

A. I. Nº - 281228.0006/20-4
AUTUADO - CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S. A.
AUTUANTE - ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.01.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-05/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DA MERCADORIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL). INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA DE 25% E DO ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE À POBREZA. AÇÃO JUDICIAL INTERPOSTA CONTESTA PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS. Em relação às parcelas não contestadas e reconhecidas pelo sujeito passivo, pertinente à cobrança pela alíquota de 18%, julga-se procedente o lançamento de ofício, situação em que podem ser formados autos apartados visando a cobrança administrativa e a subsequente inscrição do débito na Dívida Ativa. No tocante às parcelas contestadas pelo contribuinte, correspondente à alíquota majorada de 25%, e o adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate à Pobreza, o contribuinte optou em levar a discussão para a esfera judicial, de forma que nestes pontos há plena identidade entre a matéria litigiosa posta ao exame dessa instância administrativa, e a levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Nesta situação, a impugnação administrativa resulta prejudicada, pois a opção de levar a questão para decisão perante o Judiciário, implica na renúncia da instância administrativa, suscita a desistência da impugnação oferecida e provoca o encerramento do processo administrativo, sem exame de mérito, nos termos do art. 127-C, IV da Lei nº 3.956/81 (COTEB). O crédito tributário respectivo poderá ser inscrito na dívida ativa, oportunidade em que as verificações de saneamento e controle da legalidade do feito deverão ser efetuadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2020, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 989.494,81, mais consectários legais, contendo as seguintes imputações fiscais:

***Infração 01 – 02.01.14** - Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher ICMS das aquisições interestaduais de energia elétrica oriundas do mercado livre no mês de abril/2018, conforme art. 400 do RICMS/Ba, demonstrativo em anexo. Valor exigido: R\$ 961.376,81. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de maio de 2018 e de junho/2019 a junho/2020.*

Infração 02 – 02.01.14 - Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do Fundo de Pobreza, referente as aquisições interestaduais de energia elétrica no mercado livre, conforme art. 400 do RICMS/Ba, conforme demonstrativo em anexo. Valor exigido: R\$ 28.118,00. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a maio de 2019.

Documentos que compõem a peça de lançamento: a) Relatório de Notas Fiscais de Aquisição de Energia Elétrica do ACL – Ambiente de Contratação Livre sem recolhimento do ICMS Normal – mês de Junho/18 e meses de junho/19 a junho/20 e FCB (Adicional do Fundo de Combate à Pobreza) de janeiro a maio de 2019; b) Termo de Início de Fiscalização; c) Termo de Intimação para comprovação dos recolhimento do ICMS no Ambiente de Contratação Livre; e, d) mídia digital contendo os arquivos de apuração do imposto (docs. fls. 04/08).

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) com data da postagem e da leitura verificadas, respectivamente em 01/10/2020 e 02/10/2020.

Defesa administrativa protocolada em 01/12/2020, através de peça processual juntada entre as fls. 14/17, subscrita por advogados habilitados a atuar no processo através do instrumento de representação (doc. fl. 18).

Inicialmente a defesa destacou a TEMPESTIVIDADE da peça impugnatória, apresentada dentro do prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido na norma processual administrativa.

Mais à frente a defesa passou a discorrer sobre a AÇÃO FISCAL. Informou que a empresa autuada foi fundada nos idos de 1962, no Estado do Pará, com o objetivo precípuo de ingresso e consolidação no mercado têxtil brasileiro. Norteadas pela missão de fornecer produtos de alta qualidade e confiabilidade, honrando todas as obrigações pactuadas, seja com relação aos seus fornecedores, seja com relação ao seu público consumidor, solidificou-se como um dos mais respeitados grupos do País na fabricação de fibras, tecidos, filmes e embalagens de todos os tipos e para diversos fins, conforme dispõe o seu contrato social (doc. 01 – fls. 19/37).

Declarou, na sequência, possuir reputação ilibada manifestada através da realização e cumprimento dos contratos que celebra e no adimplemento de suas obrigações, aspectos que refletem a lisura de seu comportamento, especialmente perante o Fisco. Baseada nesses princípios afirmou adotar conduta de não sonegar qualquer valor devido aos Erários dos diversos entes federativos e mesmo frente à grave crise econômica que assola o Brasil há algum tempo, sempre cumpriu todas as suas obrigações perante a Administração Tributária.

Em 01/10/2020, contudo, a ora impugnante foi intimada acerca da lavratura da presente autuação, com a qual não concorda em parte, a despeito do notório saber jurídico e da competência técnica do ilustre Auditor Fiscal responsável pela lavratura.

Passou a expor, na sequência, os motivos da sua discordância parcial do lançamento, analisando cada uma das ocorrências fiscais.

INFRAÇÃO 01

Destacou mais uma vez que a primeira acusação fiscal envolve a falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL.

Relativamente a essa operação informou que em 15/04/2020 a ora Impugnante ajuizou a Ação Declaratória c/c pedido de antecipação de tutela, tombada sob o nº 0523023-41.2016.8.05.0001, em trâmite na Justiça Estadual, com o objetivo de certificar o seu direito ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica pela alíquota de 17% (atualmente 18% tendo em vista a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.461/2015), ante a inconstitucionalidade da alíquota de 27% (vinte e sete por cento) adotada pelo Estado nesta operação, em flagrante violação ao art. 155, § 2º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Discorreu que a aplicação da alíquota de 27% implica em notória inobservância à inequívoca essencialidade do produto ou serviço tributado, voltando a afirmar a flagrante violação ao art. 155, § 2º, inciso III da Lei Maior de 1988.

Visando evidenciar a inequívoca inconstitucionalidade do art. 16, inciso II, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, foi demonstrado pela Autuada, que o Estado da Bahia, não obstante tenha optado pela aplicação do princípio da seletividade, contraditoriamente, tributou o consumo de energia elétrica da Impugnante por uma alíquota superior à aplicada aos produtos supérfluos, a exemplo das bebidas alcoólicas.

Diante da plausibilidade dos argumentos jurídicos expendidos, bem como da farta jurisprudência sobre o tema, o M. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – BA, proferiu sentença (doc. 02 – fls. 38/43), declarando **“em caráter definitivo que possui o autor direito de recolher o ICMS sobre energia elétrica com alíquota de 17% conforme previsto no art. 15 da lei de regência, reconhecendo, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da alíquota adotada por violação ao princípio da seletividade – art. 155, parágrafo 2º, III da CF, em vista da inobservância à essencialidade da energia elétrica”**.

Irresignado, o Estado da Bahia interpôs a Apelação, trazendo em seu recurso, segundo o contribuinte, repetições do quanto aduzido na defesa de primeira instância. Justamente por isso, foram devidamente contra-arrazoados pela ora impugnante, restando devidamente demonstrado naqueles autos que não merece qualquer guarida a pretensão recursal da Fazenda Pública. A Apelação ainda não foi definitivamente julgada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, mas a defendente manifestou na inicial que muito provavelmente a Fazenda Pública Estadual não logrará êxito em seu intento.

Pontuou ainda que a supracitada decisão se encontra em plena vigência, reconhecendo o direito da autora de pagar o ICMS com incidência de alíquota de 17% (atualmente, 18%), sobre a energia elétrica, inclusive a fornecida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, de maneira que o presente lançamento deveria ter sido efetuado em obediência àquele comando judicial, conforme decisão juntada a estes autos (doc. 02, já referenciado).

Constata-se, portanto, que a autuação, da forma em que foi cobrada, utilizando-se da alíquota em questão, é manifestamente indevida, sobretudo diante da constatação de que fora considerada inconstitucional, em sentença proferida pelo Poder Judiciário, motivo pelo qual pugna a Impugnante que seja feita a revisão do lançamento fiscal a fim de que o cálculo do tributo em questão leve em consideração na sua base de cálculo apenas a incidência da alíquota de 18% (dezoito por cento).

INFRAÇÃO 02

No que concerne à segunda infração, ressaltou a defesa que nos moldes do art. 82, § 1º do ADCT, só é devida a cobrança de 2% destinada ao Fundo de Combate à Pobreza quando os produtos e/ou serviços são de natureza supérflua. Desta forma, à cobrança adicional é incompatível com a essencialidade do produto energia elétrica.

Justamente por isso, o Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – BA, nos autos da referida Ação Declaratória ajuizada pela Impugnante, excluiu também a aplicação da alíquota de 2% do Fundo de Erradicação da Pobreza sobre a energia elétrica. Isto porque, reafirmou a defendente, este adicional só é devido quando os produtos e/ou serviços são de natureza supérflua, o que não é o caso, tendo em vista que a energia elétrica, conforme foi observado naqueles autos, qualifica-se como produto essencial.

Seguindo esta linha de entendimento, a defesa sustenta ser também improcedente as cobranças lançadas no item 02 do Auto de Infração.

O contribuinte concluiu a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

a) que seja reconhecida a improcedência parcial do Auto de Infração sob exame, ante a notória inconstitucionalidade da alíquota de 27% (vinte e sete por cento). Por conseguinte, requer seja efetuada a revisão do lançamento fiscal para que o recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica seja efetuado sob a alíquota de 17% (atualmente 18%), excluindo-se, integralmente, a Infração 02 deste lançamento, pelas razões já delineadas acima.

b) subsidiariamente, caso o argumento acima não seja acolhido, requer o sobrestamento do presente Auto de Infração até pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre o tema.

INFORMATIVO FISCAL prestado pelo autuante através da peça processual apensada às fls. 56/57.

Nas considerações iniciais afirmou que a defesa sustenta que o lançamento fiscal em lide não pode prosperar visto que a impugnante ingressou com uma ação judicial tombada sob o nº 0523023-41.2016.8.05.0001, através da qual questiona a constitucionalidade da alíquota de 27%, por violar o art. 155, § 2º, inc. III da CF/88, tendo sido negada a antecipação de tutela em agosto de 2016, com sentença definitiva em 09/05/2018, e com apelação do Estado processada pela PGE (Procuradoria Estadual), ainda não julgada pelo Tribunal de Justiça – TJ-Ba. Portanto, a ação proposta pelo contribuinte ainda não transitou em julgado.

Acrescentou mais à frente que todos os processos em que discute a matéria envolvendo a seletividade de energia elétrica e dos serviços de comunicação estão sobrestados em função do julgamento dessa questão no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF, através do Recurso Extraordinário (RE) nº 714.139/2014 – *Santa Catarina*. O referido feito encontra-se suspenso considerando o pedido de vistas do Ministro Dias Tóffoli. Neste processo em trâmite na Suprema Corte do país o autuante informa que foi proferido voto da lavra do Relator, Min. Marco Aurélio, favorável a tributação da energia elétrica pela alíquota ordinária (17%). Aberta a divergência, no voto do Min. Alexandre de Moraes, que manifestou entendimento de que as operações com energia elétrica devem obedecer ao princípio da seletividade, podendo ser tributada com alíquota de 25% + 2% do Adicional para o Fundo de Combate à Pobreza.

Em relação à contestação ao lançamento apresentada na peça impugnatória dirigida ao CONSEF, considerando que a decisão da Justiça Estadual ainda não transitou em julgado, estando ainda pendente de exame a Apelação interposta pelo Estado da Bahia, o autuante informou não caber no âmbito de suas atribuições a discussão sobre as questões relativas à constitucionalidade da norma estadual e a interpretação de texto de lei, estando esta competência atribuída pela norma processual ao Conselho Estadual de Fazenda.

Ao concluir a Informação Fiscal, manifestou entendimento de que os valores lançados no Auto de Infração deverão ser mantidos, tendo em vista que a decisão judicial acima referenciada ainda não transitou em julgado, considerando a ainda existência de Apelação do Estado a ser examinada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o sobrestamento de todos os processos judiciais que discutem a seletividade da energia elétrica e dos serviços de comunicação, por conta da Decisão do STF nos autos do RE nº 714.139/2014-SC.

Não podendo a Fazenda Pública esperar o final do julgamento das questões em exame na esfera judicial, foi lavrado o presente Auto de Infração para encaminhamento ao CONSEF decidir qual o momento de inclusão do PAF na pauta para julgamento administrativo.

O opinativo da Auditoria foi pela **PROCEDÊNCIA TOTAL** do Auto de Infração, mantendo-se o valor histórico de **R\$ 989.494,81**, acrescido de multas e juros moratórios.

Na assentada de julgamento da 5ª JJF, realizada no dia 06/07/2021, com a presença do advogado do contribuinte e da autoridade fiscal responsável pelo lançamento fiscal, restou evidenciado o reconhecimento pela empresa autuada de que parte dos valores lançados na Infração 01 são devidos e que não foram adimplidos nos prazos definidos na legislação de regência do ICMS. O próprio sujeito passivo, na peça de defesa, formulou pedido para que a infração 01 fosse revisada, visando o recálculo

do ICMS incidente sobre as aquisições de energia elétrica à alíquota de 18%, admitindo a procedência parcial deste item da autuação.

A matéria controvertida na Infração 01, conforme acima exposto, está restrita à diferença aritmética entre o tributo calculado pela alíquota especial de 27% e o apurado pela alíquota ordinária, no percentual de 18%.

Visando permitir ao órgão de julgamento decidir adequadamente as questões postas à luz da legislação que rege o processo administrativo tributário, inclusive para a apreciação da possibilidade de adoção das medidas previstas no art. 132-A do RPAF, que autoriza a formação de autos apartados para fins de liquidação da parte incontroversa, cujo pagamento poderá ser providenciado pelo autuado, se assim desejar, com as reduções cabíveis da multa, o colegiado desta 5ª JF, em deliberação unânime, resolveu converter o PAF em diligência, para que fossem adotadas as medidas saneadoras a seguir descritas, a cargo do Auditor Fiscal responsável pelo lançamento de ofício:

i) Elaborar demonstrativo de apuração do imposto da Infração 01, calculando o ICMS incidente nas operações de aquisição de energia elétrica pela alíquota de 18%, em conformidade com metodologia de quantificação contida nas disposições do art. 400 do RICMS/12, que constitui a parcela do tributo lançado que não foi objeto de impugnação pelo contribuinte;

ii) No mesmo procedimento revisional apresentar um segundo demonstrativo de apuração do ICMS da Infração 01, seguindo igualmente a metodologia de quantificação descrita no art. 400 do RICMS/12, pertinente ao cálculo do tributo pela diferença entre a alíquota de 18% e a alíquota de 27%, que concentra a matéria impugnada pela defesa contida nas lides em exame por esta instância administrativa e pelo Poder Judiciário.

Na sequência, foi determinado que o órgão de preparo da Repartição Fiscal de origem do PAF (IFEP SERVIÇOS), desse ciência ao contribuinte e ao seu advogado constituído nos autos, do inteiro teor da Diligência Fiscal e dos Demonstrativos elaborados pela Auditoria, concedendo prazo de 10 (dez) dias para a Manifestação defensiva, de acordo com o rito previsto no art. 149-A, do RPAF – Decreto nº 7.629/99. Em seguida, proceder à devolução do PAF ao CONSEF para que esta Relatoria pudesse concluir as etapas subsequentes de instrução do feito.

Em atendimento a diligência deste colegiado, o autuante, no Parecer juntado às folhas 70/72 deste PAF, apresentou novo demonstrativo da Infração 01 com a separação das cobranças por alíquotas: 18%, relativo a parte incontroversa do lançamento e 9% (2%+7%), relativa a parte contestada pelo contribuinte.

Ao concluir o Parecer formulou pedido pela manutenção integral dos valores autuados, apenas fazendo a separação da parte incontroversa, que deverá ser recolhida pelo sujeito passivo, da parte contestada, que deverá seguir em instrução administrativa para o julgamento, conforme orientado pelo CONSEF.

No demonstrativo anexado nos autos à pág. 72, cujo conteúdo foi também reproduzido na mídia digital inserida à fl. 73, a Auditoria, em relação à Infração 01, apresentou os valores reproduzidos na tabela abaixo, considerando as cobranças mensais pela alíquota de 18% e a diferença de 9% (7% + 2%) contestada pela defesa, que resulta na alíquota de 27%, prevista no art. 16, inc. II, alínea “i” c/c o art. 16-A, da Lei nº 7.014/96:

Mês/Ano	Diligência		Total
	Aliq. 18%	Alíq. 7% + 2% = 9%	
MAI/2018	36.834,49	18.417,25	55.251,74
MAI/2018	66,51	33,25	99,76
JUN/2019	50.814,77	25.407,39	76.222,16
JUL/2019	50.560,75	25.280,37	75.841,12
AGO/2019	54.884,02	27.442,01	82.326,03

SET/2019	56.295,59	28.147,79	84.443,38
OUT/2019	51.794,46	25.897,23	77.691,69
NOV/2019	52.147,51	26.073,76	78.221,27
DEZ/2019	46.929,72	23.464,86	70.394,58
JAN/2020	48.345,84	24.172,92	72.518,76
FEV/2020	46.978,55	23.489,27	70.467,82
ABR/2020	53.589,79	26.794,90	80.384,69
MAI/2020	49.233,66	24.616,83	73.850,49
JUN/2020	42.442,21	21.221,11	63.663,32
	640.917,87	320.458,94	961.376,81

A Auditoria concluiu a diligência reiterando o pedido de julgamento pela **PROCEDÊNCIA TOTAL** do Auto de Infração, mantendo o valor histórico de **R\$ 989.494,81 (novecentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e oitenta e um centavos)**, composto de **R\$ 640.917,87** referente a alíquota de **18% (parcela incontroversa)** e de **R\$ 320.458,94**, referente a parcela restante de **9% (2% + 7%)**, que corresponde à **Infração 01**; e, de **R\$ 28.118,00 (2% não recolhido exclusivamente do Fundo de combate à Pobreza)**, que corresponde à **Infração 02**, devendo esses valores serem adicionados das multas e dos acréscimos moratórios.

Através dos Termos de Intimação anexados às fls. 74 a 76 a empresa autuada e os seus defensores foram intimados do inteiro teor do resultado da diligência, oportunidade em que foi concedido prazo máximo de 10 (dez) para apresentação da Manifestação Defensiva, conforme estabelecido na norma processual administrativa.

Transcorrido o prazo decendial o contribuinte permaneceu silente.

Em despacho exarado à fl. 78 dos autos, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento. Apresento na sequência o meu voto.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide, versa sobre o ICMS incidente nas operações de aquisição de energia elétrica acobertadas por notas fiscais registradas pela empresa autuada na sua escrita fiscal, contratadas junto a fornecedor localizado em outra Unidade da Federação, no Ambiente de Contratação Livre (ACL).

A Infração 01 trata da cobrança do imposto não recolhido aos cofres públicos, através da aplicação da alíquota de 27% (25% + 2%), nos seguintes meses: maio de 2018 e junho de 2019 a junho de 2020, totalizando o valor principal de R\$ 961.376,81.

A Infração 02 alcança somente a cobrança do adicional do ICMS de 2%, destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, nos meses de janeiro a maio de 2019, perfazendo a quantia principal de R\$ 28.118,00.

A incidência do ICMS sobre as aquisições de energia elétrica no mercado de contratação livre é matéria que tem disposição específica no RICMS da Bahia, em norma inserida no art. 400, com a seguinte redação:

***Art. 400.** O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso*

dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.

O contribuinte contestou parte da exigência fiscal lançada na Infração 01, e a totalidade das cobranças que compõem a Infração 02.

A divergência empresarial situa-se na utilização da alíquota do ICMS de 27% (25% + 2%), na Infração 01, e na cobrança do adicional de 2% do ICMS destinado ao Fundo de Pobreza, na Infração 02, aplicados sobre as operações com energia elétrica, por extrapolarem a alíquota ordinária de 18%, incidente sobre as demais mercadorias nas operações internas realizadas no território baiano.

Sustenta a defesa, que a energia elétrica é bem essencial e indispensável ao desenvolvimento da sua atividade industrial, não podendo ser enquadrada na categoria dos denominados bens supérfluos, que são sobretaxados, através da incidência das alíquotas majoradas previstas no texto da lei de regência do imposto.

Para a defesa, o Estado da Bahia incorreu em violação ao princípio da seletividade, contrariando o texto da Constituição Federal (art. 155, § 2º, inc. III), ao estabelecer na sua legislação do ICMS a tributação das operações de aquisição de energia elétrica à alíquota de 27% (25% + 2%), conforme previsto no art. 16, inciso II, alínea “i” e art. 16-A, da Lei 7.014/96.

O contribuinte optou em levar a discussão acerca da constitucionalidade da alíquota de 25% e do adicional de 2% do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica ao Poder Judiciário, através do manejo de ação própria. Ajuizou em 18/04/2016 a Ação Declaratória de **nº 0523023-41.2016.8.05.0001**, antes da lavratura do Auto de Infração, obtendo sentença favorável à pretensão empresarial no 1º grau, combatida pelo Estado da Bahia através da interposição do Recurso de Apelação, ainda a ser julgado pelo Tribunal de Justiça baiano.

Entendemos que no caso em exame a presente lide administrativa pode ser analisada e subdividida nas seguintes partes:

- 1 – Em relação à Infração 01, o contribuinte pediu a revisão do lançamento fiscal, a fim de que o cálculo do imposto leve em consideração na formação da base de cálculo apenas a incidência da alíquota de 18%. Houve, portanto, manifestação do sujeito passivo reconhecendo ser devida parte do imposto lançado. Nada impede que o mesmo proceda ao pagamento das quantias reconhecidas após a revisão dos cálculos, aproveitando inclusive os benefícios da redução da multa pecuniária, conforme previsto no art. 45 da Lei nº 7.014/96;
- 2 – No tocante aos valores da Infração 01, que excederam as cobranças pela alíquota de 18%, a matéria está sob exame do Poder Judiciário na ação proposta pelo contribuinte.
- 3 - Na Infração 02, por sua vez, todas as ocorrências foram submetidas pelo contribuinte ao exame do Poder Judiciário.

Portanto, o crédito tributário lançado no Auto de Infração, encontra-se neste momento sob apreciação concomitante do Poder Judiciário e dessa instância administrativa de julgamento, no tocante às cobranças do ICMS que excede a alíquota de 18%, na Infração 01, e a totalidade do ICMS lançado na Infração 02, relativo ao adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Visando exatamente possibilitar ao órgão julgador administrativo proferir a decisão em conformidade com as disposições do RPAF, considerando que a presente lide é composta de valores reconhecidos e valores não reconhecidos pelo sujeito passivo, sendo que as parcelas não reconhecidas integraram e fazem parte do objeto de ação proposta perante o Poder Judiciário Estadual, este colegiado resolveu converter o PAF em diligência, para que o autuante:

1 - elaborasse demonstrativo de apuração do imposto da Infração 01, calculando o ICMS incidente nas operações de aquisição de energia elétrica pela alíquota de 18%, em conformidade com metodologia de

quantificação contida nas disposições do art. 400 do RICMS/12, que constitui a parcela do tributo lançado que não foi objeto de impugnação pelo contribuinte;

2 - No mesmo procedimento revisional apresentasse um segundo demonstrativo de apuração do ICMS da Infração 01, seguindo igualmente a metodologia de quantificação descrita no art. 400 do RICMS/12, pertinente ao cálculo do tributo pela diferença entre a alíquota de 18% e a alíquota de 27%, que concentra a matéria impugnada pela defesa contida nas lides em exame por esta instância administrativa e pelo Poder Judiciário.

Em atendimento à diligência deste colegiado, o autuante, no Parecer juntado às folhas 70/72 deste PAF, apresentou novo demonstrativo da Infração 01, com a separação das cobranças por alíquotas: 18% relativa à parte incontroversa do lançamento, e 9% (2%+7%), relativa à parte contestada pelo contribuinte.

No demonstrativo anexado nos autos, à pág. 72, cujo conteúdo foi também reproduzido na mídia digital inserida à fl. 73, a Auditoria, em relação à Infração 01, apresentou os valores reproduzidos na tabela abaixo, considerando as cobranças mensais pela alíquota de 18%, e a diferença de 9% (7% + 2%) contestada pela defesa, que resulta na alíquota de 27%, prevista no art. 16, inc. II, alínea “i”, c/c o art. 16-A da Lei nº 7.014/96:

Mês/Ano	Diligência – Valores autuados na Infração 01		Total
	Aliq. 18%	Aliq. 7% + 2% = 9%	
MAI/2018	36.834,49	18.417,25	55.251,74
MAI/2018	66,51	33,25	99,76
JUN/2019	50.814,77	25.407,39	76.222,16
JUL/2019	50.560,75	25.280,37	75.841,12
AGO/2019	54.884,02	27.442,01	82.326,03
SET/2019	56.295,59	28.147,79	84.443,38
OUT/2019	51.794,46	25.897,23	77.691,69
NOV/2019	52.147,51	26.073,76	78.221,27
DEZ/2019	46.929,72	23.464,86	70.394,58
JAN/2020	48.345,84	24.172,92	72.518,76
FEV/2020	46.978,55	23.489,27	70.467,82
ABR/2020	53.589,79	26.794,90	80.384,69
MAI/2020	49.233,66	24.616,83	73.850,49
JUN/2020	42.442,21	21.221,11	63.663,32
	640.917,87	320.458,94	961.376,81

Após a adoção dessas medidas de saneamento do feito, cabe novamente reiterar, conforme já exposto no Relatório, que o contribuinte primeiramente manejou a ação judicial, e na sequência, após o lançamento de ofício, ingressou com a impugnação administrativa dirigida a este CONSEF, de modo que a escolha pela via judicial, ainda que de forma antedecedente ao lançamento tributário, implica na desistência da via administrativa para deslinde da matéria controvertida, restando apenas a aplicação do quanto positivado nos arts. 117 e art. 113 do RPAF/99.

Vejamos então o que estabelece o art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Tributário da Bahia:

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

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

Regra semelhante encontra-se na Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o do art. 127-C, inciso IV:

“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis”.

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:
(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Vale aqui destacar, que a doutrina processual-tributária em sua grande maioria, advoga a tese da impossibilidade de discussão concomitante de matéria controvertida na esfera administrativa e judicial, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém, estabelecendo que essa impossibilidade se atém aos limites do objeto do processo judicial. Nesse sentido, merece ser aqui transcritas as lições do eminente e saudoso tributarista português Alberto Xavier: “A renúncia e a desistência apenas operam nos precisos limites do objeto do processo judicial, de tal modo que se o processo administrativo tiver objeto mais amplo ou distinto, este prosseguirá no que concerne à matéria diferenciada” (**trecho extraído do livro “DO LANÇAMENTO – TEORIA GERAL DO ATO, DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO, Editora Forense, 2ª edição, 2001, pág. 282).**

Considerando o acima exposto, esta Relatoria entende que a questão trazida pelo contribuinte a este Tribunal Administrativo, comporta dupla apreciação e decisão:

1º - No tocante à parte incontroversa do lançamento, no montante de **R\$ 640.917,87**, que integra o item 01 do Auto de Infração, declaro a **PROCEDÊNCIA** dessa parcela, considerando inclusive que o contribuinte de forma expressa reconheceu na peça defensiva ser devido o imposto calculado pela alíquota de 18% (dezoito por cento);

2º - Relativamente à matéria levada à apreciação do Poder Judiciário, através do manejo da ação tombada sob o **nº 0523023-41.2016.8.05.0001**, não restam dúvidas de que a apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou **prejudicada** em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o PAF ser encaminhado ao setor competente para o devido saneamento, e se for o caso, proceder a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa.

Em decorrência, rejeita-se o pedido subsidiário da defesa de sobrestamento do presente Auto de Infração até pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, considerando os fundamentos acima expostos.

Destaco ainda, que esta relatoria tem conhecimento de que tramita perante o STF (Supremo Tribunal Federal), o Recurso Extraordinário (RE) nº 714.139/2014-SC, através do qual se discute a matéria envolvendo a seletividade de energia elétrica e dos serviços de comunicação, já tendo sido formada maioria pela inconstitucionalidade das alíquotas majoradas para essas utilidades. Em continuidade de julgamento no tocante à modulação dos efeitos da decisão, proposta pelo Ministro daquela Suprema Corte, Dias Toffoli, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ressaltando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes.

O julgamento deverá ser retomado entre os dias 10 e 17 do corrente mês (dezembro de 2021), conforme informação extraída do site do STF, nesta data (07/12/2021). Trata-se de questão que deverá ser também objeto de acompanhamento pela PGE/PROFIS, considerando os possíveis efeitos dessa decisão com repercussão geral nos processos judiciais e administrativos em curso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0006/20-4**, lavrado contra a empresa **CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRAIS S. A.**, devendo o contribuinte ser intimado a efetuar o recolhimento do imposto no montante histórico total de imposto de **R\$ 989.494,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 inc. II alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR