

PROCESSO - A. I. Nº 299324.0217/12-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECORRIDOS - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0079-05/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/08/2016

RETIFICAÇÃO DE RESOLUÇÃO

Retificação do Acórdão nº 0141-11/16, de 11 de julho de 2016, com base no art. 164, § 3º, do RPAF/99, para correção da Resolução tendo em vista à existência de erro material no tocante a liquidez do valor do débito julgado.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0141-11/16A

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Nas operações de fornecimento de energia realizadas para a empresa Central de Tratamento de Efluentes Líquidos – CETREL, há direito à redução da base de cálculo prevista no art. 80, inc. I, “a” do RICMS/BA/97 e art. 268, inciso XVII, “a”, do RICMS/BA/12, visto que esta desempenha, nos termos das Resoluções nºs 456/2000 e 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), atividade de suporte às indústrias localizadas no Polo Petroquímico de Camaçari/BA. Decisão amparada em jurisprudência pacificada neste Egrégio CONSEF que resultou em redução parcial do débito originariamente lançado de ofício. O § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL nº 414/2010 estabelece como critério a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), ao contrário da tese veementemente esposada na súmula recursal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 5ª JJF nº 0079-05/15 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, que apresenta a peça de irresignação com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 26/09/2012 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 4.872.042,15, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a seguinte acusação, extraída do Relatório de primeira instância.

Recolheu a menor ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte autuado é uma empresa concessionária do serviço público de energia elétrica. Está sujeito às normas do órgão regulador do setor, que é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e à legislação do ICMS do Estado da Bahia. Emite Nota Fiscal / Conta de Energia

Elétrica, Modelo 6, em uma única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio ICMS 115/2003. Fatos geradores verificados nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2009 e 2010.

A tarifa de energia elétrica definida pela ANEEL para a COELBA é sem tributos. Esta agrega os tributos PIS, COFINS e ICMS para determinar o preço final aos consumidores. Para os consumidores que possuem o benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, prevista no art. 80, inciso I, a, b, c, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a COELBA agrega de ICMS o valor correspondente a uma carga tributária de 12,69%, para encontrar a base de cálculo, que posteriormente é reduzida em 52%, e por fim sobre esta aplica a alíquota de 27% para determinar o ICMS devido.

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

Durante a ação fiscal, constatamos que a COELBA aplicou indevidamente o referido benefício fiscal para 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 incluir uma carga tributária de 12,69% ao invés de 27%, resultando em uma base de cálculo menor, e, consequentemente, ICMS menor que o devido.

O ICMS destacado nos arquivos do Convênio 115/03 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 foi reclamado 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% [vide demonstrativo de fl. 22].

Compõem o A.I. os documentos e demonstrativos apensados às fls. 19 a 1.641.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 24/04/2015 e decidiu pela Procedência Parcial de forma unânime (fls. 1.979 a 2.002), nos termos a seguir transcritos.

“VOTO

No Auto de Infração em lide é exigido ICMS no valor de R\$ 4.872.042,15, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “a”, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte imputação:

“Recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”.

“O contribuinte autuado é uma empresa concessionária do serviço público de energia elétrica. Está sujeito às normas do órgão regulador do setor, que é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a legislação do ICMS do Estado da Bahia. Emite Nota Fiscal /Conta de Energia Elétrica, Modelo 6, em uma única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio ICMS 115/2003”.

Fatos geradores verificados nos meses de jan a dez dos exercícios de 2009 e 2010.

Preliminar de suspensão do presente PAF: Postula o contribuinte que o presente PAF tenha o seu trâmite suspenso até que ocorra julgamento do Auto de Infração nº 299324.0216/12-0 no qual foi exigido ICMS em razão do fisco ter entendido ser indevida a redução de B.C. nas operações de fornecimento de energia elétrica.

Não há motivos para que se suspenda o presente feito visto que, apesar da discussão travada nos dois processos apresentarem fundamentos de ordem jurídica idênticos, um processo não é dependente do outro. Não há nenhuma questão prejudicial que afete os PAFs citados na peça de defesa. Ademais a legislação de regência do processo administrativo fiscal, positivada no COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia) e no RPAF/99 não contém regra que contemple o pedido empresarial. Trata-se, portanto, de pedido sem respaldo legal no ordenamento processual administrativo vigente no Estado da Bahia.

Preliminar de nulidade: Relativamente à validade do procedimento administrativo, constato que os auditores expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram o ilícito, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o embasamento jurídico. Tudo se encontra devidamente explicitado na peça acusatória e nos anexos que a integram, contidos nos Demonstrativos apensados às fls. 19 a 1.641.

Não houve, portanto, violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer outros direitos de base constitucional, processual ou administrativo em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e na manifestação. Rejeito a preliminar de nulidade.

Também não ficou demonstrado nos autos os erros de quantificação de valores lançados nas planilhas que

embasam a autuação. O contribuinte fez referência à cifra de R\$ 12.106.405,67 em contraposição ao valor de R\$ 12.094.278,20. Contudo esses valores não têm nenhuma relação com os totais lançados no Auto de Infração em lide. A nulidade alegada, portanto, é totalmente insubsistente.

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

Considerando a relevância do tema, valho-me do parecer da Procuradoria Estadual (PGE), reproduzido nestes autos, da lavra do Procurador José Augusto Martins Júnior, inserido às fls. 1.900 a 1.904 do presente PAF, com o seguinte teor, “in verbis”:

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

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

A Recorrente sustenta que a CETREL é enquadrada na categoria de “classe de consumo industrial” pela ANEEL, com base na Resolução 456/2000 dessa Agência Reguladora, que define o conceito de classes de consumo.

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

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

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

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

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

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

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

II – Industrial

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

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

É fato incontroverso que a CETREL não exerce atividade industrial.

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

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

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

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

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

O referido parecer foi homologado pela Procuradora Assistente, através do despacho exarado nos autos do respectivo processo administrativo fiscal, de nº PGE/2013560576-0.

Observe, em concordância com a análise jurídica contida no parecer da PGE, que a expressão “classe de consumo industrial” não se confunde ou não é coincidente ou equivalente às expressões “estabelecimento industrial”, ou “estabelecimento que exerça atividade industrial”, ou mesmo “estabelecimento inscrito/cadastrado como indústria”.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Em reforço a este entendimento há nos autos, às fls. 1.705/1.706, o Ofício da ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, enquadrando a empresa CETREL S/A na “classe de consumo industrial”.

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

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

(...)

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

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

Se o tratamento e descarte dos resíduos fossem efetuados pelas próprias indústrias geradoras dos elementos poluentes, nas suas respectivas unidades de produção, a discussão trazida neste processo não estaria sendo travada, visto que teríamos a atividade industrial totalmente integrada na mesma unidade empresarial, envolvendo: produção fabril, tratamento e descarte dos resíduos decorrentes.

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

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

Quanto às demais empresas ou unidades de consumo, destinatários da energia elétrica fornecida pela COELBA nossa análise será segmentada, seguindo a ordem de abordagem contida na peça defensiva.

Relativamente aos valores do ICMS, referentes ao consumo de energia elétrica, destinada às empresas de construção civil, não foi constatado a existência de contribuintes deste segmento nos demonstrativos do crédito ora reclamado. Nos referidos demonstrativos estão inseridas empresas do ramo de comércio varejista de materiais de construção, código de atividade 4744099. Improcedem as razões articuladas pela defesa.

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

Quanto aos estabelecimentos hospitalares foi verificado nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, apresentados pela COELBA, que há vários clientes que não exercem a atividade hospitalar, enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00, a exemplo de clínicas, policlínicas, ambulatórios, consultórios, laboratórios, casa de saúde, etc, que tiveram a base de cálculo do ICMS determinada de maneira incorreta, fato demonstrado pelos auditores, nas planilhas de 01 a 06, anexas ao PAF, às páginas 34 a 181 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 da base de cálculo do ICMS, agregando à mesma, uma carga tributária de 12,96%, quando o correto seria agregar uma carga tributária de 27%.

Dessa forma, as atividades: de atendimento a urgências e emergências (CNAE 8512-0); de atenção ambulatorial (CNAE 8513-8); de serviços de complementação diagnóstica ou terapêutica (CNAE 8514-6); de outros profissionais da área de saúde (CNAE 8515-4); e outras atividades relacionadas com a atenção à saúde (CNAE 8516-2), não estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo. Cada uma destas classes contém as subclasses listadas às fls. 1.860/1.862, sendo que, apenas estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo a subclasse da classe de atividades de atendimento hospitalar.

Na página 1.666 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 Antônio, que exerce atividade médica ambulatorial restrita à consultas, atividade esta que não é amparada pelo benefício da redução da base de cálculo do ICMS. No cadastro da SEFAZ/BA consta como atividade deste cliente, a Atividade Médica Ambulatorial Restrita a Consultas.

Quanto ao parecer resultante da consulta realizada pela Sociedade Anônima Hospital Aliança, os autuantes concordam que: faz jus a fruição do benefício previsto no art. 80, inciso I, “c”, do RICMS/BA, o estabelecimento

que efetivamente exerça a atividade hospitalar enquadrada na CNAE – Fiscal sob o código 8511-1/00. E informam, que os clientes que tiveram a base de cálculo determinada de maneira incorreta, não estão amparados pelo art. 80, inciso I, “c”, do RICMS/BA. Dessa forma, o Parecer juntado pela defesa não serve de lastro probatório para sustentar as teses defensivas em relação aos destinatários da energia elétrica listados pelos autuantes.

No que se refere às empresas que exercem a atividade hoteleira, as mesmas não constam dos demonstrativos do crédito tributário reclamado. Por sua vez, na página 1.670 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”, pertencentes à seção C, Indústria de Transformação, do CNAE 2.0, não constam dos demonstrativos do crédito reclamado, visto que pertencem a classe de consumo Industrial.

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

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

Em relação às OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS do item 29, inciso II, art. 20, da Resolução ANEEL nº 456/2000, as atividades listadas nesta resolução são as definidas no Cadastro Nacional de Atividades Econômica – CNAE, devendo prevalecer, para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo, a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento. Essa informação inclusive deve ter plena coincidência com os dados cadastrais a correta classificação fiscal da atividade no Cadastro da Secretaria Fazenda do Estado. No caso de divergência prevalecerá 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.

Cumpra 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 inserido 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 remanesceram 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 1.874/1.875).

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

2.000/2.001].

Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo, conforme detalhamento contido no Relatório apensado 1894/1894v, deverão ser homologados pela autoridade fazendária competente”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), a 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF 0079-05/15.

O sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário (fls. 2.011 a 2.078), no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça, sintetizando a autuação e aduzindo que a sistemática da redução de base de cálculo do art. 80, I do RICMS-BA/1997 se manteve no art. 268, XVII, “a” do RICMS-BA/2012.

A fim de classificar os consumidores segundo suas respectivas atividades e classes de consumo, nos termos das Resoluções ANEEL 456/2000 e 414/2010 (a segunda revogou a primeira), efetua vistorias nos locais e, ainda que constatadas eventuais divergências nas documentações, como CNAEs equivocados, faz os enquadramentos de forma a dar primazia à verdade material e a observar a perspectiva teleológica da legislação de regência, orientando os usuários a retificar o que for preciso.

Preliminarmente, suscita nulidade, por ausência de detalhamento adequado do motivo das glosas dos benefícios da redução da base de cálculo, pois entende que o Fisco não apresentou corretamente as inconsistências e não demonstrou as supostas inconformidades.

Teria restado desconsiderado, por exemplo, sem análise por parte da JJF, o pedido subsidiário de aplicação da redução de 32%, o que traz novamente à tona à fl. 2.064, ao requerer *“a aplicação subsidiária da redução de 32% destinada às demais classes de consumo na hipótese de se considerar a redução de 52% destinada à classe de consumo industrial indevida”*.

No mérito, afirma que a Administração Pública tem o dever de investigar e que se deve dar primazia ao princípio da verdade material na aplicação do benefício, em conformidade com a necessária preponderância da realidade sobre os elementos meramente formais e cadastrais (inscrição estadual, CNPJ, CNAE etc.), entendimento também consubstanciado no posicionamento da PGE/PROFIS e nos Pareceres de fls. 2.025 a 2.030.

Por isso, tem como indispensável a verificação real e factual das atividades preponderantes dos seus clientes, para que não haja dissonância com os critérios de aferição e classificação estabelecidos na Resolução ANEEL nº 414/2010 (maior parcela da carga instalada), que revogou a de nº 456/2000.

Segundo alega, todas as informações constantes dos seus sistemas foram fornecidas pelos usuários, não havendo qualquer obrigação emanada do órgão regulador (ANEEL) no sentido de que a concessionária comprove a veracidade das declarações. Apesar disso, efetua inspeções quando dos atos de classificação dos consumidores (como beneficiários do incentivo), os quais estão obrigados por Lei a informar corretamente, sob pena de gerar pane no sistema.

Além disso, não tem qualquer interesse em alterar a carga tributária do ICMS, pois no final das contas quem sofre o impacto financeiro não é a prestadora do serviço, mas os consumidores.

Repetindo, destaca a imposição da Resolução ANEEL nº 414/2010, de que a classificação e a aplicação do benefício da redução de base de cálculo sejam efetuadas de acordo com a maior carga instalada, não se podendo tomar para tal fim a atividade formalmente declarada no Cadastro de Contribuintes do ICMS/BA. Alega que foi exatamente isso que aconteceu no presente lançamento de ofício.

A seu ver, não se trata de invasão da legislação regulatória na tributária. Ao contrário, esta última adotou expressamente como critério, nos arts. 80, I do RICMS-BA/1997 e 268, XVII, “a” do RICMS-BA/2012, conceito originário do Direito Regulatório (classe de consumo), o que faz incidir as normas dos arts. 109/110 do CTN.

Prossegue tecendo considerações, já expostas na peça de defesa, detalhadamente enfrentadas

pelo órgão julgador de primeira instância, acerca de hospitais, construção civil (afirmando que a União equipara tal atividade à indústria), hotéis, padarias, canteiros de obras, outras indústrias, geradoras de energia elétrica etc. Em relação às últimas (geradoras de energia elétrica), sustenta que foram inseridos nos cálculos valores de ICMS incidentes sobre a TUSD, que é a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (tributo pago em razão da utilização dos sistemas de distribuição).

Alega que a multa tem caráter de confisco, pede redução ou cancelamento e encerra pleiteando o provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 2.148 a 2.160, da lavra do Dr. Elder dos Santos Verçosa, em relação à preliminar de nulidade, assinala que os autuantes destacaram as irregularidades que entenderam haver no procedimento do recorrente, tanto sob o prisma fático quanto jurídico.

No mérito, concebe que, além da efetiva e preponderante atividade desenvolvida pelo destinatário, é condição essencial para o gozo do benefício a correta classificação da atividade econômica (CNAE). Ou seja, não basta atender a um dos requisitos (classe de consumo), faz-se mister preencher ambos. Não faz jus à redução em comento o usuário inscrito no CNAE correspondente que não se enquadra na classe de consumo prevista. Em idêntica situação está o que se encontra na classe de consumo, muito embora não satisfaça o requisito relativo ao CNAE.

Feriria o princípio da eficiência da Administração Pública os prepostos fiscais conferirem, caso a caso, por exemplo, se o contribuinte está inscrito no CNAE adequado à atividade que efetivamente desenvolve. O correto é ter como válidas as declarações dos particulares - em prestígio à presunção de boa fé -, até porque nenhuma atividade humana é onipresente, a de fiscalizar inclusive.

Não cabe ao fiscalizado, portanto, fazer as vezes do beneficiário ou do outorgante do tratamento fiscal diferenciado (o Estado). Age a concessionária como se pudesse postular e deferir uma espécie de reenquadramento informal do CNAE, à revelia dos sujeitos da relação jurídica tributária. A realização de diligências pela Administração Pública ocorre quando o interessado a provoca e a COELBA não é parte interessada para postular. Igualmente, a verdade material não é uma clava mágica, tampouco uma panacéia que se preste a resolver todas as controvérsias, colocando-se tal preceito acima até mesmo da legalidade e da eficiência.

Embora alegue falta de interesse em reduzir a base de tributação, o recorrente não é entidade filantrópica e sua atitude, temerária, tem nítido propósito mercadológico, como evitar que consumidores de maior porte migrem do mercado cativo e optem pela geração própria de energia elétrica. Entretanto, tal artimanha não há de prosperar, porquanto tão acintosa conduta certamente também será repudiada pela segunda instância. Não se pode admitir, na sua concepção, que um contribuinte reduza a carga tributária dos seus clientes, arditamente, como forma de tornar a sua mercadoria mais atraente.

Relativamente à construção civil, assinala que para a concessão de benefício do Estado da Bahia não é válida qualificação de órgão federal, como tenta fazer crer o sujeito passivo. A União até pode equiparar qualquer atividade à indústria, mas tal ficção jurídica será válida apenas para os seus tributos. De mais a mais, se construção civil fosse indústria, estaria sujeita à incidência do IPI, o que não ocorre. Ou seja, a COELBA pretende aplicar aos seus clientes um regime híbrido, no qual eles fazem jus aos bônus sem arcar com os ônus, como quem faz cortesia com chapéu alheio.

Foi constatado, por intermédio dos documentos juntados aos autos, que os estabelecimentos médicos aos quais não foi legitimada a redução não desenvolvem atividade hospitalar, mas de atendimento. Mais uma vez, invocando interpretações canhestras, o autuado se arroga a distribuir benesses para seus clientes, como se a validade e a eficácia das normas tributárias se encontrassem em seu poder.

Em relação à redução conferida aos hotéis, ficou claro, desde a lavratura do Auto de Infração, que a exigência recaiu sobre motéis, os quais desenvolvem atividades distintas.

No que tange às padarias, o recorrente não percebeu a exigência da norma que deferiu a redução, de que a predominância dos produtos vendidos seja de fabricação própria, e não comprovou que os clientes preenchem tal requisito.

Quanto à multa, afirma que a discussão esbarra no art. 167 do RPAF-BA/1999.

Opina pelo Não Provedimento do Recurso.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício)

O recorrente suscitou preliminar de nulidade, sob o argumento de que não houve detalhamento adequado do motivo das glosas dos benefícios da redução da base de cálculo, bem como de que teria restado sem análise o pedido subsidiário de aplicação da redução de 32%.

Não lhe assiste razão, pois os autuantes especificaram minuciosamente as motivações de fato e de direito do Auto de Infração, descrevendo em detalhes, no campo destinado à descrição dos fatos, as irregularidades encontradas, assim como juntando demonstrativos analíticos e sintéticos suficientemente claros para a compreensão da acusação, o que se traduziu em um exaustivo Recurso de 69 (sessenta e nove) laudas, cujo conteúdo, cumpre registrar, é similar ao da impugnação.

Relativamente ao pedido de que se aplique a redução de 32%, na hipótese de se considerar indevida aquela de 52%, a JJF assim se manifestou (na Ementa, inclusive).

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 inserido 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 remanesceram 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 1.874/1.875).

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade.

No mérito, a remessa necessária decorre do fato de a Junta de Julgamento Fiscal ter julgado improcedente a autuação relativa às operações com a CETREL, que é uma unidade de tratamento de efluentes localizada no Município de Camaçari-BA, distante alguns quilômetros do Polo Petroquímico ali existente.

Concordo com a conclusão dos julgadores da instância de origem de que a expressão “*classe de consumo industrial*”, contida no art. 80, I, “a” do RICMS-BA/1997, decorrente do Convênio ICMS nº 115/2003, traduz instituto próprio do Direito Regulatório, e de que se assim não pretendesse o legislador teria se valido de termo próprio do Direito Tributário, a exemplo de “*estabelecimento industrial*”, “*atividade industrial*”, “*indústria*” etc.

A Resolução nº 456/2000 da ANEEL foi tomada como fundamento de direito na Decisão recorrida, embora revogada pela de nº 414/2010. Tomemos ambas para análise, já que as ocorrências são de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

A primeira (nº 456/2000), no art. 20, assim definia o significado de classe industrial.

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

II – Industrial

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

Cadastro Nacional de Atividades Econômicas - CNAE

Já a segunda (nº 414/2010), dispõe o seguinte no § 2º do art. 5º.

§ 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.

Muito bem, a CETREL - que dista quilômetros do Polo Petroquímico de Camaçari -, nada fornece para as unidades consumidoras nas quais são desenvolvidas atividades industriais, tampouco transporta matéria-prima, insumo ou produto resultante de processamento, mas resíduos, fato que, por si só, é suficiente para afastar a redução de base de cálculo no fornecimento de energia elétrica.

Indústria é uma atividade econômica surgida na Primeira Revolução Industrial, no fim do século XVIII e início do século XIX, na Inglaterra, e que tem por finalidade transformar matéria-prima em produtos comercializáveis, utilizando para isto força humana, máquinas e energia.

Por mera argumentação, analisemos os demais critérios.

Não desenvolve a CETREL atividade de suporte sem fim econômico próprio, pois, na qualidade de sociedade empresária, é responsável, como pessoa jurídica de direito privado, pela atuação profissional com o objetivo de lucro, no sentido da produção ou circulação de bens ou serviços. Não está integrada fisicamente às indústrias que lhes enviam resíduos. O fato de existirem interligações por meio de canais ou dutos não se amolda ao conceito de integração física dos arts. 20, II da Resolução ANEEL nº 456/2000 e 5º, § 2º da Resolução ANEEL nº 414/2010, que devem ser interpretados literalmente, nos termos do art. 111 do CTN, visto que se está a tratar de redução de base de cálculo (isenção parcial).

Assim, *data venia*, tenho como equivocada a Decisão relativa ao fornecimento de energia elétrica para a CETREL.

No tocante ao Recurso Voluntário, veja-se inicialmente que o § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL nº 414/2010, acima transcrito, estabelece como critério a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), ao contrário da tese veementemente esposada na súplica recursal.

Quanto à energia elétrica supostamente destinada às empresas de construção civil, não foi constatada a presença de contribuintes desse segmento econômico nos demonstrativos da Fiscalização. A atividade de canteiro de obras não é industrial, portanto, não amparada pela norma do art. 80, I, “a” do RICMS-BA/1997.

A TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) também não fez parte da autuação.

No que concerne aos estabelecimentos de prestação de serviço de saúde, não existe entre eles qualquer um que possa ser tido como hospital, mas sim clínicas, policlínicas, ambulatórios, consultórios, laboratórios, casas de saúde, atendimentos de urgência e emergência, atenção ambulatorial, serviços de complementação diagnóstica ou terapêutica, outros profissionais da área de saúde, Casa de Saúde Santo Antônio (que exerce atividade médica ambulatorial restrita a consultas; Contrato nº 30194047), Instituto de Promoção da Saúde e Desenvolvimento Social - PROMIR (Contrato nº 034779821) etc.

Restou igualmente constatado, nos levantamentos da Fiscalização, que o sujeito passivo reduziu a base de cálculo do ICMS da energia elétrica fornecida a motéis, igrejas e outros, que não se enquadram na classe de consumo estipulada nas Resoluções da ANEEL, muito menos no comando do art. 80, I, “a” do RICMS-BA/1997.

Não há hotéis nos levantamentos fiscais. Conforme ressaltaram os julgadores da instância de base, *"o cliente Sauípe que teve a base de cálculo do ICMS determinada de maneira incorreta [no entendimento do recorrente], 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 holding de instituições não financeiras".

Em relação às padarias, ficou demonstrado nos autos, por ocasião da informação fiscal, que a atividade 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 à classe de consumo industrial.

Com respeito às outras atividades industriais, deve prevalecer, para o gozo ou não do benefício fiscal da redução da base de cálculo, a efetiva e preponderante atividade do usuário de energia elétrica. Essa informação inclusive, como bem disse a JJF, *"deve ter plena coincidência com os dados cadastrais e 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, à atividade preponderante do contribuinte, que poderá efetuar a correção do CNAE, após certificação in loco pelas autoridades fazendárias"*.

"Cumpra 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".

Indefiro, por falta de previsão legal, o pedido de aplicação subsidiária da redução de 32%.

Com referência à multa, esta Câmara não tem competência para exercer controle de constitucionalidade ou para reduzir penalidade por descumprimento de obrigação principal, muito menos para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (arts. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Não acolho o pleito de diligência, com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e DESPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício)

Em que pese o brilhantismo do voto exarado pelo Ilustre Relator, divergimos do entendimento nele constante e nos aliamos ao entendimento já consolidado na jurisprudência deste Egrégio CONSEF quanto ao reconhecimento da natureza de consumidor industrial da CETREL para fins de aplicação da redução da base de cálculo em 52%, estabelecida no art. 80, I, "a" do RICMS/97 e art. 268, XVI do RICMS/12 (Convênio ICMS 115/03).

Entendemos ter sido correta a interpretação aos mencionados dispositivos normativos realizada pela Decisão recorrida, que reconheceu a redução de base de cálculo, em 52%, nas operações com energia elétrica destinadas à CETREL, visto que a Resolução nº 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, caracterizando como atividade de suporte e sem fim econômico próprio, desde que realizado de forma integrada fisicamente à unidade consumidora industrial.

De fato, não há dúvidas de que a CETREL não exerce atividade industrial, na acepção da legislação tributária, a qual se configura com o processo que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe 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 Resolução nº 456/00 da ANEL, levando em consideração para a classificação aquela que apresentar a maior parcela de carga instalada.

Por sua vez, a ANEEL no Ofício emitido em 01/06/11 confirma o enquadramento da CETREL na classe de consumo industrial. Logo, embora a CETREL não exerça atividade industrial, promove “suporte à indústria”, na medida em 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 são donas de 75% das ações do capital social da CETREL e os outros 25% são de propriedade do Governo do Estado.

Conforme reconhecidos pela Decisão recorrida, considerando que a ANEEL reconhece que a CETREL deve ser enquadrada na “classe de consumo industrial”, por preencher os requisitos fixados na Resolução nº 456/00, há de se concluir ser correta a redução da base de cálculo do ICMS, nas operações objeto do lançamento, conforme previsto no art. 80, I, a do RICMS/97 (Convênio ICMS 115/03).

Ressalto que este entendimento resta consolidado neste Egrégio CONSEF, como se pode ver da simples leitura dos Acórdãos CJF Nº 0147-12/14, CJF Nº 0297-11/14, CJF Nº 0348-11/15, CJF Nº 0325-11/15.

Face ao exposto, não merece reforma a Decisão recorrida, motivo pelo qual, NEGA-SE PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299324.0217/12-6, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.100.847,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) – Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Rodrigo Lauande Pimentel, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício) - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes e Luiz Alberto Amaral de Oliveira.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso de Ofício)

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - VOTO VENCEDOR
(Recurso de Ofício)

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