aos Pareceres Técnicos que junta ao Recurso Voluntário, fls. 434 a 437 dos autos.

Copia o artigo 110 do CTN.

Passa a falar acerca de Decisão da 2ª Vara de Fazenda Pública (fls. 438 a 441), proferida em dezembro/2004 em Mandado de Segurança Preventivo impetrado por outra empresa termoelétrica, acerca de obtenção de regime de diferimento na importação de equipamentos, e isenção do ICMS relativo ao pagamento da diferença de alíquota na aquisição de máquinas e equipamentos de outros Estados da Federação.

Conclui pedindo que esta CJF “supra” o que denomina de omissão da Decisão de primeiro grau, atinente a homologação de pagamentos realizados concernentes ao Auto de Infração objeto da lide. Pede também a realização de diligência visando comprovar “que não há faturamento de transmissão de energia elétrica em seus registros contábeis”, asseverando que essa necessidade, que afirma existir, se justificaria “para comprovação de que tais serviços não são realizados”. Aduz que o autor do voto discordante, em primeiro grau, referira-se a tal necessidade, à fl. 401

dos autos. Protesta por todos os meios de defesa em Direito admitidos, em especial a sustentação oral nas sessões de julgamento.

O recorrente acosta documentos às fls. 426 a 442.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Sr^a Procuradora Ana Carolina Moreira, emite Parecer às fls. 448 e 449 opinando no sentido da nulidade da Decisão de primeiro grau por preterição de direito de defesa, manifestando o entendimento de que no voto vencedor não teria sido apreciado o pedido do contribuinte relativamente ao pagamento de parte do débito do Auto de Infração, conforme alegado pelo sujeito passivo, do que teria resultado tal dito cerceamento de direito, acarretando a “nulidade do ato”.

À fl. 450, o digno Conselheiro Fauze Midlej, então Relator do PAF, solicitou o encaminhamento do processo de volta à PGE/PROFIS para que, face ao princípio da eventualidade, fosse emitido Parecer acerca do mérito da autuação.

A PGE/PROFIS, novamente por intermédio da Sr^a Procuradora Ana Carolina Moreira, emite Parecer às fls. 451 a 455 opinando no sentido do improvimento do Recurso Voluntário interposto, aduzindo que o contribuinte pagou parte do débito referente ao total lançado pela infração 03 e a parte do lançamento referente às imputações 01 e 02, mas que no Recurso Voluntário apresentado o contribuinte só se teria reportado à Infração 01. Aduz que não foi possível aferir a tempestividade do Recurso Voluntário interposto por ausência, nos autos, do Aviso de Recebimento – AR relativo à Decisão de 1º grau, bem como não constava documento indicando a data de protocolo do Recurso Voluntário.

A digna Procuradora aduz que, quanto ao pagamento realizado pelo contribuinte, preliminar que acolhera no Parecer PGE/PROFIS que prolatara anteriormente, vinha então a rever seu posicionamento, em face do teor do artigo 90 do RPAF/99, que prevê que em havendo pagamento total do débito apurado cabe à INFAZ a homologação do recolhimento e o conseqüente arquivamento do processo. Expõe que, tratando-se de pagamento parcial, segue-se o teor do artigo 91, II, do mesmo RPAF/99, que determina que em ocorrendo esta segunda situação de pagamento, o processo seguirá seu trâmite normal rumo ao julgamento. Que não cabe ao Órgão Julgador a homologação dos valores pagos, e sim à INFAZ. Que a Resolução constante da Decisão proferida em primeira instância traz a determinação de homologação dos pagamentos realizados. Que, assim, não merece acolhida a preliminar argüida pela contribuinte neste sentido.

Quanto ao mérito, a ilustre procuradora expõe que o Recurso Voluntário versa sobre o item 01 do Auto de Infração. Transcreve o artigo 27, II, “b”, do RICMS/BA e relata que, à luz da literalidade deste dispositivo, “não é a aquisição de qualquer bem ou mercadoria destinados ao uso ou ativo imobilizado que logra usufruir do benefício em questão, mas apenas a aquisição de bens a serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção da empresa.”

Prossegue expondo que o Fisco verificou que os bens adquiridos pelo contribuinte não foram utilizados na planta de produção da empresa, para geração de energia elétrica. Afirmar que a controvérsia reside em que o Fisco entende que bens como transformadores de tensão, que recebem a energia gerada, e linhas de transmissão que conduzam a energia gerada até um ponto de conexão, ou rede, fora da usina de geração, estão excluídos do benefício concedido, e o autuado, contrariamente, sustenta que tais bens integram a unidade de geração, formando um todo indissociável.

A douta procuradora relata que a norma em apreço estabelece, como requisitos básicos, para a referida isenção, que os bens adquiridos no período considerado sejam empregados na planta de produção da empresa; que esta tenha como ramo de atividade a produção de energia elétrica; e que tal benefício seja reconhecido, caso a caso, pelo Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face da análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado.

Que assim, conforme previsto pelo RICMS/BA, na fase do reconhecimento do benefício em questão pelo Inspetor Fazendário, foi realizada diligência no estabelecimento do contribuinte, a

fim de verificar quais os equipamentos utilizados na geração de energia elétrica, restando concluído, em Parecer emanado da DITRI, que 63% das operações de aquisição de bens realizadas pelo contribuinte não estavam amparadas pelo benefício fiscal da isenção do ICMS decorrente do diferencial de alíquotas, tendo em vista que este somente atingia, até 30/04/2003, as aquisições de bens do ativo permanente para aplicação em sua planta de produção, apenas no que se referia à geração de energia elétrica, hipótese em que não se enquadravam as referidas aquisições, conforme teor do documento de fl. 27 dos autos deste processo.

A preclara procuradora adverte que, todavia, ao se chegar a esta conclusão, não se está questionando a atividade econômica do recorrente, se geradora de energia elétrica, ou distribuidora. Que o Fisco não se insurgiu, em qualquer momento, quanto à situação cadastral da empresa, inscrita neste Estado no segmento de produção de energia elétrica. Que o que está sendo discutido é o fato de que, ao transformar e transmitir a energia gerada para a CHESF, por exemplo, o estabelecimento autuado utiliza bens, como transformadores de tensão, que não integram o parque de geração de energia, razão pela qual não estão amparados pelo benefício isencional. Que, todavia, tal premissa não afeta a sua condição de produtora de energia, nem a torna uma distribuidora.

A digna procuradora cita o artigo 111, II, do CTN, e ressalta que a outorga de isenção deve ser interpretada restritivamente.

Aduz que o conteúdo veiculado na norma regulamentar em comento estabelece que só serão alcançados pela isenção os bens adquiridos para serem empregados na implantação, ou ampliação, da planta de produção, razão pela qual os bens utilizados na transmissão dessa energia, ainda que não seja para fins diretos de distribuição, foram excluídos do benefício em tela. Que, contudo, foi reconhecido pelo Fisco o benefício da isenção em relação aos bens utilizados diretamente na geração de energia, conforme se depreende dos documentos de fls. 20/28 dos autos deste processo.

A ilustre procuradora afirma que o recorrente não preencheu os requisitos exigidos no artigo 27, II, “b”, do RICMS/BA, e consoante prevê o artigo 179 do CTN, que estabelece que a isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei, ou contrato, para sua concessão, então não poderia a administração fazendária conceder tal benefício sem o preenchimento dos requisitos exigidos na norma destacada.

A nobre procuradora aduz que, quanto ao pedido para a realização de diligência, nos termos do artigo 145 do RPAF/99, visando comprovar que não haveria faturamento de transmissão de energia elétrica nos registros contábeis da empresa, cuja necessidade, segundo o recorrente, se justificaria para comprovação de que tais serviços não seriam realizados, ela, a procuradora, entende que em tal comprovação não reside liame de causa e efeito entre o que seria comprovado e o que está sendo efetivamente questionado na presente autuação. Assevera que, conforme já mencionado, não está sendo negada a qualidade de geradora de energia elétrica do estabelecimento autuado, nem muito menos estaria sendo afirmado que a empresa também exerce a distribuição de energia, e sim está sendo questionado o fato de que bens como transformadores, linhas de transmissão, e outros, façam parte da planta de produção da empresa. Que, contudo, tal Decisão é conferida a este CONSEF, conforme disposto no artigo 147 do RPAF/99.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

À fl. 457 o processo é redistribuído para novo Relator, Conselheiro Nelson Antonio Dahia Filho, que declara o processo instruído e o encaminha para inserção em pauta de julgamento.

À fl. 458 o contribuinte pede adiamento da sessão de julgamento, pedido este indeferido à fl. 458/verso.

O contribuinte acosta Memorial às fls. 459 a 463, reprisando as suas alegações defensivas, e acosta fotos às fls. 464 a 471.

Às fls. 473 e 474 esta 2ª CJF, em assentada de julgamento, acolhendo proposição da Representante da PGE/PROFIS presente à sessão, deliberou por encaminhar o processo para realização de diligência pela ASTEC/CONSEF, no sentido de que fossem acostados aos autos cópias integrais dos Processos Administrativos 03785/2002-6 e 550177/2003-8, tendo o anterior Relator expressado-se no sentido de que de tais Processos teriam resultado a ação fiscal objeto da lide; que fosse informado, à vista dos livros fiscais e contábeis do autuado, se este auferia alguma receita decorrente de atividade econômica diversa da geração de energia elétrica; que fossem descritos o processo produtivo da empresa, e como nele eram empregados cada um dos bens indicados nos levantamentos fiscais de fls. 09/13, exceto aqueles que foram objeto de reconhecimento e pagamento pelo autuado, conforme planilha de fls. 313/318 dos autos.

Às fls. 476 a 481 foi emitido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 146/2010. Neste Parecer o Diligente relata que inicialmente fez contato com os advogados da empresa, para que fosse viabilizado o seu acesso à mesma, e que então a empresa enviou os livros fiscais solicitados, sendo agendado, pela empresa, para o dia 26/08/2010, encontro entre esse Fiscal Diligente e dois funcionários da empresa, na sede da mesma. Que um funcionário da empresa conduziu o Diligente, em automóvel, desde a cidade de Senhor do Bonfim até às instalações da empresa, nas imediações da Mineração Caraíba. Que Engenheiro da empresa *“começou demonstrando em um quadro negro que havia no escritório da usina, como funciona a estrutura básica de um sistema elétrico (...)”*, que compreende geração, transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, e os equipamentos, seus acessórios e motores envolvidos em cada segmento, com suas conexões e definições de conceitos.

O Diligente relata que toda a demonstração dos sistemas elétricos feita no mencionado quadro negro pelo Engenheiro da empresa está no trabalho acadêmico da Prof. Ruth Leão, do Departamento de Energia Elétrica da Universidade Federal do Ceará – UFCE, que anteriormente fora enviado para ele, Diligente, pela empresa, por e-mail, para que ele pudesse visualizar previamente como funciona um sistema de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Que este trabalho se encontra anexado aos autos. O Diligente descreve, com minúcias, o que lhe foi explanado pelo Engenheiro encarregado pela empresa. Relata as explicações que recebeu sobre as diferenças entre geração, transmissão, retransmissão, distribuição, etc. Aduz que o Engenheiro da empresa explicou-lhe as diferentes utilizações dos cabos e as diferentes definições deste mesmo cabo do ponto de vista de sistemas elétricos. Que, assim:

“um cabo elétrico que fisicamente é um condutor e que faz transmissão de energia, pode se enquadrar como elemento de GERAÇÃO, de TRANSMISSÃO, ou de DISTRIBUIÇÃO, ou seja, a função física do cabo é a mesma, conduzir ou transmitir energia, mas os sistemas que integra são diferentes. Da mesma forma, pode se analisar um transformador, cuja função não é conduzir energia, mas apenas elevar ou rebaixar a tensão – quando o vemos nos postes das zonas urbanas das cidades, é um elemento integrante da DISTRIBUIÇÃO, quando situado entre subestações, faz parte da TRANSMISSÃO, apesar de não ter função de transmissão (função primordial dos cabos elétricos) e quando está integrado a um equipamento gerador, o transformador passa a ser elemento da GERAÇÃO, e assim ocorre com quaisquer outros elementos integrantes da estrutura de um sistema elétrico, como painéis, relés, chaves, fixadores, arruelas, etc. Em resumo, pelas explicações do Engº Pedro Sérgio, do ponto de vista comercial, a “função física” dos equipamentos utilizados em um sistema elétrico não pode ser confundida com o seu status jurídico/comercial; em se aceitando as explicações do engenheiro da ENGUIA, os cabos elétricos, embora presentes em todas as partes de um sistema elétrico, da geração até a distribuição, não podem generalizadamente serem considerados elementos de TRANSMISSÃO, pois a transmissão é apenas uma das partes de um sistema elétrico. O que definirá o seu status jurídico/comercial é o local onde está aplicado, e não simplesmente a sua função física.”

O Diligente prossegue relatando que:

“Em seguida, nos dirigimos à área externa, onde pudemos visualizar e fotografar dois imensos galpões, com enormes chaminés se projetando acima do teto, mas que curiosamente, não funcionavam. Foi então explicado que aquele sistema de geração servia como uma espécie de “seguro”, uma reserva para casos de eventuais baixas nos reservatórios de água do complexo hidroelétrico do São Francisco e que havia diversas unidades

espalhadas pelo país com a mesma função, pois as UTEs só entram em operação em casos emergenciais, e que a receita era constituída de uma parte fixa, independente de haver operação ou não e uma parte variável, que era somada à parte fixa quando o sistema era solicitado a entrar em operação.”

Continua relatando que um terceiro funcionário da empresa os conduziu ao interior dos galpões, e este terceiro funcionário mostrou a ele, Diligente, “os geradores e transformadores e todos os demais materiais que constam da planilha de fls. 09/13, excluindo-se os que foram objeto de reconhecimento do autuado.”

Descreve a aparência física dos equipamentos que lhe são mostrados, listando-os como:

“Em primeiro plano, um motor diesel de cor amarela, com uma tubulação de cor prateada na parte superior, que serve como escapamento dos gases produzidos na combustão do óleo diesel(que terminam nas chaminés vistas do lado de fora dos galpões), e com um imenso radiador de forma circular na parte traseira, que tem função de resfriar o motor. Na parte dianteira, acoplado, também em cor amarela, mas em tom mais claro, o gerador de energia, de onde saem grossos cabos que conduzem a energia elétrica produzida até os transformadores situados alguns metros à em frente dos geradores. Ao lado do motor-gerador, um painel em tom cinza que tem função de controle sobre o complexo gerador, e exatamente em frente, aproximadamente 4 metros, situam-se os transformadores, um para cada gerador. A energia elétrica é produzida a partir da combustão do óleo diesel no interior do motor diesel, que faz girar a árvore de manivelas do motor, que por sua vez induz o movimento giratório no interior do gerador acoplado ao motor. O movimento giratório provocado pela rotação do motor diesel, em meio ao campo magnético do gerador, produz a energia que sai pelos cabos vistos nas fotos, e que vai até o transformador situado em frente. A tensão de saída do gerador é de 480 volts, mas como o sistema da subestação da Caraíba necessita receber a energia em 3.200 volts, o transformador executa esta função elevatória da tensão. Alguns metros acima, chaves de conexão conectam os cabos oriundos do transformador aos cabos que estão suportados por postes na área externa e que levam a energia produzida até à subestação da Caraíba, logo em frente. Foi explicado pelo engenheiro que há geradores cuja tensão de saída já é de 3200 volts(não necessitando do transformador), mas este tipo de gerador só é utilizado em grandes complexos de geração e que aquela era de porte médio, não comportando tais modelos de geradores; daí a necessidade dos transformadores para elevar à tensão adequada para entrega da energia à subestação. Saímos então para o exterior e pudemos contemplar os dois imensos galpões, situados em linha, cada um com 32 geradores. Logo adiante, no portão de entrada, pode se avistar a Mineração Caraíba exatamente em frente; vê-se os cabos saindo dos galpões, suspensos por postes elétricos por e conduzidos por aproximadamente 300 metros adiante, onde está a subestação da Caraíba. Conforme pode se ver nas fotos, a subestação recepciona os cabos oriundos da ENGUIA e de lá são conectados tanto ao sistema da mineração, como ao sistema da CHESF, onde novamente a tensão de 3.200 volts fornecida pela geração da ENGUIA, é elevada a mais de 200.000 volts para transmissão a locais distantes. Ali, de acordo com a explicação do engenheiro da ENGUIA, acaba o sistema de GERAÇÃO e inicia-se o de TRANSMISSÃO (ver fotos).”

O Diligente aduz que após esta etapa retornou com os funcionários da empresa ao escritório, onde “deram” início à análise das notas fiscais, em cumprimento à segunda parte da diligência, que era ver o emprego dos bens listados nas fls. 09/13 do Auto de Infração. Que, assim:

“Uma por uma, foi perguntado ao Eng. Pedro Sérgio e ao Sr. Inailton, qual era o destino de cada uma das mercadorias; a cada consulta, entrávamos no interior do galpão para verificação “in loco” e em alguns casos, fotografei para anexar ao relatório (ver fotos anexas). Por uma questão didática, separei as mercadorias em 04 grupos, de acordo com o destino delas: MATERIAL ELÉTRICO, MATERIAL DE CONSTRUÇÃO CIVIL, MATERIAL DE ESCRITÓRIO, OUTROS (EPI, AMBIENTAL, COMBUSTÍVEL DO MOTOR, EXTINTORES, ETC).

MATERIAL ELÉTRICO - MATERIAL USADO DENTRO DO GALPÃO, COMO ACESSÓRIOS DO MOTOR, DO GERADOR, ETC.

Transformador 2500 Kva – BT 480 volts – usado para elevar a tensão de saída do gerador(480 V) para entrega à subestação em 13.800 V.

Elo 2148 – medidor que serve para medir a quantidade de energia vendida ao cliente da ENGUIA.

Conector fêmea, conector macho, mangueira – usados nos terminais dos cabos elétricos.

Chave CTSPPL – utilizadas para conexão dos cabos elétricos que saem dos transformadores aos cabos que se destinam à sub-estação.

Punho de manobra para chave STPL – aciona a conexão e desconexão da chave CTSPPL

Haste 5/8” – esta haste, liga o punho de manobra à chave STPL

Painel – exerce o controle do sistema motor-gerador.

Relé – dispositivos de segurança do sistema gerador.

Cabos – conduzem a energia do interior do gerador até os postes da rede que se conecta à subestação.

Acessório para oscilógrafo (parte do relé)

Óleo para selagem do transformador

Braçadeira, prensa de cabo, box preto, canaletas, arruelas de alumínio – usado na fixação dos cabos elétricos

CONSTRUÇÃO CIVIL - MATERIAL USADO NA PARTE CIVIL DA OBRA DE CONSTRUÇÃO DOS DOIS GALPÕES ONDE ESTÃO SITUADOS OS GERADORES.

Buchas, blocos de argamassa, laje, cimento, areia, brita, asfalto primer (usado para aplicar as mantas de alumínio), mantas de alumínio (isolamento térmico e impermeabilização do teto do galpão), pontaletes cerrado, tábuas cerradas, chapas resinadas, telas Gerdau (usadas para separar os transformadores dos corredores de passagem dos operadores), cantoneiras, dutos canalex corrugados, arruela lisa, eletrocalha, porca sextavada, perfilado perfurado, concretubo.

MATERIAL DE ESCRITÓRIO - MATERIAL UTILIZADO NO ESCRITÓRIO ANEXO AO GALPÃO, ONDE FICA O PESSOAL ENCARREGADO DA OPERAÇÃO E DA MANUTENÇÃO DO SISTEMA GERADOR.

Condicionador de ar, estante, buchas plásticas, disjuntores, cartuchos de informática, recarga de cartucho, nobreak. Lâmpadas fluorescentes, lâmpadas de vapor de sódio, cola araldite, cadeira giratória, cadeira digitador, arquivo luxo 3 gavetas, bastidor de 19”(rack), fio para telefone, tomada de computador, curva de eletroduto, condutes, bucha de fixação com parafusos, caixa para telefone de sobrepor.

OUTROS: *equipamentos diversos, notadamente os utilizados na construção e manutenção de uma cabine(guarita) na Vila do Pilar para controle da qualidade do ar, pois para conseguir a licença ambiental para construção da usina termoeletrica, foi necessário adquirir tais equipamentos, devido à grande emissão de gases provenientes da queima do diesel.*

Termômetro – temperatura do ambiente (cumprir legislação ambiental)

Guaritas – situadas na vila do Pilar, para cumprir legislação ambiental

Manifold com ventilador – cumprir legislação ambiental. (usado dentro da guarita)

Botas (EPI)

Extintores de incêndio

Alarme, acionador de alarme, sirene audiovisual

Densímetro para diesel, régua de medição, proveta de 1000 ml (teste de equipamentos)

Mastro treliça, sensores de velocidade e direção do vento (legislação ambiental)

Antena para celular, kit cabo Nokia para antena de celular, kit adaptador Nokia (equipamentos de comunicação).

Para-raios (proteção do sistema).

Mastro treliça com ferragens (usado nas guaritas – proteção ambiental)

Filtro desidratador – utilizado na filtragem do óleo diesel.

Óleo diesel (utilizado como combustível dos motores diesel que alimentam os geradores).”

O Diligente relata que, concluindo a diligência, foi feita a verificação do livro Registro de Apuração do ICMS - LRAICMS, do livro Registro de Entradas – LRE e do livro Registro de Saídas - LRS, tendo sido solicitadas cópias do LRAICMS e do LRS, acompanhados das notas fiscais de saída, onde aduz que “se apurou” que as receitas são decorrentes da venda de energia elétrica, não havendo outros tipos de receita, e que anexou aos autos cópias do LRAICMS, do LRS e das notas fiscais, além de cópias dos Processos Administrativos 03785/2002-6 e 550177/2003-8, conforme solicitado.

O Auditor Fiscal Diligente acosta documentos às fls. 482 a 635.

Cientificado, o contribuinte pronuncia-se às fls. 644 a 647 expondo que se manifesta acerca do resultado da Diligência Fiscal solicitada às fls. 473 e 474.

O recorrente posiciona-se no sentido de que a diligência teria revelado a verdade quanto a que ele, Recorrente, jamais operou com transmissão ou distribuição de energia elétrica na sua Unidade Termoelétrica de Jaguarari/BA, “e que tal conclusão resultou em equívoco das autoridades oficiantes tanto no presente PAF quanto nos processos de reconhecimento da isenção da diferença de alíquotas internas e interestaduais.”

Aduz que as conclusões do Diligente teriam deitado por terra qualquer dúvida quanto à inexistência de investimento destinado à transmissão ou distribuição de energia elétrica, e sim apenas relativos à geração, pelo que ele, contribuinte, entende que faria jus à isenção pretendida, objeto de exigência pela ação fiscal.

Afirma que a “Prova cabal dessa realidade é a comprovação documental de que a receita contabilizada e objeto de escrituração fiscal daquele estabelecimento é composta única e exclusivamente da venda de energia elétrica lá gerada, ou da manutenção do equipamento em regime de “stand by”.

Prossegue afirmando que o resultado da Diligência conduziria esta 2ª CJF a prover o Recurso Voluntário. Aduz que o artigo 27 do RICMS BA então vigente, que fundamentava a pretendida isenção, não restringia o benefício apenas aos bens do ativo imobilizado, abarcando também bens destinados ao uso do estabelecimento. Aduz que embora não tenha conseguido localizar operações com “diesel” dentre aquelas tratadas pela exigência fiscal, tendo em conta que o relatório da diligência cita tal item à fl. 481, incumbe esclarecer que o “diesel” é combustível dos motores que alimentam os geradores de energia elétrica e assim sendo entende que se enquadram no conceito de “insumo de produção”, não susceptível à incidência da diferença de alíquota interestadual.

Afirma que a teor do artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII da Constituição da República, c/c o artigo 1º, inciso IV e artigo 5º, ambos do RICMS/BA, a exigência de diferença de alíquota interestadual e interna só incide sobre operações interestaduais que destinem bens ou serviços a consumidor final (vale dizer, não como insumo de produção ou para revenda), em que o destinatário seja contribuinte do imposto. Que, no caso sob exame, ele, Recorrente, não consumiria o diesel, “*mas apenas utiliza-o na transformação da energia térmica, advinda da respectiva queima, em energia elétrica, seu produto final, refugindo à hipótese de incidência*”.

O contribuinte aduz que ali finalizando “*esta derradeira manifestação precedente ao julgamento, digno Relator, o recorrente insta a atenção de V. Sas. para a conveniência ou até mesmo imperativo de que na sessão de julgamento do presente processo atue como representante da PROFAZ a Dra. Rosana Maciel Bitencourt Passos, a mesma que anuiu com o ordenamento da diligência, e que portanto está de pleno conhecimento da causa. Acaso tal pleito revele-se impossível, por razões de força maior, que ao menos haja a manifestação formal da Dra. Rosana em face do resultado da diligência, de modo a evitar a solução de continuidade, até porque parte substancial do Relatório já foi exposta na assentada do julgamento de 05/07/2010*”.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Srª Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer à fl. 653 opinando no sentido do Provimento do Recurso Voluntário interposto, aduzindo que a ASTEC, por meio do Parecer exarado, teria esclarecido que os bens descritos na autuação, que remanescem, seriam utilizados na geração de energia, ou na ampliação da planta produtiva. A Procuradora aduz entender que a diligência teria esclarecido as dúvidas suscitadas pelo contribuinte, “*atestando que os bens do ativo e material de consumo adquiridos se destinaram à atividade de geração de energia*”, pelo que diz que seria aplicável a isenção prevista no artigo 27 do RICMS/BA. Conclui opinando no sentido do Provimento do Recurso Voluntário interposto.

Novamente a PGE/PROFIS pronuncia-se, desta vez por intermédio da Srª procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia, à fl. 654, opinando no sentido da imprescindibilidade do pronunciamento do Auditor Fiscal acerca da Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, inclusive

solicitando que o preposto fiscal juntasse aos autos o “Ato Declaratório da autoridade administrativa, deferindo parcialmente o pedido de isenção”, referido no Parecer de fl. 631.

A Secretaria deste CONSEF encaminhou o processo à IFEP-Norte, à fl. 655, para que fosse atendida a Diligência solicitada pela Sr^a Procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia.

O autuante pronunciou-se às fls. 658 a 665, em atendimento à Diligência solicitada, expondo que preliminarmente à resposta solicitada, relatava que o autuado, atuante no ramo de geração de energia elétrica, considerando as disposições do artigo 2º da Lei Federal nº 9.427/96, da Resolução ANEEL 444/01 e do Ofício ANEEL 181/2003-SRG, entrou com um processo protocolado sob nº 037885/2002-6 junto a esta SEFAZ, solicitando o reconhecimento de isenção com fundamento no artigo 27, II, “b”, do RICMS/BA. Que então, por ordem da autoridade fazendária do domicílio fiscal do autuado, o então Coordenador II da COFEP-Norte, cargo equivalente ao de Inspetor Fazendário à época, o Auditor Fiscal Sr. Fernando Carneiro de Almeida Jr., diligenciou junto à peticionária para o fim de que esta expusesse, circunstanciadamente, se efetivamente fazia jus, ou não, ao benefício da isenção. Que, assim, após visita às instalações físicas do autuado, o preposto Diligente elaborou planilha discriminando as operações de aquisições que faziam jus ao benefício fiscal e aquelas que, no entender do preposto fiscal Diligente, não poderiam ser dispensadas do pagamento do imposto. Que em seguida o processo seguiu para a SAT/DPF/GECEs, para uma nova análise e emissão de Parecer. Que essa Gerência Fazendária ratificou o teor do Parecer anterior, conforme exarado no Parecer 8588/2003, no sentido de que nem todas as aquisições ocorridas estavam amparadas pelo benefício da isenção, mas tão somente as aquisições dos materiais empregados na efetiva geração da energia elétrica. Que assim, amparado pelos Pareceres do preposto Diligente, e da Gerência Fazendária, a autoridade administrativa exarou um Ato Declaratório no mesmo sentido, pondo fim ao processo nº 037885/2002-6.

O autuante transcreve, às fls. 660 e 661 dos autos deste processo, o teor do Ato Declaratório no qual o Sr. Coordenador II da COFEP-Norte resolve reconhecer, nos termos do artigo 27, II, “b”, c/c art.71, ambos do RICMS/BA, e da Portaria 264/95, e Instrução Normativa 24/95, a isenção do pagamento do ICMS relativo ao diferencial de alíquota nas aquisições de máquinas e equipamentos destinados ao ativo fixo e integrados ao processo de produção e geração de energia elétrica, referente às mercadorias constantes das notas fiscais listadas nas folhas 15 e 16 do Processo nº 037885/2002-6, originado pelo oro recorrente naquela ocasião.

O autuante prossegue relatando que o contribuinte, inconformado com a Decisão proferida pela autoridade fazendária, ingressou com Recurso Voluntário junto à DITRI/SEFAZ, nos termos do artigo 87, II, do RPAF/99, e naquele processo foi exarado o Parecer GECOT nº 9621/2003, em cuja conclusão, que o autuante transcreve às fls. 661 e 662 dos autos do presente processo, o Parecerista afirma que o contribuinte não apresentou fato que pudesse ensejar a modificação do entendimento manifestado no Ato Declaratório exarado no processo de reconhecimento de isenção nº 037885/2002-6, pelo que ratificava o teor do Parecer 8588/2003, que deferiu o benefício da isenção do diferencial de alíquotas apenas para os equipamentos aplicados na implantação, ou ampliação, da planta de produção, excluindo os equipamentos aplicados na transmissão e na transformação de energia elétrica, por não fazerem parte desta planta.

Que então a DITRI, com base no Parecer da GECOT, negou provimento ao Recurso, mantendo a impossibilidade do reconhecimento da isenção, com base no artigo 27 do RICMS/BA, quando relativo às máquinas e equipamentos que não fazem parte da implantação da planta de produção de energia elétrica. Que tendo esta questão sido dirimida, em última instância administrativa, “fora do campo do contencioso”, então ele, autuante, não teve alternativa senão proceder ao lançamento de ofício do imposto incidente nas operações que não tiveram reconhecida a incidência da isenção, tendo assim sido lavrado o Auto de Infração objeto da presente lide.

O autuante acentua que no levantamento por ele realizado foram considerados excluídos do benefício fiscal as máquinas, equipamentos e materiais de uso/consumo empregados na

transformação/transmissão de energia elétrica, e não houve menção a qualquer material que teria sido empregado em atividade de distribuição, conforme assinala que o contribuinte quis fazer crer, em sua defesa.

Acerca da diligência realizada pelo preposto da ASTEC/CONSEF, o autuante pronuncia-se no sentido de que foi elaborada de maneira irretocável e chegou a uma conclusão que não poderia ser outra, uma vez que à luz da legislação federal o contribuinte é uma empresa geradora de energia elétrica como um todo. Que, contudo, não via relevância, na conclusão da diligência, para o deslinde da matéria, posto que o Fisco nunca discutiu o fato de o autuado ser empresa geradora de energia elétrica, e a conclusão quanto a isto em nada altera a autuação.

Assinala que o lançamento de ofício refere-se a um só fenômeno, e que o que se encontra em discussão é que este tema está sendo observado sob dois pontos de vista bastante diferentes. Que, a princípio, pelo fato de a empresa enquadrar-se como geradora de energia elétrica, nos termos da legislação federal, esta sua atividade a credenciaria a fazer jus ao benefício da isenção do artigo 27 do RICMS/BA. Que, em segundo parâmetro, que é o da autuação, a incidência do ICMS é regida por lei estadual, bem como pelos Convênios e Protocolos firmados entre os Estados, sendo estes os verdadeiros legitimados para sobre este assunto legislarem e estabelecerem os parâmetros sob os quais o benefício fiscal será concedido.

O autuante prossegue expondo que a geração de energia elétrica é dada por motores a combustão de óleo diesel e por geradores de energia elétrica. Que a autuação, como bem explicitam os seus demonstrativos fiscais acostados às fls. 09 a 12 dos autos, na coluna “Planta/implantação”, referem-se a materiais empregados na edificação das acessões, na transformação de energia elétrica, bem como para uso/consumo do estabelecimento. Que os transformadores, responsáveis pela maior parte do crédito tributário lançado de ofício, não servem para gerar energia elétrica, mas para elevar/diminuir tensões da corrente elétrica, assim como as linhas de transmissão também em nada contribuem diretamente para a geração de eletricidade, mas serve para conduzi-la de um ponto a outro. Que as acessões físicas também não contribuem diretamente para a geração de energia elétrica, mas apenas servem para guarnecimento dos equipamentos, abrigando-os das intempéries.

O autuante relata que o Ato Declaratório da autoridade administrativa, deferindo parcialmente o pedido de isenção referido no Parecer de fl. 631 [acostado aos autos pelo Diligente da ASTEC/CONSEF], é o constante do Processo nº 0377885/2002-6, no qual o Coordenador da COFEP-Norte [Coordenação de Fiscalização de Empresas de Grande Porte da DAT Norte], que é a repartição fazendária do domicílio do sujeito passivo, cumprindo o disposto no artigo 27, II, “b”, do RICMS/BA, deferiu o benefício fiscal apenas para as operações cujas mercadorias fossem empregadas na planta de produção de energia elétrica, indeferindo, por exclusão, as operações com mercadorias outras, tais como as que viessem a ser empregadas na transmissão, transformação, ou acessões prediais. Que encontra-se referência a tal Ato Declaratório na conclusão do Parecer nº 9621/2003, acostado ao Processo nº 550177/2003-8, também já referido. Que cópias dos dois processos já se encontram anexados ao presente PAF às fls. 20 a 28 e também às fls. 630 a 635, mas que mesmo assim ele, autuante, voltava a anexar estes materiais requeridos, grifando todas as passagens contendo referência ao Ato Declaratório.

O Auditor Fiscal conclui expondo que haveria duas interpretações possíveis frente a um mesmo fenômeno, e que assim ou se admite que a isenção tributária em referência abrange toda e qualquer aquisição de bens destinados ao ativo fixo, ou uso, do estabelecimento, pelo simples fato de a empresa estar enquadrada como geradora de energia elétrica à luz da legislação federal, ou há que se levar em conta a destinação dos equipamentos que servem a empresa, entendendo-se que devam ser beneficiadas apenas as operações que envolvam materiais diretamente relacionados a fazer surgir a energia elétrica, atividade de geração, mas não aqueles equipamentos que lhe são acessórios, embora necessários à planta considerada como um todo.

O autuante acostou cópias dos Pareceres GECOT/DITRI 9621/2003 e 8588/2003 às fls. 666 a 674.

O contribuinte acostou, às fls. 679 a 684, peça processual por ele denominada de “Contra-razões à manifestação fiscal”, expondo o seu entendimento no sentido de que a Manifestação Fiscal de fls. 658 a 665 teria sido intempestivamente acostada ao processo. Aduz que esta manifestação do autuante seria inválida porque o autuante fora notificado, à fl. 641 do PAF, pela Coordenação Administrativa da SEFAZ/BA – IFEP Norte para manifestar-se, querendo, no prazo de dez dias, sobre o resultado da diligência consubstanciada no Parecer ASTEC 146/2010, e tal notificação foi recebida em 28/10/2010, conforme atesta recibo de próprio punho do notificado. Que, decorrido o prazo outorgado ao Auditor Fiscal autuante, à fl. 649 a Coordenação Administrativa da SEFAZ/BA – IFEP Norte lavrou o ofício de encaminhamento ao CONSEF, datado de 30/11/2010, consignando expressamente que tendo cientificado o autuante à fl. 641, vencido o prazo para manifestação e não ocorrendo, encaminhava ao CONSEF para julgamento. Que por estes fatos a manifestação fiscal estaria sendo oferecida com mais de seis meses de atraso em relação ao prazo regulamentar, e que o *“direito à oposição da manifestação fiscal estava irremediavelmente precluso quando exercido, devendo, assim, ser de todo desconsiderado o conteúdo daquela peça”*.

O contribuinte passa a falar sobre prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública em termos processuais, alongando-se a respeito. Fala em isonomia, prazos do RPAF/99.

Aduz que as considerações do autuante, a seu entendimento, seriam vazias de conteúdo e em alguns aspectos chegariam a depor em favor da defesa dele, recorrente, e cita como exemplo as considerações finais em que o autuante pondera que haveria duas interpretações possíveis e admite que ele, recorrente, apenas exerce atividade de geração de energia elétrica. Afirma que o autuante diz que a diligência realizada pela ASTEC teria sido irretocável e em seguida não teria qualificado seu resultado. Repete que ele, recorrente, só pratica operações de geração de energia, e não de transmissão de energia. Copia trechos do pronunciamento do autuante e os comenta. Diz que a União não está usurpando competência legislativa do Estado. Repete seus argumentos defensivos acerca de a União legislar sobre energia elétrica, citando dispositivos normativos já trazidos ao processo. Repete toda a sustentação já feita sobre a atribuição da ANEEL e a legislação federal acerca de energia elétrica, e conceitos que diz que se aplicam à geração, à transmissão e à distribuição de energia elétrica.

O recorrente diz que remete a atenção desta 2ª CJF às conclusões do Parecer ASTEC/CONSEF. Tece elogios e chama a atenção para o fato de que a procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa opina pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Pede que a Manifestação Fiscal de fls. 658/665 seja desentranhada do processo. Requer que sejam mantidas as conclusões do Parecer ASTEC nº 146/2010 e do Parecer PGE/PROFIS de fl. 653, e que seja dado integral Provimento ao Recurso Voluntário, fazendo cessar todas as exigências formuladas pela autuação.

A PGE/PROFIS, desta feita por intermédio da Srª procuradora Maria José Coelho Lins de Sento Sé, emite Parecer à fl. 686 textualmente expondo que *“Ante a manifestação do auditor fiscal autuante e a juntada do Ato Declaratório expedido pela autoridade administrativa deferindo parcialmente o pedido de isenção para os equipamentos aplicados na planta de produção da energia elétrica, ratifico na integralidade o Parecer exarado pela PGE/PROFIS, às fls. 653, opinando pelo provimento do Recurso Voluntário. Importa registrar que de acordo com o teor da diligência de fls. 476 a 640 resta incontroverso que os bens do ativo e material e consumo adquiridos pelo contribuinte se destinaram à atividade de geração de energia elétrica, pelo que caberá a aplicação da isenção prevista no art. 27 do RICMSBA”*.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Srª procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia, volta a pronunciar-se no processo, emitindo Despacho às fls. 687 e 688, ratificado à fl. 688 pela procuradora-assistente Srª Paula G. Morris Matos, opinando no sentido do improvimento do Recurso Voluntário interposto, expondo que tendo sido designada para proceder à revisão deste processo pela procuradora assistente do NCA, pedia vênias para, respeitosamente, discordar do

opinativo de fl. 686, da lavra da procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, que opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário.

A digna procuradora aduz que o Recurso Voluntário não merece ser provido. Que o fato de a empresa autuada ser considerada, à luz da legislação federal, como geradora de energia elétrica, quando considerada como um todo, este fato por si só não a credencia a fazer jus ao benefício da isenção do art. 27 do RICMS/BA, para qualquer bem adquirido, considerando que o imposto é de competência estadual e somente pode ser regido pela legislação do Estado da Bahia.

Cita trecho da manifestação do autuante à fl. 663, e diz que conforme ali exposto, a geração de energia elétrica é dada por motores a combustão de óleo diesel e por geradores de energia elétrica. Que a autuação, como explicitam os demonstrativos fiscais acostados às fls. 09 a 12 dos autos, na coluna “Planta/implantação”, referem-se a materiais empregados na edificação das acessões, na transformação de energia elétrica, bem como para uso/consumo do estabelecimento. Que os transformadores, responsáveis pela maior parte do crédito tributário lançado de ofício, não serve para gerar energia elétrica, mas para elevar/diminuir tensões da corrente elétrica, assim como as linhas de transmissão também em nada contribuem diretamente para a geração de eletricidade, mas servem para conduzi-la de um ponto a outro. Que as acessões físicas também não contribuem diretamente para a geração de energia elétrica, mas apenas servem para guarnecimento dos equipamentos, abrigando-os das intempéries.

A douta procuradora aduz que, diante do exposto, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, e submete o Parecer à apreciação superior.

Na mesma página 688 dos autos, a digna procuradora assistente do NCA, Sr^a Paula G. Morris Matos, profere Despacho concordando com o teor do Parecer da procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia, opinando no sentido do Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

O processo é redistribuído, pela Secretaria do CONSEF, para esta Relatora.

O contribuinte protocola nova manifestação às fls. 693 a 697, que intitula de “Manifestação sobre o Parecer PROFIS de 03/10/2011”, às fls. 687 e 688.

O contribuinte solicita que suas razões sejam levadas em consideração quando do julgamento da lide. Nesta Manifestação argumenta que a questão em debate nos autos é a glosa de parte da isenção do ICMS gozada por ele, Recorrente, sob os auspícios do artigo 27, alínea “b”, do RICMS /BA à época vigente. Aduz que isto ter-se-ia dado *“a pretexto de que a parte objeto da glosa referia-se a investimentos em transmissão de energia elétrica enquanto que o benefício restringia-se apenas aos investimentos em geração de energia elétrica.”*

Passa a historiar que em sede de apreciação do Recurso Voluntário *“o então digno Relator, Dr. Nelson Antonio Dahia Filho, após exaustiva discussão com os demais nobres Conselheiros e com o expresso referendo e inclusive sugestão da preclara representante da PROFIS naquela Sessão, Dra. Rosana Maciel Bitencourt Passos, converteu o julgamento em diligência nos termos que se seguem (fls. 473/474): (...)”* O contribuinte reproduz parte do texto da solicitação de Diligência.

Volta a pronunciar-se sobre o resultado da Diligência realizada por preposto da ASTEC/CONSEF.

Passa a tecer suas considerações e posicionamentos acerca do procedimento da PGE/PROFIS, aduzindo que:

“Cumprindo o rito processual, o PAF foi encaminhado à Douta PROFIS, para emissão de Parecer conclusivo, sobrevivendo a Manifestação de fls. 653, da ilustre Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, datada de 08/02/2011, opinando pelo provimento do Recurso voluntário. Às fls. 654, em pronunciamento de 06/05/2011, a ilustre Procuradora Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, a quem presumivelmente caberia referendar o Parecer anterior, houve por bem requerer nova diligência para que o Auditor Fiscal autuante se manifestasse sobre a Diligência de fls. 476 e seguintes.”

O contribuinte prossegue dizendo que até então inexistia no PAF a manifestação do autuante sobre o resultado da diligência, e que teria escapado à ilustre procuradora que à fl. 649 a Coordenação Administrativa da SEFAZ BA – IFEP Norte lavrou ofício consignando que o autuante não se pronunciou, e o PAF fora encaminhado para julgamento. Que ele, Recorrente, já se havia manifestado sobre este pronunciamento do autuante.

Que em seguida a PGE/PROFIS emitiu o Parecer de fl. 686, de lavra da digna Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, ratificando o Parecer de fl. 653 e concluindo pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Que a esta altura já existiam no PAF três posicionamentos favoráveis ao Provimento do Recurso Voluntário, que ele, recorrente, cita como:

“a saber: a) o da Dra. Rosana Maciel Bitencourt Passos, que na assentada do julgamento, na sessão de 05/07/2010, sugeriu expressamente a conversão do julgamento em diligência (vide item 1 retro), inclusive contribuindo na formulação dos quesitos, todos respondidos afirmativamente à pretensão recursal; b) o de fls. 653, da ilustre Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, datado de 08/02/2011, opinando pelo provimento; e, c) o de fls. 686, de lavra da digna Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, ratificando o Parecer de fls. 653 e igualmente opinando pelo provimento do Recurso voluntário.

8. Na instrução processual, indubitavelmente a Douta PROFI já havia se manifestado à exaustão, porém, para a perplexidade do recorrente, sobreveio novo Parecer, às fls. 687/688, de lavra da ilustre Procuradora, Dra. Aline Solano de Souza Bahia (que já havia instado o autuante a pronunciar-se, embora intempestivamente), agora no sentido da negativa de provimento ao Recurso voluntário!!”

O contribuinte diz causar-lhe estranheza a sucessão de Pareceres da PGE/PROFIS, aduzindo que *“três deles em prol do provimento do Recurso voluntário, até que na quarta tentativa se chegasse ao um que lhe negasse o provimento, o que resta acrescentar, ilustres Conselheiros, é que a divergência de entendimento do último Parecer é totalmente carente de fundamentos, “data vênia”.*”

O contribuinte repete suas alegações anteriores quanto ao mérito da autuação.

Afirma que o pronunciamento do autuante, à fl. 663, em que a procuradora teria buscado “arrimo” teria sido primário.

Fala sobre ativo imobilizado. Elogia os Pareceres da PGE/PROFIS que opinam pelo Provimento ao Recurso Voluntário interposto, bem como a sugestão da procuradora que propôs a diligência, e o Diligente da ASTEC/CONSEF.

Diz que *“(…) a hipótese de negativa de provimento com base no último Parecer fere até o princípio de prevalência da opinião da maioria, pilar do Estado de Direito.”*

O contribuinte conclui pedindo que quando do julgamento da lide, ao se avaliar as razões do Parecer PGE/PROFIS de fls. 687 e 688, sejam levadas em conta as ponderações dele, recorrente, dando-se provimento ao Recurso Voluntário interposto.

O recorrente anexa cópias de peças dos autos deste processo às fls. 698 a 714.

Na assentada de julgamento, o contribuinte pronunciou-se mantendo todas as alegações já apresentadas.

Em seguida, como representante da PGE/PROFIS pronunciou-se a douta procuradora Dr^a Rosana Maciel Bitencourt Passos. Preliminarmente expôs ser necessário esclarecer, diante das alegações do Recorrente, que até àquele momento não havia externado qualquer pronunciamento quanto ao mérito da autuação. Que apenas tinha considerado que, na busca da verdade material, deveriam ser carreados aos autos os processos mencionados pelo Fisco, para melhor análise da autuação. Que, diante dos insistentes pedidos do contribuinte neste sentido, concordara quanto a que na Diligência fosse incluído o ponto referente à verificação da origem das receitas auferidas pelo sujeito passivo; que a PGE/PROFIS atua no controle de legalidade e é neste sentido que os Pareceres são prolatados. Que existe uma hierarquia administrativa na Procuradoria Fiscal, a ser respeitada, e que, assim, cabia à Procuradora-Assistente pronunciar-se sobre os demais Pareceres

exarados, tal como regularmente procedido. Que a sua presença, e a dos demais Procuradores da PGE/PROFIS, nas sessões de julgamento deste Conselho, obedecem a escala de livre designação do Procurador(a)-Assistente do NCA/PGE/PROFIS, e que por esta escala estava então ali presente na sessão, embora tenha vindo a coincidir a sua presença com a solicitação que o contribuinte dirigira a este Conselho.

A digna procuradora, então, pediu vistas do processo para melhor analisá-lo antes de emitir o seu opinativo acerca da autuação.

Na sessão de julgamento posterior, o ilustre Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois pediu vistas do processo.

Acatados os pedidos, foi o processo adiado para a sessão de 09/04/2012.

Nesta sessão de julgamento, a douta procuradora Rosana Maciel Bitencourt Passos preliminarmente entregou ao digno Presidente desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Sr. Carlos Fábio Cabral Ferreira, Escala de Designação dos Representantes da PGE/PROFIS junto às sessões das Câmaras deste Conselho, elaborada pela douta Procuradora-Assistente da NCA/PGE/PROFIS, na qual consta a digna Procuradora Rosana Maciel Bitencourt Passos como designada para as sessões de 04/04/2012 e de 09/04/2012.

Em seguida, citou o teor do artigo 27, II, “b”, do RICMS/BA, e do artigo 179 do CTN. Aduziu que a solicitação de diligência, por esta 2ª CJF, teve origem na necessidade de verificação dos atos administrativos precedentes à ação fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração. Que então em sessão pedira vistas, analisara os autos do processo e a legislação pertinente, sobre a qual ali discorria. Relatou a seqüência de procedimentos administrativos desta SEFAZ, conforme as peças dos autos deste processo, inclusive o teor do Parecer emitido pelo Diligente, à época da concessão do benefício pelo Ato Declaratório emitido pela autoridade fazendária, e Pareceres emitidos pela DITRI/SEFAZ. Falou sobre o Ato Declaratório do Coordenador II da COFEP, e sobre a Decisão da DITRI no Recurso Voluntário à época interposto pelo contribuinte perante aquela Diretoria. Discorreu acerca das espécies de processos administrativos que existem no âmbito desta SEFAZ, citando dispositivos do COTEB e o RPAF/99. Aduziu que o Capítulo III do RPAF/99 trata dos procedimentos administrativos para efeito de concessão de benefício fiscal, lendo o seu artigo 87, II. Afirmou que, esgotada ali a instância administrativa, caberia ao contribuinte, se assim o desejasse, ingressar junto ao Poder Judiciário, não cabendo mais a este Conselho, por ausência de competência legal, pronunciar-se acerca do teor do Ato declaratório, embora coubesse, apenas, pronunciar-se quanto à correta aplicação, pelo contribuinte, do benefício fiscal, dentro dos limites concedidos por aquele ato da administração.

Em seguida, o patrono do contribuinte pediu para pronunciar-se, o que foi concedido pelo digno Presidente desta 2ª CJF, e expôs que o pedido de realização de diligência foi decidido em sessão de julgamento desta Câmara de Julgamento Fiscal, tecendo considerações acerca do encaminhamento processual naquela ocasião dado, e as consequências para o processo. Citou a conclusão da mencionada Diligência no sentido de que a empresa não tem outro faturamento exceto o decorrente da geração de energia elétrica. Reproduziu, resumidamente, as demais alegações defensivas acerca da legislação específica sobre energia elétrica.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange a parte do débito relativo às infrações 1 e 2.

Preliminarmente, de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao

lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa, inclusive pronunciando-se por diversas vezes quanto ao mérito neste processo, e reconhecendo parte das imputações, afirmando ter devidamente pago, após a autuação, parcela do débito lançado de ofício.

Quanto ao pedido do contribuinte no sentido do desentranhamento do texto de pronunciamento do autuante, às fls. 658 a 665 - que ressalto que deu-se em atendimento a solicitação expressa da procuradora Representante da PGE/PROFIS - acerca de diligência realizada a pedido desta 2ª CJF, não acolho tal pedido tendo em vista que a alegada intempestividade não se operou uma vez que aquela manifestação deu-se por novo encaminhamento dado ao processo, para, em busca da verdade material, serem esclarecidos os fatos, para que a PGE/PROFIS pudesse, assim, emitir o seu Parecer, o que foi feito.

Observo, ainda, que o contribuinte teve, em decorrência deste encaminhamento, nova oportunidade de se manifestar nos autos, o que realizou, e não se operou qualquer preclusão nem para o contribuinte, e nem para o autuante, a respeito, embora o Recorrente tenha se expressado quanto a esta possibilidade.

Ademais, por oportuno assinalo que o contribuinte, ao contrário do rigor que exige para o Fisco quanto aos ritos processuais, não os observa ao ingressar com manifestação acerca do Parecer da PGE/PROFIS. Assinalo que, diante dos dados deste processo, esta manifestação defensiva do Recorrente, embora não prevista em Lei, Regulamento, ou Regimento, está sendo mantida nos autos, tendo sido devidamente relatada neste Acórdão.

Quanto ao pedido no sentido de que fosse mantida na sessão de julgamento Procuradora mencionada pelo contribuinte, sob a justificativa de que aquela digna Representante da PGE/PROFIS estaria a par das circunstâncias do processo, por ter participado da sessão de julgamento anterior, tal pedido ultrapassa as fronteiras deste CONSEF, atingindo outro Órgão da Administração Pública Estadual, pelo que não existe a possibilidade de ser acolhido por este contencioso, por absoluta inexistência de previsão normativa para tanto. Assinalo, contudo, que todos os Representantes da PGE/PROFIS designados para prestação de assessoramento jurídico a este Conselho em sessão de julgamento, a exemplo da solicitada Procuradora, têm contato com os processos que são julgados. E que, por livre designação da PGE/PROFIS, conforme escala trazida à sessão, de fato coube à Procuradora Dr^a Rosana Maciel estar presente a este julgamento, o que afinal mostra-se coincidente com o pedido da empresa.

Observo, diante das alegações recursais, que os Pareceres da PGE/PROFIS são proferidos, nos autos dos processos administrativos fiscais, e nas sessões de julgamento respectivas, para assessoramento jurídico dos membros deste Conselho, e não têm previsão normativa de efeito decisório quanto à lide.

Ressalto que, ao contrário do quanto dito pelo Recorrente, a Decisão de primeiro grau considerou o pagamento realizado pelo contribuinte, devidamente citado no Relatório daquele Acórdão, inclusive se tendo feito constar, daquela Resolução, que deveriam ser homologados os valores já recolhidos, pelo que descabida tal afirmativa do peticionário.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida. O contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, em relação ao mérito, o quanto já apreciado em primeira instância.

Assinalo que embora o contribuinte transcreva, no Recurso Voluntário interposto, ao tratar de conceitos sobre atividades envolvendo energia elétrica, o artigo 110 do CTN, à situação aplica-se o teor dos vizinhos artigos 109 e 111 do mesmo Código:

CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

Quanto à argumentação do contribuinte acerca da indiscutível competência da União para legislar sobre energia elétrica, o Estado da Bahia não está legislando sobre o assunto, está apenas legislando, dentro de sua competência tributária, acerca do objeto da concessão de benefício fiscal. Para tanto, fixa parâmetros no artigo 27 do RICMS/BA.

Para elucidar a questão em termos técnico-jurídicos, foco deste julgamento, e por se tratar de legislação já revogada, trago o teor do Convênio ICMS 55/93, vigente à época dos fatos geradores objeto de parte do período atingido pelas imputações 01 e 02, do lançamento de ofício:

CONVÊNIO ICMS 55/93

(Prorrogado, até 30/04/03, pelo Conv. ICMS 10/01)

Autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção, relativamente ao diferencial de alíquota, para máquinas e implementos agrícolas e bens destinados ao ativo fixo.

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS relativamente à aplicação do diferencial de alíquota referente a bens destinados ao ativo fixo ou imobilizado de estabelecimentos industriais e agropecuários.

Parágrafo único. O benefício previsto nesta cláusula poderá, a critério da unidade federada, ser concedido, caso a caso, por ato da autoridade administrativa, mediante análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado.

(Acrescido o parágrafo único pelo Conv. ICMS 96/94, efeitos a partir de 24/10/94.)

Assim, analisando a competência legislativa na área tributária, e em específico quanto ao benefício fiscal objeto do multicitado artigo 27 do RICMS/BA, tem-se que o Convênio ICMS 55/93 autoriza os Estados e o Distrito Federal a concederem isenção, referentemente ao diferencial de alíquota, para máquinas e implementos agrícolas e para bens destinados ao ativo fixo. Este Convênio ICMS 55/93 foi ratificado nacionalmente em 04/10/1993 pelo Ato COTEPE-ICMS 05/93, e foi alterado pelo Convênio ICMS 96/94, que lhe acrescentou o parágrafo único à cláusula primeira constando, neste parágrafo, já transcrito neste voto, que o benefício ali previsto nesta cláusula poderia, a critério da Unidade Federada, ser concedido, caso a caso, por ato da autoridade administrativa, mediante análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado. Ou seja, cada Unidade da federação poderia determinar a análise prévia de cada pedido em específico, e esta é a situação objeto da presente lide. O benefício daquela isenção específica foi concedido ao Recorrente após análise do seu caso concreto, por Ato Declaratório da autoridade administrativa competente, e dentro dos limites que foram ali determinados.

O Convênio ICMS nº 55/93 foi prorrogado até 30/04/2003 pelo Convênio ICMS 10/01. Por este motivo, apenas até esta data teve vigência o benefício de isenção previsto na alínea “b” do inciso II do artigo 27 do RICMS/BA. O contribuinte, quando recolheu parte do débito lançado de ofício, corretamente pagou o débito relativo aos meses posteriores à data de 30/04/2003, em específico os meses de junho e julho/2003, objeto da Infração 01. Por este motivo, inclusive, da inexistência de previsão deste benefício após o mencionado mês de abril/2003, não poderia prevalecer o entendimento externado no voto discordante do julgamento de primeiro grau, no sentido de que seria improcedente toda a infração 01, porque inclusive seria Decisão com base em dispositivo já revogado a época de parte dos fatos objeto da imputação. Assim, determinava o RICMS/BA:

RICMS/BA:

SUBSEÇÃO-XIV

Da Isenção das Remessas Internas de Bens de Uso e Materiais de Consumo, e da Isenção do Pagamento da Diferença de Alíquotas

Art. 27. São isentas do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

II - nas entradas de bens e de materiais de consumo procedentes de outras unidades da Federação, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas, nas seguintes hipóteses:

b) de 02/12/94 até 30/04/03, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e bens destinados ao uso ou ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de empresas geradoras de energia elétrica, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção, devendo o benefício, contudo, ser reconhecido, caso a caso, por ato do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face de análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado (Conv. ICMS 55/93, 96/94, 151/94, 102/96, 121/97, 23/98, 05/99 e 10/01);

[Nota: A redação atual da alínea "b", do inciso II do art. 27 foi dada pela Alteração nº 36 (Decreto nº 8375, de 22/11/02, DOE de 23 e 24/11/02), efeitos a partir de 01/01/03.]

Também por oportuno, uma vez que se trata de legislação específica, e já revogada nos dias atuais, transcrevo os dispositivos normativos que traçam, com detalhes, regras para aplicação do benefício de isenção objeto do mencionado artigo 27 do RICMS/BA, acerca do Ato Declaratório de isenção de ICMS para as aquisições de bens do ativo e de materiais de uso/consumo para aplicação na planta de produção de energia elétrica:

PORTARIA Nº 264 DE 12 DE ABRIL DE 1995

(Publicada no Diário Oficial de 13/04/1995)

O benefício amparado por este Decreto foi inserido no RICMS/97, através do art. 27, II, alínea "b".

Estabelece condições necessárias ao reconhecimento de isenção na aquisição de máquinas e implementos agrícolas e bens destinados ao ativo fixo de estabelecimentos industriais ou agropecuários.

O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, e consoante o Decreto nº 4.114, de 10/04/95, publicado no DOE do dia subsequente,

RESOLVE

Art. 1º. O reconhecimento do benefício de isenção previsto no inciso CVIII, do art. 3º, do Regulamento do ICMS, será dado aos adquirentes de máquinas e implementos agrícolas e bens destinados ao ativo fixo, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção, obedecidas as seguintes condições:

I - requerimento do interessado, ao Diretor do Departamento de Administração Tributária - DAT desta Secretaria, indicando a destinação das máquinas, implementos agrícolas e bens adquiridos, por cada espécie de projeto, com apresentação dos seguintes dados:

a) localização, plantas e memorial descritivo do projeto, mostrando a necessidade de aplicação do maquinário, implemento ou bem adquirido;

b) demonstrativo da previsão quinquenal da produção quando se tratar de implantação e do incremento desta quando for o caso de ampliação da planta;

c) projeto de incentivos e/ou financiamento a cargo de órgãos estatais, quando for o caso;

d) cópia do documento fiscal que originou a aquisição dos produtos objeto do pedido de reconhecimento de isenção;

II - firmar termo de compromisso obrigando-se a não promover a desincorporação das máquinas, implementos agrícolas e bens adquiridos sob o benefício de isenção, em prazo inferior a três anos, contados da data da aquisição constante do documento fiscal próprio;

Parágrafo único. Para efeito de reconhecimento da isenção considerar-se-á também ampliação a automação da planta de produção, sem prejuízo da exigência das alíneas "a" e "b", do inciso I, deste artigo.

Art. 2º Caberá à Inspetoria Fiscal, proceder a verificação preliminar visando identificar a existência do projeto indicado no pedido do interessado, valendo-se da documentação anexada ao processo respectivo, além de informar sobre a situação cadastral e fiscal do requerente, observado o domicílio deste.

Art. 3º O contribuinte que efetuar a desincorporação dos bens adquiridos sob o benefício de isenção antes do prazo previsto no inciso II, do art. 1º, desta Portaria, fica sujeito ao pagamento integral do ICMS relativo ao diferencial de alíquota, devido a partir do momento indicado no inciso XI, art. 117 do RICMS, sem prejuízo da atualização monetária, acréscimos moratórios e multa, previstos no mesmo regulamento.

Art. 4º Compete ao Diretor do Departamento de Administração Tributária - DAT, ouvida a Gerência de Tributação - GETRI, emitir Ato Declaratório reconhecendo o benefício de isenção pleiteado pelas pessoas indicadas no art. 1º desta portaria.

Art. 5º O Diretor do DAT poderá baixar instruções complementares, visando esclarecer a aplicação do estabelecido nesta portaria.

Art. 6º Esta Portaria entrará em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos a 01/12/94, nos termos do art. 3º, do Decreto nº 4.114, de 10 de abril de 1995.

SALVADOR, 11 de abril de 1995.

RODOLPHO TOURINHO NETO

Secretário da Fazenda

(grifos nossos)

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 24/95

(Publicada no Diário Oficial de 19/04/1995)

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - DAT, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o que dispõe o art. 4º, da Portaria nº 264, de 12 de abril de 1995, publicada no DOE de 13/04/95, resolve expedir a seguinte

INSTRUÇÃO

1 - O ato declaratório de que trata o art. 4º, da Portaria nº 264, de 12 de abril de 1995, publicada no DOE do dia subsequente será concedido pelo prazo de um ano, contado da primeira aquisição do maquinário, implementos ou bens, podendo ser renovado, a pedido do interessado, limitado ao prazo de desembolso previsto na execução de cada espécie de projeto, observado o seguinte:

1.1 - os interessados ficam obrigados a apresentar trimestralmente, à Inspetoria Fiscal do seu domicílio, cópia dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias objeto do reconhecimento da isenção, detalhando por cada espécie de projeto, que deverão ficar arquivados no “dossiê” específico do contribuinte;

1.2 - poderá o ato declaratório ser cassado a qualquer tempo se constatada a inobservância aos preceitos da Portaria nº 264, de 12 de abril de 1995, especialmente a inaplicação das mercadorias adquiridas no projeto a que estejam vinculadas.

2 - Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data de sua publicação.

Salvador, 18 de abril de 1995.

HÉLIO BOTELHO PINTO DA SILVA

Diretor

(A Instrução Normativa nº 52/96, com efeitos a partir de 17/08/96, determina que o **Ato Declaratório de reconhecimento de isenção**, previsto nesta Instrução, só produzirá efeitos a partir da data em que for protocolada a comunicação na repartição fiscal.)

(grifos nossos)

Assinalo que consoante previsto no Regimento Interno desta SEFAZ/BA, aprovado pelo Decreto nº 7921/2001, atualmente em sua 18ª alteração, esta por meio da Lei nº 10.955, de 22/12/2007, compete a este CONSEF:

Regimento Interno/SEFAZ/BA:

art. 4º - Ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), órgão colegiado da Secretaria da Fazenda, que tem por finalidade julgar, em dupla instância, na via administrativa e obedecido o princípio do contraditório, os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e aplicação de penalidades, observado o disposto no art. 147, da Lei nº 3.956/81, alterada pelas Leis nº 7.438/99 e nº 7.753/00, compete:

I. através das Juntas de Julgamento Fiscal, julgar em primeira instância os processos administrativos fiscais em que haja exigência de tributo e multa ou exclusivamente de multa;

II. através de suas Câmaras de Julgamento, julgar em segunda instância:

a) Recurso de ofício das decisões proferidas pelas Juntas de Julgamento Fiscal, quando a Decisão for total ou parcialmente favorável ao sujeito passivo, nos casos definidos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal;

b) Recurso voluntário do sujeito passivo contra Decisão da primeira instância em processo administrativo fiscal;

Observo que até à data da publicação do Decreto nº 7.979/2001, em 12/06/2001, era vigente a alínea “c” do inciso I do artigo 4º do Regimento Interno/SEFAZ, abaixo transcrita, mas desde então está a alínea “c” do inciso II do artigo 4º revogada:

c) Recurso voluntário de Decisão em processo de reconhecimento de benefício fiscal ou de não-incidência.

Portanto, a atribuição para apreciar pedido de concessão de benefício fiscal não mais se insere, e já não se inseria na ocasião em que o contribuinte pediu a fruição do benefício fiscal, no rol da competência deste Conselho de Fazenda.

O contribuinte, detentor do conhecimento quanto à prevista tramitação processual relativamente àquele seu pedido de reconhecimento de benefício fiscal, já à época da sua concessão apenas parcial, naquele momento ingressara com o Recurso Voluntário cabível, junto à DITRI. Ali houve a devida auto-tutela administrativa que o contribuinte reclama em sua peça recursal pelo que, demonstrado que foi realizada, descabe a alegação em contrário.

A este Órgão Julgador, na presente lide, cabe apenas analisar se o benefício foi concedido para o Recorrente, e se os atos pelo mesmo praticados se compatibilizam, ou não, com as regras estipuladas para a fruição de tal benefício.

Também não se insere na competência deste Conselho a avaliação sobre o mérito dos Pareceres proferidos da DITRI/SEFAZ sobre a matéria em foco, pelo que não me pronuncio sobre a presente alegação recursal do contribuinte no sentido de que, quando da apreciação do mérito daquele seu Recurso Voluntário à época, o posicionamento da DITRI teria sido equivocado.

O benefício fiscal foi concedido, depois de diligências à época determinadas pela autoridade administrativa competente para tal, mas de forma limitada à aquisição de determinados equipamentos que participavam da produção, geração, de energia, e não para aquisição de qualquer elemento que lhe fosse acessório, ainda que tais acessórios fossem importantes, ou mesmo essenciais, para que o bem do ativo, ou o material de uso/consumo, fosse utilizado na estrita atividade de geração de energia.

Assinalo que, diante da norma posta, é preciso manter-se tal análise, no âmbito deste contencioso, dentro do limite que foi concedido no Ato Declaratório cuja cópia foi solicitada pela PGE/PROFIS, quando foi esclarecido que se encontra mencionado nos Pareceres da DITRI já acostados ao Auto de Infração e em manifestações posteriores tanto do contribuinte quanto do Fisco, e conforme foi brilhantemente relatado pela douta Procuradora presente a esta sessão de julgamento.

O citado Regimento Interno/SEFAZ traz, em seu artigo 11, inciso II, a competência da Diretoria de Tributação da Superintendência de Administração Tributária – DITRI, componente da Superintendência de Administração Tributária:

Regimento Interno/SEFAZ/BA:

Art. 11 - À Superintendência de Administração Tributária, que tem por finalidade a gestão e a execução da administração tributária, compete:

(...)

II. através da Diretoria de Tributação, que tem por finalidade gerir o instrumental da legislação tributária, promovendo sua divulgação no âmbito interno e externo, orientando e respondendo consultas de contribuintes em questões tributárias:

a) pela Gerência de Estudos Tributários:

(...)

2. analisar propostas de benefícios e incentivos fiscais e atualizar informações referentes a convênios, protocolos e ajustes firmados pela Secretaria da Fazenda na área tributária;

(...)

b) pela Gerência de Consulta e Orientação Tributária:

(...)

3. analisar e emitir Parecer técnico sobre os processos relativos ao reconhecimento de imunidade, não incidência, isenção, suspensão, exclusão e cancelamento de crédito tributário, aos pedidos de restituição de tributos e de regimes especiais.

Assim, tanto para analisar propostas de benefícios fiscais, **quanto para emitir Parecer técnico sobre os processos relativos ao reconhecimento de isenção**, a competência exclusiva, como parte da gestão da administração fazendária, é da DITRI, Diretoria de onde promanaram os Pareceres em resposta a consulta realizada pelo oro recorrente, opinando pela negação do benefício da isenção para todas as aquisições que não fossem destinadas à geração de energia elétrica. Debalde insurgiu-se o contribuinte contra o primeiro Parecer prolatado pela DITRI, pois que este foi ratificado após nova análise do assunto pela mesma DITRI, que detém a competência normativa para fazê-lo.

Ainda acerca da ausência de competência normativa deste CONSEF para apreciar pedidos de reconhecimento de benefícios fiscais, que tenham sido objeto de Ato Declaratório, tendo este Ato Declaratório, ato da Administração Pública, vindo a negar total, ou parcialmente, o reconhecimento de benefício fiscal, observo o disposto no artigo 87, II, do RPAF/99, dispositivo normativo utilizado pelo contribuinte quando buscou, e obteve, da Administração Pública, nova análise acerca do seu pedido:

RPAF/99:

Art. 87. Da Decisão do pedido de reconhecimento de benefício fiscal, quando a legislação específica não dispuser de outro modo, caberá Recurso:

I - revogado

Nota 2: O inciso I do art. 87 foi revogado pelo Decreto nº 8.375, de 22/11/02, DOE de 23/11/02, efeitos a partir de 01/01/03.

Nota 1: Redação original, efeitos até 31/12/02:

"I - de ofício para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, com efeito devolutivo, quando favorável ao sujeito passivo;"

II - voluntário para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, no prazo de 10 (dez) dias, no caso de indeferimento do pleito.

Nota 2: A redação atual do inciso II do art. 87 foi dada pelo Decreto nº 8.375, de 22/11/02, DOE de 23/11/02, efeitos a partir de 01/01/03.

Nota 1: Redação original, efeitos até 31/12/02:

"II - voluntário para o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele decidirá através de uma de suas Câmaras, no caso de indeferimento do pleito."

Observo que o autuado, quando de sua impugnação, trouxe aos autos cópia de seu Contrato Social (fls. 341 a 349) em cuja cláusula terceira consta (fl. 341), como objeto social da empresa: "A sociedade tem por objeto: a) a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como praticar os atos de comércio dessas atividades; b) consultoria e gerenciamento de atividades de terceiros na geração de energia elétrica; c) qualquer outra atividade correlata." Portanto, o contribuinte lícitamente decidiu que poderia, além de gerar eletricidade, **transmiti-la, distribuí-la, e exercer qualquer atividade correlata**.

Assinalo que quando o contribuinte discorre, no primeiro parágrafo do texto à fl. 416 dos autos, do seu Recurso Voluntário, acerca de dar destinação comercial à energia, por óbvio não está tratando de produção de energia.

É evidente que qualquer empresa produtora deverá dar destinação comercial ao que produz, mas o benefício fiscal concedido, assim como qualquer benefício de ordem tributária, tem alcance restrito, e assim o benefício invocado pelo sujeito passivo e analisado nesta lide se aplica apenas à geração de energia, e não à destinação comercial do que é gerado. E, neste caso em específico, o alcance do benefício concedido em relação à geração de energia já foi analisado pelo setor competente desta SEFAZ.

Caso existisse - o que na presente situação não existe - algum benefício referente à destinação comercial da energia gerada, além daquele benefício que foi objeto do Ato Declaratório multimencionado, seria cabível a alegação do contribuinte neste sentido.

Na diligência realizada por determinação desta 2ª CJF, o Diligente designado constatou que a empresa só teria auferido, à época, receita decorrente de geração de energia elétrica. Ocorre que isto não é o fulcro da autuação. O fulcro da autuação é o fato de ao contribuinte ter sido imputado que o mesmo usou benefício fiscal sem que estivesse amparado em dispositivo normativo, e no caso em apreço trata-se de uso de benefício fiscal sem autorização por Ato declaratório do Coordenador II da COFEP-Norte, que era a única autoridade administrativa que poderia ter concedido tal autorização, com base na legislação então em vigor.

Assinalo, inclusive, que na análise da presente lide não cabem duas interpretações, como aventou o autuante, porque não cabe a este Conselho analisar se o que foi concedido pelo Ato Declaratório se coadunava com a planta de produção do contribuinte. Esta análise dos limites com os quais foi proferido o Ato Declaratório só cabia à DITRI, e esta corroborou os limites daquele Ato Declaratório. O contribuinte à época de seu pedido de fruição de benefício fiscal se insurgiu contra os limites traçados, não obteve ganho para seu Recurso Voluntário interposto junto à DITRI, e teria que ter seguido as regras então determinadas, ou então ter decidido insurgir-se por outra via que estivesse juridicamente prevista, se lhe aprouvesse. Inclusive não precisaria necessariamente deixar-se autuar para buscar a via jurídica utilizável.

O presente Recurso Voluntário a este CONSEF não se configura como via juridicamente prevista para alterar os limites daquele Ato Declaratório.

O Fisco cobra imposto porque o contribuinte adquiriu bens e materiais de consumo não destinados à geração de energia elétrica, e sim também destinados a outras situações. E tais aquisições não se encontravam dentro do alcance do benefício concedido.

O contribuinte reconhece parte das imputações, e inclusive paga o débito reconhecido. Ou seja, a empresa admite que de fato também praticou operações de aquisição de bens do ativo e de materiais de uso e consumo para finalidades distintas da atividade que lhe garantia o direito ao benefício concedido pelo Estado da Bahia, benefício este que se referia única e exclusivamente, e sem qualquer possibilidade de extensão de efeitos por analogia, à geração de energia elétrica, e mesmo assim no período de 02/12/1994 até 30/04/2003, dentro dos limites concedidos pelo Ato Declaratório multimencionado nos autos deste processo.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO I

Em que pese o contribuinte calcar as razões do Recurso Voluntário em análise na alegação de que os equipamentos “geradores” por ele adquiridos seriam destinados à geração e não distribuição de energia, faz-se mister destacar que a essência da autuação está no fato de que o mesmo contribuinte se utilizou de benefício fiscal sem autorização formal, o que se daria por via de Ato Declaratório competente exarado por autoridade administrativa também competente e específica.

Como bem demonstrou a ilustre relatora do voto acima, a discussão que se trava não é a discussão pretendida pelo recorrente. Em verdade o fulcro da autuação nos leva à discussão da competência da emissão do Ato Declaratório que reconhece a isenção de ICMS para as aquisições de bens do ativo e de materiais de uso/consumo para aplicação na planta de produção de energia elétrica, o que no caso nos leva ao Diretor do Departamento de Administração Tributária – DAT.

Identificada a discussão em seu âmago, o que se desnuda no caso vertente, considerando a fruição de um benefício não autorizado, é que da Decisão que indeferiu pedido de

reconhecimento de benefício fiscal caberá Recurso Voluntário para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, no prazo de 10 dias. Nessa senda, há que se registrar que não é competência deste CONSEF a apreciação de pedido de concessão de benefício fiscal. Em sendo assim, sabedor que o órgão competente da administração fazendária para recepcionar e conhecer de Recurso relativo à concessão de benefício fiscal é a DITRI, o contribuinte dirigiu Recurso Voluntário à referida Diretoria de Tributação. Partindo de tais considerações, o que fica ratificado é que a este CONSEF apenas cabe a análise da correta ou incorreta concessão do benefício ao contribuinte, obedecidas às regras e condições para a fruição do referido benefício.

Por tudo isso, pela incompetência do CONSEF para apreciar Recurso em razão do indeferimento de pedido de benefício fiscal, o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, em princípio, sequer deveria ter sido conhecido. E se conhecido, como foi o caso, em razão do julgamento de primeiro grau, o que impõe o julgamento por esta Câmara de Julgamento Fiscal, não poderia a i. Relatora, sob nenhuma hipótese, tracejar considerações ou juízo de valor derredor da utilização dada aos equipamentos que deram azo à autuação, mesmo porque inócuas em razão da discussão essencial. Por isso mesmo, concordando com as conclusões alcançadas pela Conselheira que proferiu o voto vencedor, devo discordar dos seus fundamentos, sobretudo quando tais fundamentos externam considerações e juízo de valor sobre matéria que não poderia ter sido sequer comentada, ainda que superficialmente. Em assim sendo, considerando que o recorrente deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo permanente, bem como daquelas mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, sem que Ato Declaratório lhe reconhecesse a isenção de ICMS para as referidas operações para aplicação na planta de produção de energia elétrica, vejo que não há como divergir da Decisão recorrida e, por isso mesmo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

VOTO EM SEPARADO II

Em que pese o elaborado voto da ilustre Relatora, peço *vênia* para discordar da fundamentação lastreada no seu voto, por entender que esta Câmara de Julgamento Fiscal pode e deve avaliar os aspectos formais do Auto de Infração, tais quais o acerto quanto ao sujeito passivo, a ocorrência ou não da decadência, etc.. Entretanto, por força da legislação estadual, entendo que este CONSEF não tem competência para discutir o aspecto material da base de cálculo, uma vez que não pode revisar ou se pronunciar sobre o mérito dos Pareceres emanados pela DITRI/SEFAZ, conforme estabelece o art. 27, II, “b” do RICMS c/c o art. 11, II, “a” e “b” do Regimento interno do CONSEF, *in verbis*:

RICMS/BA:

SUBSEÇÃO-XIV

Da Isenção das Remessas Internas de Bens de Uso e Materiais de Consumo, e da Isenção do Pagamento da Diferença de Alíquotas

Art. 27. São isentas do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

II - nas entradas de bens e de materiais de consumo procedentes de outras unidades da Federação, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas, nas seguintes hipóteses:

b) de 02/12/94 até 30/04/03, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e bens destinados ao uso ou ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de empresas geradoras de energia elétrica, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção, devendo o benefício, contudo, ser reconhecido, caso a caso, por ato do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face de análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado (Conv. ICMS 55/93, 96/94, 151/94, 102/96, 121/97, 23/98, 05/99 e 10/01);

[Nota: A redação atual da alínea “b”, do inciso II do art. 27 foi dada pela Alteração nº 36 (Decreto nº 8375, de 22/11/02, DOE de 23 e 24/11/02), efeitos a partir de 01/01/03.]

“Regimento Interno/SEFAZ/BA:

Art. 11 - À Superintendência de Administração Tributária, que tem por finalidade a gestão e a execução da

administração tributária, compete:

(...)

II. através da Diretoria de Tributação, que tem por finalidade gerir o instrumental da legislação tributária, promovendo sua divulgação no âmbito interno e externo, orientando e respondendo consultas de contribuintes em questões tributárias:

a) pela Gerência de Estudos Tributários:

(...)

2. analisar propostas de benefícios e incentivos fiscais e atualizar informações referentes a convênios, protocolos e ajustes firmados pela Secretaria da Fazenda na área tributária;

(...)

b) pela Gerência de Consulta e Orientação Tributária:

(...)

3. analisar e emitir Parecer técnico sobre os processos relativos ao reconhecimento de imunidade, não incidência, isenção, suspensão, exclusão e cancelamento de crédito tributário, aos pedidos de restituição de tributos e de regimes especiais.”

Desta forma, entendo que esta CJF não pode se manifestar, em sede de Recurso Voluntário, sobre o acerto ou não do ato declaratório da DITRI quanto ao gozo do benefício fiscal, por se trata de matéria fora da competência estabelecida, conforme se denota, tanto pelos citados artigos, quanto por força do previsto no art. 87, II do RPAF/99, que foi alterado em 2002 pelo Decreto nº 8.375, modificando a competência de uma das Câmaras deste CONSEF para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, como se lê a seguir:

“Art. 87, do RPAF/99

RPAF/99:

Art. 87. Da Decisão do pedido de reconhecimento de benefício fiscal, quando a legislação específica não dispuser de outro modo, caberá Recurso:

II - voluntário para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, no prazo de 10 (dez) dias, no caso de indeferimento do pleito.

Nota 2: A redação atual do inciso II do art. 87 foi dada pelo Decreto nº 8.375, de 22/11/02, DOE de 23/11/02, efeitos a partir de 01/01/03.

Nota 1: Redação original, efeitos até 31/12/02:

“II - voluntário para o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele decidirá através de uma de suas Câmaras, no caso de indeferimento do pleito.”

Por fim, aponto que houve esgotamento da via administrativa quanto ao mérito da isenção, nos termos do artigo 87, II, do RPAF/99, uma vez que, como consta no Relatório voto da i. Relatora deste acórdão, o Recorrente ingressou com o pertinente Recurso Voluntário junto à DITRI/SEFAZ contra a Decisão da autoridade fazendária que não concedeu o benefício para todas as aquisições.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o brilhante voto da Ilustre Conselheira Osmira Freire de Carvalho, me permito divergir da sua posição em relação à infração 1, nos termos que passo a discorrer.

Da análise dos autos, pude constatar que se depreende que a autuação decorreu do fato de que o recorrente, além de gerar energia elétrica, também é distribuidora de energia elétrica. Assim sendo, o benefício fiscal da diferença de alíquotas internas e interestaduais só albergaria os bens adquiridos para aplicação na geração de energia elétrica, não cabendo o benefício para os bens usados para fins de distribuição.

A nobre relatora entende que a apreciação da matéria não compete ao CONSEF, nos termos que expõe no seu voto. Para ela “*analisar propostas de benefícios fiscais, quanto para emitir*

Parecer técnico sobre os processos relativos ao reconhecimento de isenção, a competência exclusiva, como parte da gestão da administração fazendária, é da DITRI”.

Isto remete a discussão à esfera da competência de julgar a autuação. Nesta seara tal entendimento fere o objetivo consagrado deste egrégio Conselho de Fazenda, órgão administrativo que tem por objetivo maior a busca da verdade material e da justiça fiscal. Entendo que a DITRI/SEFAZ é a responsável pela análise técnica necessária para concessão do aludido benefício, como aliás bem grifou a ilustre relatora na parágrafo acima transcrito do seu voto. Todavia, estou cômico que uma vez em vigência, a competência de julgar uma autuação decorrente do uso de tal estímulo fiscal deve ser sempre deste órgão julgador.

Superado este aspecto, adentro ao mérito da autuação no que tange a infração 1, no qual constato que é incontroverso que o recorrente fez prova de que através da sua inscrição e situação cadastral no CNPJ, ficou patente tratar-se de estabelecimento do segmento de “*Produção de Energia elétrica*”, conforme consta às fls. 330/332. Encontra-se também acostado aos autos pelo recorrente a sua situação no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, no qual se verifica que o contribuinte está inscrito neste Estado na atividade econômica de “*Produção (geração) de energia elétrica – inclusive produção integrada*” (fl. 333).

Não resta dúvida de que o recorrente faz jus à isenção fiscal relativa as aquisições dos materiais empregados na efetiva geração da energia elétrica, de acordo resultado de diligência requerida pela própria PGE/PROFIS. Encontra-se no processo Pareceres do Auditor Diligente e da Gerência Fazendária, que impeliram a autoridade administrativa exarar um Ato Declaratório no mesmo sentido, ou seja, a Gerência Fazendária ratificou o teor do Parecer “*no sentido de que nem todas as aquisições ocorridas estavam amparadas pelo benefício da isenção, mas tão somente as aquisições dos materiais empregados na efetiva geração da energia elétrica*”. (grifo meu).

Entendo que a matéria relativa a infração 1 foi objeto de várias diligências, inclusive uma delas requerida pelo ilustre Conselheiro Nelson Antonio Dahia Filho, à época, membro desta egrégia 2ª CJF. Pude verificar que a maioria dos Pareceres acostados aos autos, inclusive da lavra da PGE/PROFIS, foram no sentido de acolher a argumentação defensiva de que os materiais adquiridos para fins de geração de energia elétrica estariam albergados pela Isenção Fiscal.

É mister ressaltar que o julgamento em primeira instância, não foi unânime em relação à infração 1, havendo um voto discordante que entendeu que uma vez provado e não contestado, tratar-se de empresa atuante exclusivamente como geradora de energia elétrica, conforme atestado pelos órgãos competentes e com base na sua inscrição no Cadastro Estadual de Contribuintes, “*todos os bens adquiridos para integrar a sua planta de produção, no período considerado, gozam de isenção do pagamento da chamada diferença de alíquotas, nos termos do art. 27, II, “b”, do RICMS*”.

Contudo, acerca deste posicionamento, não me alinho com ele na sua inteireza, pois houve um equívoco do ilustre julgador de 1º grau, na medida em que verifico que, de acordo entendimento exarado pelo Coordenador da COFEP-Norte, cumprindo o quanto disposto no artigo 27, II, “b”, do RICMS/BA, é facultado a toda empresa industrial o benefício fiscal apenas para as operações cujas mercadorias forem empregadas na planta de produção de energia elétrica, entretanto está claro que este benefício não alberga as operações com materiais que venham a ser empregados na transmissão, transformação, ou acessões prediais. Por conseguinte, apenas os TRANSFORMADORES de energia são efetivamente essenciais e integrantes do processo de geração de energia da planta daquela unidade fabril. E, portanto, são isentos de tributação fiscal, com base na resolução que concedeu o benefício fiscal ao recorrente.

Para corroborar a tese de que os TRANSFORMADORES integram pela essencialidade o processo de geração de energia da sua Usina Termoelétrica, pude verificar nos autos que não existe prova de que esta unidade encontra-se fisicamente no mesmo local onde funciona a referida subestação de energia elétrica, conforme contrato de comodato que assevera existir. Inclusive encontrei fotos apensadas aos autos que corroboram o entendimento que tais transformadores não estariam

funcionando como itens do processo de transmissão de energia elétrica nos procedimentos posicionados à jusante do ponto de interconexão com o sistema CHESF, ou seja, no caso em foco não cabe falar em transformadores para transmissão entre o local de geração de energia e o ponto de interconexão, na medida em que ambos situam-se mesmo local. Os transformadores estão conectados com os respectivos geradores, formando um processo uno de geração de energia.

Por tudo quanto exposto, deve se excluir da infração 1 o valor do ICMS cobrado sobre as operações de aquisição dos TRANSFORMADORES. No restante, me alinho integralmente com o voto da ilustre Conselheira Relatora. Por conseguinte, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.0223/06-0**, lavrado contra **ENGUIA GEN BA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do débito remanescente referente ao imposto lançado no valor total de **R\$649.864,41**, acrescido das multas de 60% sobre R\$646.465,85 e 50% sobre R\$3.398,56, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “f” e I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS EM SEPARADOS (Quanto à fundamentação) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro (I) e Rodrigo Lauande Pimentel (II).

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO EM SEPARADO (I)

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO EM SEPARADO (II)

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSO - REPR. DA PGE/PROFIS