

PROCESSO - A. I. N° 299324.0216/12-0
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 5º JJF nº 0065-05/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/12/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0352-11/15

EMENTA: ICMS. 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. Mantido a exclusão do débito relativo a correções de erros materiais. 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. 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 0065-05/15 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 18/09/2012, exige ICMS no valor de R\$12.106.405,67, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menor ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2009 e 2010).

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 agrava 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, consequentemente, 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. 2168 a 2211), a 5ª JJF 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 inexiste 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. 19 a 1.641 do PAF.

Ressaltou que quanto aos erros materiais apontados nos demonstrativos originais, a fiscalização efetuou as devidas retificações o que implicou na redução do débito de acordo com as provas apresentadas pelo autuado o que evidencia exercício do contraditório.

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. 2203 a 2205, parte do texto contido no Parecer da Procuradoria Estadual (PGE), inserido às fls. 2.113 a 2.117, 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. 1.705/1.706, 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 ser 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 o 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. Insubsistente 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 motéis, 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 subclasse 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 2033 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 exerce 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 comercio 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 subclasse 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.

Cumpre 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.

Quanto ao pedido de aplicação subsidiária da redução de 32% para as outras atividades não classificadas nas classes residencial e comercial, na hipótese de ser excluída a redução de 52%, observo que os clientes inseridos na classe industrial foram excluídos do benefício por não estarem inseridos na “classe de consumo industrial” (classe 01), constituindo exceção à regra contida no art. 80, II, “b”, do RICMS. Por sua vez, de acordo com o art. 20, III, da Resolução ANEEL nº 456/2000, a classe comercial engloba as subclasses comercial; serviços de transporte, exclusive tração elétrica; serviços de comunicação e telecomunicações; e, outros serviços ou atividades. Em verdade todos os clientes da COELBA que permaneceram na autuação estão enquadrados na classe de consumo comercial que não goza dos benefícios da redução da base de cálculo prevista no art. 80, inciso I, letras “a”, “b” e “c” e inciso II, do RICMS/97, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores.

Observei ainda que a COELBA atribuiu como “demais classes de consumo” e beneficiárias da redução de 32%, a classe de uso próprio (classe de consumo da própria concessionária), estabelecida no item VIII, do art. 20, da Resolução ANEEL 456/2000 (tabela anexa às páginas 2.041/2.043).

Isto posto, voto, no mérito, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, excluindo tão somente do débito apurado as correções dos erros materiais efetuadas pelos autuantes na fase de informação fiscal e 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. 2209 a 2210, indicando os valores devidos remanescentes no qual o débito foi reduzido de R\$12.106.405,67 para R\$10.177.063,20.

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. 2224 a 2289) 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 às 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. Suscita a nulidade sob o argumento de ausência de detalhamento dos motivos das glosas dos benefícios fiscais de RBC em questão.

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.

Ressalta que foi apurado uma diferença entre o valor autuado de R\$12.106.405,67 para R\$12.094.278,20 em função de erro na soma do ICMS a recolher na planilha 2 totalizando R\$4.776,11 que foi totalizado no Anexo Resumo de ICMS a recolher de R\$4.825,58 e acréscimo na coluna ANO/MÊS na fórmula que soma o ICMS a recolher nas planilhas 2, 4, 6, 8, 10 e 12.

Questiona como pode se defender se não sabe qual o valor exato exigido, inclusive com indicação de erros quanto ao percentual de 52% que seria aplicável de 32%, o que deve ser objeto de averiguação. Ressalta que na lavratura do Auto de Infração deve se levar em conta as formalidades prescritas em lei e cujo descumprimento gera prejuízo para o contribuinte, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade da autuação.

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. 2237/2238 (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 Cláusula terceira da Res. Normativa nº 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 descriptiva 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 decorrem de fabricação de produtos como atividade preponderante em relação a atividade comercial.
- E. OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAS. 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.
- F. CANTEIROS DE OBRAS. Empreendimentos em fase de construção são equiparados a construção civil (art. 28 da Res 456 da ANEEL), o que foi reconhecido pela SEFAZ por meio de resolução de consulta.
- G. EMPRESAS GERADORAS DE ENERGIA ELÉTRICA. Foi incluído nos cálculos os valores do ICMS incidente sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), cujo art. 10 da Res. 281/99 da ANEEL, prevê que a remuneração pelo encargo de uso do sistema de transmissão são

repassados as empresas localizados em diversos Estados, atendendo a legislação estadual.

Ressalta que o Convênio ICMS 117/04 foi alterado pelos Convênios ICMS 59/05 e 135/05 estabelecendo obrigações principal e acessória a todos os consumidores conectados à rede básica. Afirma que a distribuidora atua como mera transportadora da energia elétrica que o consumidor adquire de terceiros e mera arrecadadora da TUSD que é repassada ao Estado da Bahia, ficando fora da incidência do ICMS sobre o serviço de transporte interestadual e intermunicipal previsto no art. 2º, II da LC 87/96.

Diz que formulou consulta a SEFAZ e obteve resposta de que o ICMS não incide sobre a TUSD (Processo nº 154.143.2011.1, respondendo que “na composição da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica estão todos os valores pagos às empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica” concluindo que os “valores pagos à título de TUSD compõe a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, e em consequência não incide ICMS na simples cessão de uso do sistema de distribuição”.

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 nºs 456/2000 e 414/2010, restando incontrovertido que aplicou corretamente a RBC.

Destaca ainda que conforme abordado nos tópicos anteriores a RBC de 52% adotada pela empresa quanto aos consumidores que não atendem ao disposto no inciso I do art. 87 do RICMS/97 (art. 268 do RICMS/12), se enquadram na classe de consumo das demais classes com percentual de 32% previsto no art. 80, II do RICMS/97.

Apresenta quadro demonstrativo à fl. 2277 relacionando atividades (aluguel, armazém, associação, clínica, educação, igreja, imobiliária, motel, outros e outros serviços totalizando R\$717.091,60 que entende não se enquadrar nas classes residencial e comercial, fazendo jus ao percentual de RBC de 32% destinado as demais classes de consumo.

Na situação presente, quanto à multa aplicada prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 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; EIAC380781/02/SE; 659520124058310, APELREEX24052/PE; 200580000060528, AC473039/AL; AMS 0022279-85.2005.4.01.3800/MG); Súmula nº 14 do CARF; Parecer do Procurador-Geral PGFN nº. 1.087/2004 e da 7ª Câmara Julgadora do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo, no processo nº. 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. 2311 a 2316 ressalta inicialmente que o Recurso repete parte dos argumentos defensivos que foram devidamente apreciados na Primeira Instância.

Destaca 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 constitucionalidade 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 nº 7.014/96 e que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeitos confiscatórios, não alcança as multas.

Discorre sobre a apuração do imposto no prazo decadencial e não há falha ou vício no lançamento, fazendo se acompanhar dos demonstrativos próprios acostados aos autos.

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 exerce atividade industrial ou estiver cadastrado como indústria e sim a definida no Convênio ICMS 115/2003 e Resoluções nºs 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 [CETREL], 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, ambulatórios, 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 JJF, face à desoneração em parte dos valores exigidos no Auto de Infração, que reduziu o débito de R\$12.106.405,67 para R\$10.177.063,20.

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 JJF, com suporte no Parecer exarado pela PGE/PROFIS (fls. 2110/2111) 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 ANEL, levando em consideração para a classificação aquela que apresentar a maior parcela de carga instalada.

Por sua vez, a ANEEL em Ofício emitido em 01/06/11 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 detém 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), o que culminou em redução do débito em R\$1.917.215,00 conforme demonstrativo resumo às fls. 2209 e 2210.

Ressalto que este entendimento já foi manifestado no julgamento do Auto de Infração nº 281071.0102/10-0, cuja Decisão contida no Acórdão JJF 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 JJF 080-05/14, foi mantida no Acórdão CJF Nº 0297-11/14 apreciado nesta Câmara.

Também, no que se refere aos erros materiais apontados pelo estabelecimento autuado, foram corrigidos na informação fiscal, conforme demonstrativos às fls. 2039 a 2042, o que resultou em redução do débito no valor de R\$12.127,47 conforme demonstrativo consolidado no voto às fls. 2209/2210.

Portanto não merece qualquer reparo à Decisão proferida pela 5ª JJF, que implicou na redução do débito original de R\$12.106.405,67 para R\$10.177.063,20 (fl. 2210) 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 JJF 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.

No que se refere a nulidade suscitada quanto a erros materiais das planilhas originais que dão suporte ao Auto de Infração, apontando diferença na planilha 2 de R\$49,47 (R\$4.825,58 – R\$4.776,11 verifico que conforme fundamentado na Decisão da Primeira Instância, a planilha original (fls. 14 e 16) foram corrigidas na informação fiscal, seguido da Planilha de Resumo do ICMS a Recolher, com as devidas correções, anexadas às fls. 2039 e 2040, o que implicou em redução do débito de R\$ 12.106.405,67 para R\$ 12.094.278,20 (Demonstrativo fl. 2.040). Portanto, não é razoável que um erro de valor pouco relevante (R\$49,47), levando em consideração o total do débito, venha implicar em nulidade, mesmo porque foram corrigidos e cientificado o autuado. Por isso, fica também rejeitada a nulidade pretendida.

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.

De acordo com a 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 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 exerce a 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 (fls. 34 a 152), constato que:

- 1) Nota Fiscal nº 2348288 - Rei Hotelaria e Turismo Ltda. (fl. 37), 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 9703344 – Comart – Comercial de Pousadas (fl. 40), 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 4003798 – Servir – Serviços Médicos Especializados (fl. 39), 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 à atividade médica ambulatoriais, bem como os estabelecimentos classificados como hotéis apresentam CNAEs relativos a motéis, restaurantes, etc.

Pelo exposto, não tendo o recorrente diante da fundamentação apresentado 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 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 0080-05/14, que foi mantida no Acórdão CJF N° 0297-11/14 e no Acórdão JJF 0205-04/12 que foi mantido no Acórdão CJF N° 0313-11/15.

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

- A) 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, ambulatórios, consultórios, laboratórios, casa de saúde, etc: 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 RBC, com indicação das classes e subclasses listadas às fls. 2.031/2.033. Exemplificou ainda (fl. 2.033) que o contrato nº 034779821, apresentado como hospital público municipal, cuja conta de energia elétrica indica que o 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; Contrato nº 30194047 é a Casa de Saúde Santo Antonio, que exerce 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 exerce 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.
- B) 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.
- C) 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 subclasse padaria e confeitorias. com predominância de produção própria, ou, padaria e confeitoria com predominância de revenda.
- D) “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;
- E) 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.
- F) G.EMPRESAS GERADORAS DE ENERGIA ELÉTRICA. 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 às 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. Insubsistentes as alegações empresariais em relação a este item da defesa.

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 JJF 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 constitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

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 JJF 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Recurso Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299324.0216/12-0, 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\$10.177.063,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e o órgão competente homologar os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS