

PROCESSO - A. I. Nº 299324.0006/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0123-05/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 02/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-11/14

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. A empresa destinatária (CETREL - Central de Tratamento de Efluentes Líquidos) da energia elétrica fornecida pelo autuado tem direito ao gozo da redução da base de cálculo prevista no art. 80, inc. I, “a” do RICMS/BA/97 e art. 268, inc. XVII, “a”, do RICMS/BA/12, visto que desempenha, nos termos das Resoluções nºs 456/2000 e 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), atividade de suporte às indústrias localizadas no Polo Petroquímico de Camaçari/BA. Decisão amparada em Pareceres Jurídicos da Procuradoria do Estado da Bahia juntados na peça impugnatória. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2013 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$746.703,93, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, “a”, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte imputação:

“Recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte autuado é uma empresa concessionária do serviço público de energia elétrica. Está sujeito às normas do órgão regulador 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 uma única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio ICMS 115/2003 (...)”.

Fatos geradores verificados nos meses de janeiro, fevereiro, e de abril a dezembro de 2011, e meses de janeiro a dezembro de 2012.

Consta na descrição da acusação também que:

“O ICMS cobrado neste Auto de Infração está com a exigibilidade suspensa em decorrência do Mandado de Segurança nº 0401719-17.2012.8.05.0001 cuja Decisão interlocutória encontra-se anexa às fls. 168 e 169.

(...)

A tarifa de energia elétrica definida pela ANEEL para a Coelba é sem tributos. Esta agrega os tributos PIS, COFINS e ICMS para determinar o preço final aos consumidores.

Para os consumidores que possuem o benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, prevista no art. 80, inciso I, a, b, c, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a COELBA agrega de ICMS o valor correspondente a uma carga tributária de 12,69%, para encontrar a base de cálculo, que posteriormente é reduzida em 52%, e por fim sobre esta aplica a alíquota de 27% para determinar o ICMS devido”.

Para os consumidores que não possuem o direito ao benefício de redução de base de cálculo de 52%, a COELBA agrega, à tarifa, ICMS no valor correspondente a uma carga tributária de 27% para determinar a base de cálculo do imposto, sobre o qual é aplicada a alíquota de 27% resultando no ICMS devido.

Durante a ação fiscal constatamos que a COELBA aplicou indevidamente o referido benefício fiscal para as unidades consumidoras da empresa CETREL que não se enquadram na classe de consumo industrial. A

determinação da base de cálculo foi efetuada de forma errônea ao se incluir uma carga tributária de 12,69% ao invés de 27%, resultando em uma base de cálculo menor, e, consequentemente, ICMS a menor que o devido. (...)"

No presente PAF foi reclamado ICMS referente às diferenças entre a base de cálculo com a inclusão da carga tributária de 27% e a base de cálculo com a carga calculada pela empresa autuado, de 12,69%.

O Fisco acostou documentos às fls. 07 a 169.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 176 a 194, acostando documentos às fls. 195 a 221, dentre os quais, às fls. 218 e 219, cópia do Ofício nº 204/2011 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, no qual afirmado pela ANEEL que a empresa CETREL S.A. deve ser classificada como "industrial".

As autuantes prestaram informação fiscal às fls. 219 a 224 contestando as alegações defensivas e mantendo a imputação.

Cientificado da informação fiscal, o autuado novamente pronunciou-se às fls. 245 a 249, novamente insurgindo-se contra a imputação. Anexou documentos às fls. 255 a 272, dentre os quais cópia de Parecer jurídico expedido pela PGE/PROFIS (fls. 266 a 270) em outro PAF no qual o ora autuado era igualmente o sujeito passivo.

À fl. 274 as autuantes foram cientificadas do conteúdo da manifestação apresentada pelo contribuinte, mantendo-se silentes.

O julgamento unânime em Primeira Instância julgou Improcedente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0123-05/14, às fls. 287 a 297. Em seu voto assim se expressa o Relator:

VOTO

No Auto de Infração em lide é exigido ICMS no valor de R\$746.703,93, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, "a", da Lei nº 7.014/96, com a seguinte imputação: "Recolheu a menor ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte autuado é uma empresa concessionária do serviço público de energia elétrica que está sujeito às normas do órgão regulador do setor, que é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e à legislação do ICMS do Estado da Bahia. Emite Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, Modelo 6, em uma única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio ICMS 115/2003".

A redução de base de cálculo a que fez referência as autoridades administrativas autuantes, encontra-se inserida no art. 80, I, letra "a", do RICMS/97, com a seguinte redação, abaixo reproduzida:

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;

Frente à revogação do RICMS/97, a citada regra foi transporta para o art. 268, inc. XVII, letra "a", do RICMS/12, Decreto nº 13.780/12, com a mesma redação.

A questão em discussão no presente processo é de ordem eminentemente jurídica, relacionada à interpretação das normas do RICMS, acima citadas, que regem o benefício da redução da base de cálculo nas operações de fornecimento de energia elétrica.

Considerando a relevância do tema, valho-me do Parecer da Procuradoria Estadual (PGE), reproduzido nestes autos, da lavra do Procurador José Augusto Martins Júnior, inserido às fls. 266 a 269 do presente PAF, com o seguinte teor, "in verbis":

"Da análise dos autos, vejo que a questão gira em torno da interpretação que se deve dar ao art. 80, I, a do RICMS, que concede redução de base de cálculo nas operações com energia elétrica em 52% quando destinada às "classes de consumo industrial e rural".

De um lado, o autuante entende que a CETREL não possui natureza de empresa industrial, fundamentando no Código de Atividade- CNAE junto a SEFAZ.

O recorrente sustenta que a CETREL é enquadrada na categoria de "classe de consumo industrial" pela ANEEL, com base na Resolução 456/2000 dessa Agência Reguladora, que define o conceito de classes de

consumo.

Entendo que a expressão “classe de consumo industrial” contida no art. 80, I, a do RICMS, decorrente do Convênio ICMS 115/2003, adota expressão própria do Direito Regulatório, o que nos leva a buscar nessa fonte a sua correta interpretação.

Se assim não pretendesse, o legislador teria se valido de termo próprio do Direito Tributário, a exemplo “estabelecimento industrial”, “atividade industrial”, “indústria”, etc.

Ao se utilizar de expressão própria do Direito Privado, a legislação tributária a ela fica adstrita, não podendo dar outro alcance, conforme orientação contida no 110 do CTN, que pode ser levada em consideração, em que pese não ser especificamente o caso.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Partindo dessa premissa, buscaremos junto a Agência Reguladora de Energia Elétrica, o que significa “classe de consumo industrial”.

A Resolução nº 456/2000 da ANEEL define, no art. 20, o conceito de classe industrial, a saber:

Art. 20. Ficam estabelecidas as seguintes classes e subclasses para efeito de aplicação de tarifas:

II – Industrial

Fornecimento para unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial, inclusive o transporte de matéria-prima, insumo ou produto resultante do seu processamento, caracterizado como atividade de suporte e sem fim econômico próprio, desde que realizado de forma integrada fisicamente à unidade consumidora industrial, devendo ser feita distinção entre as seguintes atividades, conforme definido no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas - CNAE:

Vejo, pois, que a ANEEL fixa duas hipóteses para que o estabelecimento seja enquadrado na “classe de consumo industrial, quais sejam: desenvolver atividade industrial ou de suporte à indústria.

É fato incontroverso que a CETREL não exerce atividade industrial.

Passemos, então, a observar se por acaso estaria na hipótese de “suporte à indústria”.

Fixa a referida resolução da Agência Reguladora que atividade de suporte para esse fim, há de ser prestada sem fim econômico e de forma integrada fisicamente à unidade consumidora industrial.

A CETREL afirma que presta serviço de suporte à indústria, tratando os seus efluentes, de forma integrada fisicamente, já que o transporte se dá através tubulações que a ligam às indústrias.

Apesar da atividade prestada pela CETREL ser de conhecimento público, entenderia necessária verificação in loco, se não fosse pela manifestação dada pela própria ANEEL, ao responder a consulta formulada pela interessada, constante à fl. 2038 dos autos.

Dessa forma, segundo as informações ora encaminhadas, considerando que: (i) a CETREL S.A. é pessoa jurídica constituída para atender exclusivamente as indústrias integrantes do pólo petroquímico de Camaçari-Ba, cujo quadro societário é constituído por estas indústrias, detentoras de 75% das ações do capital social, e pelo Governo do Estado da Bahia, detentor dos outros 25%; (ii) que a empresa realiza o tratamento de efluentes resultantes do processo produtivo dessas indústrias; e (iii) que este produto é coletado e transportado por sistema interligado de tubulações e canais junto a estas indústrias, verifica-se que a empresa CETREL S.A. atende aos quesitos estabelecidos nos itens a), b) e c) supramencionados. Portanto, para efeitos tarifários, deve ser classificada como “industrial”.

Considerando, pois, que a agência Reguladora, ANEEL, reconhece que a CETREL deve ser enquadrada na “classe de consumo industrial”, por preencher os requisitos fixados na Resolução nº 456/2000, entendo que está correta a redução da base de cálculo do ICMS, na forma prevista pelo art. 80, I, a do RICMS, lastreado no Convênio 115/2003.

O referido Parecer foi homologado pela Procuradora Assistente, através do despacho exarado nos autos do respectivo processo administrativo fiscal, de nº PGE/2012105144-5.

Na mesma linha de entendimento o Parecer Jurídico predecessor, exarado pela Procuradora do Estado, em 27/11/12, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, no PAF nº 2810710102100, com a seguinte ementa:

Ementa: Diligência CJF. Recurso Voluntário. Redução da carga tributária. Enquadramento ou não da CETREL na classe de consumo industrial. Competência da ANEEL.

Observe, em concordância com as análises jurídicas contidas nos Pareceres acima citados que a expressão “classe de consumo industrial” não se confunde ou não é coincidente ou mesmo equivalente às expressões “estabelecimento industrial”, ou “estabelecimento que exerça atividade industrial”, ou mesmo “estabelecimento inscrito/cadastrado como indústria”.

A expressão “classe de consumo industrial”, por não está expressamente definida ou delimitada na norma tributária de regência do ICMS (Convênio ICMS nº 115/2003 e Regulamentos do imposto), deve ter o seu sentido semântico extraído do direito regulatório, positivado na norma da Resolução ANEEL nº 456/2000, sucedida pela Resolução ANEEL nº 414/2010, com o seguinte teor, nos dispositivos aplicáveis a situação posta em exame:

Art. 4º A distribuidora deve classificar a unidade consumidora de acordo com a atividade nela exercida e a finalidade da utilização da energia elétrica, ressalvadas as exceções previstas nesta Resolução.

Parágrafo único. A distribuidora deve analisar todos os elementos de caracterização da unidade consumidora, objetivando a aplicação da tarifa a que o consumidor tiver direito.

(...)

Art. 6º Quando houver mais de uma atividade na mesma unidade consumidora, sua classificação deve corresponder àquela que apresentar a maior parcela da carga instalada.

Logo, o critério correto para aferição da atividade preponderante de cada unidade consumidora de energia elétrica é o da “maior parcela da carga instalada”, conforme interpretação conjunta dos arts. 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010, acima reproduzidos. Deve prevalecer, no caso concreto, os critérios, padrões e conceitos impostos pela norma reguladora para fim de classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica, pois ela é a entidade competente para a regulamentação do setor, conforme determina o art. 2º da Lei nº 9.427/96.

Observe ainda que a norma tributária concessiva do benefício da redução da base de cálculo do imposto não dispôs em sentido contrário ao direito regulatório, visto que o legislador do Convênio e do RICMS adotou a expressão semântica extraída das Resoluções da ANEEL: “classe de consumo industrial”. Se o legislador do ICMS desejasse delimitar o benefício tão somente aos contribuintes que exercessem efetivamente atividade industrial, teria utilizado, na norma concessiva, expressões distintas, a exemplo de “contribuinte que exerça atividade de indústria”; “contribuinte inscrito no cadastro do ICMS como indústria”; com “CNAE nº de indústria”, ou coisa equivalente.

Pelo exposto, estou convencido que a empresa destinatária da energia elétrica fornecida pelo autuado tem direito ao gozo da redução da base de cálculo prevista no art. 80, inc. I, “a” do RICMS/97 e art. 268 do RICMS/12, visto que desempenha, nos termos das Resoluções da ANEEL acima transcritas, atividade de suporte às indústrias localizadas no Pólo Petroquímico de Camaçari.

Em reforço a este entendimento há nos autos, às fls. 218/219, o Ofício da ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, enquadrando a empresa CETREL S/A., na “classe de consumo industrial”.

O referido enquadramento está permeado por uma lógica que faz sentido. Senão vejamos. As atividades desenvolvidas pela CETREL - CENTRAL DE TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS S.A., relativa ao tratamento dos efluentes e resíduos líquidos e sólidos é etapa do processo produtivo industrial, constituindo operação de suporte às indústrias instaladas no Pólo Petroquímico de Camaçari-Ba, conforme foi ressaltado no Parecer da PGE, com perfeito enquadramento na Resolução ANEEL, nº 414/2010, para fins tarifários, definição “da classe de consumo” e consequente delimitação da carga tributária do ICMS. Vejamos mais uma vez o conteúdo da norma regulatória, fixada na mencionada Resolução:

Art. 5º A aplicação das tarifas deve observar as classes e subclasses estabelecidas neste artigo.

(...)

§ 2º A classe industrial caracteriza-se pelo fornecimento à unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, assim como o transporte de matéria-prima, insumo ou **produto resultante do seu processamento, caracterizado como atividade de suporte e sem fim econômico próprio, desde que realizado de forma integrada fisicamente à unidade consumidora industrial.** (grifos nossos)

A CETREL S.A., é uma empresa com participação acionária do Estado da Bahia e das companhias industriais instaladas no Pólo Industrial de Camaçari. Por uma questão de logística e operacionalidade foi criada esta empresa para esse fim específico, que congrega interesses multilaterais: do Estado e da sociedade, quanto ao tratamento dos resíduos industriais e à salubridade do meio-ambiente; e das empresas instaladas no Pólo Petroquímico de Camaçari, relativamente ao interesse no descarte de resíduos líquidos derivados de seus respectivos processos produtivos com os respectivos custos inerentes.

Se o tratamento e descarte dos resíduos fosse efetuado pelas próprias indústrias geradoras dos elementos poluentes, nas suas respectivas unidades de produção, a discussão trazida neste processo não estaria sendo

travada, visto que teríamos a atividade industrial totalmente integrada na mesma unidade empresarial, envolvendo: produção fabril, tratamento e descarte dos resíduos decorrentes.

O fato da atividade de tratamento de efluentes ter sido segmentada e transferida à CETREL, não descaracteriza a unidade empresarial como exercente de operações de suporte às indústrias, e, portanto, submetida ao mesmo regime tarifário e de enquadramento na “classe de consumo industrial”, nos termos da norma regulatória, inclusive por exercer a atividade de forma integrada às demais empresas, via conexão por tubulações e canais na área de produção que fazem parte da estrutura física do Pólo Industrial de Camaçari.

Ressalto ainda que em decisão recente, a 2ª Câmara de Julgamento do CONSEF, no Auto de Infração nº 281071.0102/10-0, adotou idêntico entendimento, ou seja, pela inexigibilidade do ICMS com a base de cálculo sem a redução prevista no Regulamento, nas operações de fornecimento de energia da COELBA para a CETREL S/A. Na referida Decisão, formalizada através do Acórdão nº 0147-12/14, de 26 de maio de 2014, o órgão recursal se valeu também o Parecer Jurídico da PGE.

Isto posto, voto, no mérito, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ficando prejudicado o exame do pedido de nulidade do lançamento formulado pelo contribuinte na inicial.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Em sustentação oral na assentada de julgamento o contribuinte ressaltou pontos já explicitados na impugnação originária, citando as Resoluções ANEEL nºs 456/2000 e 414/210.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto para reexame da Decisão de Primeira Instância, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Consoante descrito no Relatório que antecede este voto, o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS relativo à operação de comercialização de energia elétrica, em operações destinadas à empresa CETREL - Central de Tratamento de Efluentes Líquidos.

O Fisco lançou o ICMS referente à diferença entre a base de cálculo reduzida em 52% pela fornecedora de energia elétrica, COELBA, por entender que a empresa destinatária, CETREL, não preenchia os requisitos estabelecidos no art. 80, I, “a” do RICMS/BA/97 e art. 268, XVI do RICMS/BA/12 (Convênio ICMS 115/03), ou seja, que a atividade da CETREL e o seu Código de Atividade na Classificação Nacional de Atividade Econômica - CNAE não permitiria a caracterização da operação como energia elétrica vendida para “consumo industrial”.

A Junta de Julgamento Fiscal julgou o Auto de Infração improcedente, elucidando que embora a CETREL não seja uma indústria, e assim não use o Código CNAE de indústria, todavia enquadra-se no conceito de unidade consumidora que desempenha atividade de suporte à indústria, tal como previsto no artigo 20 da Resolução ANEEL 456/2000, decisão esta inclusive lastreada no Parecer PGE/PROFIS coligido aos autos pelo impugnante, às fls. 266 a 270 deste processo.

Não merece reparo o julgamento de base.

Este tema já foi apreciado em outras lides neste contencioso administrativo, e consolida-se o entendimento na vertente esposada pela Junta de Julgamento Fiscal.

De fato, nas operações de venda objeto da autuação, a empresa destinatária da energia elétrica, CETREL, exerce atividade de suporte às indústrias localizadas no Polo Petroquímico de Camaçari e, tal como dito no multicitado Parecer PGE/PROFIS, quando a legislação tributária utiliza-se de expressão própria do Direito privado, a esta fica adstrita nos termos do artigo 110 do CTN.

Assim, uma vez que a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, no artigo 20 de sua Resolução nº 456/2000 define o conceito de classe de consumo de energia elétrica para efeito de aplicação de tarifas, para tanto explicitando que enquadra-se na classe “Industrial” a unidade consumidora de energia elétrica que exerça atividade de suporte à indústria, e sem fim econômico próprio, resta que a CETREL enquadra-se nesta previsão normativa. A esta interpretação acresce-se a inteligência dos artigos 4º, parágrafo único, e 6º, ambos da Resolução

ANEEL nº 414/2010, também citada na Decisão de base. Enquadrando-se assim a CETREL, a COELBA utiliza corretamente o benefício de redução de base de cálculo para as vendas que para a CETREL promove, e não procede a imputação de recolhimento a menos do ICMS objeto do Auto de Infração que origina a lide.

Ou seja, embora a CETREL não exerça atividade industrial, o art. 80, I, “a” do RICMS/BA/97 prevê a redução da base de cálculo nas operações com energia elétrica quando “destinada às classes de consumo”, cuja aplicação das tarifas deve observar as “classes e subclasses” estabelecidas no art. 5º, §2º da Res. 456/00, levando em consideração para a classificação aquela que apresentar a maior parcela de carga instalada.

Para dissolver qualquer dúvida, a empresa autuada, COELBA, colacionou às fls. 218 e 219 cópia do Ofício nº 204/2011 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, no qual afirmou que a empresa CETREL S.A. deve ser classificada como classe de consumo “industrial”.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299324.0006/13-3**, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA DE TEIXEIRA ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS