

**A. I. N°** - 299324.0009/19-1  
**AUTUADO** - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA  
**AUTUANTES** - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS, LÚCIA GARRIDO CARREIRO e VIRGILIO FRANCISCO COELHO NETO  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 23/03/2023

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0041-02/23-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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2019, reclama 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.

Consta da descrição que se sujeitando às normas da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL e à legislação do ICMS da Bahia, a Autuada emite NF-e/Conta Energia Elétrica modelo 6°, em única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao Convênio ICMS 115/2003 e que no período autuado detectou-se operações de venda de energia elétrica sem tributação a consumidores não amparadas pela isenção prevista no citado convênio.

Constam anexadas 3 planilhas contendo os clientes que não tiveram destaque de ICMS nas NF-es, calculando-se o imposto devido e não recolhido, informando-se que o cálculo foi para os clientes não amparados pelo benefício de redução de base de cálculo; para os com direito a redução de 32% e para os com redução de 52%

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:  $ICMS \text{ a recolher} = BC \text{ ICMS} \times 0,27$  (M=L\*0,27)

Com base nessas planilhas se elaborou a planilha Resumo do ICMS a recolher, contendo o total do ICMS devido a recolher, com tipificação no art. 1º, I e II do Decreto 9.250/2004.

O sujeito passivo impugna o AI às fls. 27/71 dos autos. Após sintetizar o auto e reproduzir o demonstrativo de débito, do valor autuado e conforme DAE Doc. 17 (fls. 183-194), informa reconhecer devido R\$ 703.833,27 (59.56%), referente à parcela denominada “cadastro incorreto”, nos termos da tabela plotada na fl. 30.

No item “IV. DAS JUSTIFICATIVAS RELACIONADAS À PRÁTICA DE OPERAÇÕES CONSIDERADAS, NO AUTO DE INFRAÇÃO, COMO TRIBUTÁVEIS. DAS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO NO RECOLHIMENTO DO ICMS”, subitem “VI. DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA EM FAVOR DO CONSUMIDOR AUTUADO. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL COMO FATOR EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA”,

Diz que, por meio da infração 01, os I. Auditores imputam à COELBA a responsabilidade pelo recolhimento a menor do ICMS, alegando venda de energia elétrica sem tributação de ICMS.

Entretanto, em análise às planilhas anexadas ao presente auto de infração, constatou que parte dos casos apontados pelos Auditores se referem a consumidores que possuem decisão judicial em seu favor, no caso, ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO, decisão judicial obtida por meio do Mandado de Segurança nº 0000710-30.2008.8.05.0000, *para determinar que o ICMS incida APENAS sobre a energia elétrica consumida e que seja afastada cobrança do tributo sobre a “demanda reservada de potência”*, quando contratada e não utilizada pelo impetrante (Doc. 04, fls. 112-122).

Diante dos fatos explicitados, observa que efetuou a cobrança de ICMS apenas sobre a demanda efetivamente consumida, excluída a demanda reservada de potência e não utilizada pelo consumidor, consoante a decisão judicial oriunda de ação proposta pelo consumidor, cujo cumprimento não poderia obstar ou se negar a efetivar, sob pena de incorrer em crimes e infrações tipificados na legislação, conforme art. 330 do CPP e 77, IV, § 2º do CPC, reproduzidos, de modo que não se lhe pode atribuir responsabilidade, inclusive em caso de eventual e futura cassação das decisões obtidas pelos consumidores, como passa a argumentar.

Após traçar várias outras considerações, reproduzir o art. 302, do CPC e decisões judiciais a respeito (STJ. RESP. 1.028.716-RS 2006/0216264-4, STJ. RESp 1011609/MG, STJ RESp 676101/MG, STJ RESp 940120/BA, STJ RESp 571811/MG), afirma que, como concessionária de energia elétrica, não pode ser responsabilizada pelo tributo que foi cobrado a menor por força de decisão judicial, pois a arrecadação foi promovida apenas em estrito cumprimento do dever legal, por circunstâncias alheias às suas vontades, sem qualquer relação de causalidade ou obtenção de benefício.

Aduz que o consumidor de energia foi o causador/provocado da decisão em favor do qual o tributo foi pago a menos, bem como os únicos beneficiários pela medida judicial, de modo que exclusivamente ele tem legitimidade para responder pelas cobranças em relação aos tributos não pagos.

No item “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”, diz que segundo se observa do conjunto documental que anexa (Docs. 05, 06 e 07), não deveria recolher ICMS sobre tais operações, vez que o fornecimento de energia para os consumidores elencados na autuação é regido por regras de isenção previstas no RICMS-BA, **especificamente, arts. 264, IV, “a” e “b”, e 265, XLIX e LXXIV, reproduzidos.**

Fala que nos termos da documentação mencionada, um sem número de consumidores envolvidos na autuação (planilhas Docs. 08, 09 e 10, fls. 195-235), não deveriam ter sido incluídos no AI, considerando as suas regulares condições de exclusão das hipóteses de crédito tributário, sendo o caso de clientes da classe rural ou irrigante, nos termos da Resolução ANEEL nº 414/2010 que nos termos do art. 264, IV do RICMS-BA, gozam de isenção de ICMS.

Oura parcela se refere a consumidores elencados entre beneficiários de isenção de ICMS, usuários de equipamentos de autonomia limitada, **nos termos do art. 265, LXXIV do RICMS-BA**, que mediante apresentação de documentação comprobatória à concessionária, a isenção deve ser reconhecida.

Também há uma parcela remanescente, relativa aos consumidores elencados no **art. 265, XLIX, do RICMS-BA**, referente aos consumidores enquadrados na subclasse “residencial baixa renda”, de acordo com as condições fixadas em resolução da ANEEL, em conjunto com a Lei 12.212/2010 e Dec. 7.583/2011.

Por tais razões, e nos termos da documentação acostada à Impugnação, entende que a parcela referente aos consumidores aqui abordados deve ser extinta.

No 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”, conforme cartões CNPJ anexados (Doc. 11, fls. 236-249), relaciona algumas instalações vinculadas a órgãos da Administração Pública Federal, autarquias e fundações que, conforme detalhado na planilha anexa (Doc. 12, fls. 250-261), alega terem sido indevidamente incluídos na autuação.

Aduz que o mesmo ocorreu em relação a consumidores com redução de base de cálculo em 52% (Art. 268, XVII, “a” do RICMS-BA) e para algumas atividades das unidades consumidoras de energia elétrica nos benefícios de redução de base de cálculo com a necessária observância dos parâmetros da ANEEL (Arts. 4º, 5º, § 2º, arts. 27 e 164 todos da Res. ANEEL 414/2010, art. 4º do Regulamento do IPI – reproduzidos -, no caso, padarias, com base em resposta de consulta à SEFAZ-BA), conforme Docs. 13, 14 e 15, fls. 262-264, 265-330 e 331, na mídia CD de fl. 346, mediante inspeção *in loco* que fez para confirmar a inicial declaração para compatibilidade do usuário para com os ditames do Conv. ICMS 115/2003, respectivamente, de modo que a concessionária não pode ser penalizada por eventuais incorreções das informações prestadas por seus clientes, até porque atuando como mero repassador do imposto sobre o fornecimento de energia ao erário, seu interesse não sofreria impacto negativo.

No item “VI. DA TOTAL IMPROCEDÊNCIA DA MULTA APLICADA. DO CARÁTER CONFISCATÓRIO”, Diz que, no caso de o auto de infração não ser declarado insubsistente, o que se admite somente por cautela, imperioso que se entenda pela natureza confiscatória da multa punitiva aplicada com fulcro no art. 42, II, “a” da Lei Estadual nº 7.014/1996, que reproduz.

Após traçar várias outras considerações, reproduzir excertos de doutrina, trechos de decisões judiciais e Súmula 14 do CARF, diz que a multa instituída é evidentemente confiscatória, sobretudo em virtude de seu valor exagerado e da injustiça de sua aplicação. Ademais, seu valor é exorbitante e se dissocia da necessidade de ponderação entre a gravidade da conduta e a intensidade da pena, de modo a ser imperioso concluir pela improcedência da imposição da multa disposta no auto de infração impugnado ou sua redução, com base nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade acima descritos, em atenção ao princípio do não confisco.

#### 1. DOS REQUERIMENTOS.

Diante de todo o exposto, requer:

- a) A extinção de parte do crédito tributário lançado por meio deste Auto de Infração, haja vista o pagamento realizado (Doc. 17, fl. 333-345), a teor do art. 156, I do CTN;
- b) A desconstituição da totalidade da parte impugnada da Infração 01, tendo em vista:

- b.1 A anulação de outra parte do AI, relativa à parcela dos consumidores albergados por causas de exclusão do crédito tributário – isenção, consoante razões retro delineadas;
- b.2 A Anulação da parte da autuação referente aos consumidores beneficiários da redução de base de cálculo de ICMS nos percentuais de 32% e 52%, pois corretas estão as reduções 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;
- c) Por cautela processual, apenas na remota hipótese de serem mantidos os valores decorrentes do auto de infração, que seja então afastada a 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.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 348/350 dos autos. Contrastam os argumentos defensivos da seguinte forma:

Item “III. DO PAGAMENTO PARCIAL REALIZADO NO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA”, informam que do valor autuado o Impugnante reconheceu devido R\$ 703.833,27 referente a parcela denominada “cadastro incorreto”, mas indicou como “cadastro incorreto” R\$ 691.682,80, e não indicou a quais clientes refere o valor de R\$ 12.150,46, relativo à diferença para o valor total que reconheceu devido (R\$ 703.833,27).

Falam que no item VI.1 da Impugnação a COELBA alega que o consumidor ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO teria decisão judicial proferida a seu favor, e na página 30 do PAF informa que “efetuiu a cobrança de ICMS apenas sobre energia elétrica efetivamente consumida, sem cobrança do tributo sobre a demanda reservada de potência contratada e não utilizada, consoante decisão judicial...”, mas aportou aos autos cópia do Mandado de Segurança 12285-9/2008 que afasta a cobrança do ICMS sobre “demanda reservada de potência”, quando não utilizada.

Informam que o valor do crédito reclamado referente ao cliente ASBEC se refere a falta de tributação dos itens “Uso do Sistema Fora de Ponta” e “Uso do Sistema na Ponta”, constantes nas NF-es destinadas à ASBEC e que não reclamaram crédito tributário referente aos itens “Demanda Ativa”, “Demanda Reativa”, “Exc. Fora de Ponta” e “Demanda Reativa Excedente”, também discriminados nas NF-es. Dizem que os itens que fazem parte da autuação estão discriminados na coluna “DESCRIÇÃO\_SERVIÇO” da planilha “ICMS A RECOLHER” (clientes sem direito ao benefício da Redução da BC), conforme destacado pela Coelba nas segundas vias da NF-es de conta de energia elétrica, cuja planilha se encontra às fls. 12 e 13, de modo exemplificativo, e completa na mídia magnética de fl. 19.

Seguindo, sobre o consumidor DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS MIGUELEN, falam que na fl. 126 do PAF consta planilha apresentada pela COELBA com a seguinte informação na coluna “Obs”:  
*“Processo 0045139-11.2010.805.0001 – A liminar deferida ordenou que o ICMS seja cobrado apenas sobre o consumo, não mais incidindo sobre qualquer conceito de demanda, sem geração de fatura”.*

Dizem que o processo 0045139-11.2010.805.0001 tem como autor a empresa CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA e nas segundas vias das NF-es apresentadas pela COELBA via arquivos do Convênio 115/2003, constam NF-es destinadas à empresa CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, CNPJ 16.164.741.0001-48 e NF-es destinadas à empresa DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS MIGUELEN, CNPJ 10.764.224.0003-95. Informam que as NF-es destinadas à empresa CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA não integram a autuação.

Quanto ao item “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”, informam que acatarem as razões defensivas 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 autuado), conforme disposto no art. 264, IV, “a” do RICMS-BA/2012** (destaque no original).

Para os consumidores com consumo superior a 100 kwh informam que só acatarem como beneficiários de isenção, os que comprovaram serem produtores rurais e que apresentaram declaração da destinação da energia consumida em irrigação, conforme disposto no **art. 264, IV, “a”, do RICMS-BA/2012**.

Informam 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 itens “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”, 1 DO RICMS/BA”, informam que 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 COELBA os tratou como isentos de tributação. Portanto, como se vê nas planilhas, reclamou-se o ICMS concedendo-se redução de 32% e 52% na BC, respectivamente.

Concluem que do valor reclamado (R\$ 1.181.694,24), excluíram R\$ 5.710,48, de modo que o AI deve ser julgado parcialmente procedente no valor de R\$ 1.175.983,76.

Intimado para conhecer a Informação Fiscal, o sujeito passivo se manifesta às fls. 355-365. Após historiar os fatos autuados, inclusive reproduzindo a Informação Fiscal, no item “II. FLAGRANTES EQUÍVOCOS COMETIDOS NA INFORMAÇÃO FISCAL”, subitem “II.1 DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA EM FAVOR DO CONSUMIDOR AUTUADO. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL COMO FATOR EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA”, diz que em análise às planilhas anexadas ao AI, a COELBA constatou que parte dos casos apontados pelos Autuantes se referem a consumidor que possui decisão judicial a seu favor, no caso, ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO (decisão liminar no Mandado de Segurança 0000710-30.2008.8.05.0000 – Doc. 04, fls. 112-122), que avaliado pelas Autoridades Fiscais autuantes, informaram não abranger a parcela cobrada no presente AI, qual seja, “Uso do Sistema Fora de Ponta” e “Uso do Sistema na Ponta”, mas que quando intimada para cumprimento da citada liminar a COELBA adotou as medidas para aplicação imediata da decisão judicial nos seus sistemas internos, “*o que desaguou na abstenção da cobrança de ICMS sobre toda a parcela de energia elétrica incidente sobre a energia elétrica não consumida (o que inclui as rubricas apontadas pelos autuantes)*”.

Fala que acerca das rubricas envolvidas no cumprimento da liminar relacionada à demanda contratada se têm os termos “Uso do Sistema Fora de Ponta” e “Uso do Sistema na Ponta”, os quais estão relacionados ao cumprimento da liminar no ambiente de contratação livre de energia elétrica. Ou seja, para os consumidores que migram para o ambiente de contratação livre de energia elétrica – ACL, a nomenclatura do operando possui alteração puramente sistemática – migra de “demanda fora de ponta” para “Uso do item 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). Diante desses fatos, diz observar que a COELBA efetuou a cobrança de ICMS apenas sobre energia elétrica efetivamente consumida, sem cobrança do tributo sobre a demanda reservada de potência contratada e não utilizada – o que inclui as tarifas incidente sobre a parcela não utilizada – tudo consoante decisão judicial oriunda de ação proposta pelo consumidor, “*cujo*

*cumprimento não poderia obstar ou se negar a efetivar, sob pena de incorrer em crimes e infrações tipificadas na legislação”, destaca.*

Assim, no que tange a esta parcela da autuação, alega restar comprovada a necessidade de reavaliação do conteúdo da decisão judicial cumprida, aliada aos esclarecimentos aqui formulados e colacionados, de modo que seja atestada a ausência de valor a ser cobrado.

No que se refere ao item “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”, repisando as alegações contidas na Impugnação, diz que ao analisarem a documentação ali acostada, os autuantes não a acataram de forma integral e que se faz necessária a reavaliação do corpo documental para que a parcela da autuação seja anulada, haja vista que:

- Uma parcela dos consumidores envolvidas na autuação, com documentação comprobatória (produtores rurais cadastrados perante a COELBA nessa condição), refere-se a clientes da classe rural ou irrigantes nos termos da Res. ANEEL 414/2020 c/c art. 264, IV, do RICMS-BA/2012;
- Outra parcela, também identificada e comprovada nos autos, refere-se a consumidores elencados entre beneficiários de isenção de ICMS, usuários de equipamentos de autonomia limitada, nos termos do **art. 265, LXXIV, do RICMS-BA/2012**. Relativamente a estes, diz que a documentação comprobatória do direito à fruição também foi acostada aos autos (laudos médicos, solicitações dos consumidores, etc.);
- Ainda há uma parcela remanescente, referente aos consumidores elencados na defesa, a teor do **art. 265, XLIX, do RICMS-BA**, que trata daqueles enquadrados na subclasse “residencial baixa renda”, de acordo com as condições fixadas em resolução da ANEEL, e que gozam do direito à fruição do benefício consoante ratificado na defesa.

Conclui, requerendo:

- a) A anulação da cobrança de ICMS relacionada às decisões judiciais que justificam a abstenção da cobrança do aludido tributo, nos termos delineados na defesa e agora ratificados;
- b) O refazimento da Informação Fiscal, diante das inconsistências apresentadas no item II.2 da sua manifestação;
- c) Anulação do crédito tributário constituído no AI, haja vista as razões apresentadas, especialmente concernentes à demonstração do direito dos consumidores à isenção, redução de base de cálculo ou cobrança de ICMS consoante termos determinados em decisão judicial.

Cientificados da nova manifestação defensiva, à fl. 372 os Atuantes informam que o Impugnante não apresenta fato novo ou documentos que possam alterar a anterior Informação Fiscal, pois analisaram toda a documentação apresentada pelo Impugnante.

Quanto à alegação defensiva relativa ao crédito reclamado relacionado ao consumidor ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO e relativa à decisão judicial no Mandado de Segurança 0000710-30.2008.8.05.0000 e que o Impugnante acosta cópia de parte do Mandado de Segurança 12285-9/2008 (fls. 112-122), constando como impetrante a ABAMES – ASSOCIAÇÃO BAIANA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR, cujo decisão de mérito é afastar a cobrança de ICMS sobre “demanda reservada de potência”, os autuantes informam que o crédito reclamado teve por base as NF-es destinadas ao consumidor ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO, CNPJ 01120386000138, para a conta nº 000202726399, originado da falta de tributação de ICMS para os

itens “Uso do Sistema Fio na Ponta(kw)” e “Uso do Sistema Fio fora de Ponta(kw)”. Contudo, entendem convir se encaminhar o PAF a órgão competente do Estado, para análise do alcance do referido Mandado, quanto ao mérito e o favorecimento da ABAMES ao contrato nº 000202726399.

Presente na sessão de julgamento de 22/06/2021, a representante legal da empresa autuada, Dra. Adriana Catanho Pereira, OAB/BA 52.245, oralmente se manifesta dizendo que a Autuada reconheceu parte do valor autuado, e que grande parte dos elementos de prova apresentados não foi acatada pelos autuantes, cujos motivos constam nas planilhas refeitas.

Frisa que no momento cabe destaque a dois pontos: a) às alegações defensivas relacionadas à decisão da liminar relativa ao consumidor ASBEC, cuja a divergência na numeração apontada pelos autuantes não existe, pois são relativas ao mesmo processo renumerado em momentos diferentes; b) que com relação às rubricas com imposto reclamado (“Uso do Sistema Fio na Ponta(kw)” e “Uso do Sistema Fio fora de Ponta(kw)”) são decorrentes de aplicação do mesmo operando (processo interno para ordem de cumprimento da decisão judicial), sendo que o que difere aqui é o fato de a empresa estar ou não no ambiente de contratação livre de energia elétrica, sendo que o resultado prático do cumprimento da liminar é o mesmo, qual seja a não incidência do ICMS sobre a parcela de energia elétrica contratada, mas não utilizada.

Às fls. 381-382, consta o seguinte pedido de diligência:

*O AI contempla acusa falta de recolhimento de ICMS em razão de prática de operações tributáveis como não tributáveis.*

*Sem questionamento preliminar, o sujeito passivo impugnou o lançamento fiscal parcialmente, alegando: a) em face de cumprimento a decisão judicial liminar no Mandado de Segurança 0000710-30.2008.8.05, obtida pela ASBEC SOCIEDADE BAIANA DE EDUCAÇÃO, tributou apenas a energia elétrica efetivamente consumida, sem incidência tributária sobre a demanda reservada de potência contratada e não utilizada; b) conforme elementos de provas apresentados: b.1) não tributou operações a consumidores enquadrados nas regras de isenção do art. 264, IV, “a”, 1, 2 e 3, “b” e do art. 265, XLIX e LXXIV, do RICMS-BA; b.2) aplicou a redução de base de cálculo no fornecimento de energia elétrica a consumidores enquadrados nas regras do art. 268, XVII, “b” e “a”, 1 (classes industrial, incluindo-se “padarias” e rural) e 2 (atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel) do RICMS-BA., c/c Resolução ANEEL 414/2010, respectivamente, em 32% e 52%; c) o caráter confiscatório, pede o cancelamento da multa proposta.*

*Por sua vez, os Autuantes informaram: 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; 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) acatou 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 de a COELBA tê-las consideradas isentas de tributação.*

*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 Autuantes não a acataram de forma integral.*

*Cientificados 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) nada consta nas Informações Fiscais 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 denotam dúvida/questão 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, esta 2ª JJF, por unanimidade de seus Julgadores decidiu converter o PAF 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 como 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 de “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 000202726399, da ABAMES”.*

Por consequência, à fl. 448, os autuantes prestam Informação Fiscal dizendo que atendendo ao pedido de diligência intimaram a COELBA (fl. 387) e que com base nos esclarecimentos e documentos que lhes foram apresentados (fls. 388-447), verificaram que 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 afirmam 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, entendem 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.

Revisaram o procedimento fiscal apresentando novos demonstrativos acrescentando nas planilhas colunas para: “bdn\_sem redução”, “bdn\_com redução de 32%” e “com redução de 52%” e a coluna “DILIGÊNCIA (conclusão).

Elaboraram o demonstrativo “DILIGÊNCIA fl. 449”, onde consta o saldo ICMS a recolher de R\$ 161.565,41.

Intimada para conhecer a Informação Fiscal, ainda inconformado o sujeito passivo se manifesta às fls. 456-463, onde, após breve relato dos fatos processados, diz que o valor remanescente mantido pelos autuantes (R\$ 161.565,41) possui documentação comprobatória das alegações da COELBA, ensejadora dos benefícios de abstenção da cobrança/isenção/redução de base de cálculo objeto da autuação, apresentando como razões:

**Tópico 2 “FLAGRANTES EQUÍVOCOS COMETIDOS NA INFORMAÇÃO FISCAL. 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”.**

Reproduzindo os arts. 264, IV e 265, XLIX, LXXIV, do RICMS-BA, diz que “segundo se observa do conjunto documental anexo à defesa, 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, razão pela qual alega ser necessária a reavaliação “do corpo documental anexo à defesa”, haja vista que:

- (i) Uma parcela dos consumidores envolvidos na autuação, devidamente apontados e com documentação comprobatória anexa (produtores rurais devidamente cadastrados perante a Companhia nessa condição), refere-se a clientes da classe rural ou irrigante, nos termos da Resolução ANEEL nº 414/2010, a qual, nos termos do art. 264, IV do RICMS, preenchidos os requisitos ali delineados e oferecida a documentação comprobatória, deverá gozar de isenção do tributo ora discutido.
- (ii) Outra parcela, também identificada e comprovada nos autos, refere-se a consumidores elencados entre os beneficiários de isenção de ICMS, usuários de equipamentos de autonomia limitada, nos termos do art. 265, LXXIV do RICMS. Relativamente a estes, a documentação comprobatória do direito à fruição também se encontra acostada aos autos (laudos médicos, solicitações dos consumidores, etc.).
- (iii) Ainda há uma parcela remanescente, referente aos consumidores elencados na defesa, a teor do art. 265, XLIX do RICMS, que trata daqueles enquadrados na subclasse “residencial baixa renda”, de acordo com as condições fixadas em resolução da ANEEL, e que gozam do direito à fruição do benefício consoante ratificado na defesa.

Concluindo, “requer a anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração ora impugnado, haja vista a demonstração das razões que guiam à anulação da parcela impugnada no auto de infração, especialmente concernentes à demonstração do direito dos consumidores envolvidos na autuação à isenção e/ou redução de base de cálculo de ICMS, tudo consoante comprovado nos autos”.

Tendo em vista que o PAF retornou ao CONSEF sem que as autoridades fiscais autuantes tenham sido cientificadas da manifestação do sujeito passivo, em pauta suplementar, nova diligência foi deferida para tanto (fl. 486).

Por consequência, os autuantes prestaram a Informação Fiscal de fls. 490-491.

Esclarecem que o crédito reclamado decorre de venda de energia elétrica sem tributação do ICMS, destinada a consumidores que não estão amparados pelo benefício da Isenção, mas, para “TODOS” estes consumidores, 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.

Informam que para cálculo do crédito reclamado, subdividiram os consumidores em três planilhas: 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”).

Informam que após reavaliação da documentação acostada pelo Impugnante verificaram que para os consumidores com documentação probatória para isenção ajustaram o crédito reclamado conforme planilha “sem red da BC” (fl. 451). Nesta situação, informam 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, o que também foi considerado na planilha “com 52% de red da BC” (fls. 451).

Assim, reavaliada a documentação acostada pelo Impugnante, mantém a Informação Fiscal de fls. 448-451, fruto da diligência pedida pela 2ª JJF.

Presente na sessão de julgamento de 16/03/2023, a representante legal do sujeito passivo, Adriana Catanho Pereira, OAB/BA 52.243, ao tempo que reiterou as alegações defensivas, destacou o acolhimento dos autuantes relativo ao MS alcançando as operações da ASBEC, bem como o esclarecimento relativo às nomenclaturas “uso do sistema fio n ponta” e “uso do sistema fora de ponta”.

Também esclareceu que o valor reconhecido de R\$ 12.000,00 que os autuantes inicialmente não identificaram a que se refere, relaciona-se também a cadastros incorretamente considerados pela COELBA.

## VOTO

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 04, 06, 11, 13, 17, 18, 353, 367, 452 e 453, bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis ao esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na sua lavratura foi cumprido o disposto no art. 142

do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está clara e exaustivamente descrita, corretamente tipificada, tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-17 e 449, amostras/resumos, e mídias CDs de fl. 19, 351 e 451, completos), está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Com suporte nos demonstrativos indicados na letra “d” retro citada, em que se vê apurado e ajustado - em face da apreciação dos elementos de prova apresentados e acolhidos no contraditório - o valor de ICMS devido e exigido do período autuado e relativo às operações detalhadamente relacionadas e amplamente identificadas com CNPJ/CPF do consumidor, Cód. Ident., Descrição do Serviço, nº da NFST, razão social do consumidor, obs Sefaz, Vlr total item, Fatores, BC e ICMS a recolher, compreendendo o período janeiro 2017 a dezembro 2018, a acusação fiscal é que o sujeito passivo deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

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 adiante 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 (isenção 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 Autuantes não a acataram de forma integral.

Quando cientificados 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:*

- e) *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;*

- f) Apresentar elemento de prova documental de que o Mandado de Segurança da ABAMES alcança a ASBEC com beneficiária da decisão judicial;*
- g) 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 de “cadastro incorreto”;*
- h) 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 exposto 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
<b>Total da Infração</b>					<b>865.398,70</b>

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.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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 autuado 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.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inc. I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR