

PROCESSO - A. I. Nº 207092.0006/23-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6ª JJF nº 0156-06/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVICOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.06.2025

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0116-11/25-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Os fornecimentos de energia elétrica à Empresa Municipal de Águas e Esgoto S.A. (sociedade de economia mista localizada no município de Itabuna) gozam do benefício fiscal da isenção previsto no art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, face à ausência de qualquer limitação à regra disposta no artigo regulamentar referido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme o Acórdão JJF nº 0156-06/24-VD, julgou Improcedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/10/2023, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 6.053.345,98, em decorrência de uma única infração, descrita a seguir:

***Infração 01 - 002.001.003:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

O autuante informou que:

“O contribuinte autuado é uma empresa concessionária do serviço público de energia elétrica. Está sujeita às normas do setor que é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a legislação do ICMS do Estado da Bahia.

Emite Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, em via única, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio 115/2003.

No período auditado foram detectadas operações de venda de energia elétrica sem tributação do ICMS destinadas a Empresa Municipal de Águas e Esgoto S.A. Sociedade de Economia Mista com sede no município de Itabuna – Bahia, que pela sua natureza jurídica não está amparada pelo benefício da isenção do ICMS, conforme estabelecido na Cláusula segunda do Convênio ICMS 37 de 26 de março de 2010, recepcionado no artigo 265 inciso CVI do RICMS aprovado pelo Decreto 13.780 de 16 de março de 2012, onde

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados a todas as unidades consumidoras de empresa pública ou sociedade de economia mista que tenha como atividade principal captação, tratamento e distribuição de água canalizada (Conv. ICMS 37/10);

Nota: A redação atual do inciso CVI do caput do art. 265 foi dada pelo Decreto nº 16.284, de 18/08/15, DOE de 19/08/15, efeitos a partir de 17/06/15.

Convênio ICMS 37 de 26 de março de 2010

Cláusula primeira Ficam os Estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima e Sergipe autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas de fornecimento de energia elétrica destinadas a consumo de companhia de água e saneamento.

(...)

Cláusula segunda O disposto neste convênio fica condicionado a que a companhia de água e saneamento seja:

Nova redação dada ao inciso I da cláusula segunda pelo Conv. ICMS 56/11, efeitos a partir de 03.08.11.

I - empresa pública ou de economia mista, com participação majoritária estadual; ou (Redação original, efeitos até 02/08/11).

I - empresa pública com participação majoritária do Estado; ou

II - Autarquia estadual. Acrescido o inciso III à cláusula segunda pelo Conv. ICMS 37/20, efeitos a partir 04.05.2020

III - Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE do Município de Oeiras - PI.”..

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide em 11/06/2024, fls. 140 a 147, quando decidiu pela Improcedência da infração, em decisão unânime.

O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Como não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme segue.

A infração única teve a conduta autuada assim descrita: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”. Trata-se de operações de venda de energia elétrica destinadas à Empresa Municipal de Águas e Esgoto S.A. Sociedade de Economia Mista com sede no município de Itabuna – Bahia, sem tributação do ICMS, conforme esclarecem os autuantes, na peça inaugural do lançamento, à folha 02.

*O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que tais operações se encontram contempladas com a isenção prevista no art. 265, CVI, do RICMS. Argumenta que inexistente limitação na aplicação do benefício fiscal, relativamente às empresas públicas e sociedades de economia mista, **vinculadas aos entes federativos municipais**.*

A questão, como se vê, guarda relação com a interpretação do texto do art. 265, inciso CVI do RICMS, vis-à-vis o disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 37/10.

Pois bem, o Convênio 37/10 autorizou as unidades federativas a concederem isenção nas operações de fornecimento de energia elétrica, conforme abaixo.

‘EMENTA: Autoriza os Estados que menciona a conceder isenção do ICMS nas **operações com energia elétrica destinadas a companhia de água e saneamento**.

Cláusula primeira. Ficam os Estados de Alagoas, Amazonas, **Bahia**, Espírito Santo, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima e Sergipe autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas de fornecimento de energia elétrica destinadas a consumo de companhia de água e saneamento.

Cláusula segunda. O disposto neste convênio fica condicionado a que a companhia de água e saneamento seja:

*I - empresa pública ou de economia mista, **com participação majoritária estadual**; ou*

*II - Autarquia **estadual**.*

*III - Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE do **Município de Oeiras – PI** (grifos acrescidos).’.*

Inicialmente, convém ressaltar que o Estado da Bahia não era signatário do Convênio acima, em 2010, somente aderindo aos seus termos em 24/04/2019, conforme se depreende da nota abaixo.

‘CONVÊNIO ICMS 37, DE 26 DE MARÇO DE 2010

Publicado no DOU de 01.04.10, pelo Despacho 320/10.

Ratificação Nacional no DOU de 23.04.10, pelo Ato Declaratório 04/10.

Alterada pelos Convs. ICMS 56/11, 95/11, 37/20.

Vide a cláusula segunda do Conv. ICMS 56/11, que trata de convalidação de operações com energia elétrica, no período de 23.04.10 a 03.08.11.

Adesão do ES, a partir de 03.08.11, pelo Conv. ICMS 56/11.

Adesão do MA, a partir de 26.02.16, pelo Conv. ICMS 4/16.

***Adesão do AL, AM, BA, PI, RS e SE, a partir de 24.04.19, pelo Conv. ICMS 27/19** (grifo acrescido).*

Adesão do RN, a partir de 26.02.2020, pelo Conv. ICMS 9/20.

Adesão de AP e PA, a partir de 21.09.2020, pelo Conv. ICMS 96/20. ‘

Assim, não há de se cogitar da vinculação aos seus termos, do Estado da Bahia, antes de abril/2019, quando de sua adesão.

Antes da citada adesão, o RICMS/BA já possuía regra autônoma, desde 2014, cuja redação (ainda vigente) reproduzo abaixo.

'Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados a todas as unidades consumidoras de empresa pública ou sociedade de economia mista que tenha como atividade principal captação, tratamento e distribuição de água canalizada; (...)'

Ressalte-se que não havia, no texto regulamentar acima reproduzido, qualquer referência ao Convênio 37/10, o que somente corrobora a tese de que se trata de norma autônoma, sem vinculação com o Convênio ICMS 37/10.

A redação primeva, da regra isentiva em análise, foi introduzida em novembro/14 e o seu texto limitava-se a isentar a parcela relativa à subvenção econômica, conforme texto abaixo que transcrevo, mais uma vez, com destaque.

Redação anterior dada ao inciso CVI tendo sido acrescentado ao caput do art. 265 pela Alteração nº 27, Decreto nº 15.715, de 27/11/14, DOE de 28/11/14, retroagindo seus efeitos a 01/10/14 até 16/06/15:

'CVI - a parcela relativa à subvenção econômica de tarifa de energia elétrica (grifo acrescido), nos fornecimentos de energia elétrica à empresa que exerça a atividade de captação, tratamento e distribuição de água canalizada. '

Tal dispositivo vigorou até junho/15, quando a norma passou a prever a isenção para os fornecimentos da própria energia elétrica, conforme abaixo.

Redação anterior dada ao inciso CVI do caput do art. 265 pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 19/06/15:

'CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica (grifo acrescido), destinados à empresa pública que exerça a atividade de captação, tratamento e distribuição de água canalizada. '

Logo depois, em 20/06/15, entrou em vigor a redação atual, a qual produz efeitos até a presente data, conforme abaixo.

Nota: A redação atual do inciso CVI do caput do art. 265 foi dada pelo Decreto nº 16.152, de 19/06/15, DOE de 20/06/15, efeitos a partir de 20/06/15.

'CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados à empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça a atividade de captação, tratamento e distribuição de água canalizada. '

Embora tenha conteúdo similar ao caput da Cláusula Primeira da norma convencional citada, tal regra foi erigida de forma autônoma, pois o Estado da Bahia não havia, até junho/2015, aderido ao Convênio 37/2010, o que somente veio a acontecer em 24/04/19, conforme já dito.

A norma atual nem faz, inclusive, referência ao Convênio 37/10, que, embora pudesse ter sido a fonte material da regra em análise, não guarda com este, qualquer relação formal. Assim, em outubro de 2018, primeiro mês do período autuado, a Bahia não se encontrava, sequer vinculada ao Convênio citado, pois não havia, ainda, feito a sua adesão.

Ora, se não havia aderido à norma convencional referida, não há como se querer estabelecer qualquer vínculo entre a regra autônoma baiana e aquela outra editada pelo Confaz, o que, por óbvio, já representa um óbice à tentativa de se fazer uma interpretação restritiva do inciso CVI do art. 265, em análise, para efeito de excluir os fornecimentos destinados às empresas públicas municipais, como o quer a fiscalização.

Mesmo com a adesão do Estado da Bahia ao Convênio (24/04/19), após o que não houve qualquer alteração do texto regulamentar, a norma baiana permaneceu hígida, no sentido de não se submeter aos termos do Convênio ICMS 37/10, pois adotou sentido mais amplo, em conformidade com a Cláusula Primeira (já citada) e fiel, portanto, aos seus termos originários.

Assim, não parece possível querer-se estabelecer uma limitação interpretativa do quanto disposto no art. 265, inciso CVI do RICMS/12, para se entender como escrito algo do qual o legislador não cogitou. Não o tendo cogitado, não é possível preencher este conteúdo normativo mediante uma decisão que tivesse o condão de criar uma norma geral e abstrata, de forma originária.

Por conseguinte, é forçoso concluir que os fornecimentos de energia elétrica à Empresa Municipal de Águas e Esgoto S.A. (sociedade de economia mista localizada no município de Itabuna) gozam do benefício fiscal da isenção previsto no art. 265, inciso CVI do RICMS/12, face à ausência de qualquer limitação à regra disposta no artigo regulamentar referido.

Do exposto, julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração. "

Como a redução do crédito tributário exigido foi superior a R\$ 200.000,00, a 6ª JF interpôs Recurso

de Ofício com supedâneo no art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.

Em 29/08/2024, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram converter o processo em diligência à Procuradoria Fiscal da PGE para emissão de Parecer Jurídico quanto a vigência no território baiano do Convênio ICMS 37/2010, no período fiscalizado, que por se tratar os convênios de normas complementares das leis, dos tratados, das convenções internacionais e dos decretos, integrando juntamente com estes, a legislação tributária e opinar quanto ao entendimento que fundamentou o Acórdão recorrido.

A PGE/PROFIS, emitiu o Parecer Jurídico nº 2024022471-0 de lavra do i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, que segue transcrito:

“As operações objeto do lançamento se referem à venda de energia elétrica para Empresa Municipal de Águas e Esgoto S.A., sociedade de Economia Mista com sede no município de Itabuna-Bahia, cujos fatos geradores ocorreram entre outubro de 2018 a dezembro de 2020.

A dúvida apresentada na diligência, em síntese, cinge-se à aplicação ou não do art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, vigente desde 17/06/2015, em que resta referenciando o Convênio ICMS 37/2010, cuja adesão só se deu pelo Estado da Bahia em 24/04/2019.

Doutro ponto, inobstante a indicação no texto do Decreto do Convênio ICMS 37/2010, o mesmo possuía redação diferente da norma convencional, com evidente alargamento do campo de isenção sobre a venda de energia elétrica.

Considerando isto, diante do evidente descompasso cronológico das normas, nos questiona a 1ª CJF do CONSEF sobre a possibilidade ou não de se aplicar a norma convencional, com seus limites normativos, ao caso concreto.

Feito este recorte, passemos a análise.

Numa primeira pesquisa, impõe-se fazermos um breve relato cronológico da norma do art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, com suas mudanças, vejamos:

Nota: O inciso CV do caput do art. 265 foi revogado pelo Decreto nº 15.921, de 03/02/15, DOE de 04/02/15, efeitos a partir de 04/02/15.

Redação anterior dada ao inciso CV tendo sido acrescentado ao caput do art. 265 pela Alteração nº 26, Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14, efeitos a partir de 01/12/14 a 03/02/15:

“CV - as saídas internas de enchidos (embutidos) realizadas pelo fabricante localizado neste estado. “

CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados a todas as unidades consumidoras de empresa pública ou sociedade de economia mista que tenha como atividade principal captação, tratamento e distribuição de água canalizada;

Nota: A redação atual do inciso CVI do caput do art. 265 foi dada pelo Decreto nº 16.284, de 18/08/15, DOE de 19/08/15, efeitos a partir de 17/06/15.

Redação anterior dada ao inciso CVI do caput do art. 265 pelo Decreto nº 16.152, de 19/06/15, DOE de 20/06/15, efeitos a partir de 20/06/15 retroagindo novos efeitos para 16/06/15: “CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados à empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça a atividade de captação, tratamento e distribuição de água canalizada; “

Redação anterior dada ao inciso CVI do caput do art. 265 pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 19/06/15:

“CVI - os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados à empresa pública que exerça a atividade de captação, tratamento e distribuição de água canalizada. “

Redação anterior dada ao inciso CVI tendo sido acrescentado ao caput do art. 265 pela Alteração nº 27, Decreto nº 15.715, de 27/11/14, DOE de 28/11/14, retroagindo seus efeitos a 01/10/14 até 16/06/15:

“CVI - a parcela relativa à subvenção econômica de tarifa de energia elétrica, nos fornecimentos de energia elétrica à empresa que exerça a atividade de captação, tratamento e distribuição de água canalizada. “

Da leitura das normas do RICMS/BA acima reproduzidas, percebe-se que ao longo do tempo as mesmas sofreram algumas modificações, mudanças estas que sempre alargaram o campo da norma isencional, ampliando-se os tipos de adquirentes da energia elétrica, com redação atual que abrange empresas públicas e sociedade de economia mista, independente de sócio majoritário.

Do mesmo modo, importante trazermos o quanto disposto no Convênio 37/210, observemos:

CONVÊNIO ICMS 37, DE 26 DE MARÇO DE 2010

Publicado no DOU de 01.04.10, pelo Despacho 320/10.

Ratificação Nacional no DOU de 23.04.10, pelo Ato Declaratório 04/10.

Alterada pelos Convs. ICMS 56/11, 95/11, 37/20.

Vide a cláusula segunda do Conv. ICMS 56/11, que trata de convalidação de operações com energia elétrica, no período de 23.04.10 a 03.08.11.

Adesão do ES, a partir de 03.08.11, pelo Conv. ICMS 56/11.

Adesão do MA, a partir de 26.02.16, pelo Conv. ICMS 4/16.

Adesão do AL, AM, BA, PI, RS e SE, a partir de 24.04.19, pelo Conv. ICMS 27/19.

Adesão do RN, a partir de 26.02.2020, pelo Conv. ICMS 9/20.

Adesão de AP e PA, a partir de 21.09.2020, pelo Conv. ICMS 96/20.

Nova redação dada a ementa pelo Conv. ICMS 95/11, efeitos a partir de 01.12.11.

Autoriza os Estados que menciona a conceder isenção do ICMS nas operações com energia elétrica destinadas a companhia de água e saneamento.

Redação original, efeitos até 30/11/11.

Autoriza os Estados de Rondônia, Roraima e Pernambuco a conceder isenção do ICMS nas operações com energia elétrica destinadas a companhia de água e saneamento.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 137ª reunião ordinária, realizada em Boa Vista, RR, no dia 26 de março de 2010, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Nova redação dada à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 27/19, efeitos a partir de 24/04/19.

Cláusula primeira Ficam os Estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima e Sergipe autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas de fornecimento de energia elétrica destinadas a consumo de companhia de água e saneamento.

Redação anterior dada à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 95/11, efeitos de 01/12/11 a 23/04/19.

Clausula primeira Ficam os Estados do Espírito Santo, Paraíba, Pernambuco, Rondônia e Roraima autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas de fornecimento de energia elétrica, destinadas a consumo de companhia de água e saneamento.

Redação original, efeitos até 30/11/11.

Cláusula primeira Ficam os Estados de Rondônia, Roraima e Pernambuco autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas de fornecimento de energia elétrica, destinadas a consumo de companhia de água e saneamento.

Acrescida cláusula primeira-A pelo Conv. ICMS 96/20, efeitos a partir de 21/09/2020.

Cláusula primeira-A Ficam os Estados de Alagoas, Amapá e Pará autorizados a reemitir o ICMS e anistiar os acréscimos das operações internas de fornecimento de energia elétrica que foram destinadas ao consumo de companhia de água e saneamento, na forma da sua legislação estadual.

Cláusula segunda O disposto neste convênio fica condicionado a que a companhia de água e saneamento seja:

Nova redação dada ao inciso I da cláusula segunda pelo Conv. ICMS 56/11, efeitos a partir de 03.08.11.

I - empresa pública ou de economia mista, com participação majoritária estadual; ou

Redação original, efeitos até 02.08.11.

I - empresa pública com participação majoritária do Estado; ou

II - Autarquia estadual.

Acrescido o inciso III à cláusula segunda pelo Conv. ICMS 37/20, efeitos a partir 04.05.2020

III - Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE do Município de Oeiras - PI.

Cláusula terceira Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.

Bem se está a ver, de logo, que as normas autorizativas do Convênio, desde início, fixaram como requisito, num primeiro momento para empresas públicas, e, depois, para empresas públicas e sociedades de economia mista, a participação majoritária do Estado no seu quadro de acionistas.

Logo, poder-se-ia dizer, de plano, que a norma convenial de isenção não se aplicaria ao sujeito passivo do lançamento, por se tratar de Empresa Municipal de Águas e Esgoto S.A., sociedade de Economia Mista, com sede no município de Itabuna-Bahia, não possuindo o Estado participação majoritária.

Entretanto, no caso em epígrafe, temos uma situação peculiar que merece exame.

Observa-se das normas estabelecidas na legislação estadual e, outrossim, as normas conveniais, já dentro de período em que o Estado da Bahia aderiu a norma interestadual, uma evidente dissonância prescritiva, porquanto na nossa legislação nunca restou fixado o requisito da participação majoritária do Estado.

Ou seja, em momento algum a norma estadual determinou a participação majoritária do Estado como requisito para concreção da isenção objetiva.

Neste caso, discutir-se-ia a validade da existência duma isenção sem lastro num Convênio, antes da adesão do Estado da Bahia ao Convênio 37/10 em 24/04/2019, conforme impõe o art. 150, § 2º, XII, 'g', da Constituição Federal e LC 24/75, entretanto, parece-nos não existir competência do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia para não aplicar norma válida e eficaz.

A discussão ficaria restrita, portanto, ao período posterior à adesão do Estado ao Convênio 37/10, precisamente 24/04/2019.

Aliás, vale destacar que o Convênio, como norma geral tributária, por si só, não faz nascer qualquer direito, sendo impositiva sua absorção pela legislação interna das unidades federadas.

O jurista Geraldo Ataliba trilha neste caminho assim:

'o convênio não dá nem tira direito a nenhuma Fazenda e a nenhum contribuinte. Não cria direito de natureza tributária nem em benefício, nem em detrimento de ninguém. E mero pressuposto de exercício eficaz da competência isentadora dos legisladores ordinários estaduais. ' (Citação extraída de artigo da lavra de Aroldo Gomes de Mattos sobre A Natureza e o Alcance dos Convênios em Matéria do ICMS, Revista Dialética de Direito Tributário, volume 79)

Nesta hipótese, mesmo após a adesão do Estado à autorização legislativa disposta no Convênio 37/10, a legislação do Estado não internou o requisito da participação majoritária na sua normação, não se podendo imputar ao sujeito passivo o cumprimento de tal obrigação.

Logo, tendo como absolutamente válida e eficaz a norma prescrita no art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, mesmo sem estar evidenciada uma aderência total a descrição da norma convenial, adiro integralmente a decisão de piso pela improcedência do lançamento uma vez não presente na nossa legislação a obrigação imputada no lançamento.

Em seguida encaminhou à Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA para análise, que assim se posicionou:

"O parecer analisou detidamente a questão suscitada nos autos, concluindo pela improcedência do Auto de Infração lavrado em face da concessionária de energia elétrica, conforme decisão exarada no Acórdão JF nº 0156-06/24-VD.

Fundamenta-se, principalmente, na interpretação do art. 265, inciso CVI, do RICMS/2012, o qual não restringe o benefício de isenção às condições previstas no Convênio ICMS no 37/2010, mesmo após a adesão do Estado da Bahia a este instrumento normativo, considerando a inexistência de absorção formal da condição de participação estatal majoritária pela legislação estadual.

Por conseguinte, reconheço a improcedência da exigência fiscal relativa ao ICMS incidente sobre as operações realizadas com a Empresa Municipal de Águas e Esgoto S.A., no período de outubro de 2018 a dezembro de 2020, em observância ao disposto no mencionado parecer.

Homologo o parecer e encaminho o processo ao CONSEF para apreciação, com as devidas anotações e comunicações pertinentes. "

Os autos retornaram ao CONSEF.

Pautado para julgamento, na sessão presente um dos autuantes o Auditor Fiscal Luiz Roberto Santos Ferreira, em sua manifestação relatou que à época da ação fiscalizatória, que resultou na autuação, a versão do Decreto nº 13.780/2012 – RICMS/2012 constava a indicação do Convênio ICMS 37/2010, que desapareceu e atualmente não consta nenhuma referência nas versões disponibilizadas e que a alteração do citado dispositivo ocorreu per meio do Decreto nº 16.284, de 18/08/2015, DOE de 19/08/2015, com efeitos a partir de 17/06/2015.

Diante da manifestação do autuante, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram converter o processo em diligência à Diretoria de Tributação – DITRI, para emissão de parecer técnico acerca da supressão dessa versão disponível à época da fiscalização, que constava na redação do inc. CVI, do art. 265 do RICMS/2012 a referência do Convênio ICMS 37/2010.

A Diretoria de Tributação respondeu à diligência nos seguintes termos:

“Em atendimento à diligência encaminhada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, informa-se que a versão de normas tributárias estaduais disponibilizada na internet tem caráter meramente informativo, com o objetivo de facilitar a pesquisa e o acesso por parte de contribuintes e operadores do direito.

Eventualmente, podem ser incluídas referências normativas de cunho complementar, voltadas à contextualização ou interpretação sistêmica do texto legal. Contudo, tais inserções não integram o conteúdo oficial da norma, que permanece restrito ao texto publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia.

Esclarece-se que, para todos os efeitos legais, a publicação oficial é a única reconhecida como válida, e, em caso de eventual divergência, prevalecerá sempre o conteúdo do Diário Oficial.

Nesse sentido, a versão disponibilizada na internet não deve fazer referência ao Conv. ICMS 37/10, pois este não integra o conteúdo publicado no Diário Oficial.

Registra-se, por fim, que a versão da norma presente no Regulamento do ICMS foi convalidada pelo Conv. ICMS 190/17, constando no item nº 61.0 do Anexo Único do Decreto nº 18.270, de 16 de março de 2018. “ (Grifo do relator)

Compareceu(ram) o(as) representante(s) legal(is) da recorrida, Dr^a Adriana Catanho Pereira - OAB/BA nº 52.243 e Sr^a Izabel Cristina Nunes Almeida, representante da empresa.

VOTO

Observo que a decisão da 6ª JF, desonerou o sujeito passivo integralmente do ICMS lançado no montante de R\$ 6.053.345,98, em valores históricos, fato que justifica a remessa necessária do feito para reapreciação em segunda instância, restando cabível o presente recurso.

O processo atende a todas as exigências previstas no Código Tributário Nacional na a Lei nº 3.956/1981 – COTEB, assim como no RPAF/99 (Decreto nº 7.629/00), portanto, sem mácula que o inquiere de nulidade.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e explora a atividade econômica de distribuição de energia elétrica.

A autuação decorreu do fato de a Fiscalização ter identificado que nos exercícios de 2018 a 2020, o contribuinte emitiu Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, que acobertaram operações de venda de energia elétrica, sem tributação do ICMS, destinadas a EMPRESA MUNICIPAL DE ÁGUAS E ESGOTO S.A., uma sociedade de economia mista, sediada no município de Itabuna/BA, que pela sua natureza jurídica não estaria amparada pelo benefício da isenção do ICMS, previsto na Cláusula segunda do Convênio ICMS 37/2010, recepcionado no art. 265, inc. CVI do RICMS/2012.

Assim o autuante acusou o sujeito passivo de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O principal pilar da defesa consistiu no entendimento de que a isenção praticada, com base no art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, considerada pelo Fisco como indevida, acobertou operações de fornecimento de energia elétrica a Empresa Municipal de Águas e Saneamento - EMASA, uma sociedade de economia mista municipal que atua no tratamento e distribuição de água para os municípios de Itabuna/BA, criada pela Lei Municipal nº 1.454/1989.

Defendeu a autuada que o citado dispositivo do RICMS/2012, estabelece a isenção do ICMS para as unidades consumidoras de empresa pública ou sociedade de economia mista que tenham como atividade principal a captação, tratamento e distribuição de água canalizada, e não prevê que o benefício se limita às sociedades de economia mistas e empresas públicas estaduais.

Ademais, o art. 265, inc. CVI do RICMS/2012 ao estabelecer a isenção, não impôs qualquer limitação ao ente federativo ao qual estejam vinculadas as empresas públicas e sociedades de economia mistas.

O autuante defendeu a procedência da infração sob o argumento que o art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, advém do Convênio ICMS 37/2010, portanto, impossível desconhecer um ou outro.

Sustentou que o Convênio ICMS 37/2010 se refere apenas as companhias de saneamento que tenham participação majoritária estadual, sendo que a exceção consta no inc. III do convênio que reconhece a isenção para o Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE do Município de Oeiras/PI. Assim, a EMASA, destinatária da energia elétrica vendida com isenção do imposto, deveria constar no convênio para fazer jus ao benefício, o que não ocorre.

A lide, apreciada pela 6ª JF, reconheceu pertinentes os argumentos defensivos e julgou a infração improcedente, sob o fundamento de que os fornecimentos de energia elétrica à EMASA gozam do benefício da isenção previsto no art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, face à ausência de qualquer limitação à regra disposta no artigo regulamentar.

Efetivamente o Convênio ICMS 37/2010 autorizou as unidades federativas a conceder isenção nas operações de fornecimento de energia elétrica, condicionando o benefício ao fornecimento para companhias de água e saneamento, desde que fossem: (i) empresa pública ou de economia mista, com participação majoritária estadual; ou (ii) Autarquia estadual e o (iii) Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE do Município de Oeiras/PI, sendo que em 2010, o Estado da Bahia não era signatário do mesmo, somente aderindo aos seus termos em 24/04/2019.

Também, não há vinculação dos termos do citado convênio e o Estado da Bahia, antes de abril de 2019, quando de sua adesão, uma vez que antes, o RICMS/2012 já possuía regra autônoma, desde 2014, cuja redação (ainda vigente) prevê que “São isentas do ICMS os fornecimentos de energia elétrica, inclusive a parcela relativa à subvenção econômica, destinados a todas as unidades consumidoras de empresa pública ou sociedade de economia mista que tenha como atividade principal captação, tratamento e distribuição de água canalizada;”

Não havia, na redação do art. 265, inc. CVI do RICMS/2012 qualquer referência ao Convênio ICMS 37/10, cuja redação original foi introduzida em novembro de 2014, que se limitava isentar a parcela relativa à subvenção econômica e vigorou até junho de 2015, quando a norma passou a prevê a isenção para os fornecimentos da própria energia elétrica, sem qualquer ressalva.

Em 20/06/2015, entrou em vigor a redação atual do dispositivo do RICMS, que também não faz referência ao Convênio ICMS 37/2010, que, embora pudesse ter sido a fonte material da regra, não guarda com este qualquer relação formal.

Em outubro de 2018 a Bahia não estava vinculada ao Convênio ICMS 37/2010, pois não havia aderido ao mesmo, razão pela qual não se pode vincular à regra do RICMS/2012 e a do citado convênio, uma vez que assim procedendo, se estaria adotando restrição à aplicação do dispositivo regulamentar, a fim de excluir os fornecimentos de energia elétrica às empresas públicas municipais.

Ressalto que após a adesão da Bahia ao Convênio, em 24/04/2019, a norma do RICMS/2012 permaneceu hígida, portanto, não se submeteu ao Convênio ICMS 37/2010, pois adotou um aplicação mais ampla, mantendo os termos originais.

Instada a emitir Parecer Jurídico sobre a vigência no território baiano do Convênio ICMS 37/2010, no período fiscalizado, assim se posicionou da PGE/PROFIS:

“Observa-se das normas estabelecidas na legislação estadual e, outrossim, as normas conveniais, já dentro de período em que o Estado da Bahia aderiu a norma interestadual, uma evidente dissonância prescritiva, porquanto na nossa legislação nunca restou fixado o requisito da participação majoritária do Estado.

Ou seja, em momento algum a norma estadual determinou a participação majoritária do Estado como requisito para concreção da isenção objetiva.

Neste caso, discutir-se-ia a validade da existência duma isenção sem lastro num Convênio, antes da adesão do Estado da Bahia ao Convênio 37/10 em 24/04/2019, conforme impõe o art. 150, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição Federal e LC 24/75, entretanto, parece-nos não existir competência do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia para não aplicar norma válida e eficaz.

A discussão ficaria restrita, portanto, ao período posterior à adesão do Estado ao Convênio 37/10, precisamente 24/04/2019.

Aliás, vale destacar que o Convênio, como norma geral tributária, por si só, não faz nascer qualquer direito, sendo impositiva sua absorção pela legislação interna das unidades federadas.

(...)

Nesta hipótese, mesmo após a adesão do Estado à autorização legislativa disposta no Convênio 37/10, a legislação do Estado não internou o requisito da participação majoritária na sua normação, não se podendo imputar ao sujeito passivo o cumprimento de tal obrigação.

Logo, tendo como absolutamente válida e eficaz a norma prescrita no art. 265, inc. CVI do RICMS/2012, mesmo sem estar evidenciada uma aderência total a descrição da norma convenial, adiro integralmente a decisão de piso pela improcedência do lançamento uma vez não presente na nossa legislação a obrigação imputada no lançamento. “

Acolhendo arguição posta pelo Auditor Fiscal autuantes foi determinada diligência dirigida à Diretoria de Tributação para que esclarecesse a razão da alegada supressão da versão do RICMS/2012, disponível à época da fiscalização, que constava na redação do inc. CVI do art. 265 a referência do Convênio ICMS 37/2010.

A DITRI, declarou que “**(...) a versão disponibilizada na internet não deve fazer referência ao Conv. ICMS 37/10, pois este não integra o conteúdo publicado no Diário Oficial.**”, o que reforça o entendimento da PGE.

Por pertinência e acatando sugestão do i. Procurador representante da PGE/PROFIS, registro que de fato o Fiscal autuante autuou com zelo e dever funcional, como exige a legislação, ao constituir o crédito tributário em favor da Fazenda Pública, pois, conforme demonstrado, a versão do RICMS/2012 disponível no sítio da Secretaria da Fazenda, inclusive na rede interna, na data da lavratura do presente Auto de Infração, efetivamente constava a referência ao Convênio ICMS 37/2010, informação que se fundamentou para imputar ao contribuinte a infração.

A consulta da versão da legislação estadual, somente válida e segura, aquela disponível do Diário Oficial do Estado, apesar de correta, consiste numa tarefa inaplicável no momento de evolução tecnológica que se encontram a Secretaria da Fazenda aplicadas às práticas fiscalizatórias, que manuseia um volume cada vez maior de dados e informações.

Assim sendo, por tudo exposto e acolhendo integralmente o entendimento da PGE/PROFIS, concluo que os fornecimentos de energia elétrica à EMASA gozam da isenção previsto no art. 265, inc. CVI do RICMS/2012.

Destarte, a Decisão recorrida se encontra adequada e devidamente fundamentada, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 207092.0006/23-1**, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA**.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 26 de maio de 2025.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS