

PROCESSO A. I. N° 299324.0011/13-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA
RECORRIDOS - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0208-04/17
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/06/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0057-11/20

ACÓRDÃO: ICMS. 1. ALIQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Após saneamento, acolhida a arguição de nulidade por não ser a empresa o sujeito passivo da obrigação tributária em relação aos consumidores que, comprovadamente, encontravam-se albergados por Liminar em Mandado de Segurança. Aos demais procede a exigência do imposto. 2. OPERAÇÕES TRIBUTADAS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Os artigos 22, II e VII e 28, XVII, “a”, do RICMS/97 previam a redução de base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de energia elétrica desde que a unidade consumidora estivesse classificada na forma da legislação do ICMS dentre aquelas alcançadas pelo referido benefício fiscal. Se o fornecimento de energia elétrica fosse feito para consumidor que não estivesse enquadrado em tal condição, não se aplicava a redução da base de cálculo. Efetuadas correções no cálculo do imposto mediante diligência realizada pelas autuantes. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso de Ofício encaminhando pela 4ª JJF, em função de haver desonerado a autuada em valor superior ao limite estabelecido pelo RPAF, e, Recurso Voluntário interposto pela autuada em função da decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 11.12.2013, ciente em 20.12.2013, no valor original de R\$170.666,37, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01

Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, de março a dezembro de 2010. Valor: R\$14.929,31 com multa de 60%.

Infração 02

Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de março a dezembro de 2010. Valor: R\$155.737,08 com multa e 60%.

Analisando o Auto de Infração, a peça defensiva apresentada pela autuada, protocolada em 20.01.2014, fls. 24 a 59, a Informação Fiscal protocolada em 10.03.2014, fls. 14 a 1254, a Manifestação da autuada, protocolada em 18.06.2014, fl. 151, a Manifestação das autuantes, protocolada em 18.06.2014, fl. 151, Nova Manifestação da autuada, protocolada em 28.07.2014, fls. 159 a 165, e a Nova Manifestação das autuantes, protocolada em 06.11.2011, fl. 188, assim como a Diligência encaminhada à PGE/PROFIS pela Junta Julgadora em 30.04.2015, fls. 193 a 194, o Parecer emitido pela PGE/PROFIS, fls. 260 a 264, a nova diligência encaminhada à PGE/PROFIS, fl. 435, e, o novo parecer emitido pela PGE/PROFIS, fls. 438 a 441v, em sessão do 09.11.2017, através o Acórdão nº

0208-14/17, assim se pronunciou a Junta Julgadora:

A infração 01 do presente Auto de Infração trata da exigência do ICMS recolhido a menor em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas prestações dos serviços de energia elétrica regularmente escriturada, de março a dezembro de 2010.

A empresa reconhece o equívoco que cometeu em relação aos seguintes consumidores finais: Leonides de Jesus Santos, Parque de Diversões LM, Rita de Cássia Santos Silva, Kairos Delicatessen, Cond. Edf. SKY Residence, Josevaldo Ciqueira Dantas, Fator SKY Empreendimentos e Cemil Construtora Ltda. Recolheu aos Cofres Públicos o valor de R\$13,22, que ora fora exigido.

Não havendo lide a ser decidida na presente situação, o imposto no valor de R\$13,22 é mantido.

No entanto, o impugnante insurge-se parcialmente da exigência fiscal alegando não ser o sujeito passivo da relação tributária quanto aos consumidores finais: Clivale Prosaude Ltda., Olintina Barros dos Santos, Total Distribuidora de Combustíveis, Norauto Veículos Ltda., TVBN Televisão Norte Baiano Ltda., e Frios e Congelados Souza Carvalho Ltda., pois eles impetraram Mandados de Segurança para que se fixasse a alíquota de 17% sobre a energia elétrica que consumiam. Tais mandados foram acolhidos pelo judiciário deste Estado.

Preliminarmente, observo que “contribuinte” ou “responsável” tributário tem relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo e, como regra, responde diretamente pelo ônus da tributação.

Na sistemática da substituição tributária, o substituto apura e recolhe o ICMS que incidirá na operação futura a ser realizada pelo substituído, contribuinte de fato que o suporta, ainda que o repasse ao consumidor final.

Em síntese, estas são as regras gerais insertas nos arts. 121 e 128 do CTN.

Assim, acaso o substituto deixe de apurar e recolher o ICMS por culpa ou dolo, responderá pelo tributo, já que descumpriu a uma obrigação legal, não havendo como se eximir em não se considerar sujeito passivo tributário.

Entretanto, na presente lide, o impugnante ao não aplicar a alíquota na forma exigível pela legislação tributária, o fez em respeito a uma determinação judicial, pois impedido de realizar o recolhimento do imposto, na forma exigida pela legislação tributária, na qualidade de substituta tributária. E, lhe sendo exigida a diferença, como ora feito, impossível repassar o ônus do tributo ao substituído, contribuinte de fato.

E todo este entendimento é o que pacificamente externa as decisões do STJ, conforme exemplo que se segue, além daquelas apresentadas pela PGE/Profis no seu opinativo jurídico que firmou caminho neste mesmo sentido e do próprio impugnante:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.308 - GO (2010/0212418-5)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

EMENTA PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DECISÃO JUDICIAL FAVORÁVEL AO SUBSTITUÍDO. REFORMA POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR O TRIBUTO DO SUBSTITUTO, EM RELAÇÃO AO PERÍODO EM QUE VIGORAVA A DECISÃO REFERIDA. PRECEDENTES. 1. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, no regime de substituição tributária, não se pode exigir do substituto o ICMS (ou eventuais diferenças) não recolhido durante o período em que o substituído foi beneficiado por decisão judicial que autorizou o recolhimento do tributo fora do regime mencionado. Por força do princípio da capacidade contributiva — não se pode onerar o substituto com tributo que é devido pelo substituído, quando não é possível o repasse do encargo relativo ao tributo —, mitiga-se a regra contida na Súmula 405/STF.

Nesse sentido: REsp 887.585/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 13.3.2009; REsp 1.028.716/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 3.5.2010; AgRg no REsp 1.036.368/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 6.8.2010. 2. Recurso especial não provido.

Em assim sendo, o argumento trazido pelo defendente de não ser o sujeito passivo tributário em relação ao objeto da presente impugnação tem total acolhimento. No entanto, esta situação carece de prova para ser aceita.

Ao analisar os referidos Mandados de Segurança apensados aos autos, não existiam alguns de contribuintes indicados pelo impugnante. Afora tal situação, existia defasagem de tempo entre os mesmos e o julgamento a ser realizado por esta 1ª Instância Administrativa, o que poderia comprometer a presente decisão.

E tais provas foram as que esta 4ª JJF buscou de forma minuciosa, inclusive solicitando a interferência da PGE/Profis, que, inicialmente, opinou ser imperioso, antes mesmo da resposta ao presente expediente pela Procuradoria, que o autuado colacione aos autos, por se tratar de um terceiro, os ofícios enviados pelos juízes onde foram proferidas as decisões mandamentais, em que se determina o cumprimento da segurança ou liminar, eximindo-o de responsabilidade, pois excludente do estrito cumprimento de ordem judicial.

Em cumprimento a esta determinação o impugnante apresentou documentação a respeito dos seguintes contribuintes: Frios e Congelados Souza Carvalho Ltda., Norauto Veículos Ltda., Total Distribuidora de

Combustíveis, TVNB Televisão Norte Baiano Ltda., Clivale Prosaíde Ltda. Não o fez a respeito de Olintina Barros dos Santos, embora tenha informado (fl. 313) que estaria providenciando esta documentação. No entanto, até este julgamento não a apresentou.

Por fim e em atenção ao que argumentou as autuantes, o fato do contribuinte não ter trazido prova de ter emitido uma segunda fatura para que os contribuintes substituídos recolhessem a diferença do imposto em obediência às determinações da legislação tributária deste Estado na forma estipulada nos Mandados se Segurança, aqui nada acrescenta, pois, e mais uma vez, esta diferença, caso os consumidores finais não tenham êxito em suas demandas judiciais somente poderá ser exigida dos mesmos, ou seja, contribuintes substituídos e jamais do contribuinte substituto, no caso, o autuado. E, acaso, se a decisão judicial negar o pleito do contribuinte, voltaria a concessionária a emitir a fatura com a alíquota estatuída pela legislação tributária, tornando-se, assim e novamente, responsável tributário a partir desta data.

Por tudo quanto exposto, inclusive seguindo o mesmo caminho trilhado pela PGE/Profis, de fato, não é o impugnante sujeito passivo tributário em relação ao ICMS-ST das empresas Frios e Congelados Souza Carvalho Ltda., Norauto Veículos Ltda., Total Distribuidora de Combustíveis, TVNB Televisão Norte Baiano Ltda., Clivale Prosaíde Ltda. Porém em relação à consumidora Olintina Barros dos Santos, este não fez prova do que alega, o que me leva a mantê-la na presente ação fiscal.

A infração é parcialmente mantida no valor de R\$123,95, conforme demonstrativo a seguir.

	abr/10	mai/10	jul/10	set/10	out/10	nov/11	dez/10	TOTAL
Leonides de Jesus Santos Parque de Diversões LM Rita de Cássia Santos Silva Kairos Delicatessen Cond. Edf. SKY Residence Josevaldo Ciqueira Dantas Fator SKY Empreendimentos Cemil Construtora Ltda.		0,28		1,01 1,03 4,46 0,93				
Olintina Barros dos Santos	0,69		0,6				1,48 2,74	
TOTAL	0,69	0,28	0,6	21,88	30,09	27,2	43,21	123,95

A infração 02 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão do autuado, na condição de empresa concessionária do serviço público de energia elétrica, sujeito às normas do órgão regulador do setor (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL) e à legislação do ICMS do Estado da Bahia, ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março a dezembro de 2010.

Toda a alegação do impugnante é que não deveria proceder ao recolhimento do imposto sobre tais operações, vez que o fornecimento de energia elétrica para os consumidores elencados na autuação é regido por regras de isenção estabelecidas pelo RICMS/97, nos seus artigos art. 22, II e VII e 28, XVII, “a”, ou seja: fornecimento de energia elétrica aos produtores rurais, aos usuários de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica ou, ainda, para missões diplomáticas, repartições consulares e representações de organismos internacionais e respectivos funcionários estrangeiros

A atividade fim do recorrente é regulada pela ANEEL, autarquia sob regime especial, que nos termos da Lei nº 9.427 tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Portanto e por competência este órgão regulamentador editou a Resolução Normativa nº 456/00, mas tarde substituída pela Resolução Normativa nº 414/10, com objetivo de delinear as regras aplicáveis ao fornecimento de energia elétrica a serem observadas pelas empresas distribuidoras e consumidores. Em assim sendo, determina a Resolução 414/10:

Art. 4º A distribuidora deve classificar a unidade consumidora de acordo com a atividade nela exercida e a finalidade da utilização da energia elétrica, ressalvadas as exceções previstas nesta Resolução.

Parágrafo único. A distribuidora deve analisar todos os elementos de caracterização da unidade consumidora, objetivando a aplicação da tarifa a que o consumidor tiver direito.

Art. 5º A aplicação das tarifas deve observar as classes e subclasses estabelecidas neste artigo.

[...]

§ 3º A classe comercial, serviços e outras atividades caracteriza-se pelo fornecimento à unidade consumidora em que seja exercida atividade comercial ou de prestação de serviços, à exceção dos serviços públicos ou de outra atividade não prevista nas demais classes, devendo ser consideradas as seguintes subclasses:

[...]

IV – associação e entidades filantrópicas;

V – templos religiosos;

[...]

IX – outros serviços e outras atividades.

§ 4^a A classe rural caracteriza-se pelo fornecimento à unidade consumidora que desenvolva atividade relativa à agropecuária, incluindo o beneficiamento ou a conservação dos produtos agrícolas oriundos da mesma propriedade, sujeita à comprovação perante a distribuidora, considerando-se as seguintes subclasses:

[...]

(Redação deste § 4^a vigente à época dos fatos geradores)

Art. 145. A distribuidora deve organizar e manter atualizado o cadastro individual relativo a todas as suas unidades consumidoras e armazenar, no mínimo:

I – quanto à identificação do consumidor:

[...]

c) se pessoa jurídica, número da inscrição no CNPJ.

[...]

IV – classe e subclasse da unidade consumidora, com o código da CNAE, quando houver;

Estas determinações estão contidas nos artigos 18 a 21 da Resolução ANEEL nº 456/00.

Por seu turno, determinava o RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 22. São isentas do ICMS as operações com energia elétrica, bem como as movimentações de bens do ativo de concessionárias de energia elétrica:

[...]

II - nos fornecimentos de energia elétrica para consumo em estabelecimento de produtor rural (Conv. ICM 13/89 e Convs. ICMS 19/89 e 76/91):

a) sobre o consumo total da energia destinada a irrigação, com a condição de que os produtores rurais que utilizarem energia elétrica para irrigação se recadastrem junto à empresa fornecedora de eletricidade, declarando a destinação da energia elétrica a ser consumida como sendo para fins de irrigação;

b) até 100 kwh, quando destinada a outros fins;

VII - no fornecimento, pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA, de energia elétrica, para unidades consumidoras onde existam pessoas usuárias de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica, desde que efetuem cadastro das unidades consumidoras na concessionária, mediante (Conv. ICMS 58/06): a) solicitação por escrito, assinada pelo consumidor beneficiário do fornecimento ou por seu representante legal;

b) relatório médico comprobatório, com indicação da necessidade de uso do equipamento de preservação da vida;

c) termo de compromisso assinado pelo consumidor beneficiário do fornecimento de energia, ou por seu representante legal, de que o equipamento elétrico de uso essencial à preservação da sua vida em domicílio será utilizado apenas nessa finalidade.

Art. 28. São isentas do ICMS as operações e prestações relativas à importação e às remessas ou vendas relacionadas com lojas francas, missões diplomáticas, repartições consulares e organismos internacionais:

XVII - nas seguintes hipóteses, sob a condição de que haja reciprocidade de tratamento tributário, declarada, anualmente, pelo Ministério das Relações Exteriores (Conv. AE 04/70 e Convs. ICMS 32/90, 80/91, 158/94 e 90/97):

a) fornecimentos de energia elétrica e prestações de serviços de telecomunicação a missões diplomáticas, repartições consulares e representações de organismos internacionais de caráter permanente e respectivos funcionários estrangeiros indicados pelo Ministério das Relações Exteriores (Conv. ICMS 90/97);

Pela análise da legislação acima posta, a distribuidora de energia elétrica deve classificar a unidade consumidora de acordo com a atividade nela exercida (CNAE) e a finalidade da utilização da energia elétrica e, para a aplicação das tarifas, deve observar as classes e subclasses estabelecidas na norma.

Somente através de tal controle pode ela usufruir de isenções outorgadas pela legislação tributária e este controle deve ser fornecido ao fisco para que ele possa exigir, ou não, o imposto ora em discussão.

Quanto de sua defesa inicial, o impugnante apensou aos autos documentação a respeito do fornecimento de energia elétrica destinada aos usuários de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana. Esta documentação foi analisada pelas fiscais autuantes que excluiu da exigência fiscal tais comprovações.

Em relação ao argumento do fornecimento de energia elétrica destinada aos produtores rurais, acertadamente, as fiscais não o aceitou já que o crédito tributário originou-se de operações destinadas apenas a consumidores da classe 6, residencial e não aos consumidores da classe 7 - produtor rural. Esta informação consta na coluna "E" da Planilha III (fls. 11/12 e completa no CD – fl. 19), o tipo de assinante ou classe de consumo que é "6", ou seja, "residencial" e a empresa não faz prova do que alega.

Com relação ao fornecimento de energia elétrica para missões diplomáticas, repartições consulares e representações de organismos internacionais e respectivos funcionários estrangeiros, o impugnante, ao longo da lide, apresenta documentação. Esta documentação foi analisada pelas fiscais autuantes que a acolheu, passando o valor do imposto para R\$109.696,04.

Após todos estes saneamentos, o autuado continua a alegar as determinações contidas no RICMS/97 e acima indicadas para requerer a improcedência da autuação, porém não apresentando mais qualquer prova do que alega, objetivando que este foro administrativo, em obediência às determinações da norma regulamentar deste Estado, pudesse acatar a sua argumentação.

Em assim sendo, neste momento, somente posso alinhar-me às fiscais autuantes, mantendo a infração 02 no valor de R\$109.696,04 conforme demonstrativo de débito a seguir e constante da fl. 154 dos autos.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 02

MÊS/ANO	ICMS	MULTA (%)
mar/10	261,35	60
abr/10	12.351,84	60
mai/10	12.344,09	60
jun/10	12.310,59	60
jul/10	10.692,56	60
ago/10	10.658,31	60
set/10	11.077,03	60
out/10	11.718,59	60
nov/10	14.129,75	60
dez/10	14.151,93	60
TOTAL	109.696,04	

Por fim, foram contestadas as multas aplicadas. Em que pese todo o esforço do impugnante no sentido de demonstrar o caráter confiscatório, desproporcional e abusivo das penalidades, vejo que ele pretende adentrar à discussão de inconstitucionalidade da legislação que estatuiu as multas por descumprimento de obrigação principal, ou seja, a Lei nº 7.014/96. Neste sentido, determina o Regulamento de Processo Administrativo Fiscal em seu art. 167, que não se incluem na competência do CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, motivo pelo qual deixo de apreciar a matéria.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigir o ICMS no valor de R\$109.819,99, solicitando ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Ciente da decisão acima proferida e inconformada, a Requerente apresentou RECURSO VOLUNTÁRIO, fls. 469/503, onde busca desconstituir a infração que lhe é imposta apresentando suas razões, como passamos a analisar.

Após afirmar da tempestividade de sua peça recursiva, faz o breve relato das infrações que lhe foram impingidas no Auto de Infração e do transcorrer do processo em lide desde sua lavratura até a presente fase, destacando as reduções sofridas pelo seu valor original, tanto através os prepostos autuantes e seus pronunciamentos, como a 4ª JJF em seu julgamento.

Por entender que não foi aplicado o melhor direito à espécie, pugna pela desconstituição do Auto de Infração, para em seguida alegar a PRELIMINAR de Ilegitimidade do Estado para efetuar a cobrança objeto da presente lide.

Analizando a sua condição de contribuinte do ICMS, faz referência às fases que delimitam as atuações dos entes envolvidos no processo de fornecimento de energia, que seriam três: 1) da geração para a transformação; 2) da transformação para a distribuição; e, 3) da distribuição para o consumidor final, destacando que para melhor arrecadar o ente tributante determinou o “diferimento” da tributação nas duas primeiras fases, tornando assim as distribuidores “contribuintes substitutos” de toda a cadeia envolvida.

Destaca o que determina a LC 87/96, ao tratar da tributação do ICMS sobre o fornecimento de energia

Artigo 9º, parágrafo 1º, inciso II:

“às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação”.

Que torna as distribuidoras “substitutas tributárias”, tanto no que diz respeito às operações anteriores, como às posteriores, quando efetua o fornecimento ao consumidor final.

Considerando que por não efetuarem qualquer ato de produção ou comercialização, pois tão somente fornecem “mercadorias” de terceiros a consumidores finais, as distribuidoras se tornam meramente arrecadadoras intermediárias dos tributos que vão aos cofres públicos.

Traz como prova de reconhecimento desta situação julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS DE LEI TIDOS COMO VIOLADOS. PRETENSÃO DE AFASTAR A INCIDÊNCIA OU O REPASSE DE ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA, NA ESPÉCIE, A CEMIG. PRECEDENTES.

1. *Cuida-se de recurso especial manejado pela Companhia Renascença Industrial em autos de ação declaratória e indenizatória, com pedido de tutela antecipada, proposta pela ora recorrente em desfavor da Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG, referindo-se o pedido original à imediata cessação da cobrança irregular do ICMS, com o fito de que esse tributo não incida sobre o montante da demanda contratada, mas somente sobre o valor concernente à energia efetivamente consumida. A sentença e o próprio acórdão assentaram que a CEMIG, no procedimento de cálculo e recolhimento do ICMS, figura tão-somente como executora das prescrições normativas emanadas da Fazenda Pública Estadual, a qual se destinam os valores arrecadados, não detendo, em decorrência, legitimidade passiva para o feito.*

2. *A irresignação não se mostra passível de acolhimento, uma vez que a instituição concessionária não é sujeito passivo da obrigação tributária e contribuinte do ICMS. Isto porque, na qualidade de substituta tributária (art. 34, § 9º, das Disposições Constitucionais Transitórias), apenas calcula, exige e repassa à Fazenda Pública, mensalmente, o numerário fiscal obtido.*

3. *Nesse contexto, é certo que a exegese aplicada pelo acórdão recorrido e pela sentença está em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior, conforme precedentes: Resp 838.542/MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; Resp 647.553/ES, de minha relatoria, DJ 23/05/2005.*

4. *Dispositivos legais que não foram objeto de prequestionamento.*

Não-conhecimento do recurso, no particular.

5. *Recurso especial conhecido em parte e não-providio.*

(*REsp 915.141/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.10.2007, DJ 25.10.2007 p. 134*)

Em seguida, a Recorrente adentra à motivação da autuação, destacando sua impropriedade, lastreada no princípio do atendimento a “determinações judiciais”, que lhe retira a condição de contribuinte, ao determinar que contribuintes, que assim requereram, fiquem desobrigados de recolher o tributo, não lhe cabendo, sob pena das cominações legais, efetuar a “substituição” nos termos determinados pelo Estado.

Sequenciando faz referência à política energética do país, capitaneada pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, destacando a forma de cálculo do tributo, quando explicita que a remuneração da distribuidora não se faz pelo fornecimento da energia, mas, sim pela “tarifa” que lhe é determinada, citando as Resoluções 456/2000 e 414/2010, que indicam a forma de cálculo do tributo e o seu repasse ao consumidor final, como real contribuinte.

Em face da situação dos contribuintes que serviram de lastro para a autuação, a Requerente assim destaca a sua situação de intermediária na arrecadação:

É de se observar que, se o consumidor obtém liminar afastando de si a tributação pelo ICMS nas operações de circulação de energia, o Poder Judiciário estará proibindo o repasse do valor do imposto na fatura de energia. Dessa forma, o Poder Judiciário nega às distribuidoras que essas obtenham recursos para o pagamento das obrigações tributárias.

Em face das decisões judiciais, reafirma que não lhe compete ir de encontro ao poder judiciário, em vista de haver sido desobrigada de cumprir a determinação de “arrecadar” o tributo, sendo

que, por consequência, a responsabilidade passa a ser do contribuinte que contra o regramento se insurgiu e obteve, liminarmente, este direito de não recolher o tributo, destacando: “**Nos impostos indiretos, o encargo econômico deve ser suportado pelo contribuinte de fato. Se o consumidor não pode ser cobrado, tampouco poderá ser autuada a distribuidora de energia.**”

Afirma ainda, de relação à cobrança do tributo objeto do Auto de Infração:

Ademais, a repercussão do imposto está ligada aos princípios da capacidade contributiva e do não confisco. Quando a distribuidora de energia é impedida de repassar o ônus tributário ao consumidor, e ao mesmo tempo é obrigada pelo Fisco a realizar o recolhimento do imposto, arca individualmente com o encargo, desrespeitando-se o objetivo do tributo.

Comprovada, portanto, a ilegitimidade da COELBA para, na qualidade de contribuinte de direito, ser cobrada dos valores de ICMS constantes no presente Auto de Infração, de modo que forçosa se faz a extinção deste, baixando-se o respectivo lançamento.

Passa, em seguida, a analisar a Infração 1: *Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, de março a dezembro de 2010. Valor: R\$14.929,31 com multa de 60%..*

Considerando o motivo desta autuação foi o recolhimento do ICMS sobre Energia Elétrica com base na alíquota de 17% e não 27%, como pretendiam os prepostos autuantes, informa que alguns contribuintes obtiveram na Justiça o direito de “pagar” o ICMS sob a alíquota menor, apresentando a relação dos mesmos e os processos que lhes concederam este direito, abaixo nominados:

1. **CLIVALE PROSAUDE LTDA:** decisão judicial obtida por meio do Mandado de Segurança nº 1452143-9/2007 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
2. **OLINTINA BARROS DOS SANTOS:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0065256-96.2005.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
3. **TOTAL DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0065256-96.2005.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
4. **NORAUTO VEICULOS LTDA:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0045074-16.2010.8.05.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
5. **TVNB TELEVISÃO NORTE BAIANO LTDA:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0023615-55.2010.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
6. **FRIOS E CONGELADOS SOUZA CARVALHO LTDA** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0128376-11.2008.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;

Analizando a obrigatoriedade de atender ao que foi determinado, sustenta esta obrigatoriedade com base no que determinam o Código Penal Brasileiro e o Código de Processo Civil, como se transcreve:

Código Penal Brasileiro:

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Código de Processo Civil:

Art. 14, também determina a estreita observância das ordens emanadas pelo Poder Judiciário:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

(...)

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embargos à sua efetivação;

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por

cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

Reforça sua argumentação para o não recolhimento do tributo exigido no processo em lide, expressando-se “estando amparada por fator excludente de responsabilidade caracterizado como estrito cumprimento do dever legal.”

Ao analisar a possibilidade de serem cassados ou revistos os direitos do recolhimento do ICMS sob a alíquota de 17% obtidos pelos contribuintes acima referenciados, afirma não lhe caber mais responsabilidade pelo mesmo avocando que, no caso, ocorrerá “IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVAMENTE À PARTE QUE A CAUSOU E DELA SE BENEFICIOU: APLICAÇÃO DO ART. 302 DO CPC E DOS PRINCÍPIOS DA CAUSALIDADE, DO “*UBI EMOLUMENTUM, IBI ONUS*” E DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL), BEM COMO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA (ART. 145, §1º DA CF/88). JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ EM CASOS ANÁLOGOS.

Ainda de referência à sua não responsabilidade pelo recolhimento do tributo, no caso em lide, destaca:

Juridicamente, a imputação de responsabilidade se assenta em dois postulados fundamentais, a saber:

- a) *Princípio da causalidade*, segundo o qual aquele que provocou o fato causador do dano é que deverá ser responsabilizado pela sua reparação;
- b) *Princípio do “ubi emolumentum, ibi onus”*, segundo o qual aquele que se beneficiou de determinado fato ou atividade é que deverá arcar com os prejuízos.

Reforçando seu argumento quanto à improcedência da cobrança, a Recorrente, destaca julgamento proferido pelo STJ, REsp nº 1.028.716 – RS, abaixo transscrito:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO PELO SUBSTITUTO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. ULTERIOR REVOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO SUBSTITUTO EM RELAÇÃO ÀS EXAÇÕES GERADAS NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DO DECISUM.”

1. *Controvérsia relativa aos efeitos da revogação da liminar concedida em mandado de segurança que, durante a sua vigência, afastou a obrigação do substituto tributário de recolher o ICMS referente às operações realizadas com a revendedora substituída, a qual obteve o provimento de urgência. Discute-se a possibilidade de se exigir do substituto tributário o pagamento do ICMS que não foi recolhido pelo regime de substituição, em obediência a decisão judicial liminar que reconheceu o direito do substituído de não recolher o tributo sob essa sistemática, e que foi posteriormente revogada.*
2. *É cediço que, nos termos da Súmula 405/STF, a revogação da decisão liminar concedida em mandado de segurança produz efeitos ex tunc. Entretanto, em algumas hipóteses, especialmente naquelas em que a concessão da liminar gera situações caracterizadas como definitivas, seus efeitos devem ser preservados, justamente em razão de fugir a decisão interlocutória à sua natureza cautelar, concedendo tutela de cunho satisfatório.*
3. *No caso concreto, o provimento jurisdicional requerido liminarmente pela substituída acabou por antecipar os efeitos da sentença final, na medida em que permitiu que ela realizasse o recolhimento do ICMS sem se sujeitar ao regime de substituição tributária. Retomou-se, para aquela contribuinte em especial, o regime normal de recolhimento do ICMS previsto nos artigos 19 e 20 e da Lei Complementar 87/96, segundo o qual a responsabilidade pelo pagamento é da empresa que realiza a revenda.*
4. *A partir do momento em que foi notificada da concessão do provimento liminar em favor da substituída, a ora recorrente (fabricante), obrigada a cumprir a determinação judicial que lhe foi comunicada, ficou impedida de realizar o recolhimento do ICMS na qualidade de substituta tributária, o que configura a irreversibilidade da situação.*
5. *Em atenção ao Princípio da Capacidade Contributiva, o substituto tributário, ainda que seja o responsável pelo recolhimento do tributo (no caso, o ICMS no regime antecipado), deve ter a possibilidade de repassar o seu ônus ao verdadeiro contribuinte, mediante a inclusão do valor do imposto no preço das mercadorias. Por tal motivo, o substituto apenas poderá ser cobrado pelo Fisco se, por culpa ou dolo, deixar de proceder ao recolhimento do tributo, ocasião em que passará a figurar na posição de devedor principal, por desrespeito à determinação legal de proceder ao recolhimento de acordo com a sistemática da substituição.*
6. *Não havendo dolo ou culpa do substituto tributário, considerando que o comando legal que determinava o recolhimento do tributo pelo regime da substituição tributária foi substituído pela determinação judicial que autorizou o recolhimento pelo próprio contribuinte, não há como responsabilizá-lo pelo inadimplemento do tributo, sob pena de locupletamento do contribuinte substituído.*

7. Nessas hipóteses “exigir o ICMS do substituto, como pretende o fisco, é subverter o princípio da capacidade contributiva, exonerando o contribuinte do imposto por ele devido e onerando exclusivamente o responsável”(RESP 887585/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 13/3/2009).

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(STJ. RESP 1.028.716-RS 2006/0216264-4. Relator: Exmo. Min. Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 20/04/2010. Publicação: DJ 03/05/2010).

Cita em seguida vários julgamentos e decisões de cortes superiores de relação ao substituto tributário e de relação à CPMF quando da sua instituição, cujas ações deferidas obrigavam as instituições financeiras a não “cobrar” o tributo do seus depositantes.

Finalizando sua análise de relação à Infração 01, assim se pronuncia a Requerente: “cabe destacar que, nos termos do parágrafo único o art. 811 do Código de Processo Civil, acima transrito, a liquidação e a execução da compensação pelos danos decorrentes da liminar posteriormente cassada deve ser feita nos próprios autos em que foi proferida a decisão, representando verdadeiro título executivo do prejudicado contra aquele que foi indevidamente beneficiado.”

Assim, na hipótese de haver a cassação das decisões judiciais obtidas pelos consumidores, caberá ao Estado da Bahia, nos autos dos processos correspondentes, cobrar dos consumidores pelo tributo que estes deixaram de pagar em função das decisões judiciais, sem qualquer repercussão sobre a concessionária de energia elétrica, que apenas agiu no estrito cumprimento do dever legal.”

Analizando a Infração 02, que trata da *ISENÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AOS PRODUTORES RURAIS, ÀS REPARTIÇÕES CONSULARES E EM RELAÇÃO AOS USUÁRIOS DE EQUIPAMENTOS DE AUTONOMIA LIMITADA, VITais À PRESERVAÇÃO DA VIDA HUMANA E DEPENDENTES DE ENERGIA ELÉTRICA*, a Recorrente, inicialmente tece comentários a respeito das reduções do valor cobrado pelas prepostas autuantes e pela 4ª JJJ, pugna pela improcedência total da infração, justificando a aplicação do princípio da isenção, segundo o que determina o Decreto nº 6.284/1997, vigorante à época dos fatos objeto da autuação que determina:

Art. 22. São isentas do ICMS as operações com energia elétrica, bem como as movimentações de bens do ativo de concessionárias de energia elétrica:

[...]

II - nos fornecimentos de energia elétrica para consumo em estabelecimento de produtor rural (Conv. ICM 13/89 e Convs. ICMS 19/89 e 76/91):

a) sobre o consumo total da energia destinada a irrigação, com a condição de que os produtores rurais que utilizarem energia elétrica para irrigação se recadastrem junto à empresa fornecedora de eletricidade, declarando a destinação da energia elétrica a ser consumida como sendo para fins de irrigação;

b) até 100 kwh, quando destinada a outros fins;

[...]

VII - no fornecimento, pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA, de energia elétrica, para unidades consumidoras onde existam pessoas usuárias de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica, desde que efetuem cadastro das unidades consumidoras na concessionária, mediante (Conv. ICMS 58/06):

a) solicitação por escrito, assinada pelo consumidor beneficiário do fornecimento ou por seu representante legal;

b) relatório médico comprobatório, com indicação da necessidade de uso do equipamento de preservação da vida;

c) termo de compromisso assinado pelo consumidor beneficiário do fornecimento de energia, ou por seu representante legal, de que o equipamento elétrico de uso essencial à preservação da sua vida em domicílio será utilizado apenas nessa finalidade.

[...]

Art. 28. São isentas do ICMS as operações e prestações relativas à importação e às remessas ou vendas relacionadas com lojas francas, missões diplomáticas, repartições consulares e organismos

internacionais:

[...]

XVII - nas seguintes hipóteses, sob a condição de que haja reciprocidade de tratamento tributário, declarada, anualmente, pelo Ministério das Relações Exteriores (Conv. AE 04/70 e Convs. ICMS 32/90, 80/91, 158/94 e 90/97):

a) fornecimentos de energia elétrica e prestações de serviços de telecomunicação a missões diplomáticas, repartições consulares e representações de organismos internacionais de caráter permanente e respectivos funcionários estrangeiros indicados pelo Ministério das Relações Exteriores (Conv. ICMS 90/97);

(grifos apostos nesta ocasião).

Destaca a Recorrente que, por se tratar de hipótese de isenção, jamais poderia o Fisco tentar efetuar cobrança de imposto em tal situação, pois a mesma torna excludente a cobrança, por não ser fato gerador do tributo.

Com base no que expõe em sua peça recursal, considera também imprópria a cobrança pretendida no que se refere à Infração 02, pugnando pela sua Improcedência.

Sequenciando, a Recorrente, tece considerações quanto às multas aplicadas, pugnando pela sua inconstitucionalidade e impropriedade, momento em que cita vários autores que dariam suporte à sua tese, em que considera “confisco”, o que seria proibido pela Constituição Federal, portanto não passíveis de aplicação.

Reforça seus argumentos com a transcrição de Súmula do CARF a respeito da aplicação de multas, a seguir transcrito:

Súmula CARF nº. 14:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Cita ainda o julgado do STJ, como transcrito:

RECURSO ESPECIAL. ISS. NÃO-RECOLHIMENTO. BOA-FÉ. AFASTAMENTO DA MULTA. ARTIGO 136 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. MATÉRIA DE FATO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, afastou a multa punitiva, quando demonstrada a boa-fé do contribuinte, ao fundamento de que “o judiciário pode graduar ou excluir a multa, de acordo com a gravidade da infração, e com a importância desta para os interesses da arrecadação” (RE n. 61.160/SP, rel. Min. Evandro Lins e Silva, 19.3.1968).

Verificada a possibilidade de redução ou exclusão da punição diante da boa-fé do contribuinte, não é possível a esta Corte rever a posição do Tribunal de origem a esse respeito, visto que adotada com base no exame dos autos. Trata-se de questão probatória, cujo exame é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7, deste Superior Tribunal de Justiça Recurso especial não conhecido.

(REsp 184.576/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 31/03/2003, p. 183).

Complementa com a citação de decisão do Plenário do STF, por unanimidade, na ADIN 551-1/RJ, julgou inconstitucionais dispositivos análogos aos do presente caso, relativos à multa confiscatória, cujo acórdão, publicado no DJU de 14.02.2003, assim restou consignado, in verbis:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA.

A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente.

Encerra sua peça defensiva requerendo a esta Câmara de Julgamento Fiscal:

DOS REQUERIMENTOS.

Diante de todo o exposto, requer a reforma parcial do julgado ocorrido em primeiro grau, com o fim de:

a) Em relação à Infração 01 (03.02.02):

a.1) A extinção de parte do crédito tributário lançado por meio deste Auto de Infração, haja vista o pagamento realizado, a teor do art. 156, I, do CTN;

a.2) A anulação da integralidade da parte remanescente do crédito tributário lançado por meio deste Auto de Infração, vez que se tratam de casos albergados por decisões judiciais

que autorizavam o recolhimento de 17% (dezessete por cento) a título de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica;

b) A desconstituição da Infração 02 (02.01.03), tendo em vista a isenção concedida pelo RICMS-BA nos casos tratados nesta autuação, nos termos do art. 175, I, do CTN;

c) Ainda por cautela processual, requer seja reconhecida a nulidade da multa aplicada, exonerando-a ou, caso contrário, minorando-a, devendo ser julgado totalmente improcedente o Auto de Infração ora combatido e, consequentemente, desconstituído o lançamento fiscal levado a efeito, por inexistir, na hipótese, irregularidade na concessão dos benefícios discutidos no presente caso.

Em sessão do dia 05.10.2018, esta Câmara de Julgamento Fiscal, por solicitação deste Relator, encaminhou o processo em diligência à PGE/PROFIS, fls. 554 a 555, solicitando informação do andamento dos processos judiciais envolvidos na lide.

Em resposta, através Despacho datado de 1.02.2019, através relato do Procurador Assistente do NRJ, Leonardo Sérgio Pontes Gaudenzi, foram enviadas as seguintes informações:

Frios e Congelados Souza Carvalho Ltda.

Últimas movimentações em abril de 2018, com manifestação do Estado da Bahia “*requerendo ao juízo que oficiasse a instituição bancária para fornecer o extrato atualizado da conta judicial com valores atualizados dos depósitos*”.

TVNB Televisão Norte Baiano Ltda.

Últimas movimentações em abril de 2017 com a “*suspensão do feito, haja vista a existência o incidente de arguição de constitucionalidade nº 0012112-30.2016.805.000, em trâmite no Órgão Plenário da Corte, envolvendo a mesma matéria constitucional reconhecida pela sentença.*”

No auto Veículos Ltda.

Últimas movimentações foram realizadas em dezembro de 2018, onde foi “*foi solicitada a remessa dos autos à Procuradoria de Justiça para apresentação de parecer conclusivo*”.

Total Distribuidora de Combustíveis.

Últimas movimentações foram realizadas em março de 2017, com “*a remessa dos autos a Procuradoria Geral da Justiça*.”

Olintina Barros dos Santos

“*Conforme despacho fls., 264, não foi informado o número da ação correlata a parte. A numeração fornecida no despacho fls. 558, refere-se à empresa Total Distribuidora de Combustíveis.*”

Clivale Prosaúde Ltda.

Anexada cópia dos processos de consulta com a informação de que o “*não foi identificado o MS nº 0043783-91.2007.805.0001, numeração fornecida no despacho fls. 2644.*”

Com base nas informações acima referenciadas, através o PARECER PROFIS-NCA-JAM Nº 001/19, fls. 585 a 588v, o ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Junior, tratando DA ANMÁLISE E CONCLUSÃO, assim se manifesta:

Pois bem, de plano, forçosa se faz a conclusão de que os efeitos das medidas cautelares interpostas pelas empresas arroladas na consulta em epígrafe, de fato, conduzem a conclusão de que não se pode imputar responsabilidade por substituição tributária sobre COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA.

Em seguida o douto procurador analisa a questão em foco tecendo considerações sobre o mesmo

e decisões emanadas de tribunais superiores, assim como as comprovações acostadas ao processo, concluindo:

Neste diapasão, diante das informações colacionadas às fls. 559/560, conforme definido pacificamente na jurisprudência sobre a questão, entendemos não merecer sufrágio o lançamento em relação à retenção feita em operações com as empresas TVNB Televisão Norte Baiano Ltda., Norauto Veículos Ltda. E Total Distribuidora de Combustíveis.

No que concerne às empresas Frio e Congelados Souza Carvalho Ltda., Olindina Barros dos Santos e Clivale Prosaúde Ltda., entendemos caber ao autuado a colação de provas da concessão de medidas acautelatórias aos indigitados substituídos tributários, uma vez que, segundo o próprio recorrente, seria a motivação da não retenção conforme determinado na legislação de regência.

Assim sendo, cabe ao recorrente fazer prova da situação que supostamente legitime seu pleito da insubsistência da autuação.

Em face do exposto, recomendo a realização de diligência ao autuado, para que sejam acostadas as provas ora perqueridas.

Em despacho datado de 21.05.2019, fls. 596 a 597, a procuradora Dra. Rosana Maciel Passos Salau, determinou o retorno do processo ao Núcleo de Representação Judicial para complementação de informações de relação às empresas **Frios e Congelados Souza Carvalho Ltda.**, e **Clivale Prosaúde Ltda.**

Em novo despacho o Procurador Assistente Dr. Leonardo Sérgio Pontes Gaudenzi, fls. 598 a 599, presta os seguintes esclarecimentos:

FRIOS E CONGELADOS LTDA.

Em relação ao questionamento sobre o julgamento de mérito do reexame necessário e das apelações interpostas pelas partes em litígio no MS nº 0128376-11.2008.805.0001, em 09.03.2012, houve decisão da Primeira câmara Cível que considerou a decisão agravada em manifesto confronto com a jurisprudência dominante do STJ dando provimento à remessa necessária, a fim de reformar a sentença, declarando a carência da ação por ilegitimidade ativa “ad causam”, o que culminou com a extinção do processo sem julgamento do mérito, restando prejudicado o apelo do Estado da Bahia.

Em 08.05.2013 foi certificado o trânsito em julgado, retornando os autos ao juízo de origem. Os autos foram desarquivados em 2016 e 2018. E por último, em 24.04.2018, o Estado peticionou requerendo que a instituição bancária fosse oficiada para informar a existência de depósitos realizados pela empresa.

CLÍNICA ALBERTO SERRA VALE

Em 28.01.2014 foi negado provimento unânime, MS nº 0043873-91.2007.805.0001, sendo o trânsito em julgado certificado em 09.04.2014. Os autos retornaram ao juízo de origem e foram arquivados definitivamente em 18.08.2015.

Houve a realização de carga pelo advogado da parte, em 27.09.2016, que permanece com os autos até a presente data, conforme se verifica nas movimentações processuais.

Anexou cópias dos andamentos processuais.

VOTO

Como exposto, o presente processo, determinante dos Recursos de Ofício e Voluntário, diz respeito à cobrança de tributo sob a acusação de haver a Recorrente cometido duas infrações, distintas, abaixo identificadas.

Na infração 01, acusa-se a Recorrente de haver recolhido a menor, a título de Substituição Tributária, o ICMS incidente sobre o fornecimento de energia a contribuintes que se identificaram como portadores de benefício fiscal, em que a alíquota incidente ficou determinada em 17%, em detrimento da alíquota de 27%, que seria a regulamentar nas operações sem benefícios legais.

Na infração 02, a Recorrente é acusada de deixar de recolher o tributo sobre operações que considerou isentas, cuja situação não foi comprovada em sua totalidade, o que levou as autuantes a reconhecerem em parte a improcedência da autuação, posicionamento acatado pela Junta Julgadora.

Em face da desoneração determinada pela Junta Julgadora atingir o limite estabelecido pelo

RPAF, foi o processo remetido à Câmara de Julgamento Fiscal, em Recurso de Ofício, que será analisado neste voto.

Foi desonerado pela Junta Julgadora, de relação à infração 01, o montante original de R\$14.805,36 após a constatação da ilegitimidade da Recorrente como parte obrigatória no recolhimento da diferença entre as alíquotas de 17% e 27%, conforme opinado pela PGE/PROFIS, por se tratar de determinação judicial a que o Estado não pode descumprir.

Configurado ficou que não compete ao Estado efetuar a cobrança do quanto reclamado na inicial do processo, o que, em caso de negação aos mandados judiciais obtidos por seus clientes, aos mesmos caberá a responsabilidade perante o Estado, o que elide a cobrança no valor acima destacado.

De relação à Infração 02, a desoneração, no montante de R\$46.041,04, foi em decorrência da comprovação apresentada pela Recorrente do direito à isenção pelos adquirentes de energia elétrica, nos termos determinados pelo RICMS/97, no artigo 212, vigente à época dos fatos geradores.

Sendo realmente comprovado, como verifiquei, acato as desonerações determinadas pela Junta Julgadora, Negando Provimento ao seu Recurso de Ofício.

Analisando o Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente, verifico que são repetidas todas as argumentações apresentadas quando da sua peça defensiva inicial, nada trazendo de novo ao processo, que lhe possa dar amparo à pretendida improcedência total do auto em apreço.

Se não, vejamos:

De relação à Infração 01, como afirmado em sua peça defensiva reconheceu a procedência da autuação no valor de R\$13,22, não conseguindo, entretanto, comprovar a improcedência do valor de R\$110,73, referente ao fornecimento efetuado ao cliente Olintina Barros dos Santos, perfazendo a procedência da autuação, nesta infração 01, no valor de R\$123,95, oriundo dos valores indevidamente reduzidos dos clientes abaixo nominados relacionados, reiterando a improcedência dos demais, em face de estarem amparados por Mandados de Segurança .

	abr/10	mai/10	jul/10	set/10	out/10	nov/11	dez/10	TOTAL
Leonides de Jesus Santos Parque de Diversões LM Rita de Cássia Santos Silva Kairos Delicatessen Cond. Edf. SKY Residence Josevaldo Ciqueira Dantas Fator SKY Empreendimentos Cemil Construtora Ltda.		0,28		1,01	1,03 4,46 0,93			
Olintina Barros dos Santos	0,69		0,6			1,48		2,74
TOTAL	0,69	0,28	0,6	21,88	30,09	27,2	43,21	123,95

Pugnou e tem o reconhecimento de ser indevida a cobrança da diferença entre as alíquotas de 17% e 27% sobre o fornecimento de energia elétrica dos contribuintes abaixo listados com os correspondentes processo judiciais que lhes dão amparo à redução praticada:

1. **CLIVALE PROSAUDE LTDA:** decisão judicial obtida por meio do Mandado de Segurança nº 1452143-9/2007 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
2. **OLINTINA BARROS DOS SANTOS:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0065256-96.2005.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
3. **TOTAL DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0065256-96.2005.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
4. **NORAUTO VEICULOS LTDA:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0045074-16.2010.8.05.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
5. **TVNB TELEVISÃO NORTE BAIANO LTDA:** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0023615-55.2010.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;
6. **FRIOS E CONGELADOS SOUZA CARVALHO LTDA** decisão judicial obtida por meio do processo nº 0128376-11.2008.805.0001 para aplicação de alíquota de ICMS de 17%;

Desta forma, julgo a Infração 01 PARCIALMENTE PROCEDENTE, no valor de R\$123,95.

De relação à Infração 02, que trata da cobrança do ICMS sobre fornecimentos a consumidores em condições especiais, conforme determinado em dispositivo legal, abaixo transcrito:

Decreto nº 6.284/1997:

Art. 22. São isentas do ICMS as operações com energia elétrica, bem como as movimentações de bens do ativo de concessionárias de energia elétrica:

[...]

II - nos fornecimentos de energia elétrica para consumo em estabelecimento de produtor rural (Conv. ICMS 13/89 e Convs. ICMS 19/89 e 76/91):

a) sobre o consumo total da energia destinada a irrigação, com a condição de que os produtores rurais que utilizarem energia elétrica para irrigação se recadastrem junto à empresa fornecedora de eletricidade, declarando a destinação da energia elétrica a ser consumida como sendo para fins de irrigação;

b) até 100 kwh, quando destinada a outros fins;

[...]

VII - no fornecimento, pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA, de energia elétrica, para unidades consumidoras onde existam pessoas usuárias de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica, desde que efetuem cadastro das unidades consumidoras na concessionária, mediante (Conv. ICMS 58/06):

a) solicitação por escrito, assinada pelo consumidor beneficiário do fornecimento ou por seu representante legal;

b) relatório médico comprobatório, com indicação da necessidade de uso do equipamento de preservação da vida;

c) termo de compromisso assinado pelo consumidor beneficiário do fornecimento de energia, ou por seu representante legal, de que o equipamento elétrico de uso essencial à preservação da sua vida em domicílio será utilizado apenas nessa finalidade.

[...]

Art. 28. São isentas do ICMS as operações e prestações relativas à importação e às remessas ou vendas relacionadas com lojas francas, missões diplomáticas, repartições consulares e organismos internacionais:

[...]

XVII - nas seguintes hipóteses, sob a condição de que haja reciprocidade de tratamento tributário, declarada, anualmente, pelo Ministério das Relações Exteriores (Conv. AE 04/70 e Convs. ICMS 32/90, 80/91, 158/94 e 90/97):

a) fornecimentos de energia elétrica e prestações de serviços de telecomunicação a missões diplomáticas, repartições consulares e representações de organismos internacionais de caráter permanente e respectivos funcionários estrangeiros indicados pelo Ministério das Relações Exteriores (Conv. ICMS 90/97);

(grifos apostos nesta ocasião).

Verifico que a isenção concedida e tratada no RICMS/97, como se depreende, é fruto da adesão do Estado da Bahia a convênios específicos que visam, sobremodo, a execução de uma política de concessão de benefícios sociais a pessoas necessitadas de uso da energia em situação de sobrevivência, incremento ao desenvolvimento das atividades dos pequenos produtores rurais e a reciprocidade determinada por acordos internacionais em que o Brasil se comprometa.

Como constata, nos termos do determinado no artigo 22 do RICMS/97, são exigidos condicionantes para que a isenção seja concedida, sendo que a Recorrente logrou comprovar a improcedência de parte do montante reclamado na autuação, com as provas de atendimentos às exigências estabelecidas, sendo estas anexadas ao processo.

Com base no que foi comprovado pela Recorrente, reconhecido pelas autuantes e pela Junta Julgadora, após a análise do que consta no processo, acato a decisão de piso, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE a Infração nº 02, no valor de R\$108.696,04, como abaixo demonstrado:

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 02

MÊS/ANO	ICMS	MULTA (%)
mar/10	261,35	60
abr/10	12.351,84	60
mai/10	12.344,09	60
jun/10	12.310,59	60
jul/10	10.692,56	60
ago/10	10.658,31	60
set/10	11.077,03	60
out/10	11.718,59	60
nov/10	14.129,75	60
dez/10	14.151,93	60
TOTAL	109.696,04	

De relação à pretensão da Recorrente no tocante à redução ou anulação das multas impostas na autuação, o reconhecimento do seu caráter confiscatório, que estaria de encontro ao que determina a Constituição Federal, malgrado todos os julgados apresentados, saliento que falece competência a esta Câmara de Julgamento Fiscal adentrar à questão, como determinado no RPAF/BAHIA, no artigo 167:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Desta forma, deixo de apreciar a pretensão da Recorrente de relação à redução ou anulação das multas determinadas no Auto de Infração.

Por tudo que analisei e com base nas provas documentais acostadas ao processo, NEGO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário, julgando o Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, devendo a Recorrente recolher aos cofres do erário público o montante de R\$109.819,99, com os acréscimos legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 299324.0011/13-7, lavrado contra COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$109.819,99, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS