

PROCESSO	- A. I. N° 299324.0009/19-1
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 2ª JJF nº 0041-02/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 15/09/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0275-12/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS LANÇADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Considerações de defesa elidem em parte a autuação. Procedimento fiscal ajustado em face de elementos de prova aportados pelo Impugnante e por força de diligência fiscal deferida para esclarecer fatos e formar convencimento dos julgadores. Acusação fiscal parcialmente elidida. Infração subsistente parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos simultâneos – de Ofício e Voluntário - em face da decisão da 4ª JJF nº 0041-02/23-VD, que desonerou o sujeito passivo de parte do débito outrora imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, bem como, a seu turno, pela insurgência do autuado contra a referida Decisão na parte em que sucumbiu, na forma do art. 169, I, “b” do referido regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2019 para exigência de crédito tributário de R\$ 1.181.694,29, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.03 – *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 1.181.694,29. Período: Janeiro 2017 a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32, da Lei 7014/96 c/c art. 332, I, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a”, da Lei 7014/96.*

O contribuinte autuado é uma empresa concessionária de serviço público de energia elétrica e está sujeito às normas da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL e à legislação do ICMS da Bahia. Emite Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, em uma única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convenio ICMS 115/2003.

Para o período auditado, foram detectadas operações de venda de energia elétrica sem tributação do ICMS destinadas a consumidores não amparadas pelo benefício da isenção do ICMS.

Anexamos ao auto 3 planilhas contendo os clientes que não tiveram destaque de ICMS nas Notas Fiscais de Vendas de energia elétrica, onde calculamos o ICMS não recolhido. Este cálculo foi feito para os clientes que não estão amparados pelo benefício de redução da Base de Cálculo; para os que possuem 32% de redução de BC; e para os que possuem 52% de redução de BC.

As planilhas apresentam as seguintes colunas:

- de (A) até (G), contendo dados extraídos da planilha ITEM do Convênio ICMS 115/2003, apresentadas pela COELBA;

- (H), contendo: Atividade Econômica, natureza jurídica e situação;

- (I), contendo o valor total por item;

- (J), contendo o fator FI calculado a partir da tabela FI, correspondendo à carga tributária aplicada pela COELBA;

- (K), contendo o fator F2 para clientes que não estão amparados pela redução da BC; F3 para cliente que possuem redução de 32%; e F4 para clientes que possuem redução de 52%;

- (L) contendo a base de cálculo do ICMS sob a fórmula ((I)/(J))(K);*

- (M) contendo o ICMS a recolher calculado pela fórmula: $ICMS\ a\ recolher = BC\ ICMS^*,27\ (M=L^*0,27)$

Devidamente notificado, o autuado apresentou **defesa** (fls. 27/71, acompanhada dos documentos e fls. 72 a 346), na qual sustentou, em síntese: **a**) o reconhecimento como devido do valor de R\$ 703.833,27 (59.56%), referente à parcela denominada “cadastro incorreto”, nos termos da tabela de fl. 30 com a consequente comprovação do pagamento parcial no prazo para apresentação de defesa; **b**) correção das hipóteses de exclusão do recolhimento do ICMS praticadas considerando tratar-se de casos de: **b.1**) decisões judiciais proferidas em favor de consumidores como excludente de responsabilidade do autuado – ex. ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO; **b.2**) isenção do ICMS incidente sobre operações de fornecimento de energia elétrica aos produtores rurais consumidores enquadrados na subclasse “*residencial baixa renda e aos usuários de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica*”, cujas operações não gerariam dever de recolher ICMS, nos termos dos arts. 264, IV, “a” e “b” e 265, XLIX e LXXIV do RICMS/BA, em conjunto com a Lei nº 12.212/2010, Decreto nº 7.583/2011 e da Resolução ANEEL nº 414/2010; **b.3**) benefício de redução de base de cálculo de ICMS em 32% das Autarquias Federais, nos termos do art. 268, XVII, “b” do RICMS/BA; **b.4**) benefício de redução de base de cálculo de ICMS em 52% para os consumidores da classe de consumo industrial, nos termos do art. 268, XVII, “a”, “1” do RICMS/BA; **b.5**) necessidade de observação da Resolução nº 414/2010 da ANEEL em relação ao enquadramento e classificação das unidades consumidoras de energia elétrica nas “classes de consumo” nos benefícios de redução de base de cálculo, considerando que a responsabilidade dos próprios consumidores pela declaração da respectiva categoria; **c**) improcedência da multa aplicada com fulcro no art. 42, II, “a” da Lei Estadual nº 7.014/1996, pelo caráter confiscatório.

O feito transcorreu regularmente, com apresentação de **informação fiscal pelo autuante** (fls. 348/350), da correlata **manifestação do Autuado** (fls. 355/366) e, finalmente, de **nova informação dos autuantes** (fls. 372), no sentido de que não houve apresentação de fato novo ou documentos que pudessem alterar a anterior Informação Fiscal.

Submetido o feito a julgamento, entendeu o órgão julgador de piso pela **conversão em diligência** (fls. 381/382), cuja determinação de intimação do contribuinte para a apresentação de esclarecimentos adicionais, de elementos de prova documental e identificação de ocorrências foi respondida pelo **Autuado em Manifestação** de fls. 388/447, após o que foi produzida, a seu turno, nova **Informação Fiscal pelos Autuantes** (fls. 448/451).

Devidamente intimado, o Autuado **manifestou-se sobre a Informação Fiscal** às fls. 456/463, juntando documentos (fls. 464), fato que motivou, doravante, **nova conversão do julgamento em diligência pela JJF à INFRAZ de origem** (fl. 486) considerando a necessidade de conhecimento e apresentação de informações, na forma do art. 127, § 6º do RPAF.

Após a juntada aos autos das informações produzidas como resultado da diligência solicitada pela JJF (fls. 490/491), os autos foram finalmente submetidos a julgamento. A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte nos seguintes termos:

VOTO

(...)

Pois bem. De logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Em tal situação cabe observar que quando o procedimento fiscal do qual deriva o lançamento tributário relativo à homologação dos prévios procedimentos encarregados ao contribuinte (no sentido de cumprir suas obrigações tributárias) é contestado, abre-se o processo administrativo fiscal objetivando aperfeiçoar a liquidez



do crédito constituído, cujo valor pode ser ajustado no curso do contraditório (CTN: Arts. 140, 141 e 145; RPAF: Art. 18, § 1º).

Compulsando os autos e ponderando as razões de acusação e defesa, de pronto observo que o contribuinte autuado exerceu seu direito de plena defesa na forma indicada no art. 123, § 2º, do RPAF, referindo-se apenas a parte da exigência fiscal, pois, do valor originalmente reclamado (R\$ 1.181.694,29) reconheceu e pagou cerca de 60% (R\$ 703.833,27) dentro do prazo para apresentação da Impugnação, conforme DAE anexado à peça de defesa (Doc. 17, fls. 339-345).

Para a parte contestada, sem questionamento preliminar, o Impugnante apresentou os seguintes requerimentos de mérito: **a)** Anulação da parcela do crédito tributário referente à parte que envolve casos albergados por decisões judiciais que autorizavam o recolhimento menor que o determinado na legislação, mais especificamente, em face de cumprimento da decisão judicial liminar no Mandado de Segurança 0000710-30.2008.8.05, relativo às operações com a ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO, de modo a tributar apenas a energia elétrica efetivamente consumida, sem incidência tributária sobre a demanda reservada de potência contratada e não utilizada; **b)** Anulação de outra parte do AI relativa à parcela dos consumidores albergados por causas de exclusão do crédito tributário – isenção; **c)** Anulação da parte da autuação referente aos consumidores beneficiários da redução de base de cálculo de ICMS nos percentuais de 32% e 52%, pois estariam corretas as reduções de base de cálculo realizadas pela Impugnante, “seja pelas exposições fáticas e comprovações documentais apresentadas, bem como em benefício à verdade material e aos aspectos teleológicos das normas elencadas”; **d)** Afastamento da multa aplicada no patamar de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto supostamente não recolhido, ou ainda, sucessivamente, a sua redução, em obediência aos princípios da vedação ao efeito de confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Por sua vez, na Informação Fiscal acerca da Impugnação as autoridades fiscais autuantes expõem: **a)** que do valor reconhecido devido (R\$ 703.833,27), o Impugnante informou que R\$ 691.682,80 são de “cadastro incorreto”, mas nada informou a que se refere a diferença reconhecida de R\$ 12.150,46, aspecto que já adianto esclarecido e superado por ocasião da diligência deferida por esta JJF, pois também relativo a cadastro incorreto de seus consumidores, pela COELBA; **b)** que o crédito reclamado referente a operações para a ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO, originou-se da falta de tributação dos itens “Uso do Sistema Fora de Ponta” e “Uso do Sistema de Ponta”; **c)** que quanto às isenções: **c.1)** acataram elementos de prova apresentados enquadráveis nas regras do art. 264, IV, b”, do RICMS-BA.; **c.2)** que para os consumidores com consumo superior a 100kwh, só acataram os que comprovaram serem produtores rurais e apresentaram declaração da destinação da energia a ser consumida em irrigação, conforme disposto no art. 264, IV, “a”, do RICMS-BA; **d)** que consideraram as reduções de 32% e 52%, mas a exação sobre tais operações decorrem do fato da COELBA tê-las consideradas isentas de tributação.

Por consequência, do valor original lançado (R\$ 1.181.694,24), acataram como improcedente R\$ 5.710,48, reduzindo a exação para R\$ 1.175.983,76, conforme demonstrativos constantes na mídia CD de fl.351.

Na manifestação posterior à Informação Fiscal, o Impugnante alegou: **a)** que as rubricas “Uso do Sistema Fora de Ponta” e “Uso do Sistema na Ponta”, envolvidas no cumprimento da liminar relacionada no “ambiente de contratação livre de energia elétrica”, servem aos consumidores que migram para o ambiente de contratação livre de energia elétrica – ACL, pois “a nomenclatura do operando possui alteração puramente sistemática – migra de “demanda fora de ponta” para “uso do sistema fora de ponta”, por exemplo, contudo no aspecto material, o fim atingido é o mesmo (isentar o ICMS sobre a parcela de energia contratada e não utilizada)”, repisando que, nesse caso, só tributou a energia elétrica efetivamente consumida, “sem a cobrança do tributo sobre a demanda reservada de potência contratada e não utilizada – o que inclui as tarifas incidentes sobre a parcela não utilizada”, tudo consoante a decisão judicial referida; **b)** reproduzindo o art. 264, IV, “a”, 1, 2 e 3, “b”, art. 265, XLIX e LXXIV do RICMS-BA., ao analisarem a documentação acostada aos autos, os Autuante não a acataram de forma integral.

Quando científicos da Manifestação Defensiva, os autuantes informaram (fl. 372): **a)** que com relação ao crédito reclamado nas operações para o consumidor ASBEC, a decisão liminar apresentada pelo Impugnante foi proferida no Mandado de Segurança 12285-9/2008 tendo por impetrante ABAMES – ASSOCIAÇÃO BAIANA DE MANTENEDORES DE ENSINO SUPERIOR, afastando cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, recomendando “o encaminhamento do ‘presente PAF, ao órgão competente do Estado, para análise do alcance do referido Mandado, quanto ao mérito e o favorecimento ao contrato de nº 000202726399, da ABAMES.

Considerando que: **a)** nas Informações Fiscais nada constou quanto às alegações defensivas relativas aos elementos de prova apresentados para consumidores beneficiários da isenção prevista no art. 265, XLVIII e LXXIII, do RICMS-BA; **b)** na Informação Fiscal de fl. 372, as Autoridades Fiscais denotaram dúvida quanto ao alcance e abrangência do(s) Mandado(s) de Segurança que cita relacionarem ao argumento defensivo relativo ao crédito vinculado ao consumidor ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO, CNPJ 01120386000138, para a conta nº 000202726399, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem para:

Autuantes:

Intimar empresa para:

- a) Esclarecer, com elementos e provas técnicas, a relação das nomenclaturas dos itens objeto de autuação expostos nas NF-es “Uso do Sistema Fio na Ponta(kw)” e “Uso do Sistema Fio fora de Ponta(kw)” com as nomenclaturas “Uso do Sistema Fora de Ponta” e “Uso do Sistema na Ponta”, que não estando discriminadas nas NF-es, alega estarem no âmbito de cumprimento da decisão liminar;
- b) Apresentar elemento de prova documental de que o Mandado de Segurança da ABAMES alcança a ASBEC com beneficiária da decisão judicial;
- c) Esclarecer e identificar a que e a quais ocorrências se refere os R\$ 12.000,00 reconhecidos a mais que os R\$ 691.682,80 que indicou como sendo relativos ao “cadastro incorreto”;
- d) Produzirem nova Informação Fiscal nos termos previstos no art. 127, § 6º do RPAF, ou seja, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, incluindo resposta às alegações defensivas relativas ao disposto no art. 265, XLVIII e LXXIII do RICMS-BA, contendo, inclusive, o demonstrativo de débito resultante do ajuste efetuado na Informação Fiscal de fls. 348-350 e esclarecendo sobre a dúvida/questão que apontam na Informação Fiscal de fl. 372, quanto ao alcance e abrangência do(s) Mandado(s) de Segurança que cita relacionar ao argumento defensivo relativo ao crédito vinculado ao consumidor ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO, CNPJ 01120386000138, para a conta nº 000202726399, indicando, fundamentadamente, qual órgão do Estado que entendem competente para “análise do alcance do referido Mandado, quanto ao mérito e o favorecimento ao contrato de nº 0002027263999, da ABAMES”.

Por consequência, à fl. 448, os autuantes prestaram Informação Fiscal dizendo que intimaram a COELBA (fl. 387) e que com base nos esclarecimentos e documentos que lhes foram apresentados (fls. 388-447), verificaram que, de fato, o item “Uso do Sistema Fio” (utilizado para consumidores livres) e o item “Uso do Sistema Encargo” (utilizado para consumidores cativos) correspondem a energia consumida “Demanda ativa” (utilizado para consumidores cativos). Também atestaram que o Mandado de Segurança 12285-9/2008 afasta a cobrança do ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, quando não utilizada, determinando que o ICMS somente pode incidir sobre a energia efetivamente consumida. Então, baseados no MS, entenderam não ser devida a cobrança de ICMS para o item “Uso do Sistema Fio”.

Aduzem que nas fls. 409-414 constam cópias dos contratos da ASBEC – ASSOCIAÇÃO BAIANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA que foram juntadas ao referido MS, de modo a provar que a ASBEC sendo beneficiária do MS, tem por afastada a incidência de ICMS no item “Uso do Sistema Fio”, nas contas de Energia Elétrica.

Assim, revisaram o procedimento fiscal apresentando novos demonstrativos acrescentando nas planilhas suportes as colunas para: “bdn_sem redução”, “bdn_com redução de 32%” e “com redução de 52%”, ademais da coluna “DILIGÊNCIA (conclusão).

Elaboraram o demonstrativo “DILIGÊNCIA fl. 449”, onde, deduzindo os valores reclamados, mas pagos pelo autuado no curso processual, consta o saldo ICMS a recolher de R\$ 161.565,41.

Como detalhadamente exposto no relatório, ainda inconformado o sujeito passivo se manifestou às fls. 456-463, alegando que o valor remanescente mantido (R\$ 161.565,41) possui documentação comprobatória ensejadora dos benefícios de abstenção da cobrança/isenção/redução de base de cálculo nas operações objeto da autuação.

Reproduzindo os arts. 264, IV e 265, XLIX, LXXIV do RICMS-BA, disse que “segundo se observa do conjunto documental anexo à defesa” efetivamente não recolheu ICMS sobre tais operações, vez que o fornecimento de energia elétrica para consumidores elencados na autuação é regido por regras de isenção estabelecidas pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, “mas que os autuantes não acataram a documentação de forma integral, razão pela qual alega ser necessária a reavaliação “do corpo documental anexo à defesa”, repisando as alegações apresentadas na Impugnação.

Dessa manifestação, importa observar que tendo em vista o expresso reconhecimento de cerca de 60% do crédito originalmente constituído, sua conclusão requerendo a total anulação do Auto de Infração expõe inadvertida contradição do Impugnante com o contraditório que instalou.

Sem embargo, tendo em vista que o PAF retornou ao CONSEF sem que as autoridades fiscais autuantes tenham sido cientificadas da manifestação do sujeito passivo, em benefício do devido processo, o PAF foi novamente diligenciado para conhecimento das autoridades fiscais autuantes e prestação da Informação Fiscal que consta às fls. 490-491, dos autos.

As autoridades fiscais autuantes, esclareceram que o crédito reclamado ajustado no contraditório decorre de venda de energia elétrica sem tributação do ICMS, destinada a consumidores que não estão amparados pelo benefício da Isenção, mas que a COELBA considerou isentos, quando deveria ter tributado e destacado ICMS

com plena carga tributária ou com redução de base de cálculo de 32% ou 52%, a depender do benefício de direito.

Informaram que para cálculo do crédito reclamado, subdividiram os consumidores em três detalhadas planilhas, cujas cópias foram disponibilizadas ao sujeito passivo, conforme doc. de fl. 452: os que não são amparados por isenção nem redução de base de cálculo (Planilha “sem red da BC”); os que são amparados pela redução de 32% da BC (Planilha “com 32% de red da BC”); e os amparados com redução de BC de 52% (Planilha “com 52% de red da BC”).

Como solicitado, informaram terem reavaliado toda documentação acostada pelo Impugnante. Verificaram que para os consumidores com documentação probatória para isenção, já na Informação Fiscal anterior ajustaram o crédito reclamado conforme planilha “sem red da BC” (fl. 451). Nesta situação, verificaram que a documentação probatória que alguns consumidores são Autarquias federais (fls. 237-249), não alterou o crédito reclamado, pois são beneficiários da redução de 32% (considerado na planilha da fl. 451 “com 32% de red da BC”), e não beneficiários de isenção.

Do mesmo modo, informaram que a documentação comprovando que alguns consumidores pertencem à classe de consumo industrial (fls. 266-330) também não alterou o valor do crédito reclamado ajustado, visto que não são beneficiários de isenção, mas de redução de 52% da BC considerada na planilha “com 52% de red da BC” (fls. 451).

Assim, reavaliada a documentação acostada pelo Impugnante, mantiveram o ajuste efetuado por ocasião da diligência (fl. 381) deferida por esta JJF no sentido de esclarecer fatos e formar o convencimento dos julgadores.

Ora, verificando os demonstrativos suportes da exigência fiscal depurada no curso deste longo contraditório e contidos no CD que acompanha a Informação Fiscal por conta da diligência pedida por esta JJF, observa-se que o detalhamento analítico das operações cujo crédito tributário restou devido, ofereceu ao Impugnante a mais ampla possibilidade de objetivar detalhadamente sua irresignação quanto às operações relacionadas nos demonstrativos suportes, cujo crédito reclamado restante entende indevido.

Assim, optando por apenas reproduzir os arts. 264, IV e 265, XLIX, LXXIV, do RICMS-BA, cujas disposições foram plenamente observadas pelas autoridades fiscais autuantes em face das exclusões efetuadas no curso processual, ou seja, sem precisamente identificar as operações com exações contra as quais segue protestando, bem como apresentando contestação genérica apenas pedindo a reapreciação “do conjunto documental anexo à defesa” atestando que, de fato, o contribuinte autuado não recolheu o ICMS das operações remanescentes, pois “a concessionária efetivamente não deveria proceder ao recolhimento do ICMS sobre tais operações, vez que o fornecimento de energia elétrica para consumidores elencados na autuação é regido por **regras de isenção estabelecidas pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia**, mas que os autuantes não acataram a documentação de forma integral”, tenho que o Impugnante não elide o crédito reclamado relativo às operações cuja exação não reconhece devida, de modo que acolho o ajuste efetuado pelas autoridades fiscais autuantes, reduzindo o crédito original reclamado de R\$ 1.181.694,29 para R\$ 865.398,70, com o seguinte demonstrativo de débito:

Data Ocor.	Data Venc.	Base de Cálculo	Alíq. %	Multa %	Valor Histórico
31/01/2017	09/02/2017	169.727,08	27%	60%	45.826,31
28/02/2017	09/03/2017	189.241,34	27%	60%	51.095,16
31/03/2017	09/04/2017	128.476,63	27%	60%	34.688,69
30/04/2017	09/05/2017	110.061,01	27%	60%	29.716,47
31/05/2017	09/06/2017	145.837,45	27%	60%	39.376,11
30/06/2017	09/07/2017	118.759,38	27%	60%	32.065,03
31/07/2017	09/08/2017	118.192,17	27%	60%	31.911,89
31/08/2017	09/09/2017	94.389,80	27%	60%	25.485,25
30/09/2017	09/10/2017	104.053,21	27%	60%	28.094,37
31/10/2017	09/11/2017	123.519,74	27%	60%	33.350,33
30/11/2017	09/12/2017	127.172,05	27%	60%	34.336,45
31/12/2017	09/01/2018	116.643,97	27%	60%	31.493,87
31/01/2018	09/02/2018	93.302,23	27%	60%	25.191,60
28/02/2018	09/03/2018	110.567,14	27%	60%	29.853,13
31/03/2018	09/04/2018	119.034,12	27%	60%	32.139,21
30/04/2018	09/05/2018	89.544,91	27%	60%	24.177,13
31/05/2018	09/06/2018	99.527,58	27%	60%	26.872,45
30/06/2018	09/07/2018	112.713,11	27%	60%	30.432,54
31/07/2018	09/08/2018	100.350,01	27%	60%	27.094,50
31/08/2018	09/09/2018	128.408,26	27%	60%	34.670,23
30/09/2018	09/10/2018	111.873,25	27%	60%	30.205,78
31/10/2018	09/11/2018	229.575,18	27%	60%	61.985,30
30/11/2018	09/12/2018	205.883,65	27%	60%	55.588,59
31/12/2018	09/01/2019	258.327,07	27%	60%	69.748,31
Total da Infração					865.398,70

Por falta de previsão legal para tanto, o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada fica prejudicado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Face ao exposto, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No **Recurso Voluntário** de fls. 520 a 532, acompanhado de documentos (fls. 533 a 619), o Recorrente, após discorrer sobre o cabimento e tempestividade da peça recursal e apresentar breve histórico do caminhar dos autos, reitera, em essência, teses defensivas, ao arguir:

- a) Isenção do ICMS incidente sobre operações de fornecimento de energia elétrica aos produtores rurais consumidores enquadrados na subclasse “residencial baixa renda” e aos usuários de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica, arguindo que não deveria promover o Recolhimento do ICMS sobre tais operações por força dos arts. 264, IV, “a” e “b” e 265, XLIX e LXXIV do RICMS/BA.
- b) Inclusão indevida, no auto de infração, de consumidores beneficiados pela redução de base de cálculo do ICMS:
 - b.1) Benefício de redução da base de cálculo de ICMS em 32% das Autarquias Federais, nos termos do art. 268, XVII, “b” do RICMS/BA;
 - b.2) Benefício de redução da base de cálculo de ICMS em 52% dos Consumidores da classe de consumo industrial, nos termos do art. 268, XVII, “a”, “1” do RICMS/BA, por considerar que houve análise equivocada sobre o tipo de atividade realizada no período da fiscalização, notadamente porque todos os consumidores nela arrolados realizavam, à época, atividade econômica preponderantemente classificada como industrial conforme cartões de CNPJ juntados e Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE 2.0), classificados entre os radicais 05 a 33;

Pugna, ao fim, pela reforma do julgado ocorrido em primeiro grau, com o fim de que seja anulado o crédito tributário constituído no Auto de Infração.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 20/06/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 07/08/2023.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Drs. Gabriel dos Anjos Góis e Felipe Valentim da Silva, respectivamente, com OAB/BA nº 54.607 e OAB/PE nº 31.671, que exerceram a fala por parte do recorrente.

É o relatório.

VOTO

Quanto ao cabimento do Recurso de Ofício, observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão JJF N° nº 0041-02/23-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo em montante superior a R\$ 200.000,00, reduzindo o valor anterior ao julgamento, qual seja, R\$ 1.181.694,29, para o valor de R\$ 865.398,70, em valores históricos, estando, portanto, conforme estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Necessário consignar, preliminarmente, e para fins de delimitação do objeto do presente recurso, destaco que o contribuinte autuado exerceu seu direito de plena defesa na forma indicada no art. 123, § 2º do RPAF, **referindo-se apenas a parte da exigência fiscal**, considerando que do valor originalmente reclamado (R\$ 1.181.694,29) reconheceu e pagou cerca de 60% (R\$ 703.833,27) dentro do prazo para apresentação da Impugnação, conforme DAE anexado à peça de defesa (Doc. 17, fls. 339-345), referente à parcela denominada “cadastro incorreto”.

Em frente, verifico que a desoneração consolidada na decisão recorrida decorre do próprio mecanismo orgânico decorrente do contraditório e ampla defesa, como corolários do devido processo legal administrativo fiscal regulamentado no RPAF/BA, através do qual se realizam a

atividade e os fins da administração tributária, sendo certo que, na hipótese, houve reconhecimento expresso pela própria autoridade autuante de parcial procedência das argumentações trazidas pelo Autuado quando lastreadas na documentação pertinente.

No particular, o primeiro item desonerado refere-se ao item defensivo “VI.3 DA ISENÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AOS PRODUTORES RURAIS CONSUMIDORES ENQUADRADOS NA SUBCLASSE “RESIDENCIAL BAIXA RENDA” E AOS USUÁRIOS DE EQUIPAMENTOS DE AUTONOMIA LIMITADA, VITais À PRESERVAÇÃO DA VIDA HUMANA E DEPENDENTES DE ENERGIA ELÉTRICA”, no qual os Autuantes reconheceram (IF, fls. 349) a parcial procedência dos argumentos defensivos porque lastreados em documentação pertinente, acatando a tese isencial conforme os seguintes parâmetros:

- a) Para os consumidores cujos elementos de prova apresentados atestam serem produtores rurais com consumo de até 100 kwh (correspondente a um valor de consumo inferior a R\$ 50,00, para o período auditado), conforme disposto no art. 264, IV, “b” do RICMS-BA/2012;
- b) Para os consumidores cujos elementos de prova apresentados atestam serem produtores rurais com consumo superior a 100 kwh e apresentaram declaração da destinação da energia a ser consumida para fins de irrigação, conforme disposto no art. 264, IV, “a” do RICMS-BA/2012.

Sobre o item “V. 1. DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DE ICMS EM 32%. DAS AUTARQUIAS FEDERAIS, NOS TERMOS DO ART. 268, XVII, “B”, DO RICMS/BA” e “V. 2. DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DE ICMS EM 52%. DAS AUTARQUIAS FEDERAIS, NOS TERMOS DO ART. 268, XVII, “A”, I DO RICMS/BA”, os autuantes indicaram que:

- a) Os clientes relacionados nas planilhas “ICMS A RECOLHER (clientes com 32% de redução da BC” e ICMS A RECOLHER (clientes com 52% de redução da BC”) estão amparados pelo benefício de redução de 32% e 52%, respectivamente, na compra de energia elétrica e fizeram parte da composição do crédito reclamado porque na venda de energia a eles a Autuada os tratou como isentos de tributação. Logo, consideraram as reduções de 32% e 52%, mas a exação, sobre tais operações decorrem do fato da COELBA tê-las consideradas isentas de tributação.

Por fim, os autuantes informaram que reapresentaram os “Docs. 08, 09 e 10” reapresentação com a inclusão na planilha “bdn_sem redução” das colunas: “Informação Fiscal para item VI.3 da defesa” e “Informação Fiscal para item VI.3 da defesa (conclusão)”, excluindo R\$ 5.710,48 do valor autuado, conforme detalhado na planilha citada.

Nos termos da legislação pertinente (citada), correta a interpretação conferida pelos Autuantes, na medida em que, devidamente comprovado o enquadramento legal, não há se falar em promoção de outras medidas restritivas do direito, razão pela qual mantenho a decisão quanto ao ponto.

A decisão de piso também me parece acertada quanto ao segundo item de desoneração, quando promoveu o acatamento das ponderações formuladas pelos Autuantes (fl. 448) após a verificação das razões de defesa, robustecidas pelos esclarecimentos e documentação apresentados como resultado da diligência requisitada pela JJF (fls. 381/382), para afastar a cobrança do ICMS sobre os itens “Uso do Sistema Fio” eis que objeto de determinação judicial emanada dos autos do Mandado de Segurança nº 12285-9/2008, cujo cumprimento era mandatório, merecendo destaque a própria manifestação dos Autuantes:

(...) Após esclarecimentos prestados pelo Autuado , verificamos que o item “Uso do Sistema Fio” (utilizado para consumidores Livres), corresponde ao item “Demanda contratada” (utilizado para consumidores cátivos) , e, o item “Uso do Sistema Encargo” (utilizado para consumidores Livres), corresponde a energia consumida ou “Demanda ativa” (utilizado para consumidores cátivos). O mandado de segurança nº 12285-9/2008 afasta a cobrança do ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, quando não utilizada, determinando que o ICMS somente pode incidir sobre a energia efetivamente consumida. Baseados neste mandado, entendemos ser indevida a cobrança de ICMS para o item “Uso do Sistema Fio”. Na folhas 409 e 414 deste Auto, constam xerox dos contratos da ASBEC – ASSOCIAÇÃO BAIANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA que foram juntados ao referido mandado . Os Autuantes entendem que o cliente ASBEC – ASSOCIAÇÃO BAIANA DE EDUCAÇÃO E

CULTURA, com número de contrato 202726399, era beneficiário de mandado, que afastava a incidência de ICMS, no item “Uso do Sistema Fio”, nas contas de Energia Elétrica.

Na ocasião, os Autuantes revisaram o procedimento fiscal apresentando novos demonstrativos acrescentando nas planilhas suportes as colunas para: “bdn_sem redução”, “bdn_com redução de 32%” e “com redução de 52%”, ademais da coluna “DILIGÊNCIA (conclusão), bem como elaboraram o demonstrativo “DILIGÊNCIA fl. 449”, onde, deduzindo os valores reclamados, mas pagos pelo autuado no curso processual, fez constar o saldo ICMS a recolher de R\$ 161.565,41.

Do exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, entendo que merece ser conhecido, eis que cabível e tempestivo (art. 169, I, “b” e art. 171, ambos do RPAF/99).

Sem preliminares, passo ao enfrentamento do mérito.

Em síntese, as razões recursais apenas reverberam parte dos argumentos já trazidos aos autos em oportunidade defensiva, notadamente em relação à isenção do ICMS incidente sobre operações de fornecimento de energia elétrica aos produtores rurais consumidores enquadrados na subclasse “residencial baixa renda” e aos usuários de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica, arguindo que não deveria promover o Recolhimento do ICMS sobre tais operações por força dos arts. 264, IV, “a” e “b” e 265, XLIX e LXXIV do RICMS/BA, e inclusão indevida, no auto de infração, de consumidores beneficiados pela redução de base de cálculo do ICMS, tanto para os fins do art. 268, XVII, “b” do RICMS/BA (Autarquias), quanto para fins do art. 268, XVII, “a”, “1” do RICMS/BA (Consumidores da classe de consumo industrial).

Sobre estes pontos, relacionados a aspectos meramente documentais, verifica-se que o Recorrente reprimirá as teses defensivas outrora apostas, apontando para possível vício na análise dos documentos supostamente já juntados aos autos, inclusive referenciando-os por “prints” de tela, novamente, no corpo do recurso (defesa – fls. 46/47 e recurso – fl. 528/529), não apresentando, todavia, a oposição de impugnação específica do quanto decidido ou fundamentos hábeis a elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal remanescente do julgamento ora recorrido, que caminhou pela parcial procedência da autuação.

Advirto, por cautela, que não se trata aqui da exigência de dialeticidade recursal ou qualquer elemento meramente discursivo-processual relacionado ao conhecimento ou a rejeição sumária de Recurso Administrativo, até porque a principiologia afeta ao PAF, que nos imbrica, é permeada pelo informalismo e da garantia do contraditório e ampla defesa como pressupostos para a conformação dos fatos e circunstâncias constantes do processo, aí inclusas as alegações, argumentações e provas, todos no interesse do estabelecimento de ambiente adequado para a respectiva apreciação e formação do convencimento do órgão julgador ao resolver as questões suscitadas no processo.

Todavia, há que se repisar que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Recorrente do ônus elisivo/modificativo do direito embandeirado pelo Fisco por meio do auto em julgamento, bem assim não lhe socorre a mera afirmação de extinção ou ocorrência de fato que obste os efeitos daqueles fatos contra ela outrora invocados e aceitos, ocasião que atrai, para a Recorrente, o ônus específico da prova.

Ademais, não é direito da Recorrente a recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, pois isto somente corrobora a multimencionada presunção de veracidade da afirmação do Fisco, conforme inteligência dos arts. 140 a 143 do RPAF.

Importa acrescentar a isto o fato de que, se a própria recorrente já havia reconhecido expressamente a integridade de cerca de 60% do crédito originalmente constituído, recolhendo tais valores ao fisco, importando isto na própria indicação de vícios na sua conduta, competiria a ela a prova de que, nos demais itens, haveria a correta apropriação dos elementos cadastrais e, portanto, de direito, relacionada à isenção/conformação da redução da base de cálculo nas

operações indicadas, conforme, inclusive, já havia indicado o julgador de piso:

Assim, optando por apenas reproduzir os arts. 264, IV e 265, XLIX, LXXIV, do RICMS-BA, cujas disposições foram plenamente observadas pelas autoridades fiscais autuantes em face das exclusões efetuadas no curso processual, ou seja, sem precisamente identificar as operações com exações contra as quais segue protestando, bem como apresentando contestação genérica apenas pedindo a reapreciação “do conjunto documental anexo à defesa” atestando que, de fato, o contribuinte autuado não recolheu o ICMS das operações remanescentes, pois “a concessionária efetivamente não deveria proceder ao recolhimento do ICMS sobre tais operações, vez que o fornecimento de energia elétrica para consumidores elencados na autuação é regido por regras de isenção estabelecidas pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, mas que os autuantes não acataram a documentação de forma integral”, tenho que o Impugnante não elide o crédito reclamado relativo às operações cuja exação não reconhece devida, de modo que acolho o ajuste efetuado pelas autoridades fiscais autuantes, reduzindo o crédito original reclamado de R\$ 1.181.694,29 para R\$ 865.398,70,

Por fim, ao contrário do que menciona o Recorrente, os precedentes deste CONSEF remontam para o fato de que, quanto à classificação da unidade consumidora, esta deve ser feita pela distribuidora de energia, levando em conta o CNAE, bem como, no caso de atividades mistas, classificar a unidade consumidora em função da preponderância do consumo da carga, inclusive para fins industriais, competindo-lhe, portanto, a prova específica para os fins da aplicação do art. 268, XVII do RICMS/BA (Acórdãos 2^a CJF n^{os} 0276-12/20-VD e 0364-12/20-VD e 1^a CJF n° 0064-11/22-VD).

Portanto, todos os pontos recorridos foram devidamente conhecidos, tratados, enfrentados e posteriormente rechaçados na decisão recorrida, não havendo razões para que considere a reforma da decisão recorrida, que merece ser mantida integralmente.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntários e de Ofício, mantendo integralmente a decisão de piso, devendo ser homologados os valores reconhecidos e pagos pela recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 299324.0009/19-1, 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\$ 865.398,70, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e os dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS