

A.I. N° - 299324.0031/14-6
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA
AUTUANTES - LUIZ ROBERTO SANTOS FERREIRA, ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS,
LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA e LÚCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.11.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-04/15

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Ao agregar o ICMS ao montante da sua própria base de cálculo, o autuado o fez em valor menor que o previsto. A redução de base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de energia elétrica exige que a unidade consumidora esteja classificada na forma da legislação do ICMS dentre aquelas alcançadas pelo referido benefício fiscal. Se o fornecimento de energia elétrica é feito para consumidor que não esteja enquadrado em tal condição, não se aplica a redução da base de cálculo. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/12/14, trata de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS: R\$102.889,27. Multa: 60%.

Complementando a acusação acima, foi consignado:

O contribuinte autuado é uma empresa concessionária do serviço público de energia elétrica. Está sujeito as normas do órgão regulador do setor, que é a AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL e a legislação do ICMS do estado da Bahia. Emite Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6 em uma única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio ICMS 115/2003.

A Tarifa de Energia Elétrica definida pela ANEEL para a COELBA é sem tributos. Esta agrupa os tributos PIS, COFINS e ICMS para determinar o preço final aos consumidores.

Para os consumidores que possuem o benefício fiscal da redução da Base de Cálculo de 52%, prevista no artigo 80, inciso I, a, b, c, do RICMS/BA, a Coelba agrupa de ICMS o valor correspondente a uma carga tributária de 12,96% para encontrar a Base de Cálculo, que posteriormente é reduzida em 52%, e por fim, sobre esta aplica a alíquota de 27% para determinar o ICMS devido.

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

Durante a ação fiscal constatamos que a COELBA aplicou indevidamente o referido benefício fiscal para alguns consumidores que não se enquadram na classe industrial, ou não exercem atividade hoteleira ou hospitalar. A determinação da Base de Cálculo foi efetuada de

forma errônea ao se incluir uma carga tributária de 12,96% ao invés de 27%, resultando em uma base de cálculo a menor, e, consequentemente, ICMS a menor do que o devido.

Portanto, para estes clientes, o ICMS destacado nos arquivos do Convênio 115, e recolhido pela COELBA, 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%.

No presente PAF estamos reclamando um valor de ICMS referente a primeira redução. Este ICMS é resultante da aplicação da alíquota de 27% sobre a diferença entre as Bases de Cálculos, determinadas com a inclusão de uma carga tributária de 27% e de 12,96%.

O autuado apresentou defesa (fls. 78 a 125) e, inicialmente, apresenta uma síntese dos fatos e do Auto de Infração, consignando que é concessionário do serviço público de distribuição de energia elétrica, razão pela qual está sujeito à incidência do ICMS sobre essa atividade.

Aduz que, no fornecimento de energia elétrica a determinadas atividades indicadas na legislação, a incidência do ICMS se dava, conforme a legislação vigente até 31/03/12, mediante a aplicação de percentuais de redução da base de cálculo, conforme previsto no art. 80 do RICMS-BA/97, cujo teor reproduziu.

Destaca que tal sistemática de tributação com redução de base de cálculo foi mantida pelo novo regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780/12), com vigência a partir de 01/04/12, inclusive com a supressão da restrição ao CNAE específico que antes era mencionado pelo legislador. Transcreve o disposto nos artigos 268, XVII, “a”, e 265, XLVII, ambos do RICMS-BA/12.

Frisa que, no intuito de classificar os consumidores segundo suas respectivas atividades e aplicar a redução de base de cálculo, em conformidade com a Resolução ANEEL nº 414/2010 - que regulamenta o exercício de sua atividade -, efetua vistorias “*in loco*” e colhe os documentos relativos à identificação e funcionamento dos consumidores, enquadrando-os segundo a atividade preponderante constatada na vistoria e classificada nos termos dos artigos 2º, 18 e 20 da mencionada Resolução, mesmo que detectadas eventuais divergências com a documentação apresentada, como a utilização de CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica) equivocada. Diz que havendo divergências, exige que os consumidores procedam às devidas retificações e adequações. Salienta que assim procede no intuito de:

- privilegiar a materialidade dos fatos e a concretização dos fins que ensejaram a elaboração da norma e a ela se encontra subjacentes, tudo conforme orientações que obteve em consulta à Secretaria da Fazenda, como se observa nos pareceres que se encontra anexado aos autos (docs. 4, 5, 6 e 7 - fls. 146 a 154);
- cumprir a perspectiva teleológica da legislação estadual, a fim de aplicar a redução da base de cálculo apenas àqueles consumidores cuja atividade preponderante corresponda a uma daquelas passíveis de redução segundo as diretrizes basilares do art. 80 do RICMS-BA/97;
- cumprir e efetivar os ditames da legislação regulatória a que está sujeito, notadamente as Resoluções ANEEL nºs 456/2000 e 414/2010, com os padrões e critérios classificatórios ali impostos.

Diz que apesar do zelo habitual no cumprimento de suas obrigações, foi lavrado o Auto de Infração em lide, cuja infração transcreve. Sustenta que não procede a acusação, conforme diz que demonstrará nos tópicos a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por ausência de detalhamento adequado dos motivos da glosa do benefício de redução de base de cálculo.

Diz que, segundo a legislação tributária, o Auto de Infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente: a) a qualificação do autuado; b) o local, a data e a hora da lavratura; c) a descrição do fato; d) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; e) a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la

ou impugná-la no prazo de trinta dias; f) a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número da matrícula. Frisa que, se a legislação estabeleceu determinada forma e conteúdo para a validade do Auto de Infração e tais exigências são descumpridas pela fiscalização, está caracterizada ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Afirma que, no caso em tela, os autuantes não apresentaram corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA, de modo que o Auto de Infração é nulo. Ressalta que os autuantes deveriam analisar caso a caso e demonstrar os erros supostamente identificados, porém não foi o que ocorreu. Diz que, ante a insuficiência na caracterização (descrição) dos fatos, fica claro o seu prejuízo, acarretando cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Sustenta que o Auto de Infração foi lavrado sem que se observasse o princípio da verdade material. Diz que a redução da base de cálculo do ICMS deve ser feita em conformidade com o critério da primazia da realidade sobre os elementos meramente formais e cadastrais, de modo a concretizar a finalidade subjacente o RICMS-BA/97, aspecto teleológico, segundo orientação da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Discorre sobre o princípio da busca da verdade material, citando doutrina e dispositivo do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 7.629/99 (RPAF-BA/99). Ressalta que, em obediência ao princípio da verdade material, a fiscalização não poderia ter se limitado a analisar elementos meramente cadastrais, pois era indispensável a verificação real da atividade preponderante desenvolvida pelos consumidores.

Diz que efetuou tal verificação nos moldes que lhe são impostos pela Resolução ANEEL 414/10, tendo sido constatado que os consumidores em questão de fato praticavam atividade preponderante abrangida pelas hipóteses legais de redução de base de cálculo do art. 80 do RICMS-BA/97, atual art. 268 do RICMS-BA/12.

Menciona que, de acordo com a Resolução ANEEL 414/10, bem como demais normas regulamentares do setor, efetuava vistorias quando da ligação dos consumidores à rede elétrica, além de vistorias periódicas, a fim de aplicar a redução de base de cálculo apenas aos consumidores que exerciam preponderantemente as atividades abrangidas por tal benefício.

Afirma que seria incorreto conferir benefício de redução de base de cálculo a um consumidor que tivesse registrado em atividade abrangida pelo art. 80 RICMS-BA/97 e art. 268 do RICMS-BA/12, mas cuja atividade real destoasse de tal descrição cadastral. Da mesma forma, é incorreto glosar os benefícios de redução de base de cálculo de consumidores que de fato exercem atividades abrangidas pelos termos do RICMS-BA, em respeito às normas da ANEEL.

Destaca que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ-BA), em consulta anteriormente formulada sobre o assunto (fls. 151 e 152), defende o entendimento de que para a redução da base de cálculo deve ser verificada a atividade efetiva exercida pelo consumidor (verdade material), e não meros registros formais ou cadastrais. Afirma que não pode subsistir o presente Auto de Infração, já que este deu mais relevância ao registro ou cadastro do que à atividade preponderante realmente exercida pelo consumidor. Aduz que esse entendimento foi ratificado recentemente pela consulta formulada pela Sociedade Anônima Hospital Aliança (fls. 156 e 157), conforme parecer que transcreve. Pugna pela nulidade da presente autuação, para que seja afastada a cobrança indevida.

Ao tratar do critério correto de definição da atividade preponderante da unidade consumidora para fins de fornecimento de energia elétrica, diz que é necessária obediência à classificação da atividade e à aplicação de benefício de redução de base de cálculo do ICMS conforme a maior parcela da carga instalada, de acordo com as imposições da Resolução ANEEL 414/10.

Sustenta que, na autuação, o critério utilizado foi a atividade formalmente declarada pelo consumidor de energia no seu cadastro junto à SEFAZ-BA ou à Receita Federal. Salienta que, no

entanto, esse procedimento empregado pelos autuantes é equivocado, pois destoa do critério previsto na Resolução ANEEL 414/10, qual seja, a maior parcela da carga instalada. Transcreve o disposto nos artigos 4º e 6º dessa citada Resolução.

Diz que é inegável que devem prevalecer os critérios, padrões e conceitos impostos pela ANEEL para fim de classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica, pois ela é a entidade competente para a regulamentação do setor, conforme determina o artigo 2º da Lei nº 9.427/96. Aduz que a SEFAZ-BA, em Parecer Final datado de 15/12/14, relativo à Distribuidora de Água Camaçari, nos autos do Processo nº 326767/2014-9 (fls. 158 e 159), corrobora esse entendimento, conforme trecho do referido parecer que transcreve.

Prosseguindo, destaca que a SEFAZ-BA em parecer em resposta à consulta anteriormente formulada pelo contribuinte, já reconheceu que, na interpretação da atividade exercida pela unidade consumidora de energia elétrica, devem ser considerados os conceitos, padrões e critérios classificatórios da ANEEL, notadamente os da Resolução nº 456/2000, vigente à época, a qual foi revogada pela Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010. Transcreve trecho desse parecer.

Explica que, ao se considerar a classificação da atividade preponderante do consumidor em conformidade com o critério da ANEEL, muitas vezes uma atividade cujo CNAE ou cadastro da Receita Federal ou da SEFAZ se apresenta formalmente como comercial, na realidade é pertencente à classe de consumo industrial ao se tomar por base “a maior parcela da carga instalada” (critério correto estabelecido pela ANEEL).

Diz que os autuantes glosaram parte dos benefícios de redução de base de cálculo de ICMS sob a alegação de que a atividade exercida pelos consumidores, segundo os registros cadastrais da Receita Federal (CNPJ/CNAE) e da SEFAZ-BA, seria do tipo comercial, não abrangida pelo benefício em comento. Todavia, ao se observar a maior parcela da carga instalada dessas mesmas unidades consumidoras, inclusive mediante vistoria *in loco*, constatou que estas, na realidade, devem ser classificadas como industriais, conforme os artigos 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/10. Diz que tais reduções foram realizadas regularmente e em consonância com a interpretação sistemática da legislação vigente e, portanto, as glosas devem ser afastadas, julgando o Auto de Infração improcedente.

Após transcrever dispositivos da Resolução ANEEL 414/10, destaca que todas as informações constantes nos cadastros são fornecidas pelos próprios clientes, não havendo qualquer obrigatoriedade por parte do órgão gestor (ANEEL) para que a empresa concessionária faça a comprovação de veracidade das declarações dos clientes.

Menciona que, mesmo sem estar legalmente compelido, efetua inspeção *in loco* do estabelecimento no momento em que é solicitada a ligação ou o benefício de redução em comento. Explica que tal inspeção normalmente ocorre no ato de classificação do consumidor como beneficiário do incentivo, sendo que as modificações ocorridas posteriormente são de informação obrigatória por parte do consumidor, conforme determina a ANEEL. Aduz que, dado o elevado número de unidades consumidoras, é impossível realizar mensalmente a verificação da atividade efetivamente exercida por cada unidade consumidora.

Destaca que são os usuários que declaram em qual categoria devem ser incluídos: se residencial, comercial, industrial, rural, etc. Por sua vez, a manutenção das corretas informações sobre a atividade também deve ficar sob a responsabilidade dos próprios consumidores.

Informa que os documentos em que foram consignadas as informações colhidas pela inspeção *in loco* realizada pela empresa são descartados após a guarda pelo prazo legal de cinco anos, uma vez que o seu armazenamento por tempo superior ao legal implica em custos demasiado onerosos para serem suportados pela empresa.

Afirma que é forçoso reconhecer que todas as atividades registradas no sistema como industriais, por exemplo, foram incluídas por terem sido fornecidas pelos clientes, além de inspecionadas

pela COELBA no momento em que o cliente se declara compatível com os ditames do Convênio 115/03, não sendo de sua responsabilidade a verificação da manutenção destes pré-requisitos.

Diz que, para as normas da ANEEL, a classificação do cliente é determinada por ele mesmo e deve obedecer à carga a ser instalada. Explica que a carga instalada é a soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (kW).

Observa que não possui obrigação de verificar a veracidade das declarações prestadas, atuando em observância à legislação a ela pertinente, sendo de responsabilidade dos consumidores qualquer irregularidade nas declarações por eles efetuadas.

Ressalta que o consumidor está obrigado por lei a prestar informação verdadeira, para que não haja pane no sistema elétrico de distribuição. Uma vez declarado ser ele pertencente à classe de consumo industrial, por exemplo, terá a carga instalada mensurada para suas atividades e, assim, não irá sobrecarregar o sistema, impedindo a ocorrência de danos elétricos.

Salienta que não possui qualquer interesse em alterar a carga tributária de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, pois o benefício será integralmente repassado aos consumidores nas faturas de energia elétrica. Diz que tal ausência de interesse reforça o fato de que as hipóteses de redução da base de cálculo do ICMS foram aplicadas em conformidade com os padrões e exigências legais e regulamentares.

Assinala que, tendo em vista os repetidos equívocos da SEFAZ-BA quanto ao enquadramento de algumas atividades nas classes de consumo de energia elétrica para fins de redução de base de cálculo, passa a tecer considerações específicas em relação aos principais setores de atividades envolvidos na autuação, conforme relatado a seguir.

Quanto às empresas de construção civil, afirma que o enquadramento desta atividade na classe de consumo industrial encontra respaldo nos artigos 4º e 5º, §2º, da Resolução ANEEL 414/10, que passa a reproduzir. Menciona que a classificação da atividade de construção civil como indústria foi dada pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil de nº 971/09, em seu art. 109-C, §2º, Quadro 1. Pontua que o entendimento da Receita Federal se justifica por ser a construção civil uma indústria de montagem, podendo-se até traçar um paralelo com a indústria automobilística, onde várias empresas fornecem peças e acessórios que serão utilizados no produto final. Aduz que, no mesmo sentido, a descrição do Código FPAS, do qual reproduz trecho, inclui a construção civil no conceito de indústria. Acrescenta que, no contexto das Contas Nacionais, o IBGE inclui a construção civil no cômputo geral do setor industrial. Conclui que a atividade construção civil integra a classe de consumo industrial, utilizada como parâmetro para aplicação da redução de base de cálculo de 52% prevista no RICMS/BA, restando, portanto, incontrovertido que a aplicação de tal redução foi correta nesses casos.

Referindo-se a hospitais, diz que dentre os estabelecimentos de atividade hospitalar relacionados na autuação, constam vários que indicam expressamente o exercício de atividade hospitalar (Doc. 8), a exemplo de declarações dos consumidores, contratos sociais, vistorias *in loco* e CNAE. Ademais, conforme mencionado anteriormente, em casos de divergência entre a atividade que utiliza a maior carga de energia e aquela constante do CNAE, deve prevalecer a primeira, conforme dicção expressa da Resolução 414/10. Destaca que o novo RICMS-BA/12, nos seus artigos 265 e 268, ao prever a redução de base de cálculo 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, independente do CNAE constante de seu cadastro.

No que tange a hotéis, transcreve o disposto no art. 80, I, “b”, do RICMS-BA/97, bem como a trechos do Parecer nº 16056/2007, e em seguida afirma que não assiste razão aos autuantes quando incluíram valores referentes a empresas do setor hoteleiro, uma vez que a COELBA apenas aplicou a legislação do ICMS vigente no Estado da Bahia, sendo que o RICMS-BA/12 reiterou o benefício que já era concedido pelo RICMS-BA/97. Aduz que o novo Regulamento do ICMS, nos

seus artigos 265 e 268, ao prever a redução de base de cálculo de ICMS para hotéis, retirou a restrição relativa ao CNAE, ratificando a conclusão de que basta que a unidade consumidora beneficiada efetivamente pratique a atividade de hospital [hotel], independentemente do CNAE constante de seu cadastro.

Relativamente a padarias, afirma que o entendimento dos autuantes não merece guarida, pois a extensão do benefício de redução do ICMS para as padarias apenas atende ao disposto no art. 4º da Resolução ANEEL nº 414/10, cujo teor reproduziu. Diz que as padarias que obtiveram o benefício por estarem enquadradas na classe de consumo industrial assim o foram pela característica da carga predominante instalada. Frisa que não são meros estabelecimentos comerciais de revenda de produtos alimentícios, mas sim estabelecimentos que fabricam os próprios produtos, o que caracteriza a atividade industrial, fazendo jus ao enquadramento na classe de consumo industrial e ao benefício fiscal. Menciona que o enquadramento destas padarias na classe de consumo industrial se deu através de verificação *in loco* e de informações dos próprios consumidores, em respeito às exigências da ANEEL em sua Resolução nº 414/10.

Quanto a outras atividades industriais, afirma que os objetos sociais e CNAEs informados por tais empresas demonstram serem elas legalmente habilitadas a desfrutar das reduções do ICMS, não havendo como o defensor delimitar o benefício a quaisquer consumidores que efetivamente constituam indústria.

Aduz que o Regulamento do IPI traz os conceitos legais de indústria e de industrialização, bem como faz equiparações a estabelecimentos industriais, conforme dispositivos que transcreve. Em seguida, afirma que a atividade preponderante da empresa verificada *in loco*, quando distinta daquela constante no cadastro do CNPJ, deve prevalecer, por força da Resolução 414/10 da ANEEL. Diz que a SEFAZ-BA, em resposta a solução de consulta, já convalidou este entendimento. Reitera que os consumidores são os únicos responsáveis pela informação que prestam em seus cadastros, não havendo qualquer dispositivo legal que obrigue a concessionária a verificar a veracidade de tais informações, ou ainda que a penalize pela sua incorreção.

Prosseguindo, o autuado passa a discorrer acerca dos conceitos de “classe” e “atividade” utilizados pelos RICMS-BA e sua interpretação sistemática com os artigos 109, 110 e 111 do Código Tributário Nacional, bem como a expressão “classe de consumo” consoante a sua regulamentação do órgão regulador competente (Resoluções da ANEEL).

Diz que os RICMS-BA, apesar de se referirem à “classe de consumo industrial”, não trouxeram a definição e abrangência dessa expressão, definição esta que também não está presente em qualquer lei estadual. Menciona que a expressão “classe de consumo industrial” possui um conceito técnico e específico delineado nas Resoluções ANEEL nº^{os} 456/00 e 414/10, que é distinto e mais amplo do que a simples noção de atividade industrial da legislação do IPI.

Destaca que quando quis se referir diretamente à atividade em si, propriamente dita (e não à noção de classe de consumo), o legislador o fez quando mencionou expressamente “atividade hoteleira” e “atividade hospitalar”. Por outro lado, quando quis transcender a mera atividade em si e adotar como critério de aplicação da redução a “classe de consumo”, o legislador também o fez expressamente, quando se referiu às “classes de consumo industrial e rural”.

Sustenta que, assim, os autuantes se equivocaram ao adotar a expressão “classe de consumo industrial” como sinônimo de atividade industrial. Isso porque não se pode presumir que o legislador fez distinção inútil, já que “não se presumem, na lei, palavras inúteis”. Diz que, se o legislador adotou conceito distinto, de “classe de consumo industrial”, é porque quis que a redução de base de cálculo tivesse como parâmetro e critério de abrangência tal noção, que possui significado mais abrangente do que simples atividade industrial.

Observa que a interpretação sustentada na defesa decorre do que prescrevem os artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional – CTN, com eles se compatibilizando perfeitamente. Assim, quando um conceito técnico e específico oriundo de outro ramo do direito é utilizado para definir

ou limitar o campo de incidência de um tributo, ele deve ser compreendido exatamente como tal, a fim de que não haja manipulação indevida da abrangência da norma.

Pontua que, como critério para aplicação e abrangência da redução da base de cálculo, o RICMS/BA utilizou um conceito oriundo do Direito Regulatório, mais precisamente, da ANEEL, qual seja: o de “classe de consumo”. Por sua vez, a expressão “classe de consumo industrial” possui um significado técnico e específico, distinto e mais amplo do que a simples noção de atividade industrial segundo a CNAE ou legislação do IPI. Assevera que para se saber se uma determinada unidade consumidora faz ou não jus à redução de base de cálculo destinada à “classe de consumo industrial”, o que deve ser observado é se a sua realidade se enquadra em tal conceito, nos moldes estipulados pela Resolução da ANEEL 414/10, bem como demais normas regulatórias do setor elétrico.

Destaca que não se trata, portanto, de uma alteração ou invasão da legislação tributária pela legislação regulatória, pois a legislação tributária, ao regular algumas hipóteses de redução de base de cálculo, adotou expressamente como critério um conceito oriundo do âmbito do direito regulatório (classe de consumo), que deve ser buscado e compreendido nos moldes em que se encontra posto em tal ramo, a fim de se obedecer ao disposto nos artigos 109 e 110 do CTN.

Frisa que, adotando-se o critério de “classe de consumo industrial”, tal como compreendido nos termos da legislação regulatória que o define, resta incontroverso que aplicou corretamente a redução de base de cálculo do ICMS às unidades consumidoras beneficiadas.

Menciona que, segundo determina o art. 111 do CTN, deve ser interpretada literalmente a legislação que disponha sobre outorga de isenção. Assim, sendo a redução de base de cálculo uma isenção parcial, a legislação a ela relativa deve ser interpretada “literalmente”. Menciona que o RICMS-BA/97 e o RICMS-BA/12 se referiram a “classe de consumo industrial”, e não simplesmente a “atividade industrial”. Logo, deve prevalecer a interpretação defendida pelo impugnante, pois é a única que se compatibiliza com os artigos 109, 110 e 111 do CTN.

Explica que como a aplicação de multa encontra razão de ser na prática de ato que contraria a lei, se não existir tal ato não há motivo para a sua aplicação da penalidade. Para embasar seu argumento, reproduz doutrina.

Afirma que, caso o Auto de Infração não seja declarado insubstancial, é imperioso que se entenda que a multa indicada na autuação, equivalente a 60% do imposto cobrado, possui o caráter de confisco, pois alcança parcela significativa do patrimônio da empresa. Frisa que o art. 150 da Constituição Federal veda o efeito confiscatório dos tributos, de forma que a sua cobrança não pode exceder o limite racional, moral e econômico que o sujeito passivo pode suportar. Para embasar seu argumento, discorre sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e cita fártas doutrina e jurisprudência.

Diz que, em face ao acima exposto, deve-se concluir pela improcedência da multa e, caso subsista a sua aplicação, deverá a penalidade ser reduzida, com base nos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, em atenção ao princípio do não confisco.

Ao finalizar, solicita que seja acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração por ausência de detalhamento dos motivos das glosas da redução de base de cálculo. No mérito, requer que a autuação seja julgada improcedente, pois estão corretas as reduções de base de cálculo de ICMS. Pede que, caso mantida a autuação, a multa seja reduzida.

Os autuantes prestam a informação fiscal (fls. 201 a 209) e, inicialmente, explicam que o autuado é uma empresa concessionária do serviço público de energia elétrica, que está sujeito às normas do órgão regulador do setor (da ANEEL) e da legislação do ICMS do Estado da Bahia.

Explicam que os arquivos magnéticos do Convênio 115/03, apresentados pelo autuado, apresentaram algumas notas fiscais/conta de energia elétrica com base de cálculo do ICMS determinada de maneira incorreta. Esse erro ocorreu porque a COELBA agregou na base de

cálculo o ICMS correspondente a 12,96%, quando o correto seria agregar 27%. Essa base de cálculo, que foi apurada de forma incorreta, também sofreu, após a sua determinação, uma redução indevida de 52%. Esses dois erros ocorrerem quando a COELBA aplicou de maneira indevida o benefício fiscal previsto no artigo 80 e seus incisos, do RICMS-BA/97, para clientes que não estavam amparados por este dispositivo regulamentar.

Afirmam que o presente Auto de Infração exige o crédito tributário originado pelo erro na determinação da base de cálculo do ICMS, visto que foi agregado na sua própria base de cálculo o montante do imposto reduzido.

Informam que na ação fiscal foram elaboradas as seguintes planilhas contendo o valor do ICMS recolhido a menos em decorrência da redução indevida da base de cálculo.

- Classe 1. Contém os clientes enquadrados pelo autuado na classe comercial, e não amparados pela redução da base de cálculo. Dizem que na classe comercial estão amparados por esse benefício os consumidores que exercem as atividades hospitalar e hoteleira, exceto motel. Aduzem que os contribuintes relacionados nessa planilha desenvolvem atividades de comércio atacadista, comércio varejista, condomínio de edifícios, motéis e atividade médica ambulatorial.
- Classe 4. Contém os clientes que o autuado enquadrou na classe industrial, quando o correto seria na classe comercial, serviços e outras atividades. Afirmam que esses clientes não exercem a atividade industrial e, portanto, não estariam amparados pelo benefício da redução de base de cálculo do imposto.
- Construção. Contém os clientes que exercem a atividade de construção. Frisam que essa atividade não está entre as atividades industriais conforme CNAE, portanto, não pertencem à classe industrial e não estão amparados pelo benefício da redução de base de cálculo.

Referindo-se às empresas de construção civil, reproduzem o disposto no art. 5º, §2º, da Resolução ANEEL 414/2010 e, em seguida, afirmam que a Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE 2.0 atribuiu como atividade industrial apenas as atividades da Seção B - INDÚSTRIAS EXTRATIVAS e da Seção C - INDÚSTRIAS DE TRANSFORMAÇÃO. Dizem que a atividade de construção na CNAE 2.0 pertence à Seção F, não estando, portanto, entre as atividades industriais conforme CNAE 2.0. Transcrevem as classes da CNAE 2.0, visando demonstrar que a atividade de construção civil não se enquadra como indústria. Destacam que o §2 do art. 5º da Resolução ANEEL 414/2010 estabeleceu, como classe industrial, a unidade consumidora em que seja desenvolvida a atividade industrial, conforme definido na CNAE. E a atividade de construção civil não é industrial conforme o CNAE, portanto, não é atividade da classe industrial.

No que tange aos hospitais, afirmam que constam nos arquivos do Conv. 115/03, apresentados pela COELBA, que vários clientes que não exercem a atividade hospitalar enquadrada no CNAE sob o código 8511-1/00, a exemplo de clínicas, policlínicas, ambulatórios, consultórios etc. tiveram a base de cálculo do ICMS reduzida, fato demonstrado na planilha “Classe 1”. Dizem que, nessa planilha, tem motéis, igrejas, condomínios e outros que não se enquadram no art. 80 do RICMS-BA/97 e não gozam do benefício da redução da base de cálculo do ICMS.

Para clarear o entendimento da alínea “c” do inciso I do artigo 80 do RICMS-BA/97, transcreveram trechos de algumas atividades definidas no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas - CNAE Fiscal 1.1. Com base nessa transcrição, afirmam que apenas está amparada pela redução da base de cálculo a classe de atividades de atendimento hospitalar, enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00. Ressaltam que 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. Para embasar seus argumentos, reproduzem trechos do CNAE enumerando classes e subclasses.

Dizem que o novo Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/2013, ao retirar o número do código de atividade CNAE, não ampliou o benefício fiscal, continuando apenas amparada pelo benefício, a atividade de atendimento hospitalar. Frisam que as atividades de atendimento a urgências e emergências, de atenção ambulatorial, de serviços de complementação diagnóstica e terapêutica, de outros profissionais da área de saúde e outras atividades relacionadas com a atenção à saúde continuam sem a redução da base de cálculo.

Pontuam que os clientes da área de saúde, inclusos na planilha “Classe 1” são clínicas, policlínicas, laboratórios, casa de saúde e outros clientes que não exercem a atividade hospitalar, não tendo, portanto, direito ao benefício da redução da base de cálculo. Informa que no cadastro da SEFAZ-BA consta como atividade desses clientes a “Atividade Médica Ambulatorial Restrita a Consultas”, sendo que esses clientes apresentam um consumo de energia mensal condizente com a atividade declarada à SEFAZ-BA.

Concordam com o entendimento do autuado, ratificado na consulta feita pela COELBA no processo nº 982/2007, segundo o qual “o que deve ser levado em consideração para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo a que se reporta o art. 80, I, ‘b’, do RICMS/BA é a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, devendo este, no entanto, fazer constar dos seus dados cadastrais a correta classificação fiscal da sua atividade, daí porque deve a consulente exigir do seu cliente que efetue a correção da CNAE constante do seu cadastro, adequando-a a atividade que de fato exerce com preponderância”.

Salientam que o benefício da redução da base de cálculo previsto no inciso I do artigo 80 do RICMS-BA/97 é destinado a determinadas classes de consumo ou atividades, e não, a quem se inscrever em determinadas classes de consumo ou em determinados tipos de atividades. Reiteram que, os clientes inclusos na planilha “Classe 1” são clínicas, consultórios, laboratórios, postos de urgência, igrejas, motéis, clubes e outros clientes, que não exercem atividades amparadas pelo benefício de redução da base de cálculo do ICMS.

Quanto aos hotéis, asseguram que as empresas que exercem a atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel, não constam dos demonstrativos do crédito ora reclamado.

No que tange às padarias, explicam que o §2º do artigo 5º da Resolução ANEEL 414/10 estabeleceu como classe industrial, a unidade consumidora em que seja desenvolvida a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE. afirmam que as padarias, conforme a CNAE 2.0, podem ser classificadas como 1091-1/02 - FABRICAÇÃO DE PRODUTOS DE PADARIA E CONFEITARIA COM PREDOMINÂNCIA DE PRODUÇÃO PRÓPRIA (atividade pertencente à indústria de transformação) ou 47.21-1/02 - PADARIA E CONFEITARIA COM PREDOMINÂNCIA DE REVENDA (atividade pertencente ao comércio varejista). Sustentam que as padarias que sofreram glosa da redução da base de cálculo foram as padarias e confeitarias com predominância de revenda.

Em relação a outras atividades industriais, afirma que todas as empresas que sofreram glosa da redução da base de cálculo do ICMS não desenvolvem atividade industrial conforme definido na CNAE e, portanto, não estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo.

Quanto aos conceitos de “classes” e “atividades” utilizados pelo RICMS-BA/97, informam que não utilizaram a expressão “classe de consumo industrial” como sinônimo de “atividade industrial”. Dizem que nenhuma venda de energia destinada à classe de consumo industrial sofreu glosa da redução de base de cálculo.

Explicam que o benefício previsto no art. 80, I, “c”, do RICMS-BA/97, destina-se a classe de consumo industrial. Por seu turno, o art. 5º da Resolução ANEEL nº 414/10 estabeleceu as classes de consumo de energia, ao passo que o §2º caracterizou a classe industrial pelo fornecimento de energia à unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE. Frisam que a base de cálculo do ICMS, na venda de energia elétrica, destinada a clientes não amparados por esse benefício deve

ser determinada, agregando-se à mesma, uma carga tributária de 27%.

Ao finalizar, os autuantes mantêm a ação fiscal e sugerem a procedência do Auto de Infração.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronunciou às fls. 214 a 233 e, após efetuar uma síntese dos fatos, preliminarmente suscita a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que as informações prestadas pelos autuantes não são claras, uma vez que não especificam como procederam à verificação dos cadastros e atividades preponderantes dos contribuintes analisados.

Diz que, no decorrer de toda a resposta fornecida pelos auditores fiscais, fica patente a checagem de dados cadastrais dos contribuintes para refutar os argumentos do defensor. Menciona que, em muitos casos, os autuantes detectaram falhas nas informações prestadas pelos contribuintes ao Fisco, informando uma atividade quando, na realidade, exerciam outra, entretanto, não explicaram como tal checagem foi realizada.

Sustenta que, este motivo, restou impossibilitado de exercer plenamente a sua defesa, vez que não podia contraditar satisfatoriamente as informações dos autuantes, por não ter conhecimento de qual base de dados foi utilizada. Dessa forma, requer que os autuantes informem como se deu a pesquisa e a coleta de dados referidos na informação fiscal, devendo esta base de dados ser disponibilizada também ao autuado para verificação, com a consequente reabertura do prazo para manifestação da empresa, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, após reiterar alguns pontos trazidos na defesa, diz que qualquer divergência que tenha servido de base para a informação fiscal decorreu de equívocos cadastrais que não refletem a realidade das coisas, na maioria das vezes por culpa dos próprios consumidores. Como exemplos, cita as seguintes situações: a) casos em que o consumidor registra em seu cadastro perante a Receita Federal ou Secretaria da Fazenda Estadual código ou descrição de atividade que não corresponde àquela que de fato ele exerce com preponderância; b) falta de atualização cadastral por parte dos consumidores, que mantêm registradas atividades anteriores, em descompasso com as exercidas em períodos posteriores e vice-versa; c) descompasso cronológico entre o cadastro utilizado para fins de fiscalização e o período fiscalizado, nas hipóteses em que tenha havido modificação de atividade por parte do consumidor ou empresa.

Volta a repetir argumentos trazidos na defesa e já relatados. Mais adiante, cita o exemplo hipotético de uma padaria que se declara perante a Receita Federal e a SEFAZ-BA com CNAE referente a atividade comercial (comercialização de pães), todavia, em função da maior carga instalada de energia elétrica tal padaria segundo o critério de aferição da atividade preponderante deve ser enquadrada na classe de consumo industrial, fazendo jus à redução da base de cálculo.

Destaca que todas as informações constantes nos cadastros dos clientes foram fornecidas pelos próprios usuários, não havendo qualquer obrigatoriedade por parte do órgão gestor (ANEEL) para que a empresa concessionária faça a comprovação de veracidade das declarações dos clientes.

Repisa argumentos já relatados, inclusive as alegações defensivas atinentes às empresas de construção civil, hospitais, padarias, hotéis e outras atividades industriais.

Ao concluir seu pronunciamento, requer que os autuantes sejam intimadas a informar o método e a base de dados utilizados para a pesquisa cadastral dos consumidores abordados na informação fiscal, sendo em seguida concedido ao autuado acesso às bases de dados utilizadas pelas auditoras e concedido novo prazo para manifestação.

Ao se pronunciar à fl. 245, os autuantes salientam que as informações dos CNAEs, constantes nos cadastros da SEFAZ-BA e da Receita Federal do Brasil, são de livre acesso aos contribuintes. Frisam que o art. 23, do RICMS-BA/12, prevê que os contribuintes do ICMS são responsáveis pela verificação, via Internet, da regularidade cadastral de quem com ele comercializam.

Afirmam que a última manifestação do autuado não trouxe nenhum fato ou documento novo capaz de modificar o entendimento contido na informação fiscal de fls. 201 a 210. Dessa forma,

solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Preliminarmente foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que faltava um detalhamento adequado do motivo da glosa da redução da base de cálculo do imposto.

Ao examinar o Auto de Infração e seus anexos, constato que a acusação imputada ao autuado está descrita de forma clara e precisa. Os autuantes cuidaram de detalhar a acusação e a forma de apuração do imposto, conforme se pode observar às fls. 2 e 3 dos autos. O lançamento tributário de ofício foi efetuado em conformidade com o previsto no art. 39 do RPAF-BA/99, contendo todos os elementos previstos nos incisos desse citado dispositivo regulamentar. O Auto de Infração está acompanhado de planilhas, impressas e em meio magnético – das quais o sujeito passivo recebeu cópia –, que demonstram a apuração do imposto lançado e todos os dados envolvidos na auditoria fiscal, operação a operação, não havendo a alegada apuração por amostragem. Além disso, os dispositivos dados como infringidos e a capitulação legal da multa estão corretamente indicados, fundamentando a exigência fiscal e auxiliando o entendimento da infração apurada.

Não se vislumbra nos autos qualquer violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal. Foi garantido ao autuado o exercício da ampla defesa e do contraditório, o que está visivelmente caracterizada nos diversos aspectos abordados na impugnação e na manifestação posterior.

Em face ao acima exposto, afasto essa preliminar de nulidade.

Ainda em sede de preliminar, o autuado argui a nulidade da autuação, também por cerceamento de defesa, sob o argumento de que os autuantes, na informação fiscal, não especificaram como procederam à verificação dos cadastros e atividades preponderantes dos contribuintes analisados.

Essa arguição de nulidade não merece prosperar, pois as informações prestadas pelos autuantes estão fundamentadas nos CNAEs constantes nos cadastros de contribuintes da SEFAZ-BA e nos dados fornecidos pelo próprio autuado. Há que se ressaltar que os contribuintes têm livre acesso às informações cadastrais dos inscritos no CAD-ICMS (Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia), tanto que o art. 23 do RICMS-BA/12 prevê que os contribuintes do ICMS são responsáveis pela verificação, via Internet, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promova transação comercial.

Adentrando ao mérito, observo que os fatos relacionados no Auto de Infração em tela são todos referentes ao mês de março de 2011, portanto, ainda sob a égide do RICMS-BA/97.

Conforme já relatado, a autuação decorreu de recolhimento a menos ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias. Na apuração da base de cálculo do imposto nas operações com consumidores que não possuem direito a redução de base de cálculo, o autuado agregou uma carga tributária de 12,96% em vez de 27%.

Como foi bem explicado pelos autuantes na descrição da infração, a tarifa de energia elétrica definida pela ANEEL para a COELBA é sem tributos. Considerando que o ICMS já integra a sua própria base de cálculo, deve-se agregar à base de cálculo o valor correspondente ao ICMS, no caso, apurado à alíquota de 27%. Todavia, nos casos relacionados no Auto de Infração, o autuado agregou valor correspondente a 12,96%, subdimensionando, assim, a base de cálculo e, em consequência, ensejando recolhimento a menos do imposto devido.

Em toda a sua defesa, o autuado não impugnou a forma de apuração da base de cálculo empregada pelos autuantes, limitando-se a questionar o direito à redução da base de cálculo nas operações relacionadas na autuação. Interpreto esse silêncio do contribuinte como um

reconhecimento, tácito, do acerto da ação fiscal quanto à metodologia empregada pelos autuante na determinação da base de cálculo do imposto.

Quanto à redução da base de cálculo prevista no artigo 80, I, II, III, do RICMS-BA/97, o autuado afirma que o Auto de Infração foi lavrado sem que se observasse o princípio da verdade material. Diz que o importante para a redução da base de cálculo é a atividade efetiva exercida pelo consumidor. Sustenta que o critério correto de definição da atividade preponderante da unidade consumidora é a maior parcela da carga instalada, conforme a Resolução ANEEL 414/10.

Inicialmente, há que se observar que a redução de base de cálculo constitui uma isenção parcial. Considerando que, nos termos do art. 155, §2º, XII, “g”, da Constituição Federal, a isenção constitui matéria reservada à lei complementar, a classificação dos consumidores de energia elétrica feita pela ANEEL é aplicável para os fins de sua competência, mas não pode ser utilizada para alterar a legislação tributária quanto à aplicação de isenção.

Na ação fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, a regularidade da redução da base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia elétrica foi aferida com a observância do princípio da verdade material. As hipóteses de redução de base de cálculo estão previstas na legislação tributária estadual, e a legislação da ANEEL não pode alargar essas hipóteses de forma a incluir no benefício da redução situações não previstas na legislação tributária. Não se pode olvidar que a redução de base de cálculo, por ser um benefício fiscal, deve ser interpretada de forma literal e, portanto, para usufruir desse benefício fiscal, o contribuinte tem que ficar adstrito à legislação tributária que o concede.

O autuado afirma que efetua verificações *in loco*, o que comprovaria a conformidade das reduções de base de cálculo com a realidade dos fatos.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois conforme já dito acima as hipóteses de redução de base de cálculo previstas na legislação tributária não podem ser estendidas a situações não expressamente previstas na legislação.

As empresas de construção civil, conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas, não se enquadram na condição de industriais. Na informação fiscal, os autuantes explicaram esse fato com muita propriedade quando afirmaram que a “*Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE 2.0 atribui como atividade industrial apenas as atividades da Seção B- INDÚSTRIAS EXTRATIVAS e da Seção C- INDÚSTRIAS DE TRANSFORMAÇÃO. A atividade de construção na CNAE 2.0 pertence à Seção F, não estando, portanto, entre as atividades industriais conforme o CNAE 2.0*”. Dessa forma, fica afastada a alegação defensiva de que as empresas de construção civil seriam classificadas como indústrias, sobretudo para fins de concessão do benefício fiscal de redução de base de cálculo.

Relativamente aos estabelecimentos que o autuado considera como hospitais, saliento que o art. 80, I, “c”, do RICMS-BA/97, prevê a redução da base de cálculo quando a energia elétrica for “*destinada à atividade hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8610-01/01*.”. Por seu turno, o art. 268, XVII, “a”, “3”, do RICMS-BA/12, prevê a redução da base quando a energia elétrica for “*destinada à atividade de atendimento hospitalar*.”.

Os demonstrativos elaborados pelos autuantes relacionam estabelecimentos tais como casas e centros de saúde, clínicas, consultórios, policlínicas, ambulatórios etc. Essas empresas, apesar de desenvolverem atividades relacionadas à área de saúde, não possuem o CNAE-Fiscal 8610-01/01, bem como não desenvolvem atividade de “atendimento hospitalar”.

No que tange aos documentos trazidos ao processo na defesa, observo que as unidades consumidoras citadas nesses referidos documentos são, em verdade, clínicas e policlínicas. Conforme foi bem explicado pelos autuantes, de acordo com o CNAE 2.0, as clínicas e policlínicas não pertencem à classe de “Atividades de Atendimento Hospitalar”, mas sim à classe de “Atividade de Atenção Ambulatorial”.

Dessa forma, agiram corretamente os autuantes quando incluíram na autuação as empresas em questão. Saliento que a alteração introduzida pelo Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, ao omitir o código do CNAE, não ampliou o benefício fiscal, uma vez que essa ampliação é reservada à lei.

Quanto aos hotéis, o autuado afirma que basta o estabelecimento praticar atividade de hotelaria, independentemente do CNAE, para que faça jus à redução da base de cálculo.

O argumento defensivo não merece acolhimento, pois os estabelecimentos relacionados na autuação são motéis e, em relação a esses estabelecimentos, tanto o RICMS-BA/97 quanto o RICMS-BA/12 expressamente excluem do benefício da redução da base de cálculo.

Em relação às padarias, os estabelecimentos incluídos na autuação foram aqueles enquadrados no ramo de comércio varejista, CNAE 47.21-1/02. O argumento defensivo de que estabelecimentos relacionados na autuação eram industriais não restou demonstrado nos autos.

No que tange ao conceito de “classe” e “atividade”, ressalto que o procedimento adotado pelos autuantes está de acordo com o §2º do art. 5º da Resolução ANEEL 414/10, que trata da caracterização da classe industrial para fins de aplicação de tarifas, conforme reproduzido a seguir:

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

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

Dessa forma, está claro que o procedimento dos autuantes está em conformidade com o conceito de classe utilizado pela Resolução ANEEL 414/10. Ademais, vale salientar que a classificação feita pela ANEEL é aplicável para os fins de sua competência, não podendo alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas da legislação tributária.

Da análise do artigo 80, I, II, III, do RICMS-BA/97, depreende-se que o benefício de redução da base de cálculo ali previsto não é genérico, isto é, não alcança todos os consumidores de energia elétrica, mas apenas aqueles mencionados expressamente no referido dispositivo regulamentar. Trata-se, portanto, de um benefício fiscal condicionado, aplicável apenas às unidades consumidoras que se enquadrem nas condições estabelecidas na legislação.

Ao tratar dos benefícios fiscais, o art. 11 do RICMS-BA/97, assim dispõe:

Art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.

No caso em análise, restou comprovado que o autuado não atendeu à condição prevista na legislação para a concessão do benefício fiscal da redução da base de cálculo e, portanto, a infração é subsistente e são devidos os valores lançados.

A multa indicada na autuação é a prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada, não havendo, portanto, o alegado caráter de confisco. Ressalto que, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

O pedido de dispensa ou redução de multa não pode ser acolhido, pois, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a apreciação de tal pedido ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299324.0031/14-6, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$102.889,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR