

PROCESSO - A. I. Nº 299324.0213/12-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECORRIDOS - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0064-05/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/12/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0348-11/15

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Mantido a exclusão dos valores exigidos relativo à empresa – CENTRAL DE TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS (CETREL S/A), por usufruir do benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 80, inc. I, “a” do RICMS/97, conforme Resoluções da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por exercer atividade de suporte às indústrias localizadas no Pólo Petroquímico de Camaçari-BA. Decisão amparada em Pareceres Jurídicos da Procuradoria do Estado da Bahia juntados na peça defensiva. Não comprovado que às demais empresas destinatárias da energia elétrica possuam o direito de usufruir do benefício da redução da base de cálculo que é aplicável às unidades consumidoras que efetivamente exerçam atividade preponderantemente alcançada pelo benefício, inclusive com a indicação correta do CNAE-Fiscal. Não apresentado qualquer fato novo ou argumento de direito capaz de modificar a Decisão. Rejeitado às preliminares de nulidades. Afastada a prejudicial de mérito de decadência de parte do crédito tributário. Decisão por maioria. mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida através do Acórdão JJF nº 0064-05/15 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito relativo, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a referida Decisão, relativo à mesma infração, ao teor do art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 10/08/2012, exige ICMS no valor de R\$5.053.697,29, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2007 e 2008).

Consta na descrição dos fatos que a tarifa de energia elétrica definida pela ANEEL para a Coelba é sem tributos, agregando o PIS, COFINS e ICMS para determinar o preço final aos consumidores. Para os consumidores que não possuem o benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, prevista no art. 80, I, a, b, c, do RICMS/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”.

E que durante a ação fiscal foi constatado que a empresa aplicou indevidamente o referido benefício fiscal para alguns consumidores que “*não se enquadram na classe industrial, ou não exercem atividade hoteleira ou hospitalar*”, incluindo uma carga tributária de 12,69% ao invés de 27%, resultando em uma base de cálculo menor, e, conseqüentemente, ICMS menor que o devido.

E ainda, que o ICMS destacado nos arquivos elaborados em conformidade com o Convênio ICMS 115 e recolhido pela empresa sofreu duas reduções indevidas: a primeira quando foi incluído o montante do imposto com redução de 52%, na sua própria base de cálculo; e a segunda, quando foi reduzida a base de cálculo em 52%, tendo sido reclamado o ICMS referente à primeira redução, ou seja, o ICMS reclamado é resultante da aplicação da alíquota de 27% sobre a diferença entre as bases de cálculo, determinadas com a inclusão de uma carga tributária de 27% e de 12,69%, tudo conforme demonstrativos apensados às fls. 11 a 1.387 do PAF.

Na Decisão proferida (fls. 1803 a 1827), a 5ª JF inicialmente discorre sobre a infração e afastou a preliminar de suspensão até que ocorra o julgamento em instância recursal do Auto de Infração 299324.0111/11-5, por entender que inexistem fundamentos de ordem jurídica que gere dependência entre os processos administrativos, inclusive falta de previsão no COTEB e no RPAF/BA.

Afastou a nulidade suscitada sob o argumento de limitação ao exercício do contraditório, por entender que o procedimento administrativo obedeceu ao devido processo, legal, expondo com clareza o ilícito, fundamentação dos fatos e do direito, acompanhado de demonstrativos, cálculos e embasamento jurídico, conforme demonstrativos apensados às fls. 11 a 1.387 do PAF.

Rejeitou a preliminar de mérito de decadência, fundamentando que os artigos 150, §4º e 173, I do CTN, preveem que se a lei não fixar prazo à homologação, será de cinco anos a contar do fato gerador, mas que o art. 107-B do COTEB prevê que o prazo é de cinco anos, em conformidade com o disposto no art. 173, I do CTN. Transcreveu decisões exaradas por Tribunais Superiores nesse sentido e apreciou que não está negando a aplicação da Súmula Vinculante nº 08, tendo em vista que a mesma trata de contribuições previdenciárias e não do ICMS.

No mérito, apreciou que:

A redução de base de cálculo a que fez referência as autoridades administrativas autuantes, encontra-se inserida no art. 80, I, letra “a”, “b” e “c”, 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;*
- b) destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel, enquadrado na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-Fiscal) sob os códigos 5511-5/03 e 5512-3/03;*
- c) destinada à atividade hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8610-1/01.*

II - 32%, quando:

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

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

Frente à revogação do RICMS/97, a citada regra foi transporta para o art. 268, inc. XVII, letra “a”, “b” e “c”, 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.

Fundamentou que dado à relevância do tema, transcreveu às fls. 1821 a 1822, parte do texto contido no Parecer da Procuradoria Estadual (PGE), inserido às fls. 1.726 a 1.730, no que se refere à exigência de ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica para a empresa CENTRAL

DE TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS S/A (CETREL), que em termos gerais reconhece que a mesma não possui natureza de empresa industrial, visto que não desenvolve esta atividade e não poderia ser enquadrada na categoria de “classe de consumo industrial” pela ANEEL, mas como dá suporte aos estabelecimentos industriais, tratando os seus efluentes resultantes do processo produtivo, com base na Resolução 456/2000 deve ser reconhecido que a CETREL deve ser enquadrada como enquadrado na “classe de consumo industrial” (art. 80, I, "a" do RICMS). Ressalta ainda que o citado Parecer foi homologado pela Procuradora Assistente, portanto atende ao disposto no Convênio ICMS 115/2003.

Ressalta que às fls. 1.585/1.586, foi acostado o Ofício da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL), enquadrando a empresa CETREL S/A na “classe de consumo industrial”, logo que considerando o posicionamento da PGE, Resolução ANEEL, nº 414/2010, conclui que para fins tarifários, a empresa, com participação acionária do Estado da Bahia e das companhias industriais instaladas no Pólo de Camaçari, deve se validado o procedimento adotado pelo sujeito passivo de que deve ser enquadrada na “classe de consumo industrial”, conforme decidido na segunda instância deste Conselho de Fazenda, a exemplo da Decisão exarada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal contida no Acórdão nº 0147-12/14, se valendo, também ao Parecer Jurídico da PGE.

Passou a análise das demais empresas ou unidades de consumo, destinatários da energia elétrica fornecida, seguindo a ordem de abordagem na defesa, relativo a consumo destinado:

***Empresas de construção civil:** não foi constatado a existência de contribuintes deste segmento nos demonstrativos do crédito ora reclamado. Nos referidos demonstrativos estão inseridas empresas do ramo de comércio varejista de materiais de construção, código de atividade 4744099. Improcedem as razões articuladas pela defesa.*

***Quanto à inclusão da TUSD** (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição às empresas geradoras de energia elétrica), na base de cálculo nas operações, verifico que não foram incluídas essas parcelas na autuação. Nas NFCEE, constantes do crédito ora reclamado, destinadas as empresas geradoras de energia elétrica, a Base de Cálculo do ICMS foi determinada de maneira incorreta pelo contribuinte. Os valores reclamados se referem à demanda e ao consumo de energia elétrica, fato que pode ser comprovado nos arquivos 9_Classe 4_CNAE_2009 e 10_Classe 4_CNAE_2010, na coluna DESCRIÇÃO_SERVIÇO (cópias destes arquivos foram entregues ao Autuado, em meio magnético, e acostados ao PAF na data da ciência do mesmo). Portanto, no crédito tributário reclamado não foi incluída nenhuma parcela da TUSD sobre faturas emitidas pela COELBA, para geradoras de energia elétrica ou para qualquer outra empresa. Insustentáveis as alegações empresariais em relação a este item da defesa.*

***Quanto aos estabelecimentos hospitalares** foi verificado nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, apresentados pela COELBA, que há vários clientes que não exercem a atividade hospitalar, enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00, a exemplo de clínicas, policlínicas, ambulatórios, consultórios, laboratórios, casa de saúde, etc, que tiveram a base de cálculo do ICMS determinada de maneira incorreta, fato demonstrado pelos auditores, nas planilhas de 01 a 06, anexas ao PAF, às páginas 28 a 167 e apresentadas em meio magnético.*

Nestas planilhas, elaboradas pela COELBA, na forma do Convênio 115/2003, houve também a inclusão de clientes pertencentes à classe de consumo comercial, que não exercem a atividade hospitalar, além de hotéis, igrejas e outros que não se enquadram no art. 80 e incisos do RICMS/BA, aprovado Decreto 6.284/97. Portanto, não gozam do benefício da redução da base de cálculo do ICMS. Para estes clientes, a COELBA determinou a base de cálculo do ICMS, agregando à mesma, uma carga tributária de 12,96%, quando o correto seria agregar uma carga tributária de 27%.

*Dessa forma, as atividades: de **atendimento a urgências e emergências** (CNAE 8512-0); de **atenção ambulatorial** (CNAE 8513-8); de **serviços de complementação diagnóstica ou terapêutica** (CNAE 8514-6); de **outros profissionais da área de saúde** (CNAE 8515-4); e **outras atividades relacionadas com a atenção à saúde** (CNAE 8516-2), não estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo. Cada uma destas classes contém as subclasses listadas às fls. 1.685/1.688, sendo que, apenas estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo a subclasse da classe de atividades de atendimento hospitalar.*

Na página 1.688 deste PAF, o autuado alegou que o cliente com contrato número 034779821, seria um hospital público municipal. Porém, nas segundas vias das contas de energia elétrica, apresentadas pela COELBA, através dos arquivos magnéticos do Convênio 115/03, o cliente do contrato número 034779821 é o Instituto de Promoção da Saúde e Desenvolvimento Social - PROMIR, cuja natureza jurídica é uma Associação Privada, com número do CNPJ 02.057.814/0001-98, que exerce a atividade de Associação de Defesa de Direitos Sociais, atividade esta, não amparada pelo benefício da redução da base de cálculo do ICMS.

Já o cliente do contrato nº 30194047 é a Casa de Saúde Santo Antonio, que exerce **atividade médica ambulatorial** restrita à consultas, atividade esta que não é amparada pelo benefício da redução da base de cálculo do ICMS. No cadastro da SEFAZ/BA consta como atividade deste cliente, a Atividade Médica Ambulatorial Restrita a Consultas.

Quanto ao Parecer resultante da consulta realizada pela Sociedade Anônima **Hospital Aliança**, os autuantes concordam que: faz jus a fruição do benefício previsto no art. 80, inciso I, "c", do RICMS/BA, o estabelecimento que efetivamente exerça a atividade hospitalar enquadrada na CNAE – Fiscal sob o código 8511-1/00. E informam, que os clientes que tiveram a base de cálculo determinada de maneira incorreta, não estão amparados pelo art. 80, inciso I, "c", do RICMS/BA. Dessa forma, o Parecer juntado pela defesa não serve de lastro probatório para sustentar as teses defensivas em relação aos destinatários da energia elétrica listados pelos autuantes.

No que se refere às empresas que exercem a **atividade hoteleira**, as mesmas não constam dos demonstrativos do crédito tributário reclamado. Por sua vez, na página 1.552 deste PAF, em sua defesa, o autuado alegou que o cliente do contrato de número 202456650, seria o Complexo Hoteleiro de Sauípe, anexando contrato cujo CNPJ é 03.720.753/0001-60. As unidades do Complexo Hoteleiro do Sauípe, com CNPJ 03.720.753/0001-60, possuem um consumo total mensal de energia elétrica superior a R\$ 700.000,00, e nenhuma destas unidades hoteleiras constam do crédito tributário reclamado. O cliente Sauípe que teve a base de cálculo do ICMS determinada de maneira incorreta, conforme consta das segundas vias das contas de energia elétrica, é a da unidade com CNPJ nº 00.866.577/0001-80, que exerce atividade de Holdings de Instituições não-financeiras, atividade esta, que não está amparada pelo benefício da redução da base de cálculo. Essa unidade teve um consumo médio mensal em torno de R\$10.000,00, compatível com a atividade declarada.

Em relação às empresas que exercem a **atividade de padaria** ficou demonstrado nos autos, por ocasião da informação fiscal, que a atividade industrial de: "fabricação de produtos alimentícios e bebidas", pertencente à seção C, Indústria de Transformação, do CNAE 2.0, não consta dos demonstrativos do crédito reclamado, visto que pertence a classe de consumo Industrial.

Já as padarias que efetuam vendas ao público não estão compreendidas na seção C com descrição de "indústrias de transformação". As padarias estariam compreendidas na seção G com descrição comércio varejista. Na seção C, com descrição "Indústria da Transformação", há a divisão de fabricação de produtos alimentícios, subclasse fabricação de produtos de panificação. Esta subclasse não compreende as padarias com venda direta ao público (notas explicativas da subclasse 1091-1/00). Portanto, as atividades exercidas pelas padarias estariam enquadradas na seção comércio varejista, nas subclasses padaria e confeitarias. com predominância de produção própria, ou, padaria e confeitaria com predominância de revenda.

Da mesma forma, a atividade de "**Canteiro de Obra**" não é industrial. Portanto, não está amparada pela norma do art. 80, I, "a", RICMS/97. E, a base de cálculo do ICMS deveria ter sido determinada, agregando-se à mesma a carga tributária de 27%. Já o cliente PPL MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA, não exerce atividade industrial amparada pelo citado dispositivo legal.

Em relação às OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS do item 29, inciso II, art. 20, da Resolução ANEEL nº 456/2000, as atividades listadas nesta resolução são as definidas no Cadastro Nacional de Atividades Econômica – CNAE, devendo prevalecer, para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo, a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento. Essa informação inclusive deve ter plena coincidência com os dados cadastrais a correta classificação fiscal da atividade no Cadastro da Secretaria Fazenda do Estado. No caso de divergência prevalecerão as informações do cadastro de contribuintes do Estado, por corresponder, até prova em contrário da parte interessada, ser a atividade preponderante do contribuinte, que poderá efetuar a correção do CNAE, após certificação "in loco" pelas autoridades fazendárias.

Cumprir registrar ainda que nos termos do art. 106 da Resolução nº 456/2000, o consumidor será responsável pelo pagamento das diferenças resultantes da aplicação de tarifas no período em que a unidade consumidora esteve incorretamente classificada, não tendo direito à devolução de quaisquer diferenças eventualmente pagas a maior quando constatada, pela concessionária, a ocorrência de declaração falsa de informação referente à natureza da atividade desenvolvida na unidade consumidora ou a finalidade real da utilização da energia elétrica; ou omissão das alterações supervenientes que importarem em reclassificação.

Isto posto, voto, no mérito, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, excluindo tão somente do débito apurado as operações de fornecimento de energia elétrica para a CETREL S/A., em conformidade com os números apurados na segunda diligência determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal. Em decorrência, o demonstrativo de débito do A.I., passa a ter a seguinte configuração, por período mensal:

Apresentou quadro demonstrativo às fls. 1826 a 1827, indicando os valores devidos remanescentes no qual o débito foi reduzido de R\$5.053.697,29 para R\$4.212.199,50.

A 5ª JJF 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/BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 1840 a 1908) o recorrente inicialmente ressalta a tempestividade do Recurso, faz uma síntese da autuação, transcreve os artigos 80 e 268 dos RICMS/97 e RICMS/12, que trata da Redução de Base de Cálculo (RBC), obediência aos procedimentos determinados pela ANEEL em suas Resoluções de nºs 456/2000 e 414/2010, orientando e exigindo que os consumidores procedam as devidas retificações e adequações, mesmo assim culminando na autuação dado a interpretação da fiscalização.

Faz uma síntese dos argumentos defensivos, suscitando nulidade e razões de mérito, transcreve a ementa da Decisão que foram acatadas em parte, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração.

Preliminarmente suscita a nulidade da autuação sob o argumento de que o agente público tem atividade vinculada, e deve indicar no Auto de Infração com indicação de elementos obrigatórios, e na situação presente *“não apresentou corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA”*, tendo demonstrado as supostas inconformidades por amostragem, quando deveria analisar caso a caso e demonstrar os erros supostamente identificados, o que não ocorreu.

Reitera a preliminar de mérito de Decadência, tendo com base o art. 150, § 4º do CTN, relativo ao período de Janeiro a Julho/2007, visto que o Auto de Infração foi lavrado em 10/08/12. Transcreve ementa de diversos julgados em Tribunais Superiores (ADI 1945-MC; RE 556664/2008), já pacificado em Recursos repetitivos (art. 543C do CPC) conforme REsp 973733/CE.

Refuta a aplicação do art. 107-A e 107-B do COTEBA (Lei nº 3.956/81), por entender que conforme decidido pelo STF em sede de ADI, compete à lei complementar federal e não estadual estabelecer regras atinentes à decadência tributária. Cita decisões emanadas pelo Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo e votos divergentes proferidos em decisões exaradas pelo CONSEF/BA (Auto de Infração nº 298922.0003/12-2). Requer que sejam declarados decaídos os valores lançados relativos ao período de janeiro a agosto de 2007.

No mérito, ressalta que a busca da verdade material é indispensável nos trabalhos de qualquer fiscalização, conforme preconiza os doutrinadores, inclusive positivado pelo legislador, conforme teor do art. 2º do RPAF/BA, e que a fiscalização não poderia efetivar lançamento de crédito tributário baseando-se apenas em elementos formais e cadastrais, sem verificar a real e factual atividade preponderante efetivamente desenvolvida pelo consumidor em questão.

Em seguida, passou a pontuar argumentos para justificar o procedimento adotado:

- a) Em cumprimento da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 efetuou vistoria no momento da ligação na rede elétrica e periódicas, antes de aplicar a RBC aos consumidores que exercem preponderantemente as atividades contempladas com tal benefício fiscal previsto nos art. 80 (RICMS 1997) e art. 268 (RICMS 2012);
- b) Efetuou consulta sobre o assunto à SEFAZ/BA, cuja resposta transcreveu às fls. 1863/1865 (hotéis e motéis, classificados nos CNAEs 5511-5/03 e 5512-3/03: Motel para 5510-8/03 e a de Hotel para 5510-8/01: aplica-se a RBC no fornecimento de energia elétrica para os estabelecimentos que exercem efetivamente a atividade de hotéis, com exceção daqueles que exerçam efetivamente a atividade de motéis);
- c) Na resposta da consulta formulada pelo Hospital Aliança, foi respondido que à fruição do benefício de RBC previsto no art. 80, I. 'c', do RICMS/BA, aplica-se à atividade hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8610-1/01, "EXCETO PRONTO-SOCORRO E UNIDADES PARA ATENDIMENTO A URGÊNCIAS", de forma mais específica os serviços de internação de curta ou longa duração prestados a pacientes realizados em hospitais gerais e especializados e que incluem: serviços de médicos; serviços de laboratórios, radiológicos e anestesiológicos e serviços de centros cirúrgicos.

Conclui argumentando que aplicou a RBC, cumprindo a legislação estadual, apenas para os consumidores que exercem a atividade preponderante passíveis do benefício fiscal, conforme

regulamentado, e em obediência à verdade material, deve se desconsiderar os elementos meramente formais e cadastrais que embasaram a autuação, afastando a cobrança indevida.

Quanto às glosas dos benefícios de RBC do ICMS, ressalta que a acusação fundamenta-se em que as atividades dos consumidores de energia elétrica não se enquadram na norma que concedeu o benefício em questão, considerando os cadastros na SEFAZ e Receita Federal.

Argumenta que para a aplicação da RBC, deve prevalecer a atividade preponderante, conforme orientação contida na Res. 414/2010 da ANEEL, qual seja: a maior parcela da carga instalada.

Transcreve os artigos 2º e 18, da Res. ANEEL nº 456/2000, que define a (i) carga instalada, (ii) concessionária ou permissionária; (iii) consumidor e os critérios para classificação da unidade consumidora de acordo com a atividade exercida, que quando exercer mais de uma atividade, deve prevalecer a da maior parcela da carga instalada. Da mesma forma, estes critérios estão contidos nos artigos 4º e 6º da Res. ANEEL nº 414/2010, regulamentando o art. 2º, da Lei nº 9.427/1996.

Transcreve o teor da consulta formulada pela Distribuidora de Água Camaçari, com atividade de fabricação de gases industriais e produção de água desmineralizada e de vapor, no Processo nº 326767/2014-9, cuja resposta da SEFAZ foi de que deve prevalecer “a maior parcela da carga instalada”, que é o critério correto estabelecido pela ANEEL.

Argumenta que no caso em análise, a fiscalização glosou parte dos benefícios de RBC tomando como base os registros cadastrais da Receita Federal (CNPJ/CNAE) e da SEFAZ-BA, sem observar a maior parcela da carga instalada dessas mesmas unidades consumidoras, conforme classificadas como industriais, nos termos dos artigos 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010. Conclui esta linha de raciocínio afirmando que aplicou a RBC considerando a atividade preponderante, referente à classe de consumo industrial (e não comercial) e requer que sejam afastadas as glosas efetuadas pela autuação.

Transcreve o art. 20 da Res. 456/2000 que define as classes e subclasses para efeito de aplicação de tarifas: I – Residencial; II – Industrial; III - Comercial, Serviços e Outras Atividades; IV – Rural; V - Poder Público; VI - Iluminação Pública; VII - Serviço Público; VIII - Consumo Próprio.

Também, os artigos 4º e 5º da Res. ANEEL nº. 414/2010, que orienta como a distribuidora deve classificar a unidade consumidora de acordo com a atividade nela exercida e a finalidade da utilização da energia elétrica, para efeito de aplicação da tarifa a que o consumidor tiver direito, observando as classes e subclasses estabelecidas, sendo que o §2º do art. 5º estabelece:

§ 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.

E ainda os artigos 3º da Res. 456/00 que trata de procedimentos do pedido de fornecimento e a Clausula terceira da Res. Normativa 414/00 que determina na manutenção dos dados cadastrais e alterações quando houver mudança de titularidade ou encerramento da relação contratual.

Afirma que as informações constantes do seu sistema foram fornecidas pelos próprios usuários, não havendo obrigatoriedade de sua parte em comprovar a veracidade das declarações dos clientes, mas mesmo assim, efetua inspeção *in loco* quando é solicitada a ligação ou o benefício de redução em comento, porém, dado o elevado número de unidades consumidoras, é impossível aferir mensalmente a atividade efetivamente exercida por cada unidade consumidora.

Ressalta que os documentos apresentados pelos clientes são descartados após cinco anos e deve ser reconhecido que as atividades registradas como industriais, foram feitas em conformidade com os dados informados pelos clientes, compatível com as regras do Convênio ICMS 115/2003, não sendo de sua responsabilidade a verificação da manutenção destes pré-requisitos.

Atenta, que conforme disposto no art. 27 da Res. ANEEL 414/2010, a distribuidora deve cientificar

o interessado quanto à obrigatoriedade de declarar de forma descritiva a carga instalada na unidade consumidora e a COELBA não possui obrigação de verificar a veracidade das declarações prestadas, podendo, inclusive, responsabilizar o consumidor quando utilizar carga susceptível de provocar distúrbios ou danos ao sistema elétrico de distribuição, nos termos do art. 164 da Res. 414/10.

Conclui afirmando que cabe ao consumidor declarar carga instalada e uma vez classificado na classe de consumo industrial, não cabe a concessionária ser penalizada por eventuais incorreções das informações dos clientes, pois age dentro da mais estrita legalidade.

Por fim, quanto aos equívocos incorridos pela SEFAZ no que se refere ao enquadramento de algumas atividades nas classes de consumo de energia elétrica para fins de aplicação da RBC, faz as seguintes considerações quanto a classificação que entende ter sido feita de forma correta:

- A. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL: o enquadramento é previsto no art. 20, item 28 da Res. 456/00 e Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil 971/2009, em seu art. 109-C, §2º (fl. 1884);
- B. HOSPITAIS: Conforme disposto no art. 80, I, “c” do RICMS/97 é reduzida a base de cálculo das operações com energia elétrica, com percentual de 52%, quando: “*destinada à atividade hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00*” (efeitos até 23/12/2010), devendo prevalecer em caso de divergência, a maior carga instalada, cf. Res. 414/2010. Destaca ainda, que o novo RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), nos seus artigos 265 e 268, ao prever a RBC para hospitais, retirou a restrição relativa ao CNAE, ratificando a conclusão de que basta que a unidade consumidora beneficiada efetivamente pratique a atividade de hospital.
- C. HOTÉIS. O Art. 80, i, “b”, prevê RBC de 52%, quando: “*destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel, enquadrado na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-Fiscal) sob os códigos 5511-5/03 e 5512-3/03*”, o que foi confirmado no Parecer da consulta no processo 16056/2007, de 19/12/2007. Também os arts. 265 e 268, ao do RICMS/12, retirou a restrição relativa ao CNAE.
- D. PADARIAS. Afirma que os contratos de fornecimento de energia elétrica firmados entre a COELBA e empresas caracterizadas como “padarias” obedecem às orientações das Resoluções ANEEL 456/2000 e art. 5º, §2º da Resolução 414/2010 da ANEEL, sendo enquadradas na “*classe de consumo industrial*” quando a carga predominante instalada decorrer de fabricação de produtos como atividade preponderante em relação a atividade comercial.
- E. OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS. Transcreve o art. 20, item 29 da Res. 456/2000 da ANEEL, que trata da definição das classes e subclasses para efeito de aplicação de tarifas de tarifas a “outras indústrias”, tendo como base a definição dada pelo art. 4º do Regulamento do IPI (Decreto nº 7.212/10), ressaltando que o mesmo Regulamento equipara a estabelecimento industrial diversos outros estabelecimentos (importadores, filiais de indústrias, industrialização por encomenda, cooperativas, etc.). E que neste caso, considerou a atividade preponderante, conforme definido na Resolução 414/2010 da ANEEL, entendimento que foi convalidado pela SEFAZ.

Relativamente ao conceito de “classes” e “atividades”, ressalta que a RBC de 52%, prevista no RICMS/BA refere-se à “*classe de consumo industrial* (art. 80, I, “a”, do Decreto nº 6.284/97 e art. 268, XVII, “a”, do Decreto nº 13.780/2012), sem definir a abrangência dessa expressão o que é feito na Res. ANEEL 456/2000 e 414/2010, que é mais amplo do que definida na legislação do IPI.

Destaca que a RBC relativa a hospitais e hotéis, mencionou expressamente “*atividade hoteleira*” e “*atividade hospitalar*”, bem como a às “*classes de consumo industrial e rural*”, sem delimitar o limite de abrangência, sendo equivocada a autuação ao adotar a expressão “*classe de consumo industrial*” como sinônimo de atividade industrial. Discorre sobre a doutrina que preconiza que “*as expressões de Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis*”, devendo ser dada a interpretação sustentada pelo autuado em conformidade com o disposto nos artigos 109 e 110 do CTN.

Afirma que adotou o critério de “*classe de consumo industrial*”, como definido pela Res. ANEEL n^{os} 456/2000 e 414/2010, restando incontroverso que aplicou corretamente a RBC.

Na situação presente, quanto à multa aplicada prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/1996, afirma que a multa de 60% tem caráter confiscatório, porquanto, alcança parcela significativa do patrimônio da empresa, indo de encontro ao art. 150 da CF/88 que veda o efeito confiscatório dos tributos, de forma que sua cobrança não pode exceder o limite racional, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade moral e econômico que o sujeito passivo da obrigação tributária pode suportar.

Transcreve diversas decisões de tribunais (PROCESSO: 1872020124058404, AC552882/RN; EAC380781/02/SE; 659520124058310, APELREEX24052/PE; 200580000060528, AC473039/AL; AMS 0022279-85.2005.4.01.3800/MG); Súmula 14 do CARF; Parecer do Procurador-Geral PGFN n^o. 1.087/2004 e da 7^a Câmara Julgadora do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo, no processo n^o. DTR2-160722-2008 e do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 61.160/SP e STJ no REsp 184.576/SP, para reforçar o seu posicionamento de que a multa aplicada deve ser afastada ou reduzida, dado o seu caráter confiscatório e abusivo.

Por fim, requer que a Decisão seja reformada, reconhecendo a nulidade do Auto de Infração e no mérito, que seja julgado totalmente improcedente, e como argumento suplementar que seja determinada a redução do montante descrito no Auto de Infração, com o enquadramento no percentual de 32% destinado às demais classes de consumo. Por cautela processual, caso não acatado que a multa aplicada no patamar de 60% seja afastada ou reduzida.

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 1928 a 1933 ressalta inicialmente que o Recurso repete parte dos argumentos defensivos que foram devidamente apreciados na primeira instância.

Ressalta que a autuação está corretamente tipificada e alicerçada na legislação tributária, nos termos do art. 39 do RPAF/BA, inclusive com realização de diligência saneadora e não há vícios formais ou materiais que implique em nulidade da autuação.

Atenta que as alegações versando sobre inconstitucionalidade da legislação tributária não pode ser apreciadas pelo CONSEF, face ao disposto no art. 167, II do RPAF/BA.

Destaca que a multa aplicada está em conformidade com a Lei n^o 7.014/96 e que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeitos confiscatórios, não alcança as multas.

Quanto a preliminar de mérito de Decadência, afirma que o COTEB, na época dos fatos geradores, previa contagem do prazo decadencial em conformidade com o art. 150, §4^o do CTN e que não tendo sido recolhido o tributo devido no prazo regulamentar, se aplica o disposto no art. 173, I do CTN. Também, que não se aplica a Súmula Vinculante n^o 08 ao ICMS visto que a mesma trata de contribuições previdenciárias.

No mérito, afirma que de acordo com Parecer exarado em outro processo, a expressão “classe de consumo industrial” não se confunde com a expressão estabelecimento industrial, que exerça atividade industrial ou estiver cadastrado como indústria e sim a definida no Convênio ICMS 115/2003 e Resoluções n^{os} 456/00 e 414/10 da ANEEL, levando em consideração a atividade preponderante da unidade consumidora e da maior parcela de carga instalada.

Destaca que a Decisão da primeira instância reconheceu expressamente a empresa que possuía o direito de gozo da RBC, nos termos do disposto nos RICMS/97 e 2012 (art. 80 e 268).

Ressalta que não foi constatado exigências relativas a estabelecimentos que exercem atividades de construção civil e hoteleira, bem como não houve questionamento quanto a inclusão da TUSD.

No que se refere a atividades hospitalares, afirma que os diversos clientes objeto da autuação não exercem atividade hospitalar enquadrada no CNAE 8511-1/00 e sim clínicas, policlínicas, ambulatorios, consultórios, laboratórios, casa de saúde que tiveram RBC de forma incorreta.

Da mesma forma, a fabricação de produtos alimentícios, pertencente à seção C – Indústria de Transformação com CNAE 2.0 não consta nos demonstrativos da autuação e sim de padarias que

se enquadram nas subclasses de padaria e confeitarias, com predominância para revenda.

Por fim, com relação às atividades de “Canteiro de Obra” e “Outras Atividades Industriais”, previsto no item 29, II e art. 20 da Res 456/00 da ANEEL, as atividades listadas são definidas no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), devendo prevalecer para o gozo do benefício de RBC a preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, cujos dados cadastrais devem coincidir com o banco de dados da SEFAZ/BA, a menos que sejam apresentados provas em contrário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela 5ª JF, face à desoneração em parte dos valores exigidos no Auto de Infração, que reduziu o débito de R\$5.053.697,29 para R\$4.212.199,50.

Conforme consta no relatório e voto ora recorrido, trata-se de exigência de ICMS relativo à operação de comercialização de energia elétrica, pela COELBA, em decorrência da redução da base de cálculo em 52%, por entender que os destinatários não preenchiam os requisitos estabelecidos no art. 80, I, “a” do RICMS/97 e art. 268, XVI do RICMS/12 (Convênio ICMS 115/03), ou seja, não caracterizava “consumo industrial”.

No que se refere ao Recurso interposto, a 5ª JF, com suporte no Parecer exarado pela PGE/PROFIS (fls. 1726/1730) decidiu que é correta a interpretação da aplicação do disposto no art. 80, I, a do RICMS/97, que concede redução de base de cálculo nas operações com energia elétrica em 52%, destinadas à CETREL, visto que a Res. 456/2000 da ANEEL define, no art. 20, o conceito de classe industrial, como subclasse para efeito de aplicação de alíquota, o fornecimento para unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial, *... caracterizado como atividade de suporte e sem fim econômico próprio, desde que realizado de forma integrada fisicamente à unidade consumidora industrial.*

Pelo exposto, é certo que a CETREL não exerce atividade industrial, na acepção da legislação tributária (art. 2º, § 5º do RICMS/97), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo (transformação; beneficiamento; montagem; acondicionamento ou reacondicionamento e renovação ou recondicionamento).

Entretanto, o dispositivo legal que estabelece a redução da base de cálculo (art. 80, I, “a” do RICMS/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 da ANEEL, levando em consideração para a classificação aquela que apresentar a maior parcela de carga instalada.

Por sua vez, a ANEEL no Ofício emitido em 01/06/11 (fls. 1.585/1586) confirma o enquadramento da CETREL na classe de consumo industrial.

Logo, embora a CETREL não exerça atividade industrial, promove “suporte à indústria”, na medida que exerce atividade de tratamento de efluentes de resíduos líquidos e sólidos, oriundos das empresas instaladas no Polo Petroquímico de Camaçari/BA, destacando que as indústrias detêm de 75% das ações do capital social da CETREL e 25% pelo Governo do Estado.

Concluo que conforme relatado pelo julgador da Primeira Instância, considerando que a ANEEL reconhece que a CETREL deve ser enquadrada na “classe de consumo industrial”, por preencher os requisitos fixados na Res. 456/00, considero correta a redução da base de cálculo do ICMS, nas operações objeto do lançamento, conforme previsto no art. 80, I, a do RICMS/97 (Convênio ICMS 115/03).

Ressalto que este entendimento já foi manifestado no julgamento do A I Nº 281071.0102/10-0, cuja Decisão contida no Acórdão JF nº 0076-01/12, não teve provimento na segunda instância conforme Acórdão CJF 0147-12/14. E da mesma forma, a Decisão contida no Acórdão JF 0080-

05/14, foi mantida no Acórdão C/JF Nº 0297-11/14 apreciado nesta C/JF.

Portanto não merece qualquer reparo à Decisão proferida pela 5ª J/F, motivo pelo qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário, inicialmente cabe apreciar a nulidade suscitada sob o argumento de que não foi indicado no Auto de Infração os elementos obrigatórios, com demonstração de inconformidades por amostragem, ao invés de caso a caso, constato que conforme apreciado nas fls. 2 e 3 do Auto de Infração, foram descritos de forma detalhada os procedimentos adotados pela fiscalização, fazendo se acompanhar de demonstrativo sintético à fl. 15 (anual) e por mês (fls. 16/27) e analíticos por nota fiscal (fls. 28 a 1.387).

Na defesa o estabelecimento autuado apresentou argumentos indicando classes de contribuintes que entendia serem contempladas com o benefício da redução da base de cálculo e a 5ª J/F determinou a realização de diligência fiscal, que culminou em exclusão de parte das operações e redução do débito, bem como fundamentou a manutenção de outras operações. Logo, restou comprovado que o estabelecimento autuado compreendeu do que foi acusado, exerceu o seu direito de defesa e do contraditório, não havendo qualquer violação ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada.

Com relação a preliminar de mérito de decadência, invocando a aplicação do disposto no art. 150, § 4º do CTN, relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a julho/07, observo que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, o disposto no art. 150, §4º do CTN, prevê que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar do fato gerador. Considerando que em se tratando de apuração do ICMS, o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento do imposto, sem o prévio exame por parte da autoridade administrativa, o art. 107-B do COTEXA, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e da lavratura do Auto de Infração, prevê que o prazo é de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme disposto no art. 173, I do CTN. Logo, de acordo com a legislação tributária vigente na época da ocorrência dos fatos geradores relativos ao exercício de 2007, o crédito tributário poderia ser constituído até 31/12/12, não ocorrendo à decadência apontada visto que o Auto de Infração foi lavrado em 10/08/12.

Deve ser ressaltado que a Súmula Vinculante nº 08 do STF trata de contribuições previdenciárias, não sendo aplicável ao ICMS. Também, que o art. 107-A e 107-B do COTEXA (Lei 3.956/81), ora revogados, na data da lavratura do Auto de Infração integrava o ordenamento jurídico do Estado da Bahia e conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

No mérito, conforme ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS, o recorrente reapresenta na sua quase totalidade os argumentos apresentados na impugnação inicial que já foram apreciados na Decisão ora recorrida, em síntese:

- a) A aplicação do benefício da Redução da Base de Cálculo (RBC) na comercialização de energia elétrica prevista no art. 80 do RICMS/97 (art. 268 do RICMS/12) aplica-se à atividade preponderante exercida pelo consumidor em conformidade com a Resolução Normativa (RN) nº 414/10 da ANEEL e não deve se pautar apenas no código de atividade constante no Cadastro Nacional de Atividade Econômica (CNAE);
- b) O critério adotado pela empresa na classificação da unidade consumidora obedece as Resoluções ANEEL 456/00 e 414/10, considerando a maior parcela de carga instalada que foi fornecida pelos usuários, não havendo obrigatoriedade de comprovação;
- c) Indicou diversas atividades de unidades consumidoras contempladas com o benefício de RBC em função da classe de consumo que por equívoco foram desclassificadas pela fiscalização: Empresas de construção civil; hospitais; hotéis; padarias e outras atividades industriais;
- d) O art. 80, I, “a” do RICMS/97 contempla com RBC as classes de consumo industrial, indicando atividades e deve ser dada a interpretação sistemática prevista nos artigos 109 a 111 do CTN.

Conforme apreciado no voto proferido pela 5ª JJF, o art. 80 do RICMS/97 (art. 268 do RICMS/12) vigente na época da ocorrência dos fatos geradores (2007 e 2008) estabelecia que:

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

I - 52%, quando:

- a) destinada às classes de consumo industrial e rural;*
- b) destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel, enquadrado na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-Fiscal) sob os códigos 5511-5/03 e 5512-3/03;*
- c) destinada à atividade hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8610-1/01.*

II - 32%, quando:

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

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

Conforme síntese dos argumentos expendidos pelo recorrente, a demanda estabelecida refere-se a classificação das unidades consumidoras de energia elétrica que a empresa contemplou com o benefício fiscal da RBC e que a fiscalização acusou de não preencher os requisitos legais.

Ressalte-se que de acordo com o que foi apreciado no Recurso de Ofício, foi reconhecido que as operações de fornecimento de energia elétrica para a empresa CETREL, se enquadram na “classe de consumo industrial”, embasado no Parecer da PGE/PROFIS e da ANEEL.

No que se refere à aplicação da RBC nas operações de comercialização de energia elétrica com base na regra disposto no art. 80 do RICMS/97 e Resoluções Normativas nºs 456/00 e 414/10 da ANEEL (item “a”) e classificação da unidade consumidora (item “b”), observo que foi apreciado na Decisão da Primeira Instância, fundamentando que a expressão “classe de consumo industrial” não deve ser confundido com “estabelecimento industrial”, ou “estabelecimento que exerça atividade industrial”, ou mesmo “estabelecimento inscrito/cadastrado como indústria” e não tendo sido definida ou delimitada na norma tributária do ICMS (Convênio ICMS 115/2003 e RICMS/97), deve ser interpretado em consonância com o conteúdo semântico indicados nas citadas Resolução da ANEEL.

Neste sentido, entendo que está correta a fundamentação expendida no voto da Decisão ora recorrida de que conforme disposto no art. 4º da Resolução ANEEL nº 414/2010, a distribuidora deve classificar a unidade consumidora de acordo com “a atividade nela exercida e a finalidade da utilização da energia elétrica”, para definir “a aplicação da tarifa a que o consumidor tiver direito. E Quando houver mais de uma atividade na mesma unidade consumidora, a classificação deve corresponder àquela que apresentar a “maior parcela da carga instalada”.

Em tese, o argumento apresentado pelo recorrente de que o critério para definir a classificação da unidade consumidora com base na atividade e na “maior parcela da carga instalada”, é coincidente com a fundamentação expendida no voto proferido pela 5ª JJF, tendo como base o disposto nos artigos 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010.

Logo, como a fiscalização indicou nos demonstrativos analíticos (fls. 35 a 1.387), por nota fiscal, a razão social da unidade consumidora, o CNAE, a descrição da atividade e aplicação indevida da RBC, diante da fundamentação apresentada na Decisão proferida pela 5ª JJF, caberia ao recorrente indicar as inconsistências que entendesse inconsistente no levantamento fiscal.

Entretanto, tomando como base a primeira folha do demonstrativo sintético (fl. 35), constato que:

- 1) Nota Fiscal nº 131 - Rei Hotelaria e Turismo Ltda., em tese estaria contemplada com a RBC prevista no art. 80, I, “b” do RICMS/97 que relaciona “atividade hoteleira”, porém o CNAE 6822-6/00 é descrito como “administração de condomínios, de shopping center”. Logo, não se trata de atividade de hotelaria. Da mesma a Nota Fiscal nº 929100 – Comart – Comercial de

Pousadas, apresenta CNAE 5510-8/03, descrito como “motel”, cujo benefício de RBC é excetuado no art. 80, I, “b” do RICMS/97;

- 2) Nota Fiscal nº 6080 – Servir – Serviços Médicos Especializados, apresenta o CNAE 8630-5/03 descrito como “atividade médica ambulatorial restrita a consulta” Logo, não se trata de atividade “*hospitalar enquadrada na CNAE-8610-1/01 contemplada com RBC prevista no art. 82, I, “c” do RICMS/97;*

As situações acima são apenas exemplificativas, mas constato que diversos estabelecimentos indicados como atividades hospitalares apresentam CNAEs correspondentes a atividade médica ambulatoriais, bem como os estabelecimentos classificados como hotéis apresentam CNAEs relativos a motéis, restaurantes (Notas Fiscais nºs 953866 e 965237).

Pelo exposto, não tendo o recorrente diante da fundamentação apresentada no voto e demonstrativos que dão suporte a autuação, apresentado provas em contrário, não acolho os argumentos de que houve classificação equivocada pela fiscalização dos estabelecimentos que não preenchiam os requisitos do benefício de RBC, em conformidade com as Resoluções nºs 456/00 e 414/10 da ANEEL e art. 80 do RICMS/97.

Passo então a analisar a indicação de atividades de unidades consumidoras que o recorrente entende serem contempladas com o benefício de RBC em função da classe de consumo (item “c”), cujos argumentos não foram acolhidos na Decisão da primeira instância.

Destaco que conforme apreciado no Recurso de Ofício, na Decisão proferida pela primeira instância, foi reconhecido que a CETREL deve ser enquadrada na “classe de consumo industrial”, por preencher os requisitos fixados na Res. 456/00, cujos valores correspondentes já foram excluídos em função de diligência realizada na primeira instância. Este posicionamento já foi manifestado na Decisão contida no Acórdão JJF nº 0076-01/12, não teve provimento no Acórdão CJF 0147-12/14; No Acórdão JJF 080-05/14, que foi mantida no Acórdão CJF Nº 0297-11/14 e no Acórdão JJF 0205-04/12 que foi mantido no Acórdão CJF Nº 0313-11/15.

Quanto às demais atividades: (A). EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL; (B) HOSPITAIS; (C) HOTÉIS; (D) PADARIAS e OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS, observo que conforme apreciado na Decisão ora recorrida foi fundamentado que em relação aos estabelecimentos:

- 1) *Hospitalares (Convênio ICMS 115/03), os clientes que “não exercem a atividade hospitalar, enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00, a exemplo de clínicas, policlínicas, ambulatorios, consultórios, laboratórios, casa de saúde, etc.,”*
- 2) *Hoteleira: As unidades do Complexo Hoteleiro do Sauípe, com CNPJ 03.720.753/0001-60, ... e nenhuma destas unidades hoteleiras constam do crédito tributário reclamado. O cliente Sauípe... que consta ... é a da unidade com CNPJ nº 00.866.577/0001-80, que exerce atividade de Holdings de Instituições não-financeiras, atividade esta, que não está amparada pelo benefício da redução da base de cálculo.*
- 3) *Padaria: Atividade industrial de: “fabricação de produtos alimentícios e bebidas”, pertencente à seção C, Indústria de Transformação, do CNAE 2.0, não consta dos demonstrativos do crédito reclamado, visto que pertence a classe de consumo Industrial. Já as padarias que efetuam vendas ao público não estão compreendidas na seção C com descrição de “indústrias de transformação”. As padarias estariam compreendidas na seção G com descrição comércio varejista. Na seção C, com descrição “Indústria da Transformação”, há a divisão de fabricação de produtos alimentícios, subclasse fabricação de produtos de panificação. Esta subclasse não compreende as padarias com venda direta ao público (notas explicativas da subclasse 1091-1/00). Portanto, as atividades exercidas pelas padarias estariam enquadradas na seção comércio varejista, nas subclasses padaria e confeitarias. com predominância de produção própria, ou, padaria e confeitaria com predominância de revenda.*
- 4) *“Canteiro de Obra” não é industrial. Portanto, não está amparada pela norma do art. 80, I, “a”, RICMS/97. E, a base de cálculo do ICMS deveria ter sido determinada, agregando-se à mesma a carga tributária de 27%. Já o cliente PPL MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA, não exerce atividade industrial amparada pelo citado dispositivo legal;*
- 5) *OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS do item 29, inciso II, art. 20, da Resolução ANEEL nº 456/2000, as atividades listadas nesta resolução são as definidas no CNAE, devendo prevalecer, para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo, a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento. Essa informação inclusive deve ter plena coincidência com os dados cadastrais a correta*

classificação fiscal da atividade no Cadastro da Secretaria Fazenda do Estado. No caso de divergência prevalecerão as informações do cadastro de contribuintes do Estado, por corresponder, até prova em contrário da parte interessada, ser a atividade preponderante do contribuinte, que poderá efetuar a correção do CNAE, após certificação “in loco” pelas autoridades fazendárias.

Pelo exposto acima, constato que para todas as atividades que foram apresentados argumentos na impugnação inicial, com exceção das operações com a CETREL que foram acatadas, na Decisão ora recorrida, foi fundamentado o não acolhimento em razão da falta de amparo legal.

Como foram reapresentados os mesmos argumentos, sem apresentar qualquer prova acerca dos demonstrativos que constam nos autos, da fundamentação manifestada pela 5ª JF pelo não acolhimento e não tendo oferecido qualquer fato novo ou argumento de direito, implica em simples negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa indicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 6 e 7), se atendido as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Por tudo que foi exposto, concluo que não foi apresentado qualquer prova ou argumento de direito capaz de modificar a Decisão ora recorrida e diante do posicionamento idêntico ao Recurso interposto contra a Decisão contida no Acórdão JF 0205-04/12 que foi mantido no Acórdão CJF Nº 0313-11/15, não merece qualquer reparo o julgamento da primeira instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

Em que pese o sempre abalizado voto do n. Conselheiro Relator, peço *venia* para discordar quanto ao seu posicionamento quanto a constatação da ocorrência da decadência.

O Recorrente sustentou em seu recurso que, no caso em tela, houve a decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo relata, os fatos geradores ocorreram nos anos de 2007 e seguintes, e a autuação foi lançada somente em 10.08.2012, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre o teor da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por este CONSEF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Primeiramente ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos alicerces que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, creio que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que sustentaram o entendimento Sumular Vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que **a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional**, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)” (grifo nosso)

Diante deste inequívoco pronunciamento, está claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que **somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, seja no âmbito nacional, seja no âmbito estadual ou municipal**. Deste modo, não cabe ao COTEB versar sobre tais assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo cristalino mandamento constitucional e lapidar interpretação do próprio Supremo.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, qual seja: o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei, conforme suscitou a i. Procuradora no seu parecer.

A meu ver, para solucionar essa celeuma, devemos fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: **a)** a de que o CTN é anterior à

promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais, não o contrário, e, **b)** a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas a não ser a Lei Complementar, prevista na própria Constituição Federal, afastando, automaticamente, a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude esta em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, **verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação**. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, salta aos olhos que para o STF não cabe a nenhuma norma infraconstitucional, de nenhum outro ente federativo, senão a União, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, único veículo normativo com âmbito nacional.

Porém, antes de fechar o raciocínio sobre a SV. 08, é necessário fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, de lavra do então Procurador Geral do Estado da Bahia.

Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e a Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado. Ademais, a Resposta prestada pela PGE formalmente responde à Diligência solicitada por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, mas não esclarece em nenhum aspecto, o posicionamento a ser seguido nas situações iguais esta, vivida nos autos.

Dest'arte, apreendo que a única manifestação valiosa da Resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, o Srº Rui Moraes Cruz, é a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional. Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazo estabelecidos entra a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”

Ora, se há necessidade de alteração, é sinal de que tal norma não é adequada para a solução e

regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor juízo, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante direcionamento trilhado na Súmula Vinculante nº 08.

É exatamente por este fato, que não é correto dizer que a norma do COTEB, o 107-B, com a mesma previsão do art. 150, §4º do CTN, era válida na época dos fatos geradores, pois, conforme atesta a própria Súmula Vinculante, não era.

Nesse contexto, devo lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ e ‘ultrapassada’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição por normas estaduais.

Agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque (ou melhor, o verdadeiro enfoque desde 1988), devemos repensar nosso entendimento dentro deste CONSEF para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como equivocadamente opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual, afastando-se dos princípios da eficiência (art. 37, caput da CF) e da legalidade.

Ressalto que, **se levada à questão ao Poder Judiciário, o Estado fatalmente arcará com enormes ônus sucumbências**, que serão pagos pelas futuras gerações e administrações, com o desperdício do dinheiro público do povo baiano e de oportunidades que não se recuperam.

Ademais, noutra senda, **percebo que nos tempos atuais, em plena era digital, com o uso da NF-e e da escrituração digital, 5 (cinco) anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo**. Dilatar o prazo decadência é um flagrante desrespeito ao sistema legal, ao bom senso e a eficiência.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88 **desde sua promulgação**, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“Art. 150. O lançamento por 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.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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.”

(...)

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Depois, devemos observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

“Art. 107-B. O lançamento por 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.”

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Podemos trazer à baila, a decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe o entendimento consolidado do STJ:

“EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extramente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de prazo decadencial com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade. Desse modo, **percebo que a natureza**

jurídica do lançamento tributário vem da lei, e não do comportamento do contribuinte.

No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96; e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos; concluo que o prazo a ser observado nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo exposto, concluo que as ocorrências datadas antes 10/08/2007 não mais poderão ser exigidas pelo Fisco da Bahia, porquanto alcançadas pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN, única lei que pode regulamentar a decadência e a prescrição, consoante a CF/88 e a SV nº 08.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299324.0213/12-0**, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.212.199,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se que o órgão competente deverá homologar os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Raísa Catarina Oliveira Alves e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE – REPR. DA PGE/PROFIS