

**PROCESSO** - A. I. N° 299324.0020/15-2  
**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 1ª JJF n° 0229-01/16  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 29/06/2018

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0125-12/18

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2015, referente à exigência de imposto no montante de R\$2.655.115,80, em decorrência de o autuado ter recolhido a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução da 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 n° 7.014/96.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que o Auto de Infração em lide é Procedente em Parte, como segue:

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

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício e, inconformado o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário e, após breve relato dos fatos, diz que a partir do entendimento de que não teria sido aplicado o melhor direito à espécie, ao menos em parte, a decisão de piso merece reforma no sentido de desconstituir o auto de infração em sua integralidade.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração em razão de ausência de detalhamento dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo.

Destacando que eventual erro na descrição dos fatos repercute necessariamente sobre a plena defesa da autuada, diz que no caso em questão, o Autuante não apresentou corretamente e de

maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA, o que torna nulo o Auto de Infração, bem como inseriram contribuintes localizados em outras unidades da federação que não possuem unidades consumidoras no Estado da Bahia e por esse motivo não poderiam ser elencados como supostos beneficiários indevidos das hipóteses de redução de base de cálculo do ICMS.

Do que aponta, conclui que é patente o seu prejuízo, anotando que sofreu indevida restrição ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, sustenta a Recorrente que o débito tributário deve ser anulado. Referindo-se à busca da verdade material e com base no referido princípio que estabelece o dever de investigação por parte da Administração tributária, assevera que a fiscalização que culminou com o lançamento em apreço não poderia ter se limitado a empreender a autuação em comento com base apenas em elementos formais e meramente cadastrais, certo que reputa indispesável a verificação real e factual da atividade preponderante efetivamente desenvolvida pelo consumidor em questão.

Dizendo da falada verificação da condição dos consumidores, afirma que foi realizada oportunamente, nos moldes que lhe são impostos pela Resolução Normativa ANEEL nº. 414/2010, tendo-se constatado que os consumidores em questão 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.

Sobre as divergências apuradas, entende que são meramente formais e não podem prevalecer sobre a realidade dos fatos. Por tal motivo, alinhada com a Resolução ANEEL 414/2010, bem como demais normas regulamentares do setor, diz que efetua vistorias quando da ligação dos consumidores à rede elétrica, além de novas vistorias periódicas, tudo com o fim específico de fazer aplicar a redução de base de cálculo do ICMS apenas aos consumidores que de fato exercem preponderantemente as atividades abrangidas por tal benefício, nos termos da legislação de regência.

Na linha traçada, diz que tem observado o regramento normativo e seguido a diretriz dada pelo Parecer da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em consulta formulada sobre o assunto. Transcreve trecho, destacando o excerto que diz “... o que deve ser levado em consideração para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo a que se reporta o art. 80, I, ‘b’, do RICMS/BA é a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, devendo este, no entanto, fazer constar dos seus dados cadastrais a correta classificação fiscal da sua atividade, daí porque deve a consulente exigir do seu cliente que efetue a correção da CNAE constante do seu cadastro, adequando-a à atividade que de fato exerce com preponderância”.

Faz referência a consulta formulada pela Sociedade Anônima Hospital Aliança, destacando que o benefício da redução da base de cálculo deverá ser aplicada apenas para aqueles consumidores cuja atividade preponderante corresponde materialmente e em essência a uma daquelas passíveis de redução segundo as diretrizes basilares do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Do que expôs, entende que cabe desconsiderar os elementos meramente formais e cadastrais eventual e aparentemente divergentes de tal realidade, mormente aqueles que embasaram a autuação, anulando-a, bem como afastar a cobrança indevida de ICMS daí decorrente.

Indagando sobre o critério correto para aferição da atividade preponderante de cada unidade consumidora de energia elétrica, diz que o critério utilizado pelo fisco destoa do critério de aferição e classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica impostos pela Resolução nº. 414/2010 da ANEEL, qual seja “a maior parcela da carga instalada”. Cita a Resolução ANEEL nº 456/2000 e o art. 2º, da Lei nº 9.427/1996, além do Parecer Final da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, de 15/12/2014, relativamente à Distribuidora de Água Camaçari, nos autos do Processo nº. 326767/2014-9, por meio do qual este órgão administrativo corrobora com o entendimento esposado.

Nessa senda, afirma que a própria SEFAZ-BA, em parecer oferecido em resposta à consulta

anteriormente formulada pela recorrente, 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.

Arremata dizendo que em vista que as reduções de base de cálculo foram aplicadas para as unidades consumidoras cuja efetiva atividade preponderante, era referente à classe de consumo industrial (e não comercial), entende que as reduções que fez são regulares e em consonância com a interpretação sistemática da legislação vigente, motivo pelo qual devem ser afastadas as glosas efetuadas.

Avançando, destaca que por ser concessionária do serviço público de distribuição de energia elétrica, deve obedecer rigorosamente às normas regulatórias, sendo, pois, a ANEEL quem estipula como deverão ser os procedimentos para cadastro dos clientes nos sistemas internos das concessionárias para ligação da energia elétrica, a documentação e informação necessárias, bem como a classificação da unidade consumidora, tudo derivado do cadastro de clientes cujas informações são fornecidas por eles mesmos.

Diz de suas inspeções *in loco*, afirmado que é realizada mensalmente a verificação da atividade efetivamente exercida por cada unidade consumidora, reiterando que são os usuários que declaram em qual categoria devem ser incluídos – discorre sobre o seu processo de armazenamento de informações.

Quanto à “*carga instalada*”, explica que é a soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, expressa em quilowatts – informação do consumidor, não podendo a Recorrente ser penalizada por eventuais incorreções das informações dos clientes.

Mais uma vez reitera que a tributação por ela aplicada e os benefícios de redução de base de cálculo do ICMS foram efetuados em consonância com a realidade dos fatos.

Referindo-se ao que determinou como repetidos equívocos incorridos pela SEFAZ – BA quanto ao enquadramento de algumas atividades nas classes de consumo de energia elétrica para fins de aplicação da redução de base de cálculo prevista no Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, faz considerações específicas para diversos ramos da atividade econômica (construção civil, Hospitais, Hotéis, Padarias e outras atividades industriais) levando-se em conta a noção de “*classe de consumo*”, tudo à luz dos conceitos de indústria e estabelecimento industrial.

Discorre sobre a abrangência e aplicação da redução de base de cálculo do ICMS (Art. 80, inciso I, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 6.284/97 e Art. 268, inciso XVII, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 13.780/2012) em 52% prevista no RICMS/BA, aduzindo que há referência expressa sobre “*classe de consumo industrial*”.

Diz que apesar de o RICMS referir-se à “*classe de consumo industrial*”, não trouxe a definição e abrangência dessa expressão, ao tempo em que afirma que tal definição está nas Resoluções ANEEL nºs 456/2000 e 414/2010, que é distinto e mais amplo do que a simples noção de atividade industrial da legislação do IPI.

Dizendo da intenção do legislador, entende que está equivocada a autuação ao adotar a expressão “*classe de consumo industrial*” como sinônimo de atividade industrial, certo de que a definição da base de cálculo do imposto deve ter como parâmetro e critério a referida abrangência a noção de “*classe de consumo industrial*”, que possui significado mais abrangente do que simples atividade industrial.

No caso dos autos, onde o fisco adotou como referência a “*classe de consumo*” e não a “*classe de consumo industrial*”, entende a Recorrente que para saber se uma determinada unidade consumidora faz ou não jus à redução de base de cálculo, deve ser observado se a sua realidade se enquadra no conceito de “*classe de consumo industrial*”, nos moldes estipulados pelas Resoluções da ANEEL.

Evocando o art. 111 do Código Tributário Nacional, diz que a norma deve ser interpretada literalmente quando a matéria versar sobre outorga de isenção, e que em se tratando de redução de base de cálculo uma isenção parcial, a legislação a ela relativa deve ser interpretada “literalmente”. Fazendo remissão ao RICMS/BA, que dispõe sobre “*classe de consumo industrial*” e não simplesmente a “*atividade industrial*”, entende que deve prevalecer a interpretação defendida pela Recorrente.

Tratando da multa, após longa digressão, afirma que tem caráter confiscatório e se afasta do que determina a CF/88, contrariando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, também citando a Súmula CARF nº. 14.

Diz do princípio da legalidade estrita e da juridicidade, informando que a Administração Fazendária pode invalidar ato próprio por afronta aos referidos princípios. Cita farta jurisprudência.

Por derradeiro, pugna pela nulidade do auto de infração, por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo em questão e, no mérito, pede a reformada da decisão de piso para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Alternativamente, na hipótese de manutenção da autuação, requer que seja então afastada a multa aplicada no patamar de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto supostamente não recolhido, ou ainda, a sua redução.

Na assentada de julgamento esta 2ª CJF, em 20/09/2017, conforme fl. 402, à vista dos argumentos recursais, o Colegiado decidiu baixar o PAF em diligência à INFAZ de origem para as seguintes providências:

- a) *Analizar o recurso e os documentos apresentados pelo contribuinte, para verificar se os adquirentes indicados nos papéis de trabalho fariam jus à redução defendida, com a respectiva prova da sua atividade pela Empresa, e, se procedente o alegado, elaborar novo demonstrativo excluindo da acusação fiscal, os itens referentes aos CNAES de atividade de hotelaria, hospitalar e industrial;*
- b) *Realizada a diligência a repartição deverá intimar o Contribuinte para se manifestar, querendo, sobre o resultado da diligência no prazo de 10 (dez) dias.*
- c) *Por fim, o processo deverá ser devolvido para que se prossiga o julgamento.*

Realizada a diligência, fl.407, os Autuantes informam que analisaram a documentação acostada pelo Contribuinte e verificaram que as alegações e a documentação apresentada são as mesmas já arguidas em sede de impugnação e em razão de não ter trazido nada de novo, reiteram as suas informações já prestadas.

Devidamente intimada, às fls. 413/432 a Recorrente manifesta-se sobre a diligência, reiterando todos os termos da sua impugnação, tudo ancorado no princípio da primazia da verdade material e do correto critério para definição da atividade preponderante da unidade consumidora, reiterando que a fiscalização não poderia basear-se apenas em elementos formais e meramente cadastrais, entendendo que seria indispensável a verificação real e factual da atividade preponderante efetivamente desenvolvida pelos consumidores nas operações objeto da autuação, nos moldes que lhe são impostos pela Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010.

Reitera a tese de equívocos cadastrais que não refletem a realidade das coisas, destacando que ao aplicar os benefícios de redução de base de cálculo, reiterando que esteve adstrita ao critério da primazia da realidade sobre a mera forma, destacando que seria incorreto conferir benefício de redução de base de cálculo de ICMS a um consumidor que tivesse registrado em seus cadastros atividade abrangida pelo benefício, mas cuja atividade real destoasse de tais descrições cadastrais. Transcreve os artigos 2º, 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010.

Também dá conta de informações que são prestadas pelos seus clientes quando da solicitação de fornecimento de energia elétrica, referente à “*declaração descritiva da carga instalada na unidade consumidora*” e “*fornecimento de informações referentes à natureza da atividade desenvolvida na unidade consumidora, à finalidade da utilização da energia elétrica, da*

*necessidade de comunicar eventuais alterações supervenientes e o local de entrega da fatura".* Nessa esteira, assevera que todas as informações constantes no seu sistema foram fornecidas pelos próprios usuários e que não há qualquer obrigatoriedade por parte do órgão gestor (ANEEL) para que a empresa concessionária faça a comprovação de veracidade das declarações dos clientes.

Diz das inspeções que realiza no ato de classificação do consumidor como beneficiário do incentivo, registrando que as modificações ocorridas posteriormente são de informação obrigatória por parte do consumidor.

Arremata e conclui afirmando que “... é forçoso reconhecer que 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 do Convênio ICMS 115/2003, não sendo de sua responsabilidade a verificação da manutenção destes pré-requisitos”.

Menciona o fato de que além das informações dos clientes, a classificação também se considera carga a ser instalada que informada incorretamente pode provocar distúrbios ou danos ao sistema elétrico de distribuição, ou ainda a instalações e equipamentos elétricos de outros consumidores. Faz referência ao art. 164 da RES. 414/2010.

Diz das empresas de construção civil, dos hospitais, das padarias, dos hotéis e de outras atividades industriais, todas objeto da autuação, reiterando que observados os conceitos de indústria e estabelecimento industrial, bem como demonstrado o posicionamento já proferido pela SEFAZ-BA, registra que 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, registrando que não lhe é dada a prerrogativa de criar exigências e excludentes outras senão as existentes em lei, sob pena de macular os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Conclui requerendo que sejam considerados os documentos e elementos de prova trazidos aos autos e que no seu entender ratificam e dão substância aos argumentos e pedidos constantes no Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 1ª JJF deste CONSEF tem por objeto reappreciar do Acórdão de nº 0229-01/16 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual na forma estabelecida pelo artigo 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Em relação ao Recurso de Ofício em razão da sucumbência imposta ao Estado, vejo que derivou do reconhecimento de que a distribuidora de Água Camaçari S/A é indiscutivelmente estabelecimento industrial, aí entendido que realiza atividades de fabricação de gases industriais, produção de gases água desmineralizada e também de gases industriais, ar quente e ar condicionado, conforme Parecer DITRI nº 28751/2014.

Isto posto, voto no sentido de não dar provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, por primeiro analiso a suscitada nulidade do auto de infração, por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo.

Pois bem, compulsando os autos, vejo que o Sujeito Passivo foi autuado em razão de haver recolhido a menor o ICMS em face da utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo e, independentemente do detalhamento da imputação na peça acusatória, os papéis de

trabalho do autuante não deixam dúvidas quanto à explicitação dos motivos da autuação, de maneira a permitir que o ora recorrente pudesse exercer, com plenitude, o contraditório e o mais amplo direito de defesa.

Em assim sendo, certo que a controvérsia dos autos é de caráter de mérito, não podendo se confundir com matéria sujeita à nulidade, entendo que não há que se dar guarida a pretensão do Sujeito Passivo no que concerne à nulidade do lançamento, sobretudo no que pertine ao correto detalhamento dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo.

No mérito, em que pese o volumoso arrazoado, a controvérsia se restringe à glosa do benefício da redução da base de cálculo do imposto em razão da definição e caracterização dos clientes do Sujeito Passivo – pela classe de consumo - consumidores industriais ou não; ou ainda pela noção de “*classe de consumo industrial*”, aí entendida a possibilidade da aplicação da definição de “*atividade industrial*”.

Em que pese entender que as razões recursais são deveras consistentes e que de fato não seria nada fácil levar a efeito a verificação das informações prestadas por cada um dos seus clientes – consumidores de energia elétrica -, este Conselho de Fazenda, bem como os fiscais e auditores da SEFAZ, devem obediência ao regramento disposto na legislação do ICMS.

Nesse sentido, a necessária definição de abrangência das hipóteses de redução de base de cálculo está prevista no art. 268, XVII, do RICMS/12. E lá, no referido artigo de Lei, que menciona descrição das atividades econômicas, outra não pode ser a fonte senão a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE.

Nessa esteira, em que pese o esforço que o Sujeito Passivo diz imprimir no sentido de buscar averiguar o perfeito enquadramento dos seus consumidores, inclusive na sua manifestação após diligência determinada por esta Câmara de Julgamento Fiscal, há incongruências do tipo daquela apontada pelo julgador de piso referente a unidades com atividade de atendimento hospitalar, qual seja: estabelecimentos com conta de consumo de energia elétrica em valor inferior a mil reais por mês.

Fato é que a autuação em apreço não teve base única nas informações contidas nos dados cadastrais dos consumidores de energia elétrica, mas em um conjunto de informações que tiverem o condão de determinar com clareza a possibilidade de fruição do benefício da redução da base de cálculo do imposto, aí entendido que o autuante buscou a relação efetiva entre os registros cadastrais de cada consumidor à sua efetiva atividade, ou seja: a autuação se deu em razão da denominação e consumo de energia, compatíveis com a atividade descrita.

Assim, o deslinde da questão requer a clara demonstração de que o benefício fiscal, além do objetivo social, alcançou também a quem deveria ter alcançado, consumidor a consumidor, com a clara demonstração de que aquele para o qual se reduziu a base de cálculo do imposto, se enquadra à atividade econômica que goza do benefício, relação cuja perfeição é o único fator autorizador da concessão do benefício fiscal.

Por tais motivos, em que pese reconhecer que as razões recursais guardam grande consistência, tal consistência, na busca da verdade dos fatos, restou desamparada de elementos de fato, eis que na tentativa de dar substância a tese recursal, nada de novo foi trazido aos autos. Nessa senda, outra não pode ser a postura desta CJF senão a de privilegiar a legislação de regência da matéria, sobretudo porque trata de benefício fiscal, motivo pelo qual entendo que não há que se acolher a tese do contribuinte.

Quanto ao caráter confiscatório, desproporcional e muito pouco razoável da multa, apesar de concordar com o Sujeito Passivo, informo que foge à competência deste Conselho a apreciação de tal matéria, haja vista que nela esta incluída a análise de constitucionalidade, o que é vedado pelo artigo 167 do RPAF/BA, além do fato de que a multa aplicada está prevista em lei.

Pelo exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Concluindo, afastada a nulidade suscitada pelo Sujeito Passivo, ratifico o voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos Recursos Voluntário e também ao de Ofício.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recurso de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.475.315,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS