

PROCESSO - A. I. N° 299324.0001/18-2
RECORRENTE - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0103-03/19
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0276-12/20-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Não comprovado que as unidades consumidoras tinham consumo de carga de energia elétrica preponderante com atividades de indústria, hospital ou hotel que justificasse a classificação contemplada com a redução da base de cálculo prevista no art. 268, XVII do RICMS-BA/12. Não apresentado qualquer fato novo ou argumento de direito capaz de modificar a Decisão. Rejeitadas às preliminares de nulidades. Não acolhido o pedido de redução da multa por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão de a Decisão proferida através do Acórdão JJF n° 0103-03/19, interposto pelo sujeito passivo contra a referida Decisão, relativo à mesma infração, de acordo com o teor do art. 169, I, “b” do RPAF/BA.

O Auto de Infração lavrado em 28/06/2018, exige ICMS no valor de R\$155.913,31, acrescido da multa de 60%, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2016), acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que sendo concessionária do serviço público, sujeita às regras da ANEEL e ao Convênio ICMS 115/2003, a tarifa definida é sem tributos, agregando os tributos PIS, COFINS e ICMS para determinar o preço final aos consumidores. Para os que possuem o benefício fiscal da redução da base de cálculo (RBC) de 52%, prevista no art. 268, XVII do RICMS/BA, devendo agregar o ICMS correspondente a uma carga tributária de 12,96% para encontrar a base de cálculo, que é reduzida em 52% e aplica a alíquota de 27% para determinar o ICMS devido. Foi identificado aplicação indevidamente da RBC para alguns consumidores que não se enquadram na classe industrial ou não exercem atividade hoteleira ou hospitalar, que resultou na diferença exigida.

Na decisão proferida (fls. 702/757) a 3^a JJF inicialmente afastou a nulidade suscitada sob argumento de cerceamento do direito de defesa, por falta de detalhamento adequado do motivo da glosa da redução da base de cálculo, fundamentando que a descrição da infração, seus anexos, detalham a acusação e a forma de apuração do imposto, com indicação do enquadramento e tipificação da multa, tudo em conformidade com o previsto no art. 39 do RPAF-BA.

Rejeitou, também a nulidade sob alegação de violação ao princípio da legalidade e do devido processo legal, apreciando que foi garantido ao autuado, o exercício da ampla defesa e do contraditório, manifestado na impugnação e na manifestação posterior.

Afastou ainda a nulidade provocada sob o argumento de cerceamento de defesa, por não especificar como procedeu a verificação dos cadastros e atividades preponderantes dos

contribuintes, por ter como base os CNAEs constantes nos cadastros de contribuintes da SEFAZ-BA (quando inscritos) e dados fornecidos pelo próprio autuado, cujo acesso às informações cadastrais no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia é livre (art. 23 do RICMS/BA).

Indeferiu o pedido de realização de nova diligência fiscal, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA, por considerar que as exposições feitas em sua impugnação e na manifestação fiscal, demonstram não ter havido qualquer prejuízo na elaboração de sua defesa e que os elementos constantes dos autos eram suficientes para o deslinde da questão. No mérito apreciou que:

A autuação, conforme já relatado, decorreu do fato de o autuado, na condição de empresa concessionária do serviço público de energia elétrica, sujeito às normas do órgão regulador do setor (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL) e à legislação do ICMS do Estado da Bahia, ter indevidamente aplicado a redução de base de cálculo prevista no artigo 268, XVII do RICMS-BA/12, em operações cujos destinatários não se enquadravam nas condições exigidas para gozo da referida redução de base de cálculo.

Afirmou o autuado, que o Auto de Infração foi lavrado sem que se observasse o princípio da verdade material, sendo que o importante para a redução da base de cálculo é a atividade efetiva exercida pelo consumidor. Sustentou que o critério correto de definição da atividade preponderante da unidade consumidora, é a maior parcela da carga instalada, conforme a Resolução ANEEL 414/2010.

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

Na ação fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, a regularidade da redução da base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia elétrica, foi aferida com a observância do princípio da verdade material.

Ressalto que as hipóteses de redução de base de cálculo estão previstas na legislação tributária estadual, e a legislação da ANEEL não pode alargar essas hipóteses, de forma a incluir no benefício da redução, situações não previstas na legislação tributária. Não se pode olvidar que a redução de base de cálculo, por ser um benefício fiscal, deve ser interpretada de forma literal e, portanto, para usufruir desse benefício fiscal, o contribuinte tem que ficar adstrito à legislação que o concede.

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

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

Observo que as empresas de construção civil, conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas, não se enquadram na condição de industriais. Na informação fiscal, as 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 das Seções B e C”. Dessa forma, fica afastada a alegação defensiva de que as empresas de construção civil seriam classificadas como indústrias.

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

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.

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 pelas Autuantes como erro cometido pelo próprio 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 no território do Estado da Bahia. Cabe destacar que por desejo do próprio consumidor, os serviços de energia prestados em determinado local, podem ter o faturamento com endereço direcionado ao proprietário da unidade consumidora ou mesmo, à matriz da empresa interessada.

O autuado apresenta Parecer da SEFAZ atestando que a Santa Casa de Misericórdia de Itabuna presta serviço de atendimento hospitalar. Entretanto, não consta das planilhas elaboradas pelas Autuantes dos valores que remanesceram, exigência de imposto em decorrência de fornecimento de energia elétrica à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna. Assim, não há qualquer alteração a ser efetuada no cálculo do imposto exigido.

No tocante ao conceito de “classe” e “atividade”, mais uma vez saliento que a classificação feita pela ANEEL é aplicável para os fins de sua competência, não podendo alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas da legislação tributária. Ademais, há que se observar que nos termos do § 2º, do art. 5º da Resolução 414/2010, classe industrial é a unidade consumidora que desenvolve atividade industrial conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE.

Da análise do art. 268, XVII do RICMS-BA/12, depreende-se que o benefício de redução da base de cálculo ali previsto não é genérico, isto é, não alcança todos os consumidores de energia elétrica, mas apenas aqueles mencionados expressamente nos referidos dispositivos regulamentares. Trata-se, portanto, de um benefício fiscal condicionado, aplicável apenas às unidades consumidoras que se enquadrem nas condições estabelecidas na legislação.

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

Em sede de informação fiscal, ante a análise dos argumentos defensivos e elementos trazidos pela impugnação à autuação, as Autuantes acataram parcialmente as alegações da Autuada, levando a efeito ajustes no levantamento fiscal que reduziram o valor originalmente lançado. Após a exclusão dos débitos referentes a contribuintes que faziam jus ao benefício fiscal da redução de base de cálculo, o valor devido no Auto de Infração passou para R\$65.080,20.

No presente caso, a fiscalização, elencando operação por operação, procedeu à glosa das operações que tiveram como destino estabelecimentos, cujas atividades não eram compatíveis com a norma concessiva do benefício, considerando, para tanto, a atividade econômica destes, constante do respectivo CNAE declarado pelos consumidores.

É importante registrar, que após os ajustes mencionados, levando em consideração a contestação do defendantacompanhada de elementos probantes, restaram como devidos, além dos consumidores reconhecidos pelo Autuado, de que, de fato, não fazem jus ao benefício, realizando o recolhimento da parcela a eles associadas, remanescem no demonstrativo analítico elaborado pelas Auditoras Fiscais, em fase de informação fiscal, apenas os contribuintes relacionados à fl. 623 do presente PAF, a saber: Condomínio do Edf. Vitória Mar, Gráfico Empreendimentos Ltda., Nova Era Reformadora de Pneus, Panificadora e Delicatessen Blanco, São Marcos Empreendimentos Hospitalares, Seepil Válvulas e Equipamentos, Towers Brasil Torres de Transmissão. Sobre estes, o defendantenão logrou trazer as provas necessárias e suficientes de suas alegações.

Caberia ao defendantedemonstrar mediante a apresentação de provas materiais, que atestassem que os estabelecimentos elencados, em que pese a classificação no CNAE constante do seu cadastro perante aos órgãos fazendários, exercem atividade industrial, o que não ocorreu.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado solicitou que fosse mantida a redução apurada pelas Autuantes, reiterou os argumentos trazidos na defesa e requereu a improcedência da autuação e pediu cancelamento ou redução da multa aplicada por considerá-la desproporcional e confiscatória.

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/99, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. Além disso, as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Quanto ao pedido de redução da multa, observo que este Colegiado não possui competência para reduzir multas aplicadas em função de descumprimento de obrigação principal, nos termos do art. 158 do RPAF/99.

Ante as razões retro mencionadas, e analisando os elementos que compõem o presente PAF, acolho os novos demonstrativos elaborados pelas Autuantes conforme anexos 01_A e 02_A, folhas 627 a 631, remanescentes o valor de R\$65.080,20, uma vez que restou comprovado que o autuado não atendeu à condição prevista na legislação para a concessão do benefício fiscal da redução da base de cálculo, quanto aos contribuintes remanescentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos,

conforme planilha abaixo.
(...)

No Recurso Voluntário interposto (fls. 729 a 781), inicialmente ressalta a sua tempestividade, sintetiza a autuação, transcrevendo os dispositivos indicados no enquadramento da infração.

Esclarece que classifica os consumidores segundo atividades e classes de consumo (Resolução nº 414/2010 da ANEL), efetua vistorias e orienta proceder retificações e adequações em função da realidade, materialidade dos fatos a legislação estadual, como indicou na defesa, que requereu nulidade e improcedência do lançamento, tendo sido reconhecido parte dos argumentos, que contestado culminou no julgamento pela Procedência Parcial com redução do débito para R\$65.080,20.

Preliminarmente reapresenta o pedido de nulidade sob o argumento de falta de detalhamento das glosas que foram efetuadas pela fiscalização, com correta descrição dos fatos e indicação dos dispositivos infringidos, sob o fundamento da atividade plenamente vinculado da fiscalização, observando os termos legais, regulamentares e formalidades previstas na legislação tributária.

Quanto ao débito tributário remanescente, afirma que em busca da verdade material, como preconiza doutrinadores e o art. 2º do RPAF/BA, deve ser investigado a classificação dos consumidores, segundo a Resolução ANEEL 414/2010, atividades e RBC prevista no art. 268 do RICMS-2012.

Transcreveu resposta à consulta (inominada) em que a SEFAZ/BA (fls. 742 e 743) manifestou entendimento quanto a classificação dos contribuintes, com base na “atividade efetiva e realmente exercida pelo consumidor (verdade material), e não em meros registros formais ou cadastrais”, a exemplo da Sociedade Anônima Hospital Aliança (fl. 744/745).

Afirma que é a única capaz de cumprir o aspecto finalístico da legislação estadual afim de aplicar a RBC com base na atividade preponderante dos consumidores, diretrizes contidas no RICMS/BA, não cabendo a fiscalização desconsiderar elementos formais e cadastrais, cujos critérios elegidos não considera a definição da unidade consumidora de energia elétrica, registro da atividade na SEFAZ e a Receita Federal (CNPJ e CNA), prevalecendo a atividade preponderante para aplicar a RBC, de acordo com pareceres da SEFAZ-BA e Resolução nº 414/2010 da ANEEL

Alega que o Parecer nº 326767/2014-9, relativa à Distribuidora de Água Camaçari (fls. 747/748), corrobora a Resolução da ANEEL, que estabeleceu classes e subclasses para efeito de aplicação de tarifas, (residencial; industrial; comercial; serviços e outras atividades; rural; poder público; iluminação pública; serviço público e consumo próprio) deve aferir a classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica.

Na situação em questão, passou a indicar contribuintes que foram mantidos na autuação como base em atividades exercidas como atividade “comercial” cadastradas na SEFAZ e Receita Federal, e não como atividade industrial:

- 1) PANIFICADORA E DELICATESSEM BLANCO - foi considerada como “padaria e confeitoria com predominância em revenda, atividade não inserida entre as atividades de cunho industrial”, conforme CNPJ (fl. 635) – porém a maior parcela da carga instalada (vistoria in loco) classifica como industrial (artigos 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010);
- 2) NOVA ERA REFORMADORA DE PNEUS E SERVIÇOS LTDA - cartão do CNPJ (fl. 634) - nunca teve inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado, “exerce atividades de cobranças e informações cadastrais” - o Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica e o Termo de Opção de Faturamento, demonstra que a maior parcela da carga instalada é para a atividade industrial de reforma de pneumáticos usados” (tarifária HORÁRIA VERDE, subgrupo A4, atividade 22.12-9-00);
- 3) SÃO MARCOS EMPREENDIMENTOS HOSPITALARES - “baixada desde 11/10/2013, conforme cartão do CNPJ (fl. 636) – Questiona se foi baixado em 2013, como exerce atividade em 2016 e

deveria ser retirada, como ocorreu com nota fiscal considerada na autuação (158534135, substituída pela 165514377 e 157362433, substituída pela 221168246), como ocorreu com a empresa GRÁFICO EMPREENDIMENTOS (fls. 289 e 290), que houve ajuste em suas faturas. Deve ser reformado o acórdão recorrido com expurgo das notas em questão, no valor de R\$74,26;

- 4) SEEPIL VÁLVULAS E EQUIPAMENTOS EIRELLI e TOWERS BRASIL TORRES DE TRANSMISSÃO - não consta inscrição no cadastro de contribuintes da SEFAZ e o CNPJ é de contribuinte inscrito em Duque de Caxias, RJ (637) – Afirma que o CNPJ 07.758.028/0001-31, é do Estado de Minas Gerais (638) cujo endereço da NF é da Inscrição nº 125.314.077 e CNPJ 07.758.028/0007-27, localizado no município de São Desidério que tem como atividade principal construção de estações de rede de distribuição de energia elétrica (fls. 639 e 640), cuja atividade é de “manutenção e reparação de válvulas industriais”, com CNAE nº 33.14-7-03, cuja Seção C da Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE 2.0, atribuiu como atividade industrial: C 10 .. 33 INDÚSTRIAS DE TRANSFORMAÇÃO e deve ser enquadrado como classe de consumo industrial, beneficiária da RBC do ICMS prevista no art. 268, XVII, “a”, 2 do RICMS/BA;
- 5) TOWERS BRASIL TORRES DE TRANSMISSÃO – que também teve indicado CNPJ 07.758.028/0001-31, localizado no Estado de Minas Gerais, mas a nota fiscal é da Inscrição nº 125.314.077 e CNPJ 07.758.028/0007-27, localizado no município de São Desidério que tem como atividade principal construção de estações de rede de distribuição de energia (fls. 639 e 640), conforme demonstrativo de fl. 758, cujo CNAE 25.11-0-00 – se encaixa na classe C da tabela de fl. 756;
- 6) CONDOMINIO DO EDIFÍCIO VICTORIA MARINA – apesar do CNPJ 40.593.071/0001-60, indicar atividade de Condomínios Prediais (fl. 632) a documentação acostada às folhas 506 a 523 demonstra que no edifício funcionam unidades residenciais e lojas, conforme “Ata da Assembleia (fls. 512 e 513), composto de hotel e condôminos por realizar atividade de flat/apart hotel, o que pode ser constatado no seu site e considerando a atividade hoteleira faz a RBC prevista no art. 268, XVII, “a”, 2 do RICMS/BA.

Em seguida tece comentários sobre a Res. ANEEL 414/2010 que estipula a “classe de consumo” nos artigos 4º, e 5º, § 2º, a exemplo da classificação da atividade de:

- A. CONSTRUÇÃO CIVIL: como indústria pela IN da Receita Federal nº 971/2009, em seu art. 109-C, §2º, no Quadro 1: Confederação Nacional da Indústria: Grupo de atividade: 3º - Construção e mobiliário. E no mesmo sentido, observe-se a descrição do Código FPAS que inclui a construção civil no conceito de indústria: 507 - Indústrias, Transportes Construção civil INDÚSTRIA (exceto as do art. 2º “caput” do Decreto-Lei nº 1.146/70);
- B. DOS HOTÉIS – Previsto RBC no art. 268, XVII do RICMS/BA, excetuada a atividade de Motel, bastando que a unidade consumidora pratique atividade de hotel (Parecer 16.056/2007).
- C. DAS PADARIAS: O art. 5º, §2º da Resolução nº 414/2010 da ANEEL: “§ 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 indústria”. E que as padarias que obtiveram o benefício da RBC estavam enquadradas na classe de consumo industrial, com característica da carga predominante instalada.
- D. DAS OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAS: Na delimitação do benefício da RBC, foi considerado os CNAEs informados no CNPJ como indústria definida no art. 4º Regulamento do IPI, além dos equiparados a industrial, sempre considerado a atividade preponderante da empresa.

Argumenta que o critério de RBC do ICMS em 52% previsto no RICMS/BA refere-se à “classe de consumo industrial”, no RICMS/97 (Art. 80, I, “a”) e art. 268, XVII, “a” do RICMS/2012, conceito técnico e específico nas Resolução ANEEL nºs 456/2000 e 414/2010, que é distinto e mais amplo do que a atividade industrial definida no RIPI, incluindo os hospitais e hotéis (“atividade hoteleira” e

“atividade hospitalar”).

Contesta o posicionamento da fiscalização adotar como parâmetro e critério de aplicação da redução a “classe de consumo”, o que o legislador definiu expressamente e “classes de consumo industrial e rural”. Discorre sobre a interpretação sustentada como impõem os artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional (CTN), no tocante aos princípios gerais de direito privado utilizados para definição, do conteúdo e do alcance dos seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários, que não pode ser alterado por lei tributária.

Por fim, na eventualidade do auto de infração não ser declarado insubstancial, afirma que deve ser reconhecido que a natureza da multa de 60% é confiscatória como aprecia os doutrinadores e vedação do efeito de confisco previsto no art. 150 da CF/883, como tem decidido o STF (RE 523471/2010) que reduziu o porcentual de 60% para 30%.

Invoca aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em função da infringência e finalidade buscada pela administração, a exemplo de decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1^a e 5^a Regiões que reduziram multas confiscatórias (EIAC380781/02/SE/2007; ApREEx 24052/2012/PE; AC473039/AL e AMS 0022279-85.2005.4.01.3800/MG/2012), além da Súmula 14 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), REsp 184.576/SP/2003 e RE 91.707/MG.

Requer, declaração da nulidade da autuação, no mérito julgamento pela improcedência e se mantido valores, que seja reduzido a multa aplicada.

Registra-se a presença na sessão de julgamento do patrono do recorrente que efetuou a sustentação oral, Dra. Adriana Catano Pereira - OAB/BA nº 52.243.

VOTO

O presente Auto de Infração, exige ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, relativo à redução de base de cálculo (RBC) aplicada indevidamente pertinente a consumidores de energia elétrica que não se enquadram na classe industrial, hotéis e hospitais.

Preliminarmente, quanto à nulidade suscitada sob o argumento de falta de detalhamento das glosas, descrição dos fatos e dispositivos infringidos, observo que na fl. 2 foi descrito de forma minuciosa que o erro na determinação da base de cálculo decorreu de ter sido aplicado RBC para consumidores que “não se enquadram na classe industrial” ou hoteleira e hospitalar, com indicação de infringência do art. 268, XVII do RICMS/BA (Convênio ICMS 115/2003), demonstrado nas planilhas de fls. 9 e 10 (70 páginas gravadas na mídia de fl. 12). O sujeito passivo entendeu e se defendeu do que foi acusado, apresentando documentos para tentar provar que os consumidores se enquadravam nas classes como definido na legislação tributária, o que foi apreciado e acolhido em parte na decisão ora recorrida. Por isso, entendo que o lançamento preenche os requisitos previsto no art. 39 do RPAF-BA, e fica rejeitada a nulidade suscitada.

Quanto à nulidade suscitada, sob o argumento de que deve ser buscado a verdade material, observo que os elementos contidos no processo são suficientes para formar a convicção do julgador, inclusive desnecessária a realização de diligencia nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA, que fica indeferida. Também, rejeitada a nulidade suscitada e passo a apreciação das questões de mérito.

Constatou que na decisão proferida pela Primeira Instância, foi afastada a exigência de parte dos valores exigidos, tendo no recurso voluntário, sido reapresentado os mesmos argumentos da impugnação inicial, que não foram acatados no julgamento, em síntese:

1. A Resolução nº 414/2010 da ANEEL, estabelece os critérios para fazer a classificação da classe.
2. A classificação foi feita com base na Res. ANEEL, e resposta de consulta a SEFAZ.
3. Relacionou os contribuintes em relação aos quais foi mantida a exigência fiscal e indicou supostos erros na classificação feita pela fiscalização;

4. Redução do porcentual da multa com efeito confiscatório.

Quanto à classificação feita com base na Resolução nº 414/2010 da ANEEL, observo que conforme definido no art. 4º, a distribuidora deve classificar a unidade consumidora de acordo com a atividade exercida e a finalidade da utilização da energia elétrica, para definir a tarifa a ser aplicada, bem como o art. 6º define que quando houver mais de uma atividade na mesma unidade consumidora, deve classificar pela maior parcela que corresponda a carga instalada.

Em princípio, a citada Resolução estabelece uma relação jurídica entre a ANEEL e a COELBA, dentro das suas atribuições (reguladora e distribuidora/energia elétrica). Também o norteamento dessa classificação envolve critérios que depende do entendimento manifestado entre o consumidor e a distribuidora. Por exemplo se exerce atividade de clínica médica e hospitalar, a Resolução define que a classificação deve ser feita com base na preponderância da carga instalada. A mesma situação é válida para a atividade de padaria, se a maior parcela da carga instalada é utilizada na industrialização e não na comercialização de produtos.

Quanto aos pareceres exarados pela SEFAZ/BA, observo que cada um deles analisa a situação específica da consulta, a exemplo do indicado à fl. 742/743, que versa sobre a classificação de hotel e motel; o de fls. 744/745 trata de classificação hospitalar e pronto socorro; o de fls. 747/748 sobre a atividade de fabricação de gases industriais e produção de água desmineralizada.

Portanto, a consulta resulta em parecer específico, e não pode ser aplicado de forma generalizada.

Com relação ao benefício fiscal previsto no art. 268, XII do RICMS/BA/2012, na situação presente, envolve RBC de 52% nas operações destinadas: a) consumo industrial; b) atividade hoteleira e c) atividade hospitalar.

O consumidor pode declarar que prepondera a atividade hospitalar, mas de forma objetiva, para provar, deveria ter um medidor da carga total, e de cada atividade (clínica x hospital), para demonstrar qual o porcentual de consumo preponderante de cada atividade, cuja prova requer um laudo técnico.

Com relação à declaração do consumidor e classificação feita pela COELBA, configura uma relação contratual entre as partes, relativo a comercialização de energia elétrica, que em se tratando de benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia que é o ente tributante, cabe fiscalizar se o ICMS pago atende as disposições regulamentares (art. 268, XVII do RICMS/BA), e exigir o imposto devido se não preencher os requisitos, oportunizando ao contribuinte exercer o seu direito de defesa, conforme estabelece a legislação (RPAF/BA).

De acordo com o exposto, considerando a regra de classificação da unidade consumidora da Resolução nº 414/2010 da ANEEL (art. 4º e 6º), Pareceres emitidos em resposta à consulta a SEFAZ/BA, a regra estabelecida para concessão do benefício fiscal da RBC (art. 268, XII do RICMS/BA), os fundamentos da decisão da Primeira Instância (Acórdão JJF 0103-03/19), e elementos probatórios juntados com a defesa, passo a análise do mérito com relação a situação dos contribuintes que remanesceram a exigência fiscal e que foram contestados no recurso voluntário.

Conforme fundamentado na decisão ora recorrida (relatório), considerando a contestação e provas apresentadas, não fazem jus ao benefício os contribuintes relacionados à fl. 623: Condomínio do Edf. Vitória Mar, Gráfico Empreendimentos Ltda., Nova Era Reformadora de Pneus, Panificadora e Delicatessem Blanco, São Marcos Empreendimentos Hospitalares, Seepil Válvulas e Equipamentos, Towers Brasil Torres de Transmissão, que embora possuam classificação no CNAE no cadastro da SEFAZ/BA, mas não exercem atividade industrial.

Neste contexto, passo a analisar os argumentos reapresentados no recurso com relação a cada contribuinte e sua atividade industrial.

- 1) PANIFICADORA E DELICATESSEM BLANCO – o CNAE 47.21-1-02 fl. (635) indica atividade principal de “padaria e confeitoria com predominância em revenda”, bem como os secundários

56.29-6-99 de lanchonete, casa de chá, de sucos e similares e 47.29-6-99 de comércio varejista de produtos alimentícios. Não foi provado que tem a unidade consumidora ter carga preponderante de consumo para classificação de atividade industrial.

- 2) NOVA ERA REFORMADORA DE PNEUS E SERVIÇOS LTDA – O CNPJ (fl. 634), indica CNAE 82.91-1-00 - “atividades de cobranças e informações cadastrais”. Mesmo que exerça atividade de industrialização, não foi provado preponderância de atividade industrial.
- 3) SÃO MARCOS EMPREENDIMENTOS HOSPITALARES – Foi questionado que a inscrição foi baixada desde 11/10/2013. O CNPJ (fl. 636) – Questiona se foi baixado em 2013 e que a nota fiscal considerada na autuação 158534135, foi substituída pela 221168246. Observo que ambas as notas fiscais se referem ao mesmo período (16/06/2016), porém na primeira foi destacado o ICMS de R\$6,93 (fl. 288) e na segunda à fl. 297 não foi destacado ICMS. Como foi exigido o imposto relativo a RBC aplicada indevidamente (R\$57,86 e aplicada de R\$25,70), não tendo sido provado atividade hospitalar, fica mantida.
- 4) GRÁFICO EMPREENDIMENTOS (fls. 289 e 290). Alega que a Nota Fiscal nº 158534135 foi substituída pela 165514377). Constatou que embora a segunda NF faça referência a primeira, não foi comprovada a alegação de que houve correção do ICMS. Na primeira a base de cálculo foi de R\$1.278,53 e utilizado RBC que resultou em R\$547,69. Na segunda houve indicação da base de cálculo de R\$72,31 e RBC que resultou em R\$34.70. Portanto, não procede a alegação de que houve correção do valor e não deve ser acolhido o pedido.
- 5) SAE TOWERS BRASIL TORRES DE TRANSMISSÃO - a Inscrição nº 125.314.077 e CNPJ nº 07.758.028/0007-27 (fl. 639), encontra-se baixada desde 02/02/2016. Indica atividade principal o CNAE 42.21-90-2 - Construção de estações de rede de distribuição de energia elétrica (fls. 639 e 640). Tinha diversas atividades secundárias (serviços de tratamento e revestimento de metais, obras de montagem, administração de obras, representação comercial, aluguel de imóveis, serviços de engenharia, aluguel de máquinas, além de atividades de fabricação de estrutura metálica, produtos de metal, aparelhos e construção de edifícios). Também, não ficou comprovado que tinha carga preponderante utilizada para classificação como classe industrial. Motivo que não acolho.
- 6) SEEPIL VÁLVULAS E EQUIPAMENTOS EIRELLI. O CNPJ (fl. 637) indica atividade principal CNAE 33.14-7-03 Manutenção e reparação de válvulas industriais, porém indica atividades secundárias diversas (serviços de usinagem, manutenção e reparos de aparelhos, máquinas, compressores; comércio por atacado de peças e acessórios, máquinas e equipamentos, ferragens, lubrificantes, produtos siderúrgicos e outros), além de fabricação de máquinas e montagem de estruturas metálicas e obras de engenharia. Portanto, não comprovou que a carga instalada foi utilizada preponderantemente em atividade industrial para ser classificada como tal. Por isso, não acolho o argumento.
- 7) CONDOMINIO DO EDIFICIO VICTORIA MARINA – Tem CNAE 81.12-5-00 – Condomínios Prediais (fl. 632). O recorrente juntou documentação às folhas 506 a 523 para tentar justificar que exerce atividade de hotel. Pela análise dos documentos constata-se que: a) o contrato firmado com indicação de Tarifa Verde específica variação de tarifa em função do horário de consumo (fls. 507 a 510 e 515 a 519); a “Ata da Assembleia (fls. 512 e 513) registra aprovação de prestação de contas do exercício de 2003; O documento de fls. 520 a 523 indica o site com oferta de diárias do flat. Pelo exposto, restou comprovado que o condomínio predial oferta diárias de hotel (flat/apart). Portanto, não ficou comprovado preponderância do consumo da carga para justificar a classificação como atividade hoteleira, motivo pelo qual não faz jus a RBC prevista no art. 268, XVII, “a”, 2 do RICMS/BA.

Por tudo que foi exposto, há de se reconhecer que a Res. ANEEL 414/2010, estipula a “classe de consumo” nos artigos 4º, e 5º, §2º, que engloba atividades para classificação da atividade.

Entretanto, a classificação da unidade consumidora deve ser feita pela distribuidora de energia,

levando em conta o CNAE, mas também, no caso de atividades mistas, classificar a unidade consumidora em função da preponderância do consumo da carga.

Na situação presente, com relação aos contribuintes acima indicados, não ficou comprovado a preponderância do consumo em atividade industrial, hoteleira ou hospitalar que justificasse a aplicação da RBC prevista no art. 268, XVII do RICMS/BA. Por isso, considero correta a decisão proferida pela 3^a JJF, e não merece qualquer reforma o julgamento pela procedência em parte da exigência fiscal.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60%, é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

Além disso, conforme indicado no demonstrativo do débito, (fls. 4 e 5), se atendido as condições estabelecidas no art. 45 do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 70%, podendo resultar em ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa com caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, bem como, falece competência deste Colegiado para não aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 125, I e III do COTEB.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 299324.0001/18-2, 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\$65.080,20, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS