

A.I. Nº - 299324.0111/11-5
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA
AUTUANTES – LUIS ADRIANO DE ANDRADE CORREIA, ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS e LÚCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 15.08.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-04/12

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. A função normativa exercida pelas agências reguladoras não guarda correspondência com a desempenhada pelos chefes dos poderes executivos da Federação na expedição de decretos regulamentares, não podendo esta servir de fundamento para aquela, nem aquela para esta, muito menos para fins tributários. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência, perícia ou revisão. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/11/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$ 14.186.679,15, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, sob a acusação de recolhimento a menos, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (janeiro de 2007 a dezembro de 2008). Foram dados como infringidos os arts. 11; 80, I, II e III e 124 do RICMS/1997 c/c art. 20, Resolução ANEEL 456/2000.

Consta que o sujeito passivo emite nota fiscal/conta de energia elétrica modelo 6 em uma única via por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio ICMS 115/2003.

Para o período fiscalizado, o mesmo elaborou arquivos tipos “*MESTRE DE DOCUMENTO FISCAL*” e “*ITEM DE DOCUMENTO FISCAL*”, contendo vários registros preenchidos com zero nos campos em que deveriam ser informados CNPJ ou CPF (por se tratar de clientes obrigados a possuírem tais inscrições), descumprindo assim a determinação contida nos itens 5.2.1.1 e 6.2.1.1 do Anexo Único do precitado Acordo Interestadual.

Entre os registros apresentados pelo contribuinte foram selecionados aqueles que tiveram base de cálculo reduzida indevidamente, segundo os autuantes por não se enquadrarem (os clientes) no que está estabelecido no art. 80, I, II e III, RICMS/1997. Tais informações foram extraídas para as classes de consumo de energia elétrica (comercial classe 01 e industrial classe 04) dos arquivos “*ITEM DE DOCUMENTO FISCAL*”, sendo tomados alguns campos correspondentes daqueles outros denominados “*MESTRE DE DOCUMENTO FISCAL*”. Estão apresentados em 12 tipos (designados à fl. 02), cada um equivalente a uma planilha, cujas colunas restam especificadas às fls. 02 e 03. Os auditores elaboraram mais 12 demonstrativos, que são os sumários mensais das planilhas e, a partir destas, construíram o “*RESUMO DO ICMS A RECOLHER*”.

Em seguida, repisam que o tributo aqui lançado o foi em virtude de redução indevida de base de cálculo nas contas de energia elétrica emitidas contra diversos usuários que não se enquadram no art. 80, I, II e III, RICMS/1997.

Através de advogada regularmente constituída (procuração à fl. 1.125), o autuado ingressa com impugnação às fls. 1.081 a 1.113.

Inicialmente, aponta a tempestividade da peça e sintetiza os fatos, afirmando que a imputação não procede, pois cumpriu fielmente o que determina a Resolução ANEEL 456/2000 e identificou

pressupostos fáticos que justificam o benefício em relação às sociedades empresárias cujos CNPJs não restaram destacados.

Reconhece parcialmente o Auto de Infração, na forma exposta às fls. 1.082/1.083, para depois alegar que o mesmo é nulo por “ausência de detalhamento adequado do motivo das glosas”, correta descrição dos fatos e perfeita indicação dos dispositivos infringidos. Entende que, em decorrência da atividade vinculada, o preposto do Estado deve observar as formalidades legais ao lançar de ofício, o que “é indispensável para que o ato tenha vida”.

No mérito, sustenta que deve obedecer rigorosamente às normas da ANEEL (Resoluções 456/2000 e 414/2010, transcritas em parte), pois esta é a Agência responsável por estatuir como deverão ser os procedimentos para cadastro de clientes nos seus sistemas internos, documentação e informação necessária, assim como classificação das unidades consumidoras.

As informações que possui foram fornecidas pelos próprios usuários e não há determinação no sentido de verificar a veracidade das mesmas. Mesmo sem estar compelido, em demonstração de zelo pela idoneidade daquelas, efetua inspeções *in loco* quando um estabelecimento industrial requer o benefício. Tal verificação, contudo, ocorre apenas no ato de classificação do consumidor, sendo que as modificações posteriores devem ser necessariamente informadas por estes, consoante determina a citada Agência.

A seu ver, não pode ser penalizado por eventuais incorreções de responsabilidade alheia, uma vez que age dentro da mais extrema legalidade e em conformidade com as determinações do órgão gestor.

A respeito da sociedade empresária CENTRAL DE TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS – CETREL S/A, inscrita no CNPJ sob o número 14.414.973/0001-81, cujo entendimento do fisco foi de que não pode ser beneficiária da redução da base de cálculo, por não desenvolver atividade industrial, assevera que a ANEEL exarou recente ofício (“conjunto documental 04” e fl. 1.091) onde está dito que, para efeitos tarifários, deve ser classificada como industrial.

Quanto à atividade de construção civil (“conjunto documental 05” e fl. 1.092), nos termos do art. 20, II, item 28 da Resolução 456/2000 é industrial para os precitados fins.

Semelhante raciocínio apresenta para os estabelecimentos geradores de energia elétrica, pois as autoridades autuantes incluíram nos cálculos do ICMS a TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição), que na sua concepção é um tributo pago pelas referidas empresas para utilização do sistema de distribuição gerenciado por si. Nesse caso, não está a COELBA praticando a comercialização da energia elétrica, mas apenas cedendo o seu sistema de transmissão para que as citadas geradoras possam distribuir energia aos consumidores do chamado “ambiente livre”.

Desse modo, quando a distribuidora atua como mera transportadora de energia elétrica, que é bem móvel, a incidência do imposto se impõe, pois a Lei Complementar 87/96 é clara ao dispor que o ICMS incide sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de mercadorias, valores, bens e pessoas (art. 2º, II). Portanto, conforme Pareceres DITRI 08419820097 e 15414320111 (fls. 1.098/1.099), não há fato gerador do tributo nas simples cessões de uso do sistema de distribuição, já que na composição da base de cálculo nas operações com energia elétrica são incluídos todos os valores pagos às empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de distribuição, como a TUSD.

Observa que parte da quantia cobrada é advinda de contratos de fornecimento de energia a hospitais (conjunto documental 08), instituições que têm direito à redução em comento, de acordo com o disposto no art. 80, I, “c”, RICMS/1997. Nos contratos anexados, conforme aduz, é possível notar que existem consumidores cujos CNAEs (Cadastro Nacional de Atividades Econômicas) estão entre os beneficiários, a exemplo daquele de número 034779821 (contratante Prefeitura Municipal de Irecê - hospital público do Município). Outro exemplo é o contrato 30194047 (fls. 1.100 e 1.148). Sublinha que dentre os estabelecimentos hospitalares objeto da exigência constam

diversos com códigos de atividades em relação aos quais a legislação confere a redução da base de tributação. Ainda que não conferisse, o que deve prevalecer é a atividade que demanda maior energia elétrica.

Com relação aos hotéis, assim como os hospitais também são beneficiados pela base de cálculo reduzida (art. 80, I, “b”, RICMS/1997; fls. 1.101/1.102).

Quanto às padarias, transcreve o art. 20, II, item 05 da Resolução ANEEL 456/2000 para afirmar que estão igualmente contempladas nas normas do RICMS/1997 que versam sobre o indigitado benefício (fl. 1.103), e que seria um desrespeito à regra a seguir mencionada a sua exclusão. O art. 18 da sobredita Resolução dispõe que a concessionária deverá analisar todos os elementos de caracterização da unidade consumidora, objetivando a aplicação da tarifa mais vantajosa a que o usuário tiver direito, em especial quando a finalidade informada for residencial. Na hipótese de ser exercida mais de uma atividade na mesma unidade de consumo, prevalecerá, para efeito de classificação, a que corresponder à maior parcela de carga instalada.

Passa a tecer considerações sobre canteiros de obras (conjunto documental 12), equiparados à construção civil e, portanto, compreendidos no comando do art. 2º, item 28 da Resolução ANEEL 456/2000.

Sublinha que além das empresas cujos objetivos sociais e códigos no Cadastro de Atividades (CNAEs) foram anteriormente citados, existem ainda outras – relacionadas nos conjuntos documentais 03 e 13 – enquadradas no art. 20, II, item 29 da Resolução (outras indústrias; fls. 1.105/1.106). Traz à lide o conceito de industrialização contido no *caput* do art. 4º do “Decreto-Lei 7.212/2010” (Regulamento do IPI). Transcreve à fl. 1.108 trecho de Parecer (sem número de identificação) supostamente exarado por órgão desta Secretaria (Gerência de Comércio e Serviços – GECES), que na sua concepção reforça a alegação de que agiu em conformidade com a legislação de regência e com a Resolução ANEEL 456/2000.

Volta a destacar que os consumidores são os únicos responsáveis pela informação que prestam em seus cadastros, não havendo dispositivo legal que obrigue a concessionária a verificar a veracidade, ou ainda que a penalize por incorreção. Anexa contratos, que firmou com os clientes denominados “*outras indústrias*”, no conjunto documental 13.

Segundo informa, todos os benefícios foram concedidos aos estabelecimentos que tinham direito e a autuação decorre de erros no seu sistema de cadastro, cujas providências para regularização já foram tomadas. Assevera que as planilhas juntadas com a defesa demonstram que recolheu o ICMS corretamente e que, a fim de obedecer aos ditames da verdade material, cabe ao fisco “*refazer a verificação do recolhimento*”, analisando “*empresa por empresa*”.

Por fim, protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, pede a homologação dos valores já pagos e requer a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício.

Na informação fiscal, de fls. 1.220 a 1.235, duas das autuantes iniciam afirmando que a mesma é para refutar o que foi alegado no item VI da peça de defesa (fls. 1.090 a 1.109).

Com relação à CETREL (CENTRAL DE TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS S/A), dizem que do ofício da ANEEL trazido pelo impugnante consta a interpretação da agência relativa ao art. 5º, § 2º da Resolução 414/2010, que não estava em vigor à época dos fatos geradores. Ainda que fosse admitida a vigência, não se pode dar outra interpretação a um benefício fiscal que não seja a literal.

O dispositivo aplicável à matéria seria o art. 20, II, itens 01 a 29 da Resolução ANEEL 456/2000, transcrito às fls. 1.222/1.223. Nenhuma das unidades consumidoras da CETREL desenvolve atividade industrial prevista nos itens 01 a 29, fato que pode ser constatado nos contratos de fornecimento de energia elétrica de fls. 1.235 a 1.247 (número da unidade consumidora na parte superior direita do documento) e no trecho do CNAE Fiscal 2.0 de fl. 1.224.

Prosseguem informando que as quantias referentes ao consumo de energia elétrica de construtoras não foram objeto da autuação. Os clientes incluídos na planilha de defesa exercem serviços de engenharia, cartografia, compra e venda de imóveis, aluguel de máquinas e andaimes, holdings de instituições não financeiras e tratamento de dados.

No tocante às empresas geradoras de energia elétrica (FAFEN ENERGIA e CHESF), informam que as respectivas contas continham reduções de base de cálculo de 52% sem que as mesmas possuísem tal direito, posto que não enquadradas no art. 80, I, “a”, RICMS/1997. Anexam os Pareceres 15179120095 e 04861320025 às fls. 1.248 a 1.255.

Prosseguem assinalando que nos arquivos do Convênio ICMS 115/2003, apresentados pela COELBA, assim como no demonstrativo que acompanhou a impugnação, vários clientes não responsáveis pelo desenvolvimento de atividade hospitalar (CNAE 8511-1/00), a exemplo de casas e centros de saúde, clínicas, policlínicas, consultórios e ambulatorios, tiveram base de cálculo reduzida indevidamente, consoante planilhas de números 01 a 06 juntadas ao processo (CD à fl. 1.071). Nesse ramo, apenas está amparada pelo benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 80, I, “c” RICMS/1997 a classe de atividade de atendimento hospitalar, cujo código é 8511-1/00.

O sujeito passivo alegou que o cliente com o contrato número 034779821 seria um hospital público municipal, o que não corresponde à realidade, pois trata-se do Instituto de Promoção da Saúde e Desenvolvimento Social PROMIR, associação privada cujo objetivo é a defesa de direitos sociais (não elencado entre os que possuem a base de cálculo reduzida), com o CNPJ 02.057.814/0001-98.

Também foi impugnada “a glosa da redução da base de cálculo no valor de R\$ 278.922,32”, sob a alegação de que os clientes seriam hotéis (art. 80, I, “b”). Porém, tais estabelecimentos à época dos fatos ou não exerciam a atividade em comento ou se encontravam com o CNPJ baixado nos arquivos do Convênio ICMS 115/2003, como por exemplo os de números 02.268.844/0001-43 e 63.191.209/0001-08. Transcrevem trecho de Parecer desta Secretaria à fl. 1.229.

O adquirente / usuário do contrato de número 202456650, de acordo com o defendente, é o Complexo Hoteleiro Sauípe e sua aquisição de energia foi objeto de glosa (CNPJ 03.720.753/0001-60). O referido empreendimento possui um consumo total mensal de energia cujo valor excede os R\$ 700.000,00 e, segundo as autuantes, não fez parte dos levantamentos do fisco. A sociedade empresária de nome Sauípe “que sofreu glosa na redução da base de cálculo” possui o CNPJ número 00.866.577/0001-80 e na verdade é uma holding de instituições não financeiras, empresa não amparada pelo benefício (consumo médio mensal equivalente a R\$ 10.000,00).

No que pertine às padarias, o impugnante contestou a glosa de R\$ 3.924.918,49. Informam as auditoras que, além destas, cuja predominância de atividade é a produção (CNAE 4721101), fizeram parte do demonstrativo que fundamentou a defesa empreendimentos de comércio, no varejo e no atacado, de diversas mercadorias. Observam que a Resolução 456/2000 atribuiu o status de classe industrial às atividades insertas nas seções B, C e F e suas correlatas subdivisões. As padarias encontram-se na seção G do CNAE Fiscal 2.0 (fl. 1.233). Expondo a tabela, argumentam à fl. 1.234 que na seção C (indústrias de transformação) existe na divisão FABRICAÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS a subclasse FABRICAÇÃO DE PRODUTOS DE PANIFICAÇÃO, que não compreende as padarias com oferta direta ao público (último item das notas explicativas).

Com respeito ao demonstrativo de defesa denominado “Canteiro de Obra”, asseveram que os clientes ali inclusos não desenvolvem atividade industrial e, portanto, não estão amparados pela norma do art. 80, I, “a”, RICMS/1997.

Nos seus dizeres, as outras atividades industriais citadas pelo sujeito passivo (conjuntos documentais 03 e 13), previstas no art. 20, II, item 20, Resolução ANEEL 456/2000, são as definidas no CNAE – Cadastro Nacional de Atividades Econômicas.

Requerem a procedência do Auto de Infração.

O contribuinte se manifesta às fls. 1.258 a 1.266, onde reconhece, no que diz respeito à CENTRAL DE TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS – CETREL S/A, que de fato a ANEEL emitiu o ofício com base no art. 5º, § 2º da Resolução 414/2010. Entretanto, este dispositivo encontra ressonância na Resolução 456/2000, de acordo com as transcrições de fls. 1.259/1.260. A seu ver, o próprio art. 20 da mencionada norma da agência reguladora deixa margem para que indústrias que não tenham o seu ramo de atividade listado em seus itens sejam beneficiadas pela redução.

Assevera que é necessária a observação do Regulamento do IPI e, assim sendo, ainda que a atividade fim da CETREL não esteja prevista no art. 20 da Resolução 456/2000, deve tal sociedade empresária ser enquadrada no item 29: outras indústrias.

Quanto às geradoras de energia elétrica FAFEN e CHESF, pondera que a Secretaria da Fazenda da Bahia exarou pareceres para os casos específicos, juntados aos autos, onde restou dito que as quantias pagas a título de TUSD compõem a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, não sendo devido, portanto, o tributo relativo à cessão de uso do sistema de distribuição. Transcrevendo o art. 65 do RPAF/1999, argumenta que os pareceres apresentados pelas auditoras não se aplicam na situação em análise, porquanto concernentes a consulentes distintos do impugnante.

Repete as alegações de que não possui obrigação legal de comprovar as informações prestadas por seus clientes. As autoridades do fisco não lograram demonstrar em qual norma se acha este dever, o que afronta o princípio da legalidade.

Reitera os pedidos da defesa e pede que a autuação seja julgada improcedente.

Às fls. 1.279/1.280 foram colacionados comprovantes de pagamento parcial.

VOTO

Relativamente à validade do procedimento administrativo, constato que os auditores expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram o ilícito, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o embasamento jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e na manifestação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Os autos encontram-se devidamente instruídos, inexistindo dúvidas ou incorreções que ensejem a necessidade de diligência, perícia ou revisão fiscal, pelo que indefiro o pedido respectivo.

No mérito, primeiramente, é preciso esclarecer que a função normativa exercida pelas agências reguladoras não guarda correspondência com a desempenhada pelos chefes dos poderes executivos da Federação na expedição de decretos regulamentares, não podendo esta servir de fundamento para aquela, nem aquela para esta, muito menos para fins tributários, de acordo com as razões que serão a seguir aduzidas.

É de se reconhecer que as referidas autarquias especiais são dotadas de competência normativa própria, peculiar às atividades que lhe são características e diferenciada daquela concedida constitucionalmente aos chefes dos executivos, neste caso para expedição de decretos (regulamentos). Não há base jurídica para o exercício, por estas entidades, de poderes normativos que sirvam como supedâneo, paradigma, derroguem ou prevaleçam sobre os outorgados a outras entidades da Administração Pública, principalmente quando os mesmos encerram consequências fiscais.

Muito bem, o art. 155, § 2º, XII, “g” da CF/1988 dispõe que cabe às leis complementares regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, as isenções, incentivos e

benefícios fiscais serão concedidos (as). Portanto, sendo a redução de base de cálculo uma espécie de isenção, consoante interpretação já pacificada no STF (por exemplo em decisão monocrática no Recurso Extraordinário 433.150-MG), não pode ser estabelecida por regras emanadas de agências reguladoras, mas em conformidade com os acordos interestaduais firmados entre as unidades federativas competentes para legislar sobre o ICMS através de representantes eleitos.

É com este parâmetro que se deve interpretar o art. 80, I, “a” do RICMS/1997 (“*classes de consumo industrial e rural*”), sob pena de violação do pacto federativo e de chancela a uma indesejável insegurança jurídica. Não se trata de declarar inconstitucionalidade de dispositivo da legislação estadual (art. 167, I, RPAF/1999), mas de indicar qual é a melhor interpretação a lhe ser conferida.

Registre-se o fato de que a ANEEL é uma autarquia federal, sendo que o art. 151, III da CF/1988 proíbe a União de conceder isenções relativas a tributos estaduais ou municipais. Mais uma vez, reitero, a redução de base de cálculo implica em isenção parcial.

(...). Dessarte, o benefício fiscal da redução da base de cálculo corresponde à isenção parcial, sendo devido o estorno proporcional do crédito de ICMS, nos termos da alínea b do referido dispositivo constitucional, razão pela qual tal prática tributária não ofende o princípio da não cumulatividade, pois configura uma das duas exceções previstas na CF/1988. Com essas considerações, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados do STF: RE 174.478-SP, DJ 30/9/2005; RE 559.671-RS, DJe 23/4/2010; AI 661.957-RS, DJe 29/10/2009, e AgRg no AI 526.737-RS, DJe 1º/8/2008. RMS 29.366-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/2/2011. (Fonte: STJ).

Por conseguinte, não é pertinente a inclusão da Resolução 456/2000 no campo “*Enquadramento legal*” de fl. 03, em razão do acima exposto (é norma destituída de qualquer eficácia jurídica tributária), assim como não surtem efeitos em âmbito estadual as disposições regulamentares referentes ao IPI. Tal vício não macula o lançamento de ofício, uma vez que foi corretamente indicado o art. 80, I, II e III do RICMS/1997, com dispositivo correspondente no art. 49 da Lei nº 7.014/96.

Como dito, na situação em análise foi tido como infringido o art. 80, I, II e III do RICMS/1997, cuja redação é a seguinte.

Art. 80. É reduzida a base de cálculo das operações com energia elétrica, de acordo com os seguintes percentuais:

I - 52%, quando:

a) destinada às classes de consumo industrial e rural;

b) destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel, enquadrado na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-Fiscal) sob os códigos 5511-5/03 e 5512-3/03;

c) destinada à atividade hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8610-1/01.

II - 32%, quando:

a) destinada ao consumo pelos órgãos da administração pública federal direta e fundações mantidas pelo poder público federal;

b) destinada às demais classes de consumo, excetuadas as classes residencial e comercial;

III - 100%, quando destinada ao consumo pelos órgãos da administração pública municipal e fundações mantidas pelo poder público municipal e à iluminação pública.

Sendo o responsável pelo destaque e recolhimento do imposto, em que pese as normas da ANEEL ventiladas pelo sujeito passivo, concluo que o mesmo, em razão do que foi exposto e fundamentado nas linhas acima, possui sim responsabilidade sobre as informações concedidas pelos usuários ou adquirentes de energia elétrica, considerada bem móvel no art. 83, I do Código Civil de 2002. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, é obrigação do contribuinte exigir de outro, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do documento de identificação eletrônico (DIE, art. 142, I, RICMS/1997).

Comungo com a concepção dos autuantes de que, uma vez que o caso vertente trata de benefício, deve ser observada a interpretação literal.

A sociedade empresária CETREL (CENTRAL DE TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS S/A), como o próprio nome está a indicar, desenvolve atividade não industrial caracterizada pelo tratamento dos resíduos gerados nas unidades produtoras do Pólo Petroquímico de Camaçari, com o fim de minimizar os impactos ambientais (fl. 1.224; CNAE 3701-1/00).

Com efeito, as quantias referentes ao consumo de energia elétrica de construtoras não foram objeto da autuação. Os adquirentes / usuários incluídos na planilha de defesa exercem serviços de engenharia, cartografia, compra e venda de imóveis, aluguel de máquinas e andaimes, holdings de instituições não financeiras e tratamento de dados.

No tocante às empresas geradoras FAFEN ENERGIA e CHESF, os valores pagos a título de tarifa de uso do sistema de distribuição compõem a base de cálculo do ICMS (Pareceres de fls. 1.248 a 1.255). Ao disponibilizar a sua rede para a transmissão, o autuado efetiva uma das etapas da circulação da mercadoria, caracterizando assim subsunção na hipótese de indidênci a do gravame. É atribuída ao consumidor de energia elétrica conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do tributo devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada no seu estabelecimento (Conv. ICMS 117/04; art. 571-B do RICMS/1997).

Observo que, consoante informaram as autoridades fiscais, vários estabelecimentos não responsáveis pelo desenvolvimento de atividade hospitalar (CNAE 8511-1/00), a exemplo de casas e centros de saúde, clínicas, policlínicas, consultórios e ambulatórios, tiveram base de cálculo reduzida indevidamente, consoante planilhas juntadas ao processo e CD respectivo. Nesse ramo, apenas está amparada pelo benefício da redução prevista no art. 80, I, “c” RICMS/1997 a classe de atividade de atendimento hospitalar, cujo código é 8511-1/00.

Com relação ao CNPJ 13.252.226/0001-2 (fls. 1.100 e 1.142), verifico na “Planilha_3_Classe_1_CNAE_2007” do CD de fl. 1.071 que serviu de código para contratos firmados com inúmeros estabelecimentos responsáveis por atividade médica e ambulatorial restrita a consultórios (coluna “G”), a exemplo de CLINAZA CLÍNICA NAZARÉ S/C, ASSOCIAÇÃO A I MATERNIDADE, CLÍNICA N S DE LOURDES, CLÍNICA M CIRÚRGICA V CONQUISTA, UNICOR C LTDA., entre outros, além de restaurantes, similares e môtéis (VINNYS MOTEL LTDA.).

Surpreendente que uma sociedade empresária com a dimensão da COELBA use um só CNPJ para contratar com diversas pessoas jurídicas de direito privado, cujas atividades econômicas se mostram as mais variadas, pois é forçoso concluir que seus sistemas de informática tenham capacidade para detectar tal incongruência.

Igual situação se verifica no que concerne a outros códigos do CNPJ.

À fl. 1.146 foi anexado um acordo de vontades estabelecido entre o impugnante e a Prefeitura do Município de Irecê. Entretanto, este não foi localizado nas planilhas do CD de fl. 1.071 e não restou indicado na defesa de que levantamento fiscal o mesmo constou, o que reclama a aplicação da regra do art. 143, RPAF/1999. O mesmo ocorre com relação àquele de número 30194047 (CNPJ 13.252.226/0001-2, fls. 1.100 e 1.142), acima tratado. Igualmente, na avença de fl. 1.147 foi grafado o termo “hospital”, muito embora tenha sido efetuada com a CHESF.

O contrato número 034779821 foi firmado com o Instituto de Promoção da Saúde e Desenvolvimento Social PROMIR, associação privada cujo objetivo é a defesa de direitos sociais (não elencado entre os que possuem a base de cálculo reduzida), com o CNPJ 02.057.814/0001-98.

Quanto à insurgência contra a “glosa da redução da base de cálculo no valor de R\$ 278.922,32”, sob a alegação de que os clientes seriam hotéis (art. 80, I, “b”, RICMS), assiste razão aos autuantes, de vez que os mesmos à época dos fatos ou não exerciam a atividade em comento ou se encontravam com o CNPJ baixado nos arquivos do Convênio ICMS 115/2003, como por exemplo os de números 02.268.844/0001-43 e 63.191.209/0001-08. Vide Parecer transcrito à fl. 1.229, no qual figurou como consultente a sociedade ora autuada, onde restou dito que “o que deve ser levado em consideração para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo a que se reporta o art. 80, I, “b” do RICMS/BA é a efetiva e preponderante atividade realizada pelo

estabelecimento, devendo este, no entanto, fazer constar dos seus dados cadastrais a correta classificação fiscal da sua atividade, daí porque deve a consulente exigir do seu cliente que efetue a correção do CNAE constante do seu cadastro, adequando-se à atividade que de fato exerce com preponderância”.

O adquirente / usuário do contrato de número 202456650, de acordo com o contribuinte autuado, é o Complexo Hoteleiro Sauípe e a correlata aquisição de energia foi objeto de glosa (CNPJ 03.720.753/0001-60). Entretanto, observo nos autos que este não fez parte dos levantamentos fiscais. A sociedade empresária de nome Sauípe “*que sofreu glosa na redução da base de cálculo*” possui o CNPJ número 00.866.577/0001-80 e é uma holding de instituições não financeiras, empresa não amparada pelo benefício.

No que pertine às padarias, encontram-se na seção G do CNAE Fiscal 2.0 (fl. 1.233). Na seção C (indústrias de transformação) existe na divisão FABRICAÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS a subclasse FABRICAÇÃO DE PRODUTOS DE PANIFICAÇÃO, que não compreende as padarias com oferta direta ao público (último item das notas explicativas da fl. 1.234).

Independentemente do que estabeleça a ANEEL, em razão do que foi dito no início da análise de mérito, concluo que a atividade “*Canteiro de Obra*” não é industrial. Portanto, não está sob o albergue da norma do art. 80, I, “a”, RICMS/1997.

Mais uma vez, reiterando que não há eficácia jurídica fiscal no item 29 do art. 20, II da Resolução ANEEL 456/2000, muito menos em qualquer norma exarada por órgão destituído de competência legislativa tributária, destacando uma outra vez a regra do art. 151, III da CF/1988, repito que estamos a tratar de benefício, uma vez que é pacífico o entendimento de que a redução de base de cálculo equivale à isenção parcial (decisão monocrática no Recurso Extraordinário 433.150-MG; RE 174.478-SP, DJ 30/9/2005; RE 559.671-RS, DJe 23/4/2010; AI 661.957-RS, DJe 29/10/2009; AgRg no AI 526.737-RS, DJe 1º/8/2008 e RMS 29.366-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/2/2011). Portanto, a interpretação deve ser literal, pelo que não cabem as argumentações concernentes às “*outras indústrias*”.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299324.0111/11-5**, 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\$ 14.186.679,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA