

A. I. N° - 299324.0020/15-2
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
AUTUANTES - LUIZ ROBERTO SANTOS FERREIRA, ANGELA MARIA MENEZES BARROS,
LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA e LUCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/01/2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0229-01/16

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. Utilização indevida da redução de base de cálculo nos fornecimentos de energia elétrica a consumidores não enquadrados nas hipóteses previstas no inciso XVII do art. 268 do RICMS/12. Efetuadas correções no cálculo do imposto para retirada de exigência nos fornecimentos para empresa que exercia atividade industrial atestada por parecer emitido pela DITRI. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Afastada discussão quanto à multa. Não acolhida as preliminares. Indeferido o pedido de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 31/03/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$2.655.115,80, em decorrência do autuado ter recolhido a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo (03.02.06), ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2014, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes acrescentam que o autuado é uma empresa concessionária de serviço público de energia elétrica e que está sujeito às normas do Convênio ICMS 115/2003. Afirmando que, dentre os registros apresentados nos arquivos previstos no Convênio ICMS 115/2003, extraíram os que tiveram a base de cálculo do ICMS reduzida indevidamente, por se tratarem de clientes que não possuíam direito ao benefício fiscal previsto na alínea “a” do inciso XVII do art. 268 do RICMS/12.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 93 a 139, alegando, inicialmente, a tempestividade da impugnação.

O autuado explica que, para o fornecimento de energia elétrica a determinadas atividades empresariais e classes de consumo indicadas pela legislação, a incidência do ICMS se dava, conforme legislação vigente até 31/03/2012, mediante a aplicação de percentuais de redução da base de cálculo, nos moldes previstos pelo art. 80 do RICMS/97. Informa que tal sistemática de tributação com redução de base de cálculo foi mantida pelo novo regulamento do ICMS (Decreto Estadual nº 13.780/2012), com vigência a partir de 01 de abril de 2012, inclusive com a supressão da restrição ao CNAE específico que antes era mencionado pelo legislador.

Destaca que, a fim de classificar os consumidores segundo suas respectivas atividades e classes de consumo, bem como ensejar a aplicação das reduções de base de cálculo acima referidas, a COELBA, nos termos da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 (que regulamenta o exercício de sua atividade), efetua vistorias in loco e colhe os documentos relativos à identificação e ao funcionamento dos consumidores, enquadrando-os segundo a sua atividade preponderante real (de fato existente) constatada na vistoria, e classificada nos termos dos arts. 2º, 18 e 20, todos, da mencionada Resolução, mesmo que detectadas eventuais divergências com a documentação por estes apresentada (utilização de CNAE equivocado, por exemplo). Diz que, havendo tais divergências, a concessionária orienta e exige dos consumidores que procedam às devidas retificações e adequações.

Diz que segue as orientações que a distribuidora obteve em consultas à própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme se observa nos pareceres das fls. 171 a 179.

O autuado alega que os autuantes responsáveis pela lavratura do auto de infração não apresentou corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA, de modo que o auto de infração ora combatido é absolutamente nulo. Entende que o fiscal, havendo forma definida em lei, deveria analisar caso a caso e demonstrar os erros supostamente identificados.

Além disso, diz que autuantes inseriram contribuintes localizados em outras unidades da federação, que, por conseguinte, não possuem unidades consumidoras no Estado da Bahia (fl. 180), e, por razões óbvias, não poderiam ser elencados como supostos beneficiários indevidos das hipóteses de redução de base de cálculo do ICMS.

Reclama que, em obediência ao princípio da verdade material, a fiscalização que culminou com o lançamento do crédito tributário ora refutado não poderia ter se limitado a empreender a autuação em comento com base apenas em elementos formais e meramente cadastrais. Para tanto, é indispensável a verificação real e factual da atividade preponderante efetivamente desenvolvida pelo consumidor em questão.

O autuado afirma que realizou a verificação das atividades dos consumidores em questão, nos moldes que lhe são impostos pela Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, atualmente em vigor, tendo-se constatado que de fato praticam atividade preponderante abrangida pelas hipóteses legais de redução de base de cálculo do art. 80 do RICMS-BA 1997, atual art. 268 do RICMS-BA 2012.

Destaca que, ao aplicar os benefícios de redução de base de cálculo, a COELBA esteve adstrita ao critério da primazia da realidade sobre a mera forma, de modo a propiciar a concretização dos aspectos finalísticos (teleológicos) essenciais que levaram à instituição da redução da base de cálculo pelos RICMS-BA 1997 e 2012, que a ele se encontram subjacentes.

Diz que o entendimento da SEFAZ-BA, conforme consultas acostadas aos autos, com base no qual a distribuidora pautou sua atuação, é de que o importante para fins de aplicação do benefício, é a atividade efetiva e realmente exercida pelo consumidor (verdade material), e não meros registros formais ou cadastrais.

Assim, entende que não pode subsistir a autuação refutada, já que esta fez exatamente o inverso, isto é, deu mais relevância ao simples registro ou cadastro comparativamente à atividade preponderante realmente exercida pelos consumidores em questão, com base na qual a Impugnante realizou a aplicação dos benefícios de redução de base de cálculo.

O autuado argumenta que o critério correto para aferição da atividade preponderante de cada unidade consumidora de energia elétrica é o da “maior parcela da carga instalada”, conforme se extrai da interpretação conjunta dos arts. 4º e 6º, da Resolução ANEEL nº 414/2010.

Conclui 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 art. 2º, da Lei nº 9.427/1996.

Apresenta Parecer Final da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, de 15/12/2014 (fls. 178 e 179), relativamente à Distribuidora de Água Camaçari (consumidor incluído neste auto de infração como beneficiado pela redução de base de cálculo de ICMS, supostamente de forma indevida), nos autos do Processo nº 326767/2014-9, por meio do qual este órgão administrativo corrobora com o entendimento esposado logo acima.

Desse modo, percebe-se que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia se encontra com posicionamentos contrários, devendo prevalecer a resposta dada logo acima, para fins de exclusão deste auto de infração, dos valores supostamente recolhidos a menor pela COELBA, em relação ao consumidor Distribuidora de Águas Camaçari.

Quanto a isso, cabe destacar que essa própria SEFAZ-BA, em parecer oferecido em resposta à consulta anteriormente formulada pela 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.

Assim, ao se considerar a aferição e classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica em conformidade com o critério prevalente, obrigatório e vinculante estabelecido pela ANEEL, muitas vezes uma atividade cujo CNAE ou cadastro da Receita Federal ou SEFAZ 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).

O autuado alerta que foi exatamente isso que aconteceu no caso ora sob análise. Ao lavrarem a autuação, os fiscais responsáveis glosaram parte dos benefícios de redução de base de cálculo de ICMS aplicados a unidades consumidoras sob a alegação de que as atividades por elas exercidas, segundo os registros cadastrais da Receita Federal (CNPJ/CNAE) e da SEFAZ-BA, supostamente seriam do tipo comercial, não abrangida pelo benefício em comento.

Diz que, 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, nos termos dos arts. 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010.

O autuado explica que todas as informações constantes no cadastro 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.

Isso é importante para que este órgão julgador atente para o seguinte: existindo divergências entre os dados arquivados na SEFAZ, em contraposição àqueles constantes na base de informações da Receita Federal, não é possível que tal discrepância possa resultar em lançamento de ICMS em face da COELBA, pelo simples fato de que a Concessionária não pode obrigar os consumidores a manterem seus cadastros atualizados em quaisquer órgãos.

Assim, em eventual dissonância entre dados existentes nesses bancos de informações, aquele que se encontrar mais atualizado deve prevalecer, para fins de meio de prova tendente a produzir efeitos no que tange à aplicação do benefício de redução de base de cálculo do ICMS.

Diz que, para os consumidores descritos nas planilhas devem ser revistos os valores de ICMS lançados, tendo em vista haver prova suficiente - no âmbito da RFB - de que suas atividades ou classes de consumo se encontravam em plena consonância com as hipóteses de redução de base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia elétrica.

O autuado esclarece que realiza inspeção da atividade desempenhada 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. Isso porque, dado o elevado número de unidades consumidoras, é impossível realizar mensalmente a verificação da atividade efetivamente exercida por cada unidade consumidora. Trata-se de um imperativo decorrente das noções de razoabilidade e proporcionalidade.

O autuado informa que, após devidamente registrados no sistema da COELBA, 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 05 (cinco) anos, uma vez que o seu armazenamento por tempo superior ao legal implica em custos demasiado onerosos para serem suportados pela empresa.

O autuado esclarece, ainda, que a carga instalada na unidade consumidora é a soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (kW). Se a informação do consumidor não for correta, pode provocar distúrbios ou danos ao sistema elétrico de distribuição, ou ainda a instalações e equipamentos elétricos de outros consumidores, não possuindo o autuado obrigação de verificar a veracidade das declarações prestadas, atuando, por conseguinte, em observância à legislação a ela pertinente. Qualquer irregularidade nas declarações, os consumidores podem ser responsabilizados.

Ressalta que não tem qualquer interesse em alterar a carga tributária de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica. Isso porque, quaisquer variações não terão impacto sobre ela (COELBA), pois serão integralmente repassadas aos consumidores nas faturas de energia elétrica. Tal ausência de interesse, por sua vez, apenas reforça o fato de que a COELBA efetuou as aplicações das hipóteses de redução da base de cálculo do ICMS em conformidade com os padrões e exigências legais e regulamentares.

O autuado explica que o enquadramento da atividade de construção civil dentro da classe de consumo industrial encontra respaldo, primordialmente, nos arts. 4º e 5º, §2º, da Resolução ANEEL 414/2010.

A classificação da atividade de construção civil como indústria pode ser explicada, por exemplo, pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil de nº 971/2009, em seu art. 109-C, §2º, Quadro 1.

O entendimento da Receita Federal do Brasil 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.

Ademais, no contexto das Contas Nacionais, o IBGE inclui a construção civil no cômputo geral do setor industrial, juntamente com a indústria extractiva mineral, a indústria de transformação, bem como a produção e distribuição de eletricidade e gás, água, esgoto e limpeza urbana.

Assim, tendo em vista que a atividade de 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, entende o autuado que resta incontrovertido que a aplicação de tal redução foi correta nesses casos.

O autuado reclama que, dentre os estabelecimentos de atividade hospitalar autuados por esta SEFAZ-BA, constam vários que indicam expressamente o exercício de atividade hospitalar. Entende que 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 nº 414/2010. Indevida, portanto, a inclusão dos valores de ICMS devidos por hospitais.

Ainda em acréscimo, ressalta que, conforme se observa em planilha anexa à presente defesa, alguns dos estabelecimentos autuados pela SEFAZ-BA dispõem de cadastro na Receita Federal do Brasil que expressamente elucida o caráter da atividade por elas prestadas, como aquelas efetivamente de natureza hospitalar.

Além disso, destaca recente parecer editado pela SEFAZ/BA no sentido de reconhecer a condição de beneficiária da redução da base de cálculo do ICMS à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna (fl. 183), tendo em vista a prática efetiva de atividade de atendimento hospitalar.

Entende que o novo Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, nos seus arts. 265 e 268, ao prever a redução de base de cálculo de ICMS para hospitais e hotéis, retirou a restrição relativa ao CNAE, ratificando a conclusão de que basta que a unidade consumidora beneficiada efetivamente pratique a atividade de hospital e de hotel, independentemente do CNAE constante de seu cadastro.

O autuado informa que as padarias obtiveram o benefício da redução da base de cálculo do ICMS por estarem enquadradas na classe de consumo industrial. Assim o foram pela característica da carga predominante instalada. Não se trata de meros estabelecimentos comerciais de revenda de produtos alimentícios, mas sim de 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.

Conclui que o enquadramento destas padarias na classe de consumo industrial se deu através de verificação *in loco* e informações dos próprios consumidores, conforme procedimentos descritos nos tópicos anteriores, em respeito às exigências da ANEEL. Uma vez que a carga predominante instalada se referia ao processo de industrialização que resultava nos gêneros alimentícios posteriormente comercializados, os consumidores tinham direito expressamente respaldados na

Resolução 414/2010 a serem enquadrados como industriais, motivo pelo qual também faziam jus à redução da base de cálculo do ICMS.

O autuado indica que há ainda diversos outros casos de empresas que exercem atividades industriais. Diz que os objetos sociais e CNAEs informados por tais empresas no momento em que foi firmado o contrato de fornecimento de energia elétrica, ainda que confrontados com aqueles constantes no CNPJ de cada uma delas, demonstram claramente serem elas legalmente habilitadas a desfrutar das reduções do ICMS.

Alerta que o Regulamento do IPI equipara ao estabelecimento industrial os seguintes:

- a) os estabelecimentos importadores de produtos de procedência estrangeira, que derem saída a esse produtos;
- b) os estabelecimentos, ainda que varejistas, que receberem, para comercialização, diretamente da repartição que os liberou, produtos importados por outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica;
- c) as filiais e demais estabelecimentos que exerçerem o comércio de produtos importados ou industrializados por outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, salvo se operarem exclusivamente na venda a varejo e não estiverem enquadrados na hipótese da alínea "b";
- d) os estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização tenha sido realizada por outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica ou de terceiro, mediante a remessa, por eles efetuada, de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes, ou modelos;
- e) os estabelecimentos comerciais de produtos do Capítulo 22 da TIPI, cuja industrialização tenha sido encomendada a estabelecimento industrial, sob marca ou nome de fantasia de propriedade do encomendante, de terceiro ou do próprio executor da encomenda;
- f) os estabelecimentos comerciais atacadistas dos produtos classificados nas posições 7101 a 7116 da TIPI;
- g) os estabelecimentos atacadistas e cooperativas de produtores que derem saída a bebidas alcoólicas e demais produtos, de produção nacional, classificados nas posições 2204, 2205, 2206 e 2208 da TIPI e acondicionados em recipientes de capacidade superior ao limite máximo permitido para venda a varejo, com destino aos seguintes estabelecimentos:
 1. industriais que utilizarem os produtos mencionados como insumo na fabricação de bebidas;
 2. atacadistas e cooperativas de produtores;
 3. engarrafadores dos mesmos produtos.

Desta forma, observados os conceitos de indústria e estabelecimento industrial, bem como demonstrado o posicionamento já proferido pela SEFAZ-BA, entende que a COELBA agiu no estrito cumprimento dos ditames legais, uma vez que está vinculada ao disposto na Resolução nº 456/2000 da ANEEL, atualmente substituída pela Resolução nº 414/2010, conforme descrito anteriormente, não podendo criar exigências e excludentes outras senão as existentes em lei, sob pena de macular os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

O autuado alerta que ao estabelecer o critério de abrangência e aplicação da redução de base de cálculo do ICMS em 52%, o RICMS/BA referiu-se expressamente à “classe de consumo industrial”. Tal previsão constava tanto no Regulamento antigo (Art. 80, inciso I, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 6.284/97), quanto no novo Regulamento, vigente a partir de 01/04/2012 (Art. 268, inciso XVII, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 13.780/2012). Apesar de referir-se à “classe de consumo industrial”, não trouxe a definição e abrangência dessa expressão, definição esta que também não está presente em qualquer outra lei estadual.

Em verdade, especificamente no setor elétrico, o conceito e abrangência da expressão “classe de consumo industrial” possui um conceito técnico e específico há muito delineado e cristalizado

nas Resoluções ANEEL n^{os} 456/2000 e 414/2010, que é distinto e mais amplo do que a simples noção de atividade industrial da legislação do IPI.

Quanto a isso, 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, como ocorreu nos itens “2” e “3” do mesmo dispositivo legal, em relação à redução de base de cálculo destinada a hospitais e hotéis, que mencionou expressamente “atividade hoteleira” e “atividade hospitalar”. Por outro lado, quando quis transcender a mera atividade em si e adotar como parâmetro e 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”.

O autuado indaga que se a expressão “atividade” e a expressão “classe” tivessem a mesma significação e abrangência, por que o legislador faria questão de dividir um dispositivo em itens distintos e utilizaria expressões diversas? Por que não utilizar a mesma denominação para todas as hipóteses?

Conclui que o legislador utilizou propositadamente expressões diversas porque cada uma delas tem sua significação e abrangência e, por conseguinte, retratam situações que merecem tratamento jurídico específico. Estando equivocada a autuação ao adotar a expressão “classe de consumo industrial” como sinônimo de atividade industrial.

Destaca, ainda, que, segundo determina o art. 111 do Código Tributário Nacional, 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”.

O autuado reclama, ainda, da natureza confiscatória da multa punitiva aplicada com fulcro no art. 42, II, “a”, da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Diz que a multa, enquanto sanção, encontra sua razão de existir na prática de ato que contraria a lei. Portanto, se tal ato não foi praticado, inexiste a multa referente, a mesma não sobrevive. Não obstante, ainda que o presente Auto de Infração fosse de alguma forma procedente, a imposição de multa de 60% do crédito tributário tem caráter evidentemente confiscatório, porquanto, alcança parcela significativa do patrimônio da empresa. Lembra que o art. 150 da CF/88 veda o efeito confiscatório dos tributos, de forma que sua cobrança não pode exceder o limite racional, moral e econômico que o sujeito passivo da obrigação tributária pode suportar.

Diante de todo o exposto, o autuado requer:

1. Preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do auto de infração, por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo em questão;
2. No mérito, julgue improcedente a autuação, desconstituindo o lançamento fiscal dele decorrente, pois estão corretas as reduções de base de cálculo do ICMS realizadas pela Contribuinte, em obediência à verdade material e aos aspectos teleológicos essenciais das normas estaduais que instituíram as referidas hipóteses de redução, bem como aos padrões e critérios classificatórios impostos pela ANEEL, notadamente na Resolução nº 414/2010;
3. Por cautela processual, acaso sejam mantidos os valores decorrentes do auto de infração, que seja então afastada a multa aplicada no patamar de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto supostamente não recolhido, ou ainda, sucessivamente, a sua redução, em obediência aos princípios da vedação ao efeito de confisco, razoabilidade, proporcionalidade e outros.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 193 a 201. Explicam que através da análise dos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/2003, apresentados pela COELBA, detectaram que vários clientes tiveram indevidamente a base de cálculo do ICMS reduzida, visto que, não se enquadravam no benefício disposto na alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Assim, o crédito tributário ora reclamado originou-se da glosa da redução da Base de Cálculo do ICMS, nas operações com energia elétrica, destinadas a empresas que não estão amparadas pelo

benefício da Redução da Base de Cálculo. Na data da ocorrência do fato gerador este benefício encontrava-se regulamentado na alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, do RICMS/BA , aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Informam que foram elaboradas as seguintes planilhas contendo o valor do ICMS recolhido a menor proveniente da redução indevida da Base de Cálculo do ICMS:

PLANILHA 1 - contendo os clientes enquadrados pela COELBA na classe comercial, e não amparados pelo benefício da redução da base de cálculo. Na classe comercial, estão amparados por este benefício, os consumidores que exercem a atividade hospitalar, e os consumidores que exercem a atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel. Os clientes relacionados nesta planilha desenvolvem as atividades de: comércio atacadista, comércio varejista, condomínio de edifício, motéis e atividade médica ambulatorial.

PLANILHA 2 - contendo os clientes que a COELBA enquadrou na classe industrial, quando, o correto, seria o enquadramento destes na Classe Comercial, Serviços e Outras Atividades. Portanto, estes clientes que não exercem a atividade Industrial, e sim Comercial, Serviços e Outras Atividades, não estão amparados pelo benefício da redução de base de cálculo, disposto na alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, do RICMS/BA , aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

PLANILHA 3 - construção classe 1- contendo os clientes que exercem a atividade de construção. Esta atividade não está entre as atividades industriais conforme CNAE, portanto não pertencem a classe industrial, e não estão amparados pelo benefício da redução de base de cálculo disposto na alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

PLANILHA 4 - construção classe 4- contendo os clientes que exercem a atividade de construção. Esta atividade não está entre as atividades industriais conforme CNAE, portanto não pertencem a classe industrial, e não estão amparados pelo benefício da redução de base de cálculo disposto na alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, do RICMS/BA , aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Os Autuantes informam que os consumidores relacionados nas planilhas acostadas às fls. 180 e 181 constam CNPJs de empresas localizadas fora do estado da Bahia, porém, os consumidores de energia referentes a cada uma destas unidades, são empresas localizadas no estado da Bahia. Ou seja, a venda e o consumo de energia foi destinada a empresas comerciais, localizadas no estado da Bahia, e, por erro, a COELBA colocou na segunda via da conta de energia elétrica (arquivo do convênio 115/2003) o CNPJ de uma empresa localizada fora do estado da Bahia. Portanto, a venda de energia foi destinada a empresas comerciais, localizadas no estado da Bahia, não estando assim amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo.

Os autuantes informam, também, que a Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE 2.0, atribuiu como atividade industrial apenas as atividades da Seção B- INDUSTRIAS EXTRATIVAS e da Seção C- INDUSTRIAS DE TRANSFORMAÇÃO . A atividade de construção na CNAE 2.0 pertence a Seção F, não estando portanto, entre as atividades industriais conforme CNAE 2.0.

Destacam que o § 2º, art. 5º da Resolução ANEEL Nº 414/2010, estabeleceu como classe industrial, a unidade consumidora em que seja desenvolvida a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE. E, a atividade de construção, não é industrial, conforme CNAE, portanto, não é atividade da classe industrial.

Os autuantes informaram que verificaram nos arquivos do convênio 115/2003, apresentados pela COELBA, que vários clientes que não exercem a atividade hospitalar, enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00, a exemplo de clínicas, policlínicas, laboratórios, casas de saúde etc., tiveram a base de cálculo do ICMS indevidamente reduzida, fato demonstrado pelos auditores na planilha "Classe 1".

Explicam que nesta planilha, elaborada para os clientes que a COELBA declarou nos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/2003, como pertencentes a classe de consumo comercial, além destes pertencentes a área de saúde, que não exercem a atividade hospitalar, temos também, motéis, condomínios de edifício, empresas comerciais varejistas e atacadistas, todas elas, não amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo do ICMS, visto que não se enquadram na alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Os autuantes entendem que apenas está amparada pelo benefício da redução da base de cálculo, disposta no item 3, da alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, a classe de atividades de atendimento hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00. Assim, não estariam amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo 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 a saúde (CNAE 8516-2).

Informam que cada uma destas classes contém subclasses, sendo que, apenas estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo, a subclasse da classe de atividades de atendimento hospitalar.

Os autuantes explicam que o novo regulamento do ICMS, aprovado pelo decreto 13.780/2012, ao retirar o número do código de atividade CNAE, não ampliou o benefício fiscal, continuando apenas amparada pelo benefício, a atividade de atendimento hospitalar. As atividades de atendimento a urgências e emergências; de atenção ambulatorial; de serviços de complementação diagnóstica ou terapêutica; de outros profissionais da área de saúde e outras atividades relacionadas com a atenção a saúde, continuam sem o amparo do benefício da redução da base de cálculo.

Desta forma, os clientes da área de saúde, inclusos na planilha "Planilha 1- Classe 1" são: clínicas, policlínicas, laboratórios, casas de saúde etc., e outros clientes que não exercem a atividade hospitalar, não tendo portanto direito a este benefício. Dizem, ainda, que no cadastro da SEFAZ/BA consta como atividade destes clientes, a Atividade Médica Ambulatorial Restrita a Consultas. Estes clientes apresentam um consumo de energia mensal condizente com a atividade declarada a SEFAZ/Ba.

Por outro lado, os autuantes concordam com o entendimento do autuado, que está ratificado na consulta feita pela COELBA, que 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. Por isso, entendem que o autuado deve exigir do seu cliente que efetue a correção da CNAE constante do seu cadastro, adequando-a à atividade que de fato exerce com preponderância.

Salientam que o benefício da redução da base de cálculo regulamentado no item 3, da alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, 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. Registram que, os clientes inclusos na planilha "Planilha 1", são clínicas, policlínicas, laboratórios, casas de saúde, motéis, condomínios de edifício, empresas comerciais varejistas e atacadistas e outros clientes, que não exercem atividades amparadas pelo benefício de redução da base de cálculo do ICMS.

Os autuantes alertam que as empresas que exercem a atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel, não constam dos demonstrativos do crédito ora reclamado.

Os autuantes argumentam que o §2, art. 5º da Resolução ANEEL Nº 414/2010, estabeleceu como classe industrial, a unidade consumidora em que seja desenvolvida a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE. 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 a industria de transformação); ou 47.21-1/02 - PADARIA E CONFEITARIA COM PREDOMINÂNCIA DE REVENDA (atividade pertencente ao comércio varejista). As padarias que sofreram glosa da redução da base de cálculo, foram as padarias e confeitorias com predominância de revenda.

Os autuantes atestam que todas as empresas que sofreram glosa da redução da base de cálculo do ICMS não desenvolvem a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE.

Os Autuantes informam que não adotaram a expressão "classe de consumo industrial" como sinônimo de atividade industrial. Nenhuma venda de energia, destinada a classe de consumo industrial, sofreu glosa da redução da base de cálculo.

Destacam que o benefício disposto no item 1, alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, destina-se a classe de consumo industrial. E, o art. 5º da Resolução ANEEL nº 414/2010 estabeleceu as classes de consumo de energia. O §2º, deste mesmo artigo, estabeleceu que 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.

O autuado apresentou manifestação das fls. 206 a 225, reiterando, em síntese, os seguintes argumentos trazidos na defesa administrativa:

1. Preliminarmente, a nulidade do auto de infração por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo em questão;
2. A necessidade de observância do princípio da verdade material, com a aplicação dos benefícios de redução de base de cálculo do ICMS em conformidade com o critério da primazia da realidade sobre os elementos meramente formais e cadastrais, de modo a concretizar a finalidade subjacente à norma do art. 268 do RICMS-BA 2012 (aspecto teleológico), segundo orientações que a COELBA obteve em consultas à própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Assim, de acordo com a consulta realizada perante à SEFAZ-BA, restou consignado que o que importa para fins de aplicação do benefício é a atividade efetiva e realmente exercida pelo consumidor (verdade material), e não meros registros formais ou cadastrais;
3. O critério correto de definição da atividade preponderante da unidade consumidora para fins de fornecimento de energia elétrica, com a 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 Resolução ANEEL nº 414/2010.
4. A inafastabilidade da interpretação do termo “classe de consumo”, utilizado pela legislação que regulamentou as hipóteses de redução de base de cálculo, em consonância com sua acepção técnica e específica, de competência da legislação regulatória da ANEEL, consubstanciada Resolução ANEEL nº 414/2010. Diante disso, por exemplo, a redução de base de cálculo de ICMS referente às operações destinadas à classe de consumo industrial, deve abranger todos os consumidores que, segundo a legislação regulatória e a ANEEL, integram tal classe de consumo;
5. O cumprimento da Resolução nº 414/2010 da ANEEL por parte da COELBA, com a aplicação de procedimentos de verificação das atividades dos consumidores, inclusive vistoria in loco, o que comprova a conformidade das reduções de base de cálculo com a realidade de fato (verdade material). Por sua vez, há pareceres dessa Ilma. SEFAZ-BA segundo os quais deve prevalecer a verdade material em detrimento do simples cadastro das unidades perante os órgãos fazendários;
6. Não há qualquer obrigatoriedade por parte do órgão gestor (ANEEL) para que a empresa concessionária faça a comprovação de veracidade das declarações dos clientes;
7. Todas as atividades registradas no sistema como industriais, por exemplo, foram incluídas por terem sido fornecidas e mantidas pelos clientes, além de inspecionadas pela COELBA no momento em que o cliente se declara compatível com os ditames da legislação não sendo de sua responsabilidade a verificação da manutenção destes pré-requisitos;

O autuado reitera que as informações prestadas pelos autuantes, tanto no auto de infração, quanto na informação fiscal, não especificam como procederam à verificação dos cadastros e atividades preponderantes dos contribuintes analisados. Alerta que no decorrer de toda a informação fornecida, ficou patente a checagem de dados cadastrais dos contribuintes, para refutar os argumentos da empresa.

O autuado reclama 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 se explica como tal checagem foi realizada.

Por este motivo, o autuado alega que ficou impossibilitada de exercer plenamente a sua defesa, vez que não podia contraditar satisfatoriamente as informações das fiscais, por não ter conhecimento de qual base de dados foi utilizada. Por isso, solicita que os autuantes sejam intimados a informar como se deu a pesquisa e a coleta de dados referidos na presente Informação Fiscal, devendo esta base de dados ser disponibilizada também à COELBA para verificação, com a consequente reabertura do prazo para manifestação da empresa, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O autuado confirma que verificou as atividades desempenhadas por seus consumidores, nos moldes que lhe são impostos pela Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, atualmente em vigor, tendo-se constatado que os consumidores em questão de fato praticam atividade preponderante abrangida pelas hipóteses legais de redução de base de cálculo descritas no Regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Insiste que as divergências que tenham servido de base para a informação fiscal ora refutada deveram-se, em verdade, a equívocos cadastrais que não refletem a realidade das coisas, na maioria das vezes por culpa e inércia dos próprios consumidores.

O autuado reclama que o critério utilizado na autuação foi simplesmente a atividade formalmente declarada pela unidade consumidora de energia no seu cadastro perante a SEFAZ-BA ou a Receita Federal (CNPJ e CNAE ali registrados). Contudo, tal critério utilizado na autuação e na subsequente Informação Fiscal é equivocado e indevido, pois destoa do critério de aferição e classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica imposto pela Resolução nº 414/2010 da ANEEL, qual seja: a maior parcela da carga instalada.

Conclui que o critério correto para aferição da atividade preponderante de cada unidade consumidora de energia elétrica é o da “maior parcela da carga instalada”, conforme se extrai da interpretação conjunta dos arts. 2º, 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010.

O autuado entende que devem prevalecer os critérios, padrões e conceitos impostos pela ANEEL para a 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 9.427/1996.

Cita como exemplo a hipótese de uma padaria que se autodeclara 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 a ela fornecida para a fabricação dos pães por ela comercializados, tal padaria (unidade consumidora), segundo o critério de aferição da atividade efetivamente preponderante estabelecido pela ANEEL, deve ser enquadrada na classe de consumo industrial. Portanto, ao ser, assim, corretamente classificada, possui direito à redução de base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 268 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Em resumo, o autuado requer:

1. Sejam intimados os autuantes para que informem o método e a base de dados utilizados para pesquisa dos dados cadastrais dos consumidores abordados na Informação Fiscal em questão;
2. Uma vez atendido o item acima, seja concedido à COELBA acesso às bases de dados utilizadas pelos autuantes para checagem dos dados encontrados, assegurando-se assim a ampla defesa e o contraditório, concedendo-se novo prazo para manifestação da empresa.

Por fim, reitera todos os termos contidos na Defesa apresentada, devendo ser julgado improcedente o auto de infração ora sob reproche, acaso não seja, de plano, considerado nulo, por cerceamento ao direito de defesa.

Os autuantes apresentaram informação fiscal à fl. 242, nada acrescentando ao processo em decorrência de não ter sido trazido nada de novo pelo autuado em sua manifestação. Acresentam, porém, que as informações dos CNAEs constantes nos cadastros da SEFAZ e da

Receita Federal são de livre acesso aos contribuintes e que eles devem verificar a regularidade cadastral do contribuinte que com ele promova transação comercial, conforme disposto no art. 23 do RICMS/12.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo encaminhamento do processo em diligência fiscal no dia 28/04/2016 para que os autuantes juntassem aos autos documentação comprobatória de que os consumidores relacionados na planilha 1, com atividade de atendimento hospitalar, não se enquadram nessa atividade. Pediu, também, caso não conseguisse a comprovação, que retirasse do demonstrativo de débito a exigência do crédito tributário por utilização indevida de redução de base de cálculo referente aos fornecimentos de energia elétrica aos consumidores cadastrados com atividade de atendimento hospitalar.

Em atendimento à diligência expedida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, os autuantes apresentaram informação fiscal à fl. 252, afirmando que as unidades constantes na planilha 1 não estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo pois não exercem a atividade de atendimento hospitalar. Atestam que essas unidades são clínicas médicas, policlínicas, centros médicos e casas de saúde, exercendo atividade médica ambulatorial restrita a consultas. Entendem que pelos baixos valores totais de consumo de energia elétrica das clínicas, constantes na planilha 1, pode-se comprovar que não exercem a atividade de atendimento hospitalar, que exigem pelo menos 5 leitos para internação de pacientes, com assistência permanente de médicos, que possuam serviço de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente durante as 24 horas do dia, com disponibilidade de serviços de laboratório, radiologia e de cirurgia.

O autuado apresentou manifestação das fls. 257 a 266, reiterando os termos trazidos nas manifestações apresentadas anteriormente e requerendo que:

1. fossem intimados os autuantes para que informassem o método e a base de dados utilizados para pesquisa dos dados cadastrais dos consumidores abordados na Informação Fiscal e Diligência em questão;
2. uma vez atendido o item acima, fosse concedido à COELBA acesso às bases de dados utilizadas pelos autuantes para checagem dos dados encontrados, assegurando-se assim a ampla defesa e o contraditório, concedendo-se novo prazo para manifestação da empresa;

Os autuantes apresentaram nova informação fiscal às fls. 271 e 272, dizendo que utilizaram os campos CNPJ e Razão Social informados pela COELBA nas segundas vias das contas de energia elétrica. Disseram que utilizaram, também, as informações dos CNAEs constantes nos cadastros da SEFAZ/BA e da Receita Federal.

Os autuantes sugerem que sejam verificadas as informações constantes no endereço eletrônico www.cnae.ibge.gov.br/, para constatação que as clínicas médicas, as policlínicas, os consultórios e os laboratórios estão fora da atividade de atendimento hospitalar. Confirmam que a exigência de funcionar 24 horas por dia e possuir centro cirúrgico tornam os hospitais altos consumidores de energia elétrica.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS recolhido a menor em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo no fornecimento de energia elétrica a consumidores que não se enquadram nas categorias beneficiadas.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade das multas aplicadas no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Rejeito a arguição de nulidade do presente auto de infração sob a argumentação de que faltou detalhamento do motivo da glosa da redução da base de cálculo. Os autuantes dividiram por planilhas cada grupo de consumidores que supostamente não se enquadravam no benefício, mas que foram tratados como beneficiário pelo autuado. A descrição dos fatos e o enquadramento legal demonstram de forma clara o motivo da exigência fiscal. As planilhas anexas em CD à fl. 20 demonstram a apuração do imposto reclamado, os dados do consumidores envolvidos e suas respectivas atividades econômicas declaradas no cadastro da SEFAZ. Não existe qualquer violação ao princípio da legalidade ou do devido processo legal, tendo sido garantidos ao autuado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Indefiro o pedido de diligência fiscal solicitado pelo autuado para que fossem intimados os autuantes a informarem o método e a base de dados utilizados para pesquisa dos dados cadastrais dos consumidores abordados na Informação Fiscal. Está evidente que as informações que balizaram o lançamento fiscal foram retiradas nos CNAEs declarados pelos contribuintes no cadastro da SEFAZ.

No mérito, importante destacar que 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.

Entretanto, para definirmos a abrangência das hipóteses de redução de base de cálculo, previstas no inciso XVII do art. 268 do RICMS/12, precisamos observar o conceito das expressões nele inseridos. Assim, quando utilizada a expressão “classe de consumo”, devemos buscar a definição dada pela agência reguladora. Quando há descrição das atividades econômicas, devemos buscar o conceito dado pela Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE.

De acordo com as notas explicativas da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), consistem em atividade de atendimento hospitalar os serviços de internação de curta ou longa duração prestados a pacientes realizados em hospitais gerais e especializados, hospitais universitários, maternidades, hospitais psiquiátricos, centros de medicina preventiva e outras instituições de saúde com internação, incluindo-se os hospitais militares e os hospitais de centros penitenciários.

Essas atividades são realizadas sob a supervisão direta de médicos e incluem: serviços de médicos, serviços de laboratório, radiológicos e anestesiológicos, serviços de centros cirúrgicos, as atividades exercidas em unidades de hospitais preparadas para atendimento a urgências e as atividades exercidas em prontos-socorros com assistência 24 horas e com leitos de observação.

Esta classe compreende também os serviços farmacêuticos, de alimentação e outros serviços prestados em hospitais; os serviços prestados pelas unidades mistas de saúde, que são compostas por um centro de saúde e uma unidade de internação com características de hospital local de pequeno porte, sob administração única; as atividades dos navios-hospital; e as atividades de centros de parto.

Entendo que, se efetivamente fossem eficazes as vistorias realizadas pelo autuado in loco, não estariam sendo considerados como unidades com atividade de atendimento hospitalar estabelecimentos com conta de consumo de energia elétrica em valor inferior a mil reais por mês, como bem observaram os autuantes em resposta à diligência fiscal proposta pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Pela denominação das empresas e pelos níveis de consumo de energia elétrica destacados na planilha 1, anexa em CD à fl. 20, concluo que não se tratam de unidades de atendimento hospitalar os estabelecimento incluídos no referido demonstrativo.

Equivocada a afirmação do autuado de que basta o estabelecimento praticar atividade de hotelaria ou atendimento hospitalar, independentemente do CNAE, para que faça jus à redução da base de cálculo. A alteração do inciso XVII do art. 268 do RICMS/12, omitindo o código do CNAE para as atividades de atendimento hospitalar e hotelaria não teve o condão de ampliar o benefício fiscal, apenas evitou a vinculação do benefício a determinado CNAE em detrimento de outras subdivisões existentes que correspondiam à mesma atividade. Por exemplo, no RICMS/97 a

atividade de atendimento hospitalar beneficiada estava vinculada apenas aos estabelecimentos com CNAE 8610-1/01, mas quando da publicação do RICMS/12, foi constatado a existência do código CNAE 8610-1/02 que também estava vinculado aos estabelecimentos com atendimento hospitalar. A retirada da menção ao código CNAE objetivou apenas evitar que futuras subdivisões prejudicassem a fruição do benefício pelos que efetivamente praticavam tal atividade.

Quanto aos hotéis, o argumento defensivo também não merece acolhimento, pois todos os estabelecimentos relacionados na autuação foram declarados pelos proprietários como exercendo atividade de motel e, em relação a esses estabelecimentos, tanto o RICMS-BA/97 quanto o RICMS-BA/12 excluem expressamente do benefício da redução da base de cálculo.

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.

Os critérios estabelecidos na Resolução Aneel nº 414/2010 que sugerem a verificação da maior parcela de carga instalada para definição da classe de consumo visa a definição da tarifa a ser aplicada quando houver mais de uma atividade na mesma unidade consumidora. Não restam dúvidas de que, quando o RICMS atribui a redução de base de cálculo ao fornecimento para estabelecimentos com classe de consumo industrial e rural, ele está se reportando a definição dada pela própria agência reguladora. Entretanto, o § 2º do art. 5º da referida resolução somente admite como classe de consumo industrial o fornecimento à unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE.

Em relação às padarias, os estabelecimentos incluídos na autuação foram aqueles com predominância de revenda, CNAE 47.21-1/02. O argumento defensivo de que o consumo de energia preponderante se deu em relação à produção própria do estabelecimento não restou comprovada. Não foi demonstrada a existência de medidores separados nos referidos estabelecimentos que pudessem atestar que a maior parcela da carga instalada estava na execução das atividades de produção. Convém destacar que a maioria das padarias do Estado utilizam forno a lenha ou gás para a produção de seus produtos, ficando prejudicada o acolhimento da defesa se não existe comprovação dos fatos alegados.

De fato, a presente autuação não se baseou exclusivamente nas informações contidas nos dados cadastrais. Se assim tivesse ocorrido, não teria exigido imposto relacionados às indevidas reduções nos fornecimentos de energia elétrica a estabelecimentos registrados indevidamente com atividade de atendimento hospitalar, mas cuja denominação e consumo de energia evidenciaram não tratar-se de tal atividade. Aliás, a única atividade constante nas planilhas, extraídas das declarações dos consumidores no cadastro de contribuintes da SEFAZ, que não mereceu fé foi a de atendimento hospitalar. Primeiro que a quantidade de hospitais é notoriamente reduzida e conhecida da população. Segundo porque o baixo consumo de energia refletido na conta de consumo denunciava não tratar-se de estabelecimento cujo somatório de equipamentos e recursos necessários para funcionamento exige alto consumo de energia elétrica.

A alegação do autuado de que existem outros consumidores que equivocadamente não foram considerados como industriais não pôde ser avaliada pois não veio acompanhada da indicação dos respectivos dados dos consumidores.

A existência de exigência de imposto em relação a consumidores localizados em outros estados foi explicada pelos autuantes como erro cometido pelo autuado que colocou na segunda via da conta de energia (arquivo do Convênio ICMS 115/2003) o CNPJ de uma empresa localizada fora da Bahia enquanto o fornecimento se deu para estabelecimento localizado na Bahia (fl. 197). Argumentação que não foi contestada pelo autuado.

O autuado apresenta parecer da SEFAZ (fl. 183) atestando que a Santa Casa de Misericórdia de Itabuna presta serviço de atendimento hospitalar. Entretanto, não consta das planilhas elaboradas pelos autuantes, exigência de imposto em decorrência de fornecimento de energia elétrica à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna. Assim, por este motivo não há qualquer alteração a ser efetuada no cálculo do imposto exigido.

Por outro lado, a distribuidora de Água Camaçari S/A foi considerada como estabelecimento industrial em razão de realizar atividades de fabricação de gases industriais, produção de água desmineralizada e produção de vapor, ar quente e ar condicionado, conforme Parecer DITRI nº 28751/2014. Os autuantes não se manifestaram acerca desta argumentação. Desta forma, ficam excluídas da planilha 2 os débitos relacionados ao fornecimento de energia elétrica a esta empresa, conforme relatório das fls. 278 a 292.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$2.475.315,26, fl. 278, nos seguintes termos:

Ano mês	ICMS a recolher Planilha 1	ICMS a recolher Planilha 2	ICMS a recolher Planilha 3	ICMS a recolher Planilha 4	TOTAL ICMS a recolher
1401	49.912,62	204.060,98	6.316,98	130.666,59	390.957,17
1402	40.136,57	151.362,64	4.705,07	127.080,01	323.284,29
1403	35.616,66	108.615,19	5.938,04	107.939,08	258.108,97
1404	28.600,04	93.334,72	4.520,01	95.669,50	222.124,27
1405	30.340,20	106.885,33	5.135,02	100.307,12	242.667,67
1406	28.598,12	89.670,03	6.137,61	100.305,68	224.711,44
1407	20.974,73	62.245,56	4.518,47	84.162,67	171.901,43
1408	13.918,22	42.002,33	4.545,56	78.992,21	139.458,32
1409	15.678,43	34.895,50	4.258,88	76.318,38	131.151,19
1410	14.160,57	39.193,07	4.250,46	73.157,97	130.762,07
1411	22.188,28	38.397,98	6.092,87	76.245,59	142.924,72
1412	13.605,82	23.551,97	4.494,17	55.611,76	97.263,72
TOTAL					2.475.315,26

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299324.0020/15-2, 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\$2.475.315,26, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR