

**A. I. N°** - 298922.0003/12-2  
**AUTUADO** - NC ENERGIA S.A.  
**AUTUANTES** - LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA, JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO,  
LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA e JOSÉ MARCELO PONTES.  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 19.05.2014

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0076-02/14**

**EMENTA:** ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. ERRO DA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Conforme disposto no Convênio 83/00, a autuada tem responsabilidade pelo pagamento do ICMS substituição tributária devido na entrada da energia no estabelecimento adquirente neste Estado, quando a energia não for destinada a comercialização ou a industrialização, devendo fazer a retenção e recolhimento através de GNRE. Constatado o pagamento do ICMS, porém o mesmo foi retido e recolhido a menos em virtude de ter sido calculado de forma errada, sem incluir o imposto na própria base de cálculo e, em alguns casos, com uma redução indevida na base de cálculo, uma vez que não se tratava de estabelecimento industrial. Rejeitada preliminares de nulidades. Não acolhida alegação de decadência. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/12/2012, para exigir ICMS no valor histórico de R\$5.859.822,38, em decorrência de:

INFRAÇÃO 01 – 08.29.01 - Falta de retenção do ICMS na venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este estado. Trata-se de empresa comercializadora de energia elétrica, situada no Rio de Janeiro. Conforme disposto no Convênio 83/00, a autuada tem responsabilidade pelo pagamento do ICMS substituição tributária devido na entrada da energia no estabelecimento adquirente neste Estado, quando a energia não for destinada a comercialização ou a industrialização, devendo fazer a retenção e recolhimento através de GNRE. Constataram o pagamento do ICMS, porém o mesmo foi recolhido a menor em virtude de ter sido calculado de forma errada, sem incluir o imposto na própria base de cálculo e, em alguns casos, com uma redução indevida na base de cálculo, uma vez que não se tratava de estabelecimento industrial. Em relação aos destinatários Transpetro e Condomínio Salvador Shopping, a autuada procedeu a uma redução indevida da base de cálculo do imposto, em 52%, apenas prevista para estabelecimentos industriais.

O autuado por não concordar com a lavratura do Auto de Infração apresentou impugnação, fls. 203 a 243, inicialmente destaca tempestividade da impugnação e informando que é empresa que atua no ramo de comércio atacadista de energia elétrica. Em função disso, está sujeita à incidência do ICMS sobre o exercício dessa atividade, bem como às normas que regulamentam os procedimentos e obrigações acessórias relacionadas ao tributo em questão.

Transcreve os dispositivos indicados na autuação.

**Convênio ICMS 83/00**

*Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização. (redação vigente à época do fato gerador, antes do Convênio ICMS nº 135 de 24.09.2010);*

*Cláusula segunda. O valor do imposto retido é resultante da aplicação da alíquota interna prevista na legislação da unidade federada de destino sobre a base de cálculo definida no art. 13, inciso VIII e § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.*

*Cláusula terceira. O imposto retido deverá ser recolhido até o 9º (nono) dia subsequente ao término do período de apuração em que tiver ocorrido a retenção, a crédito da unidade federada em cujo território se encontre estabelecido o adquirente da mercadoria.*

**RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97**

*Art. 370. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93). (...).*

*Parágrafo 2º. Cabe ao gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, nas operações interestaduais que promover, relativamente a energia elétrica destinada a consumidor situado neste Estado, quando essa não destinar-se à comercialização ou industrialização (Conv. ICMS 83/00).*

**Lei 7.014/96**

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*(...).*

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*(...).*

*e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição;*

Em sede preliminar, requer que seja reconhecido o transcurso do prazo decadencial quinquenal para a Fazenda Pública efetuar o lançamento de créditos tributários correspondentes a diferenças de ICMS supostamente recolhido a menos, decorrentes de fatos geradores anteriores a 26 de dezembro de 2007. Para fins de contagem do prazo decadencial, portanto, nos casos em que há o pagamento do imposto, ainda que a menor, aplica-se o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN, contando-se o prazo de 5 anos do fato gerador, citando doutrina sobre o tema.

Argui nulidade do Auto de Infração, transcrevendo os artigos 18 e 39 do RPAF/99.

Aduz que um dos fundamentos da autuação foi o suposto recolhimento de ICMS a menos “em virtude de ter sido calculado de forma errada, sem incluir o imposto na própria base de cálculo”. O cálculo indicado no Anexo I que integrou o auto de infração, então, indicaria os valores correspondentes à diferença entre o valor de ICMS já recolhido (sem a inclusão do ICMS na própria base de cálculo) e o valor correto do ICMS (com a inclusão do ICMS).

Assegura que, de um lado, verifica-se que a empresa autuada não deixou de incluir o ICMS na sua própria base de cálculo, ao contrário do que constou da descrição dos fatos indicada no auto de infração. Conforme se extrai da planilha anexa (Conjunto Documental 03), a base de cálculo do ICMS-ST foi extraída pela empresa autuada com base no valor do produto, devidamente acrescido do ICMS incidente na operação. A título exemplificativo, observa a primeira nota fiscal indicada na planilha anexada (Conjunto Documental 03), em que o valor do produto era de R\$33.879,50 e o valor da base de cálculo do ICMS-ST foi de R\$46.410,28. De pronto, é possível verificar que este último valor corresponde ao valor do produto acrescido do ICMS incidente (fórmula:  $R\$33.879,50/0,73$ , uma vez que a incidência do ICMS se dava no percentual de 27%).

Frisa que, ao contrário do que constou da autuação, o ICMS foi incluído na sua própria base de cálculo para fins de computar o ICMS devido. Nesse contexto, destaca que eventual erro na descrição dos fatos, tal qual no presente caso, repercute necessariamente sobre a plena defesa da autuada, por imperativo lógico.

Salienta que, de outro lado, o suposto valor correto do ICMS indicado no Anexo I não representa o cálculo do imposto com a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo. Indica, na verdade, valor muito superior a tal inclusão. Para fins de demonstrar o que alega, calculou a empresa autuada o valor correto do ICMS com a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, chegando-se aos valores indicados nesta outra planilha (Conjunto Documental 04).

Assegura que a SEFAZ/BA considerou como valor das mercadorias (volume x preço) valor superior ao correspondente às operações efetivamente realizadas, tendo utilizado valor em que já havia a inclusão do ICMS. Ou seja, findou por incluir na base de cálculo parte do valor do ICMS duplamente.

Também a título exemplificativo, cita que verificando a primeira nota fiscal da segunda planilha (Conjunto Documental 04) o valor das mercadorias considerado pelo Fiscal foi de R\$38.924,06, tomando por base o valor total indicado na nota fiscal (vide Conjunto Documental 05 – cópia das notas fiscais). Diz que esse valor não corresponde tão somente ao valor das mercadorias, mas sim ao valor das mercadorias (R\$ 33.879,50) acrescido do imposto que a empresa calculou como devido (R\$ 5.044,56). Percebe que a soma desses valores corresponde ao montante indicado pelo fiscal como sendo o suposto valor das mercadorias ( $R\$ 33.879,50 + R\$ 5.044,56 = R\$ 38.924,06$ ).

Conclui que os valores indicados no Anexo I não correspondem à descrição dos fatos constantes do termo de encerramento do auto de infração, o que nulifica por completo a autuação, visto que prejudica sobremaneira o direito do contribuinte. Há, pois, clara ofensa ao art. 39, incisos III e IV do RPAF acima transcrito.

Ressalta que a identificação dos erros incorridos pela autoridade autuante só foram identificados pela NC Energia após enorme esforço da sua contabilidade em identificar as falhas acima apontadas, uma vez que os valores apresentados pelo fiscal não traziam qualquer relação com os fatos narrados pelo mesmo.

Repisa que, além de nítido erro na descrição dos fatos, os números indicados pelo fiscal em sua autuação não representam o valor do ICMS devido com a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, não havendo correlação entre a descrição da infração e os cálculos apresentados, o que nulifica por completo a autuação.

Ainda em relação a não inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, argui nulidade alegando a falta de correspondência entre os dispositivos legais apontados e a listagem de empresas constante do ANEXO 1.

Aduz que os dispositivos legais apontados pela autoridade autuante a fim de embasar a cobrança do ICMS realizada no presente caso foram, primordialmente, os seguintes:

**Convênio ICMS 83/00**

*Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, **inclusive o agente comercializador de energia elétrica**, situados em outras unidades federadas, a condição de **substitutos tributários**, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de **energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização**. (redação vigente à época do fato gerador, antes do Convênio ICMS nº 135 de 24.09.2010);*

(...).

**RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97**

*Art. 370. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93). (...).*

*Parágrafo 2º. Cabe ao gerador ou distribuidor, inclusive o **agente comercializador de energia elétrica**, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de **substituto tributário**, nas operações interestaduais que promover, relativamente a energia elétrica destinada a consumidor situado neste Estado, **quando essa não destinar-se à comercialização ou industrialização** (Conv. ICMS 83/00). Grifos da defesa.*

Argumenta que, por meio de uma simples leitura dos referidos dispositivos legais, extrai-se que o agente comercializador de energia elétrica situado em outra unidade federada, como é o caso

da NC Energia, apenas poderia ser considerado pela legislação da SEFAZ/BA como substituto tributário quando a energia elétrica não se destinar à comercialização ou industrialização. Porém, da análise das empresas listadas no Anexo I da autuação, percebe-se, por exemplo, que há ali inúmeras empresas classificadas como indústria. Nesse contexto, a destinação da energia elétrica em tais casos se destina à industrialização, pelo que o ICMS deveria ter sido cobrado diretamente dessas indústrias, e não da NC Energia, a qual não poderia ser considerada como substituta tributária em tais situações.

Entende que, nesse contexto, há de ser reconhecida por esse Órgão julgador a total nulidade do auto de infração, visto que aponta dispositivo legal inaplicável neste caso concreto, pois várias empresas listadas no Anexo I adquirem energia elétrica para fins que não se enquadram na hipótese de substituição tributária autorizada nas normas indicadas no auto de infração.

Quanto a imputação de redução indevida da base de cálculo em 52%, argui nulidade pela falta de correspondência entre a descrição dos fatos e as empresas indicadas no ANEXO 1, aduzindo que, embora na descrição dos fatos o Fiscal tenha indicado apenas a Transpetro e o Condomínio Salvador Shopping como sendo as empresas em que a redução da base de cálculo foi considerada indevida, a planilha constante do Anexo I desconsiderou tal redução também no que tange às operações realizadas com o Salvador Shopping S/A. Entende que há novamente clara desconexão entre a narrativa trazida pela autoridade fiscal no auto de infração e a planilha constante do Anexo I, que integra a autuação, prejudicando sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, em afronta ao art. 39, incisos III e IV do RPAF.

Esclarece que o Condomínio Salvador Shopping (CNPJ n. 08867234/0001-42) e o Salvador Shopping S/A (CNPJ n. 7484020/0001-24) são empresas distintas, com CNPJ distintos. Nessa ótica, não poderia ter o fiscal desconsiderado na planilha a redução da base de cálculo no que tange ao Salvador Shopping S/A, quando não havia mencionado tal empresa na descrição dos fatos.

Ainda como preliminar, alega total incorreção da fundamentação legal quanto a multa aplicada, pois a autoridade autuante, quando da lavratura do auto de infração, limitou-se a fundamentar a multa aplicada na alínea e do inciso II, art. 42 da Lei 7.014/96, sem indicar expressamente a penalidade aplicável a cada uma das distintas situações ali descritas: (não inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo) x (redução indevida da base de cálculo em 52%). Isso porque, conforme restou reconhecido pelo próprio fiscal, não se está diante de caso de não retenção e não recolhimento de ICMS, mas de apenas recolhimento a menor, em razão de cálculo equivocado. Não havendo que se falar em não retenção do imposto, inaplicável a referida alínea ao presente caso. Logo, há de ser afastada a multa aplicada em sua integralidade.

Diz que poderia defender que a aplicação da multa ao presente caso estaria embasada na alínea a do inciso II, art. 42 da Lei 7.014/96: *a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, **em caso de erro** na aplicação da alíquota, **na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto**, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;*

Aduz que essa alínea não foi mencionada em qualquer momento da autuação, o que reforça a displicência com que foi lavrado o auto, eivado de vícios simplesmente intransponíveis diante do prejuízo do direito de defesa da empresa autuada.

No mérito, em relação a não inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, aduz extinção integral dos valores cobrados a este título, pois ao contrário do que alegou o fiscal, verifica-se que a empresa autuada não deixou de incluir o ICMS na sua própria base de cálculo, como restou devidamente demonstrado no tópico supra. Conforme se extrai da planilha anexada à presente defesa administrativa (Conjunto Documental 03), a base de cálculo do ICMS-ST foi extraída pela empresa autuada com base no valor do produto, devidamente acrescido do ICMS incidente na operação.

Reproduz o exemplo já acima citado.

No tópico denominado de “*DO PEDIDO ALTERNATIVO DE REDUÇÃO DOS VALORES AUTUADOS, POR EXTREMA CAUTELA PROCESSUAL*”, repisa o argumento relativo ao “*Conjunto Documental 04*”

Reitera ausência de infração aos dispositivos legais apontados pela autoridade autuante a fim de embasar a cobrança do ICMS realizada no presente caso autorizam a atribuição da condição de substituto tributário às empresas comercializadoras de energia elétrica, quando essa não se destinar à comercialização ou industrialização. Essa é, portanto, a condição para que a atribuição à NC Energia da qualidade de substituto tributária seja admitida. Porém, da análise das empresas listadas no Anexo I da autuação, percebe-se, por exemplo, que há ali inúmeras empresas classificadas como indústria. Nesse contexto, a energia elétrica em tais casos se destina à industrialização, pelo que o ICMS deveria ser cobrado diretamente dessas indústrias, e não da NC Energia, a qual não poderia ser considerada como substituta tributária em tais situações.

Nesse contexto, entende que deve ser reconhecida a total improcedência da cobrança administrativa realizada pela autoridade fiscal no presente caso, determinando-se que seja excluída da autuação todo e qualquer valor cobrado da NC Energia em situações nas quais esta não estava obrigada a efetuar o recolhimento do ICMS na qualidade de substituta tributária (energia elétrica destinada à comercialização ou industrialização).

Argumenta que o segundo fundamento da autuação foi a suposta redução indevida da base de cálculo de 52% aplicável à atividade industrial, tendo tal redução sido desconsiderada pelo Fiscal nos casos da Transpetro, do Condomínio Salvador Shopping e do Salvador Shopping S/A (ainda que esta última empresa não tenha sido indicada na descrição dos fatos, a redução da base de cálculo também foi desconsiderada no seu caso conforme demonstra o Anexo I. Porém, afirma que a redução aplicada pela empresa autuada se deu corretamente, nos moldes do que lhe autoriza a legislação pátria, em especial da ANEEL.

Tece esclarecimentos sobre o setor de energia elétrica, informando que a reestruturação do setor elétrico, inaugurada em 1995, provocou seu desmembramento em quatro segmentos distintos e autônomos: geração, comercialização, transmissão e distribuição da energia elétrica.

Nesse cenário, a NC Energia atua como comerciante atacadista de energia elétrica. Para atuar nesse setor, encontra-se adstrita aos ditames normativos voltados para o setor de energia elétrica, em especial da sua correspondente agência reguladora (ANEEL). Nesse contexto, utiliza-se da rede das concessionárias de energia elétrica para fins de transmissão e distribuição da energia que comercializa, bem como adota, para fins de recolhimento do ICMS, os mesmos critérios adotados pelas referidas concessionárias quanto ao enquadramento do consumidor na classe de consumo industrial, até para evitar problemas de sobrecarga na transmissão e distribuição da energia elétrica.

Destaca o cabimento da redução da base de cálculo em 52%: do correto enquadramento da atividade desempenhada pela Transpetro, Condomínio Salvador Shopping e Salvador Shopping S.A., como industrial, pois o RICMS/BA determina expressamente que, nas operações com energia elétrica, deve ser reduzida a base de cálculo em 52%, quando destinada à classe de consumo industrial:

***RICMS/BA - Art. 268. É reduzida a base de cálculo:***

*XVII - das operações com energia elétrica, de acordo com os seguintes percentuais:*

*a) 52%, quando:*

*1 - destinada às classes de consumo industrial e rural;*

*2 - destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel;*

*3 - destinada à atividade de atendimento hospitalar;*

Frisa que para fins de identificar se a atividade desempenhada por determinada empresa é ou não industrial não basta analisar a atividade econômica indicada no seu CNPJ ou em outro registro cadastral existente (inscrição estadual, entre outros). É importante que seja identificada a real classe de consumo daquela empresa, consoante normas da ANEEL sobre a matéria.

Sustenta que o critério correto para aferição da atividade preponderante de cada unidade

consumidora de energia elétrica é o da “**maior parcela da carga instalada**”, conforme se extrai da interpretação conjunta dos arts. 2º e 18 da Resolução ANEEL nº 456/2000, os quais transcreveu.

Destaca que deveriam prevalecer os critérios, padrões e conceitos impostos pela ANEEL para fins 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.

Reforça seu entendimento alegando que o fato de o art. 80 firmar algumas das hipóteses de aplicação da redução da base de cálculo, adotou a noção de “classe de consumo”, oriunda do Direito Regulatório do Setor Elétrico (Resolução nº 456/2000 e Resolução 414/2012), que é mais ampla do que a simples atividade da empresa descrita nos cadastros realizados perante a SEFAZ/BA e a Receita Federal, e cuja abrangência se encontra disciplinada nas normas da ANEEL. Por sua vez, ao se considerar a aferição e classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica em conformidade com o critério prevalente, obrigatório e vinculante estabelecido pela ANEEL, muitas vezes uma atividade cujo CNAE ou cadastro da Receita Federal ou SEFAZ/BA se apresenta formalmente como comercial ou outra atividade, na realidade é pertencente à classe de consumo industrial ao se tomar por base “a maior parcela da carga instalada” (critério correto estabelecido pela ANEEL).

Para exemplificar, cita a hipótese de uma padaria que se declarou perante a Receita Federal e a SEFAZ-BA com CNAE referente à atividade comercial (comercialização de pães). Em função da maior carga instalada de energia elétrica a ela fornecida para a fabricação dos pães por ela comercializados, tal padaria (unidade consumidora), segundo o critério de aferição da atividade efetivamente preponderante estabelecido pela ANEEL, deve ser enquadrada na classe de consumo industrial. Portanto, ao ser assim corretamente classificada, possui direito à redução de base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 80 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Sustenta que, no presente caso, incontestemente que as atividades desempenhadas pela Transpetro, Condomínio Salvador Shopping e Salvador Shopping S.A. demandam um maior consumo de energia elétrica (carga instalada), que justifica o seu enquadramento como industrial para fins de redução da base de cálculo do ICMS.

Argumenta que em obediência a tal princípio, a fiscalização não poderia ter se limitado a empreender a autuação em comento com base apenas em elementos formais e meramente cadastrais. Seria indispensável a verificação real e factual da atividade preponderante efetivamente desenvolvida pelos consumidores em questão, com base no critério de carga instalada determinado pela ANEEL, que representa o efetivo consumo desempenhado pela empresa. A partir disso, pode-se inferir que, ao aplicar os benefícios de redução de base de cálculo, a empresa autuada esteve adstrita ao critério da primazia da realidade sobre a mera forma, de modo a propiciar a concretização dos aspectos finalísticos (teleológicos) essenciais que levaram à instituição do art. 80 do RICMS-BA e que a ele se encontram subjacentes.

Tece comentários sobre o princípio da verdade material, citando doutrina sobre o tema, concluindo que, em obediência aos princípios da verdade material e do dever de investigação, é imperioso reconhecer a total improcedência da cobrança de ICMS decorrente da não consideração da redução da base de cálculo em 52%, quando as empresas aqui analisadas se enquadram na hipótese legal de redução, com base no entendimento da ANEEL sobre a matéria.

Argumenta que reconhecido que o critério de “maior carga instalada” é o que deveria ter sido utilizado pela fiscalização, forçoso reconhecer que tal informação (classe de consumo e carga instalada) é de responsabilidade exclusiva dos consumidores de energia elétrica, não possuindo a NC Energia qualquer responsabilidade quanto a informações prestadas por terceiros. É a ANEEL quem estipula como deverão ser os procedimentos para cadastro dos clientes nos sistemas internos das concessionárias para fins de ligação da energia elétrica, a documentação e informação necessárias, bem como a classificação da unidade consumidora. Nesse contexto, conforme determina a ANEEL, todas as informações constantes dos cadastros dos clientes são

fornecidas por eles mesmos. Isso é o que se extrai das normas abaixo transcritas:

**RES. 456/2000. Art. 3º** Efetivado o pedido de fornecimento à concessionária, esta cientificará ao interessado quanto à:

*I - obrigatoriedade de:*

*a) observância, nas instalações elétricas da unidade consumidora, das normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT ou outra organização credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, e das normas e padrões da concessionária, postos à disposição do interessado;*

*b) instalação, pelo interessado, quando exigido pela concessionária, em locais apropriados de livre e fácil acesso, de caixas, quadros, painéis ou cubículos destinados à instalação de medidores, transformadores de medição e outros aparelhos da concessionária, necessários à medição de consumos de energia elétrica e demandas de potência, quando houver, e à proteção destas instalações;*

**c) declaração descritiva da carga instalada na unidade consumidora;**

**d) celebração de contrato de fornecimento com consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo "A";**

**e) aceitação dos termos do contrato de adesão pelo consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo "B";**

**f) fornecimento de informações referentes à natureza da atividade desenvolvida na unidade consumidora, à finalidade da utilização da energia elétrica, e a necessidade de comunicar eventuais alterações supervenientes.**

**RES. 414/2010**

**CLÁUSULA TERCEIRA: DOS PRINCIPAIS DEVERES DO CONSUMIDOR**

**6. manter os dados cadastrais da unidade consumidora atualizados junto à distribuidora, especialmente quando da mudança do titular, solicitando a alteração da titularidade ou o encerramento da relação contratual, se for o caso;**

**7. informar as alterações da atividade exercida (ex.: residencial; comercial; industrial; rural; etc.) na unidade consumidora;**

**Art. 27 (RES. 414/2010)** Efetivada a solicitação de fornecimento, a distribuidora deve cientificar o interessado quanto à:

*I – obrigatoriedade de:*

*c) declaração descritiva da carga instalada na unidade consumidora*

Destaca que para as normas da ANEEL, conforme se percebe por meio da leitura das Resoluções acima citadas, a classificação do cliente é determinada por ele mesmo e deve obedecer à carga a ser instalada. A carga instalada é a soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (KW). Se a informação do consumidor não for correta, pode provocar distúrbios ou danos ao sistema elétrico de distribuição, ou ainda a instalações e equipamentos elétricos de outros consumidores. Consequentemente, ainda que se entenda que houve erro no enquadramento das três empresas indicadas na autuação como industriais, os consumidores é que deveriam ser responsabilizados:

*Art. 164 (RES. 414/2010)* Quando o consumidor utilizar em sua unidade consumidora, à revelia da distribuidora, carga susceptível de provocar distúrbios ou danos ao sistema elétrico de distribuição, ou ainda a instalações e equipamentos elétricos de outros consumidores, a distribuidora deve exigir o cumprimento das seguintes medidas:

*I – instalação de equipamentos corretivos na unidade consumidora, no prazo informado pela distribuidora, ou o pagamento do valor das obras necessárias no sistema elétrico, destinadas à correção dos efeitos desses distúrbios; e*

*II – ressarcimento à distribuidora de indenizações por danos a equipamentos elétricos acarretados a outros consumidores, que, comprovadamente, tenham decorrido do uso da carga provocadora dos distúrbios.*

Ressalta que todas as informações constantes do sistema relativas à classe de consumo e à carga instalada teriam sido fornecidas pelos próprios usuários, não havendo qualquer exigência por parte do órgão gestor (ANEEL) para que a NC Energia faça a comprovação quanto à veracidade das declarações prestadas pelos clientes. Nessa ótica, não poderia o autuado ser penalizado por eventuais incorreções das informações prestadas pelos clientes, pois age dentro da mais extrema legalidade e segundo determinação do órgão gestor.

Acrescenta que é relevante o argumento de que a NC Energia não possui qualquer interesse em alterar a carga tributária de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica. Isso porque quaisquer variações desta não terão impacto sobre ela (NC Energia), pois serão integralmente repassadas aos consumidores. Tal ausência de interesse reforça o fato de que a Defendente efetuou as aplicações das hipóteses de redução da base de cálculo do ICMS em conformidade com os padrões e exigências legais e regulamentares.

Desse modo, entende que qualquer equívoco, imprecisão, desatualização e/ou divergência cadastral deveria ter sido questionada aos próprios consumidores, não podendo a NC Energia ser penalizada por fato de terceiro, inclusive quando se tem em mente a total ilegitimidade da empresa autuada para figurar no pólo passivo da presente demanda.

Afirma que conforme restou exaustivamente demonstrado nos tópicos anteriores, a redução de 52% adotada pela empresa autuada quanto à Transpetro atende inquestionavelmente aos ditames legais e exigências da ANEEL, além de observar o princípio da verdade material, visto que tal consumidor encontra-se corretamente enquadrados na classe de consumo industrial. Nesse contexto, uma vez demonstrada a inexistência de infração por parte da empresa autuada, o auto de infração em epígrafe há de ser integralmente cancelado.

Menciona quem, caso assim não entenda o órgão julgador, o que apenas admite em respeito aos princípios da eventualidade e da unicidade do direito de defesa, há de ser reconhecida, de todo modo, a total improcedência do auto de infração nos moldes em que restou lavrado pela autoridade fiscal. Isso porque, ao considerar indevida a redução no percentual de 52%, destinado à atividade industrial, entendeu os auditores por desconsiderar por completo a redução da base de cálculo concedida. Ocorre que, nos moldes do que dispõe o art. 268 do RICMS/BA, devia ter sido considerada pelos fiscais, alternativamente, a aplicação da redução de 32% disposta na alínea *b* do inciso XVII do referido artigo, *in verbis*:

***RICMS/BA - Art. 268. É reduzida a base de cálculo:***

***XVII - das operações com energia elétrica, de acordo com os seguintes percentuais:***

***a) 52%, quando:***

- 1 - destinada às classes de consumo industrial e rural;***
- 2 - destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel;***
- 3 - destinada à atividade de atendimento hospitalar;***

***b) 32%, quando:***

- 1 - destinada ao consumo pelos órgãos da administração pública federal direta e fundações mantidas pelo poder público federal;***
- 2 - destinada às demais classes de consumo, excetuadas as classes residencial e comercial;***

Sustenta que caso se entenda correto o entendimento da autoridade fiscal no sentido de inadmitir a redução disposta na alínea *a* (52%), imprescindível que restasse verificado se seria o caso de aplicação da redução disposta na alínea *b* (32%), voltada às demais classes de consumo. Nesse contexto, não sendo o consumidor considerado residencial ou comercial, forçosa a aplicação, ao menos, da redução de 32% acima descrita. Eventual crédito tributário que se entendesse existente, portanto, consistiria apenas na diferença entre a redução de 52% aplicada e a redução de 32% devida, e não da integralidade do percentual de 52%, como indevidamente constou do auto de infração.

Reitera que a autuação que é nula de pleno direito, visto que o levantamento ali disposto encontra-se incompleto e incorreto. Caso assim não se entenda, há de ser determinada, ao menos, a redução do montante nela descrito, visto que a desconsideração da integralidade do percentual de 52% se deu indevidamente, autorizando a legislação estadual a redução, ao menos, da base de cálculo no percentual de 32%. Isso porque as atividades desempenhadas pela Transpetro não se enquadram nas classes residencial ou comercial, é o que se extrai do cartão de CNPJ da referida empresa, por meio do qual se extrai a atividade econômica desempenhada pela mesma.



Aduz que para que não restem dúvidas quanto aos valores a serem reduzidos, a NC Energia apresenta nesta planilha descritiva com a redução de 32% ao invés de 52% (Conjunto Documental 06), cujo teor pode ser abaixo resumido:

Período	ICMS Correto (BC com redução-32%)	ICMS Recolhido	Dif. ICMS Correta (32 %)	Dif. ICMS SEFAZ (BC sem redução)	Dif. Efetiva (valor a ser excluído do A.I.)
Dez/2007	81.993,45	48.541,75	33.451,69	89.990,65	56.538,95

Nota que a planilha acima indica apenas os valores que deverão ser reduzidos quanto ao período de dezembro de 2007, visto que os demais valores relacionados aos períodos anteriores deverão ser integralmente excluídos desta autuação, face à configuração da decadência, conforme detalhadamente esclarecido em tópico anterior.

Esclarece que a atividade desempenhada tanto pelo Condomínio Shopping quanto pelo Salvador Shopping S.A. não se enquadra na classe comercial. Tal afirmativa pode ser constatada da reprodução do cartão de CNPJ das referidas empresas, onde há a indicação do ramo de atividade dessas empresas. Extrai-se que a atividade desempenhada pelo Salvador Shopping S.A. é de gestão e administração de propriedade imobiliária, ao passo que a atividade desempenhada pelo Condomínio Salvador Shopping é de condomínios prediais. Não há que se falar, pois, em atividade comercial apta a afastar a aplicação da redução de 32% aplicável às demais classes de consumo. Nesse contexto, deverá ser reconhecida, alternativamente, a aplicação da redução da base de cálculo ao menos no percentual de 32% também no que tange às operações realizadas com o Condomínio Salvador Shopping e com o Salvador Shopping S.A., determinando-se a exclusão dos valores cobrados pela SEFAZ/BA em excesso, nos mesmos moldes dos cálculos apresentados no tópico anterior referente à Transpetro.

Ao final, requer:

- Preliminarmente, seja reconhecida a **decadência** do lançamento tributário quanto aos atos geradores anteriores a 26 de dezembro de 2007, determinando-se a imediata exclusão de tais valores da autuação.*
- Ainda preliminarmente, seja reconhecida a total nulidade do auto de infração combatido, conforme fundamentos acima analisados, haja vista o erro na descrição dos fatos, a não correspondência entre a descrição da infração e os valores e as empresas indicadas no Anexo I, assim como a desconexão entre os fatos narrados e o enquadramento legal, inclusive quanto à multa aplicada;*
- Na remota hipótese de restarem ultrapassadas as preliminares supra expendidas, no mérito, seja julgada totalmente improcedente a autuação, desconstituindo-se o lançamento fiscal dela decorrente em sua integralidade, face à total inexistência de ambas as infrações alegadas;*
- Alternativamente, não sendo acolhido o pleito de extinção integral do crédito tributário objeto do auto de infração ora combatido, o que se admite tão somente por extrema cautela processual, quanto à infração 1, seja, ao menos, determinada a redução da autuação conforme planilha ora apresentada (**Conjunto Documental 04**);*
- Também alternativamente, quanto à infração 2, seja determinada, ao menos, a redução do montante descrito no auto de infração quanto às operações realizadas com a **Transpetro**, com o **Condomínio Salvador Shopping** e com o **Salvador Shopping S.A.**, visto que a desconsideração da integralidade do percentual de 52% se deu indevidamente, autorizando a legislação estadual a redução, ao menos, do percentual de 32% destinado às demais classes de consumo.*

Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, notadamente a juntada de novos documentos.

Os autuantes, em sua informação fiscal, fls. 685 a 702, em relação a arguição de decadência, quanto aos valores lançados relativos às competências de janeiro a 26 de dezembro de 2007, aduzem que o autuado incorre em equívoco ao pugnar pela declaração de decadência, uma vez que o Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN. De fato, embora este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme § 4º do art. 150. Entretanto, o legislador baiano tratou

de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia, *in verbis*: § 1º *Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte à efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.*

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN, o que leva a concluir que no dia 26/12/2012 (data da ciência do presente auto de infração) não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às aquisições feitas entre 01 de janeiro e 26 de dezembro de 2007, o que somente ocorreria em janeiro de 2013, nos termos do § 1º do art. 28 acima citado.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade levantada pela impugnante, é importante que se diga que a Constituição Federal não vedou a possibilidade de as unidades federativas legislar em respeito do prazo da decadência, apenas atribuiu à lei complementar a competência de emitir “NORMAS GERAIS”, conforme se pode depreender do texto do art. 146. Qualquer interpretação que implique subtrair aos Estados a competência para editar leis próprias e específicas atentaria contra o princípio federativo, erigido ao patamar de cláusula pétrea da CF/88, conforme § 4º do seu art. 60.

Ao tratarem das arguições de nulidades, em relação a não inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, frisam que a empresa alega que não deixou de incluir o ICMS na base de cálculo, trazendo exemplos numéricos e duas planilhas denominadas Conjunto Documental 03 e Conjunto Documental 04 para comprovar a sua alegação. Afirma que a fiscalização procedeu à inclusão na base de cálculo de valor muito superior ao imposto, o que teria gerado grande dificuldade para elaboração da defesa.

Destacam que a defesa para ilustrar o seu raciocínio informa, à pág. 216, que a primeira nota fiscal indicada na planilha (NF 1377 – Bunge Alimentos) tem como valor do produto o total de R\$ 33.879,50 e o valor da base de cálculo do ICMS-ST foi de R\$ 46.410,28, alegando que este último valor corresponde ao valor do produto acrescido do ICMS incidente (“fórmula: R\$ 33.879,50/0,73, uma vez que a incidência do ICMS se dava no percentual de 27%”).

Asseguram os autuantes que ao confrontarem essa afirmação com a realidade da NF constante à pág. 272 do PAF, que ela se traduz em um enorme equívoco da parte da autuada. Bastando uma rápida análise visual da nota fiscal para concluir que o valor total dos produtos (R\$ 38.924,06) é idêntico ao valor total da nota (R\$ 38.924,06) conforme descrito nos campos específicos da nota, o que lhes levaram à conclusão de que não houvera inclusão do ICMS na base de cálculo. Note que, na planilha acostada aos autos (pág. 266), o valor dos produtos é um (R\$ 33.879,50) e o Total da nota é outro (R\$ 38.924,06), além de constar uma coluna definida como base de cálculo ST que também não traduz a realidade da nota fiscal em análise. E assim segue, equivocadamente, nos exemplos seguintes (NF’s 1392, 1395, 1399, dentre outras anexas aos PAF - fls. 274, 277 e 278, respectivamente) em que verificaram uma incongruência entre o alegado pela empresa e os valores dos documentos fiscais.

Informam que procederam a uma análise cuidadosa e detalhada das planilhas apresentadas na defesa, constatando, após verificação dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre – Anexo II, constantes a partir da fl. 502, que a empresa procedeu à inclusão do imposto à alíquota de 12,96% e não 27%, conforme estabelece a legislação. Refizeram, portanto, os valores da autuação, considerando os valores erroneamente calculados pela empresa, restando um valor de imposto a cobrar de R\$3.399.719,28 conforme nova planilha de débito elaborada e anexada ao PAF, fls. 704 a 707.

Esclarecem que a verificação de que a empresa incluiu o ICMS à alíquota de 12,96% se deu através da análise da planilha denominada Conjunto Documental 03 (pág. 266) em confronto com os Anexos II das cópias dos contratos encaminhadas, aonde verificam que a NC Energia lançou nas notas fiscais como preço unitário um valor que já contempla 12,96% de imposto, portanto tiveram que expurgar esse valor para recalcular o valor total das mercadorias, uma vez que nas notas

fiscais, conforme podem observar, o valor das mercadorias é idêntico ao valor da operação, o que os levou à conclusão de que estava sem imposto.

Observam que a empresa foi intimada a apresentar as memórias de cálculo do imposto antes da lavratura do AI, porém preferiu se manifestar apenas por ocasião da defesa. Reiteram contudo que, contrariamente ao alegado pela empresa, tal situação não enseja a nulidade da presente cobrança, mas tão somente o reconhecimento pelos autuantes de parte dos valores contestados, com redução do valor do presente auto de infração. Nota que a planilha adotada pela fiscalização para correção dos valores do auto não é aquela apresentada pela empresa, mas uma nova, elaborada pelos autuantes, cujo valor é diferente daquele sugerido pela empresa na planilha denominada Conjunto Documental 04.

Destacam que a própria autuada admite o erro na determinação da base de cálculo do imposto, conforme se depreende da leitura do trecho transcrito da peça defensiva:

*“Para fins de demonstrar o que ora se alega, calculou a empresa autuada o valor correto do ICMS com a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, chegando-se aos valores indicados nesta outra planilha (Conjunto Documental 04), também juntada nesta oportunidade, em que se verifica que os valores indicados pela fiscalização não correspondem à mera inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, indo muito além.”*

Verificam que foi a própria empresa quem usou o termo “VALOR CORRETO” para se referir ao novo cálculo efetuado com a inclusão do ICMS, admitindo, dessa forma, o equívoco cometido.

No tocante ao argumento defensivo de não existe correspondência entre os dispositivos legais apontados e a listagem de empresas constante do Anexo I, aduzem que realizando uma interpretação equivocada de dispositivos legais (Convênio 83/00 e RICMS/BA) a autuada sugeriu que pagou o que não devia ter pagado. A alegação é a de que a energia elétrica comercializada pela NC Energia se destina à industrialização e, dessa forma, deveria ter sido cobrado imposto diretamente das indústrias consumidoras, não podendo a empresa ser considerada como substituta tributária em tais situações.

Salientam que cabe uma incursão pela Lei Complementar 87/96, Convênio 83/00 e ao próprio texto do RICMS-BA vigente à época. A imunidade prevista na LC 87/96 somente é aplicável quando a energia elétrica se destina à comercialização ou industrialização, não deixando de incidir o ICMS quando o destinatário é consumidor deste insumo, conforme dispõe o texto reproduzido a seguir.

Art. 2º O imposto incide sobre:

§ 1º O imposto incide também:

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Destacam que, diferentemente do que afirma a impugnante, as empresas adquirentes de energia não a industrializa, mas a consome em seu processo industrial. A divergência, ao que parece, cinge-se ao alcance do termo “industrialização”, quando aplicado à eletricidade. O microsistema do ICMS dispensou um tratamento peculiar à energia elétrica utilizada no processo de industrialização, de forma a prever expressamente o aproveitamento do crédito incidente quando de sua aquisição. O art. 93 do RICMS/97 (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objetos da presente impugnação) dispõe sobre a regra geral aplicável às mercadorias utilizadas no processo industrial, relativamente à possibilidade de creditamento, da forma a seguir.

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

...

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

...”

Aduzem que, pela norma em comento, não seria possível aos estabelecimentos fabris a apropriação do crédito relativo à energia elétrica consumida na produção, já que tal insumo não se enquadra em qualquer das categorias listadas na alínea “b”, do inciso I, do artigo acima reproduzido. Exatamente por isso, houve a necessidade de se criar uma regra própria, prevendo o direito ao crédito nas aquisições de energia destinada à área industrial, conforme o inciso II do mesmo art. 93 acima referido, reproduzido adiante.

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

...

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento:

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

- 1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- 2 - quando consumida no processo de industrialização;
- 3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

- 1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;
- 2 - a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996;

Dizem que este sistema é revelador de que a energia elétrica não pode ser tratada como matéria prima do processo industrial. Isto decorre da constatação de que não há industrialização da eletricidade na medida em que o insumo citado não se submete a qualquer processo de transformação. Em verdade, a energia elétrica é submetida a um fenômeno físico de “consumo”, que culmina com o seu desaparecimento. Só é admissível falar-se em industrialização da energia quando se está tratando de estabelecimento gerador ou distribuidor de energia elétrica. Da mesma forma, só se admite falar em comercialização da eletricidade quando o estabelecimento é uma transmissora de energia elétrica.

Entendem que essa foi a intenção do legislador complementar, ao editar a regra de não incidência retrocitada. Este, igualmente, é o entendimento compartilhado pelas administrações tributárias estaduais, conforme se pode constatar pela leitura da Decisão Normativa CAT nº 3, editada pelo Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, publicada no DOE-SP de 25/02/2005. Tal ato foi expedido em resposta a consulta formulada por empresa do ramo metalúrgico, que questionava acerca da incidência do ICMS em fornecimento interestadual de energia destinada ao estabelecimento fabril consulente.

Reproduzem trechos da resposta dada, os quais são ilustrativos do alcance interpretativo dado à expressão industrialização na LC 87/96.

*“ICMS – Fornecimento de energia elétrica decorrente da entrada interestadual para consumo em processo produtivo – Incidência*

...

*4. Já o fornecimento de energia elétrica para estabelecimento consumidor, ainda que industrial ou comercial, no Estado de São Paulo, é tributado.*

*5. O fornecimento de energia elétrica no território paulista é fato jurídico-tributário distinto da operação de saída do território de outro estado. O fornecimento ocorre com vistas ao consumo, incidindo sobre tal operação a tributação do ICMS, conforme se detalha a seguir.*

*6. Determinam os arts. 2º, §1º, III, e 12, XII, da Lei Complementar nº 87/96, que há incidência do ICMS sobre a entrada de energia elétrica decorrente de operação interestadual, quando não destinada à*

*comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, e ocorrendo o fato gerador do imposto nesse momento de sua entrada no Estado.*

*7. O que se compreende dessa norma e que apenas não sofrem tributação as entradas interestaduais de energia elétrica – portanto, operações realizadas por pessoas localizadas no território da unidade da Federação onde se dá a entrada - que, no momento da entrada interestadual, sejam direcionadas para a industrialização ou a comercialização da própria energia elétrica, quais sejam, operações das quais resulte a continuação do ciclo da energia elétrica rumo ao consumo.*

*8. Ora, o uso da energia elétrica, como insumo, em estabelecimento industrial, visa à formação de novo produto, não à industrialização da energia elétrica, pois ela é consumida no processo industrial, como também é consumida no estabelecimento comercial. Ou seja, o estabelecimento industrial não industrializa energia elétrica, mas a consome; o estabelecimento comercial não comercializa a energia elétrica, mas a consome.*

*9. Assim, a saída de energia elétrica do Estado do Paraná para o Estado de São Paulo, energia que é destinada à transmissão ou à distribuição, não é tributada. Entretanto, ocorre a tributação no fornecimento dessa energia a qualquer pessoa ou estabelecimento comercial ou industrial que consome energia elétrica.*

*...”. (Grifos acrescentados pelos autuantes)*

Sustentam que a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo compartilha dessa mesma interpretação. A Segunda Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF já teve a oportunidade de discutir acerca da possibilidade de se industrializar a energia elétrica, tendo firmado um entendimento que se coaduna com esse ponto de vista, conforme trechos do Acórdão CJF nº 0275-12/05, reproduzidos a seguir.

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0275-12/05

EMENTA. ICMS. a) RETORNO SIMBÓLICO DE ENERGIA ELÉTRICA RECEBIDA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO POR CONTA E ORDEM DO REMETENTE. b) INDUSTRIALIZAÇÃO EFETUADA PARA OUTRA EMPRESA. SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Para a legislação tributária e pertinente a matéria dos autos, a energia elétrica, no processo produtivo do sujeito passivo, não se enquadra nos conceitos de matéria-prima ou produto intermediário. É, apenas, força motriz para os equipamentos que são utilizados objetivando extrair ar da atmosfera, o comprimir e o encaminhar ao encomendante da mercadoria. ...

...Todavia, o questionamento, nos autos, está em se definir se a energia elétrica pode ser considerada um bem industrializável....

... Ou seja, o conceito definido pela legislação tributária do que seja “industrialização para fins tributários” é a transformação, o beneficiamento, a montagem, o condicionamento ou reacondicionamento e a renovação ou recondicionamento. Somente dentro deste conceito é que se pode afirmar se a energia elétrica é ou não um bem industrializável, pois o conceito de consumo é inerente a toda matéria prima, insumo, ou mesmo de material de uso e consumo ...

... Portanto, é dentro do conceito do que seja “industrialização para fins tributários” é que se deve perquirir para se saber se a energia elétrica é ou não “industrializável”.

... Dentro deste contexto a resposta é não. A energia elétrica, no processo produtivo do autuado, é apenas força motriz para os equipamentos que são utilizados objetivando extrair ar da atmosfera, o comprimir e o encaminhar ao encomendante.”

Concluem, assim, que o Convênio 83/00 afigura-se perfeitamente aplicável à situação objeto do auto de infração, na medida em que a autuada enquadra-se como substituta tributária nas operações descritas na norma em comento. Ademais, o ônus tributário da operação recai, em realidade, sobre os clientes da autuada os quais, em sua maioria, são grandes indústrias que podem utilizar o crédito de parte do imposto pago na operação.

No tocante a redução indevida da base de cálculo em 52%, verificaram, neste tópico da defesa, uma total desconexão na alegação apresentada, visto que a autuada quer questionar a descrição dos fatos constantes no corpo do Auto de Infração. Ela argumenta que os autuantes deixaram de mencionar a empresa Salvador Shopping na página 1 do auto, apesar de tê-la incluído no levantamento fiscal. Ressaltam que a descrição dos fatos é apenas ilustrativa, não cabendo a identificação de todas as empresas que compõem a planilha Anexo I - Demonstrativo de Débito, elaborada pela fiscalização, conforme fls. 187 a 190 do PAF.

Destacam que constatarem um erro formal na emissão das notas fiscais com indicação de destinatário Salvador Shopping S/A, CNPJ 07.484.020/0001-24, visto que se trata de estabelecimento situado no Estado de Pernambuco, conforme extrato da Receita Federal do Brasil, fl. 241. Reiteramos, contudo, que as notas fiscais nº 1677, 1817 e 1824, anexadas ao PAF às fls. 64, 95 e 97, respectivamente, indicam o endereço completo do Condomínio do Salvador Shopping, CNPJ 08.867.234/0001-42, além de referirem-se, no campo informações complementares, à legislação baiana, numa clara demonstração de que houve erro no preenchimento dos campos destinatário e CNPJ, conforme a nota fiscal nº 1885 (fl. 115) através da qual os julgadores podem visualizar a constatação.

Reconhecem que razão assiste à autuada, em relação ao dispositivo da multa aplicada, tendo em vista que houve recolhimento a menor do imposto, em função de erro na determinação da base de cálculo, consoante devidamente explicitado da informação fiscal. Dessa forma, acataram o argumento defensivo, com aplicação da multa prevista na alínea “a” do inciso II, art. 42 da Lei 7014/96.

No mérito, em relação ao item da defesa denominado de: *Da inoccorrência da infração 1 (não inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo): da extinção integral dos valores cobrados a este título*, destacam que que é uma mera repetição do pedido feito no tópico da nulidade, já exaustivamente explicitado pelos fiscais autuantes no referido ponto.

Em relação ao pedido alternativo de redução dos valores autuados, salientam que mais uma vez a autuada repete a solicitação feita em tópico anterior da defesa e já devidamente acatado pela fiscalização, após verificação dos documentos acostados. Ressalvaram que os valores reduzidos e adotados pela fiscalização são aqueles constantes na nova planilha elaborada pelos fiscais autuantes denominada Demonstrativo de débito corrigido e não os sugeridos no denominado Conjunto Documental 04, apresentado pela autuada.

Relativamente ao argumento de *ausência de infração aos dispositivos legais apontados pela fiscalização*, destacam que, mais uma vez, a autuada utiliza a estratégia da repetição para tornar longa e cansativa a sua peça defensiva. Esse ponto já foi abordado no tópico anteriormente.

No tocante ao argumento defensivo em *redução indevida da base de cálculo em 52%*, registram que neste tópico, a autuada, após discorrer sobre a legislação do setor elétrico brasileiro, com as mudanças introduzidas pela reestruturação do mesmo a partir do ano de 1995, argumenta que utiliza, para fins de recolhimento do ICMS, os mesmos critérios adotados pelas concessionárias de energia elétrica para enquadramento do consumidor na classe de consumo industrial. Alega que houve equívoco dos fiscais autuantes quando consideraram indevida a redução da base de cálculo em 52% nas notas fiscais emitidas para a Transpetro, Condomínio do Salvador Shopping e Salvador Shopping S/A. O argumento utilizado é de que deve ser adotado o conceito de real classe de consumo para identificação da atividade desempenhada pela empresa. A partir de uma interpretação equivocada dos artigos 2º e 18 da Resolução ANEEL 456/2000, a autuada pretende confundir os nobre julgadores com a utilização do conceito de carga instalada. Observe-se, preliminarmente, o disposto no parágrafo 2º do artigo 18 da Resolução ANEEL mencionada, que fulmina por completo a pretensão da autuada, ao estabelecer:

**§ 2º Quando for exercida mais de uma atividade na mesma unidade consumidora, PREVALECERÁ, PARA EFEITO DE CLASSIFICAÇÃO, A QUE CORRESPONDER À MAIOR PARCELA DA CARGA INSTALADA**, excetuada a unidade consumidora classificável como Serviço Público, consoante o disposto no inciso VII, art. 20.

Argumenta que cristalino está para todos que, o conceito de maior parcela de carga instalada, poderá ser adotado quando houver mais de uma atividade na mesma unidade consumidora, o que não é, definitivamente, a situação dos consumidores sob análise. Ademais, veja-se a classificação adotada para enquadramento dos consumidores Transpetro e Condomínio do Salvador Shopping na SEFAZ e na COELBA, conforme extratos às fls. 708 a 710. A Coelba, concessionária de energia do Estado, adota a classificação de COMERCIAL (codificação 1, conforme verificado nos arquivos do Convênio ICMS 115/2003) para enquadramento dos consumidores Transpetro e Condomínio

Salvador Shopping, conforme constata das cópias das Notas Fiscais Conta de Energia Elétrica emitidas para os citados consumidores (fls. 709 e 710), aonde verificaram, claramente, que não há qualquer redução na base de cálculo do imposto.

Aduzem que o autuado segue o seu diapasão invocando conceitos estabelecidos no RPAF e defendidos pela doutrina com o fito de sustentar a sua teoria de que houve equívoco da fiscalização ao desconsiderar a redução da base de cálculo aplicada aos clientes em comento. Utiliza artigos de normas da ANEEL para fundamentar, equivocadamente, o seu pleito e se esquivar da responsabilidade pelo correto enquadramento dos consumidores.

Dizem que o autuado suscita a possibilidade de aplicação subsidiária da redução da base de cálculo em 32% para o consumidor Transpetro, alegando tratar-se de empresa que poderia ser enquadrada na categoria “demais classes de consumo” prevista no art. 80, II, “b” do RICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Reiteram o entendimento manifestado no tópico anterior, no sentido de que não há redução de base de cálculo nas operações com energia elétrica para o consumidor mencionado, visto estar o mesmo enquadrado na classe comercial.

No tocante ao argumento defensivo em relação ao *Condomínio Salvador Shopping e com o Salvador Shopping S.A.: da aplicação subsidiária da redução de 32% destinada às demais classes de consumo na remotíssima hipótese de se considerar a redução de 52% destinada à classe de consumo industrial indevida, o que apenas se admite por extrema cautela processual*”, informam que aplicaram o mesmo raciocínio do tópico anterior, de que o enquadramento das referidas empresas é na classe comercial, havendo exceção expressa no RICMS para concessão da base de cálculo reduzida nestas hipóteses.

Assim sendo, à folha 702 dos autos, com os devidos ajustes promovidos, apresentaram o novo demonstrativo mensal de débito.

Data da ocorrência	Débito anterior autuado	Débito corrigido
31/01/2007	1.865,79	970,21
28/02/2007	432.547,88	228.074,92
31/03/2007	306.449,89	164.224,35
30/04/2007	387.070,62	206.571,59
31/05/2007	464.525,15	262.989,69
30/06/2007	435.013,99	242.270,44
31/07/2007	635.694,04	401.414,16
31/08/2007	646.955,91	384.697,94
30/09/2007	501.389,94	294.734,54
31/10/2007	598.159,80	356.822,93
30/11/2007	556.838,40	338.642,20
31/12/2007	893.310,97	518.306,32
TOTAL	5.859.822,38	3.399.719,29

Ao final, opinam pela procedência parcial da autuação.

Às folhas 716 a 736, o autuado apresentou nova manifestação defensiva reproduzindo todos os argumentos apresentados na primeira impugnação.

Em nova informação fiscal, fl. 751, os autuantes argumentam que não houve fatos novos apresentados pela autuada na sua manifestação às fls. 716 a 736, apenas a repetição do quanto alegado na sua peça defensiva, reiteram todos os termos contidos na informação fiscal anterior.

À folha 777 dos autos, o PAF foi convertido em diligência, considerando que o autuado reconheceu, parcialmente o valor autuado, e consequente caracteriza desistência da defesa apresentada, de acordo com os benefícios auferidos mediante Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013, para os valores recolhidos, conforme artigo 4º e considerando que a *desistência expressa da defesa* não foi acostada aos autos, nem mesmo consta do Processo SIPRO 427835/2013-0, para que fossem acostados aos autos.

Às folhas 779 a 781, o autuado informa que, após a redução dos valores apontados na informação fiscal, reconheceu e recolheu os valores relativos às competências 11/2007 e 12/2007, conforme documentos às folhas 806 e 807 dos autos. Informa que, em relação às demais competências (01/2007 a 10/2007), prossegue o contencioso administrativos.

Às folhas 829 e 831, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico reconhecido.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente da falta de retenção do ICMS na venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este estado. Trata-se de empresa comercializadora de energia elétrica, situada no Rio de Janeiro. Conforme disposto no Convênio 83/00, a autuada tem responsabilidade pelo pagamento do ICMS substituição tributária devido na entrada da energia no estabelecimento adquirente neste Estado, quando a energia não for destinada a comercialização ou a industrialização, devendo fazer a retenção e recolhimento através de GNRE. Constatamos o pagamento do ICMS, porém o mesmo foi recolhido a menor em virtude de ter sido calculado de forma errada, sem incluir o imposto na própria base de cálculo e, em alguns casos, com uma redução indevida na base de cálculo, uma vez que não se tratava de estabelecimento industrial. Em relação aos destinatários Transpetro e Condomínio Salvador Shopping, a autuada procedeu a uma redução indevida da base de cálculo do imposto, em 52%, apenas prevista para estabelecimentos industriais.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

Devo registrar que ao contrário do pensamento manifestado pelo defendente, se o valor do imposto foi apurado corretamente ou não pelos autuantes, na verdade se trata de uma questão de mérito, o qual será examinado após as questões preliminares. Portanto, não pode ser acolhido como *erro na descrição dos fatos*, conforme sustentado pela defesa.

Em relação ao argumento de não inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, por se tratar de questão diretamente relacionada como o mérito da questão, será objeto de análise após as questões preliminares.

No tocante ao argumento de *não correspondência entre a descrição da infração e as empresas indicadas no Anexo I*, tal fato não é causa de nulidade, uma vez que basta as empresas estarem identificadas nos levantamentos fiscais. A citação de algumas empresas na descrição dos fatos é apenas ilustrativa, não cabendo a identificação de todas as empresas que compõem a planilha Anexo I - Demonstrativo de Débito, elaborada pela fiscalização, conforme fls. 187 a 190 do PAF.

Cabe salientar que os autuantes destacam que constatarem um erro formal na emissão das notas fiscais com indicação de destinatário Salvador Shopping S/A, CNPJ 07.484.020/0001-24, visto que se



trata de estabelecimento situado no estado de Pernambuco, conforme extrato da Receita Federal do Brasil, fl. 241. Reiteram, contudo, que as notas fiscais nº 1677, 1817 e 1824, anexadas ao PAF às fls. 64, 95 e 97, respectivamente, indicam o endereço completo do Condomínio do Salvador Shopping, CNPJ 08.867.234/0001-42, além de referirem-se, no campo informações complementares, à legislação baiana, numa clara demonstração de que houve erro no preenchimento dos campos destinatário e CNPJ, conforme Nota Fiscal nº 1885, fl. 115.

Também não pode ser acolhida a alegação de *desconexão entre os fatos narrados e o enquadramento legal da infração*, pois os autuantes apontaram corretamente os dispositivos legais que tratam da matéria, como já dito acima.

Quanto a arguição de nulidade por *desconexão entre os fatos narrados e o enquadramento legal multa*, apesar de reconhecer o argumento defensivo, uma vez que os autuantes incorreram em equívoco, ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo a alínea “e” do inciso II do Art. 42, quando o correto é a alínea “a” do mesmo inciso, no mesmo art. 42, e mesma da Lei nº 7014/96, pelo que fica retificada o inciso indicado, não havendo nenhuma alteração do percentual aplicado, uma vez que a multa foi corretamente calculada no percentual de 60%. Entretanto, tal fato não é causa de nulidade da autuação. Ademais, os autuantes reconheceram o equívoco na primeira informação fiscal, a qual foi entregue cópia ao contribuinte juntamente com a intimação para se manifestar, o que ocorreu, conforme já relatado.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No tocante à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados anteriores a 26 de dezembro de 2007, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser arguida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, o fisco teria até o dia 31/12/2012 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2012 não se configurou a decadência.

Superada a questão preliminar, no mérito em relação a não inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, a empresa alega que não deixou de incluir o ICMS na base de cálculo, trazendo exemplos numéricos e duas planilhas denominadas Conjunto Documental 03 e Conjunto Documental 04 para comprovar a sua alegação. Afirma que a fiscalização procedeu à inclusão na base de cálculo de valor muito superior ao imposto, o que teria gerado grande dificuldade para elaboração da defesa.

Por sua vez, na informação fiscal os autuantes informaram que procederam a uma análise cuidadosa e detalhada das planilhas apresentadas na defesa, constatando, após verificação dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre – Anexo II, constantes a partir da fl. 502, que a empresa procedeu à inclusão do imposto à alíquota de 12,96% e não 27%, conforme estabelece a legislação. Refizeram, portanto, os valores da autuação, considerando os valores erroneamente calculados pela empresa, restando um valor de imposto a cobrar de R\$3.399.719,28 conforme nova planilha de débito elaborada e anexada ao PAF, fls. 704 a 707. Esclarecem que a empresa foi intimada a apresentar as memórias de cálculo do imposto antes da lavratura do presente AI, porém preferiu se manifestar apenas por ocasião da defesa.

Acolho o resultado da revisão fiscal, uma vez que foi realizada como base nas operações realizadas pela empresa e comprovada pelos autuante. Cabe registrar que tal situação não enseja a nulidade da presente cobrança, mas tão somente o reconhecimento, parcial da autuação, com redução do valor do presente auto de infração.

O argumento de que a energia elétrica comercializada pela NC Energia se destina à industrialização e, dessa forma, deveria ter sido cobrado imposto diretamente das indústrias consumidoras, não podendo a empresa ser considerada como substituta tributária em tais situações, o mesmo não pode ser acolhido, pois a imunidade prevista na LC 87/96 somente é aplicável quando a energia elétrica se destina à comercialização ou industrialização, não deixando de incidir o ICMS quando o destinatário é consumidor deste insumo, conforme dispõe o inciso III, do § 1º, do artigo 2º, da citada LC.

Entendo que as empresas adquirentes de energia, no caso em lide, não a industrializa, mas a consome em seu processo industrial. Só é admissível falar-se em industrialização da energia quando se está tratando de estabelecimento gerador ou distribuidor de energia elétrica. Da

mesma forma, só se admite falar em comercialização da eletricidade quando o estabelecimento é uma transmissora de energia elétrica.

Conforme destaca na informação fiscal, a Segunda Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF já teve a oportunidade de discutir acerca da possibilidade de se industrializar a energia elétrica, tendo firmado um entendimento que se coaduna com esse ponto de vista, conforme trechos do Acórdão CJF nº 0275-12/05, reproduzidos a seguir.

*2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL*

*ACÓRDÃO CJF Nº 0275-12/05*

*EMENTA. ICMS. a) RETORNO SIMBÓLICO DE ENERGIA ELÉTRICA RECEBIDA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO POR CONTA E ORDEM DO REMETENTE. b) INDUSTRIALIZAÇÃO EFETUADA PARA OUTRA EMPRESA. SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Para a legislação tributária e pertinente a matéria dos autos, a energia elétrica, no processo produtivo do sujeito passivo, não se enquadra nos conceitos de matéria-prima ou produto intermediário. É, apenas, força motriz para os equipamentos que são utilizados objetivando extrair ar da atmosfera, o comprimir e o encaminhar ao encomendante da mercadoria. ...*

*...Todavia, o questionamento, nos autos, está em se definir se a energia elétrica pode ser considerada um bem industrializável....*

*... Ou seja, o conceito definido pela legislação tributária do que seja “industrialização para fins tributários” é a transformação, o beneficiamento, a montagem, o condicionamento ou reacondicionamento e a renovação ou recondicionamento. Somente dentro deste conceito é que se pode afirmar se a energia elétrica é ou não um bem industrializável, pois o conceito de consumo é inerente a toda matéria prima, insumo, ou mesmo de material de uso e consumo ...*

*... Portanto, é dentro do conceito do que seja “industrialização para fins tributários” é que se deve perquirir para se saber se a energia elétrica é ou não “industrializável”.*

*... Dentro deste contexto a resposta é não. A energia elétrica, no processo produtivo do autuado, é apenas força motriz para os equipamentos que são utilizados objetivando extrair ar da atmosfera, o comprimir e o encaminhar ao encomendante.*

Logo, o Convênio 83/00 afigura-se perfeitamente aplicável à situação objeto do auto de infração, na medida em que a autuada enquadra-se como substituta tributária nas operações descritas na norma em comento.

Em relação ao pedido alternativo de redução dos valores autuados, entendo que o pode ser acolhido, conforme o resultante da revisão fiscal acima analisado.

Relativamente ao argumento de *redução indevida da base de cálculo em 52%*, nas notas fiscais emitidas para a Transpetro, Condomínio do Salvador Shopping e Salvador Shopping S/A, entendo que não é capaz de elidir a autuação, pois o disposto no parágrafo 2º do artigo 18 da Resolução ANEEL mencionada, que fulmina por completo a pretensão da autuada, ao estabelecer: § 2º *Quando for exercida mais de uma atividade na mesma unidade consumidora, PREVALECERÁ, PARA EFEITO DE CLASSIFICAÇÃO, A QUE CORRESPONDER À MAIOR PARCELA DA CARGA INSTALADA, excetuada a unidade consumidora classificável como Serviço Público, consoante o disposto no inciso VII, art. 20.*

Da inteligência do dispositivo acima, se conclui que o conceito de maior parcela de carga instalada, poderá ser adotado quando houver mais de uma atividade na mesma unidade consumidora, o que não é a situação dos consumidores sob da autuação. Ademais, como ressaltado na informação fiscal, deve ser observada a classificação adotada para enquadramento dos consumidores na SEFAZ e na COELBA, conforme extratos às fls. 708 a 710. A Coelba, concessionária de energia do Estado da Bahia, adota a classificação de COMERCIAL (codificação 1, conforme verificado nos arquivos do Convênio ICMS 115/2003) para enquadramento dos consumidores em questão, conforme constata das cópias das Notas Fiscais Conta de Energia Elétrica emitidas para os citados consumidores (fls. 709 e 710), não havendo qualquer redução na base de cálculo do imposto.

Por tudo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme planilha acostada à folha 702 dos autos, abaixo reproduzida:

Data da ocorrência	Débito anterior autuado	Débito corrigido
31/01/2007	1.865,79	970,21
28/02/2007	432.547,88	228.074,92
31/03/2007	306.449,89	164.224,35
30/04/2007	387.070,62	206.571,59
31/05/2007	464.525,15	262.989,69
30/06/2007	435.013,99	242.270,44
31/07/2007	635.694,04	401.414,16
31/08/2007	646.955,91	384.697,94
30/09/2007	501.389,94	294.734,54
31/10/2007	598.159,80	356.822,93
30/11/2007	556.838,40	338.642,20
31/12/2007	893.310,97	518.306,32
TOTAL	5.859.822,38	3.399.719,29

## 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 **298922.0003/12-2**, lavrado contra **NC ENERGIA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.399.719,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR