

**PROCESSO** - A. I. N° 299324.0031/14-6  
**RECORRENTE** - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4<sup>a</sup> JJF n° 0227-04/15  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 28/01/2021

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0364-12/20-Vd

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

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 298 a 354) em face da Decisão da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/12/2014 e notificado ao Sujeito Passivo em 12/12/2014, a exigir ICMS no montante de R\$102.889,27, além de multa de 60% e acréscimos legais, em decorrência do cometimento de uma só infração.

O enunciado da acusação fiscal, atinente a apenas uma ocorrência em 31/03/2011, foi redigido da seguinte maneira:

*Infração 01 – 03.02.05. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadoria regularmente escrituradas. (...) Enquadramento legal: Artigo 56 e 124, inciso I, do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97. Multa aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.*

Complementando a acusação acima, foi consignado:

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

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

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

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

*Durante a ação fiscal constatamos que a COELBA aplicou indevidamente o referido benefício fiscal para alguns consumidores que não se enquadram na classe industrial, ou não exercem atividade hoteleira ou*

*hospitalar. A determinação da Base de Cálculo foi efetuada de forma errônea ao se incluir uma carga tributária de 12,96% ao invés de 27%, resultando em uma base de cálculo a menor, e, consequentemente, ICMS a menor do que o devido.*

*Portanto, para estes clientes, o ICMS destacado nos arquivos do Convênio 115, e recolhido pela COELBA, sofreu duas reduções indevidas: a primeira quando foi incluído o montante do imposto com redução de 52%, na sua própria Base de Cálculo; e a segunda, quando foi reduzida a Base de Cálculo em 52%.*

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

Lê-se ainda na motivação a louvável indicação da metodologia aplicada para a recomposição da base de cálculo, com esclarecimentos cartesianos sobre as planilhas produzidas.

Em volumosa defesa (fls. 78 a 125), já sumariada no acórdão recorrido e em parte reeditada em sede recursal, a ora Recorrente agitou as seguintes matérias (em apertadíssima síntese):

- a) esclarecimentos sobre a sua atividade de concessionário de energia elétrica;
- b) que aplica da regulação da ANEEL para efetuar vistorias “in loco” a fim de cadastrar os contribuintes;
- c) que a norma privilegia a materialidade dos fatos, sendo uma das diretrizes basilares do RICMS-BA/97;
- d) que o auto é nulo, por não detalhar adequadamente os motivos da glosa do benefício de redução da base de cálculo;
- e) que o auto de infração não atende aos requisitos formais (e leciona sobre os requisitos do Auto de Infração previstos na legislação);
- f) que os autuantes não apresentaram corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA;
- g) que é incorreto conferir benefício de redução de base de cálculo a um consumidor que tivesse registrado em atividade abrangida pelo art. 80 RICMS-BA/97 e art. 268 do RICMS-BA/12, mas cuja atividade real destoasse de tal descrição cadastral, mas também é incorreto glosar os benefícios de redução de base de cálculo de consumidores que de fato exercem atividades abrangidas pelos termos do RICMS-BA, em respeito às normas da ANEEL;
- h) que é necessária obediência à classificação da atividade e à aplicação de benefício de redução de base de cálculo do ICMS conforme a maior parcela da carga instalada, de acordo com as imposições da Resolução ANEEL 414/10 (e discorre longamente sobre os requisitos da legislação, ora destacando a relevância da declaração prestada pelos usuários do serviço de energia elétrica, ora destacando a importância da aferição “in loco”, embora destaque que as informações colhidas pela inspeção *in loco* realizada pela empresa são descartados após a guarda pelo prazo legal de cinco anos, uma vez que o seu armazenamento por tempo superior ao legal implica em custos demasiado onerosos para serem suportados pela empresa);
- i) comentários gerais sobre cadastros de indústrias, construção civil, hospitalares, hotéis, e padarias.

Houve Informação Fiscal (fls. 201 a 209); Manifestação do Autuado (fls. 214 a 233); nova Informação Fiscal (fl. 250); em que os envolvidos apenas repisam suas posições.

Em 19/11/2015 a 4ª JJF julgou, por unanimidade, o Auto de Infração procedente, consoante voto condutor a seguir transcreto:

#### **VOTO**

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

*Ao examinar o Auto de Infração e seus anexos, constato que a acusação imputada ao autuado está descrita de forma clara e precisa. Os autuantes cuidaram de detalhar a acusação e a forma de apuração do imposto, conforme se pode observar às fls. 2 e 3 dos autos. O lançamento tributário de ofício foi efetuado em*

conformidade com o previsto no art. 39 do RPAF-BA/99, contendo todos os elementos previstos nos incisos desse citado dispositivo regulamentar. O Auto de Infração está acompanhado de planilhas, impressas e em meio magnético – das quais o sujeito passivo recebeu cópia –, que demonstram a apuração do imposto lançado e todos os dados envolvidos na auditoria fiscal, operação a operação, não havendo a alegada apuração por amostragem. Além disso, os dispositivos dados como infringidos e a capitulação legal da multa estão corretamente indicados, fundamentando a exigência fiscal e auxiliando o entendimento da infração apurada.

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

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

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

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

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

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

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

Em toda a sua defesa, o autuado não impugnou a forma de apuração da base de cálculo empregada pelos autuantes, limitando-se a questionar o direito à redução da base de cálculo nas operações relacionadas na autuação. Interpreto esse silêncio do contribuinte como um reconhecimento, tácito, do acerto da ação fiscal quanto à metodologia empregada pelos autuante na determinação da base de cálculo do imposto.

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

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

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

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

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

previstas na legislação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Regularmente intimado, o autuado, por intermédio de seus advogados, interpôs Recurso Voluntário às fls. 298 a 354, reeditando a tese de defesa. Para além das nulidades já indicadas, destaca a relevância da busca pela verdade material e esmiúça a legislação e a regulação do setor elétrico. Tece também extenso arrazoado contra a multa aplicada, que entende confiscatória, juntando excertos doutrinários e de julgados de diversos Tribunais e órgãos de julgamento.

Às fls. 371 a 375 repousa parecer da D. PGE/PROFIS, concluindo pela manutenção do Auto de Infração. Destaca que empresas de construção civil não se enquadram na condição de industriais de acordo com o CNAE, e tece comentário sobre o não enquadramento dos demais usuários, que deram ensejo à autuação, nas classes dos que exercem “atividade hospitalar”, “atividade de padaria”, e “estabelecimentos hoteleiros”, e que sobre nenhum deles o Recorrente logrou êxito em evidenciar enquadramento.

Em sessão de 30/03/2016, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou por converter o feito em diligência (fl. 378) para que auditor vinculado à ASTEC intimasse a Recorrente a oferecer de modo detalhado, em planilha indicativa, quais dos adquirentes indicados nos papéis de trabalho fariam jus à redução defendida, e com a respectiva prova da sua atividade; e, ato contínuo, intimasse o autuante para se manifestar.

O parecer da ASTEC (fls. 405 a 406) veio guarnecido da planilha oferecida pela empresa, em mídia (fl. 436) e impressa (fls. 443 a 451-v.), além de comprovantes de inscrição e situação cadastral de diversas pessoas jurídicas (fls. 452 a 491), pareceres fazendários (fls. 492 a 495), e alvará de fiscalização do funcionamento (fls. 497 a 503-v.).

Às fls. 509 a 524, nova manifestação da Recorrente, reiterativo dos argumentos da defesa.

Às fls. 527-A, manifestação dos Autuantes pela manutenção do Auto de Infração.

Em sessão de 25/05/2017, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou por converter o feito em nova diligência (fl. 535), desta vez para que auditores vinculados à INFRAZ de origem para que; a) analisassem os recursos e documentos oferecidos pela Recorridera, esclarecendo se os adquirentes indicados nos papéis de trabalho fariam jus à redução de base de cálculo, elaborando novo demonstrativo que excluísse da autuação os itens referentes a CNAEs de atividade de hotelaria, hospitalar e industrial; b) após, intimasse o contribuinte a se manifestar; c) ato contínuo, remettesse os autos ao CONSEF.

Às fls. 540 a 543, os Autuantes propugnam pela manutenção da autuação, apresentando nova planilha a partir daquela fornecida pela Recorridera (física às fls. 544 a 586-v.; mídia à fl. 617). Destacam que a grande maioria dos usuários que esteve nas planilhas da Recorrente ou nos documentos fornecidos não dizem respeito ao objeto da autuação. Comentaram cada documento apresentado. Anexaram, como evidências, informações de sites da Internet, além de espelhos de cadastros perante a SEFAZ/BA.

Às fls. 623 a 643, manifestação da Recorrente, reiterativas das razões de defesa.

À fl. 687, assenta-se termo sem data extraído do sistema “SIGAT”, intitulado “Detalhes do Pagamento PAF”, que dá conta de que foi pago (referente à ocorrência de 31/03/2011), a título de Principal, o valor de R\$55.915,43; de Acréscimo Moratório, o valor de R\$4.253,23; e de Multa, o valor de R\$3.355,16.

Recebidos os autos, estes foram redistribuídos à minha relatoria em 06/11/2020, diante da conclusão do mandato do Conselheiro que me antecedeu. Por considerá-los devidamente instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta.

Levados à sessão de 10/12/2020, após sustentação oral da Ilustre patrona da Recorrente (Dra. Adriana Catanho Pereira, OAB/BA nº 52.243), esta comprometeu-se a submeter planilha a fim de discriminar os valores do lançamento que foram reconhecidos pela Recorrente, o que efetivamente nos foi encaminhado pelo Sr. Secretário, via e-mail, na mesma data.

Retomou-se o julgamento na sessão de 15/12/2020 e presente novamente a advogada Dra. Adriana Catanho Pereira, OAB/BA nº 52.243 para fazer uso da fala.

## VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

Tradicionalmente, este Conselho somente deixa de conhecer dos recursos quando não se encontram presentes aqueles pressupostos do art. 173 do RPAF/99.

A rigor, o rol não é exauriente. Um recurso oral, por exemplo, não poderia ser conhecido, haja vista o disposto no art. 3º, que limita as intervenções no processo a “petições” e a “sustentação oral” durante os julgamentos; uma petição não assinada, ou assinada por pessoa destituída da capacidade de representante da empresa não seria, a rigor, passível de admissão etc.

Também nos casos em que o órgão julgador falece de competência, a rigor não se deveria aventar conhecimento do recurso. É justamente o que se passa nestes autos, e diuturnamente as decisões desse Conselho, a despeito de conhecer dos recursos, deixa de apreciar pedidos cujo conhecimento ultrapassa os limites do art. 125 do COTEB.

Nessa senda, parte dos argumentos recursais encontram óbice na legislação que rege a competência do CONSEF para dirimir os conflitos tributários neste Estado da Bahia.

O Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF tem a sua competência estabelecida no Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956, de 11/12/1981, que precisamente em seu art. 125 veda expressamente que os “órgãos julgadores” deliberem sobre “*a declaração de inconstitucionalidade*”, “*questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida*”, e “*a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior*”.

Assim, diante de auto de infração que se fundamente e esteja adequadamente motivado em lei, em decisão judicial transitada em julgado, ou ato normativo emanado de autoridade superior ao CONSEF (a exemplo do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, e do Governador do Estado), o CONSEF falece de competência para decidir em sentido contrário.

Nesse passo, não vejo como acatar como “abusiva” multas que têm previsão legal, devidamente declinadas no Auto de Infração (art. 42, inciso II, alínea “a”; art. 42, inciso XIII-A, alínea “l”, ambos dispositivos da Lei nº 7.014/96). Onde está o abuso?

Sobre o caráter confiscatório, ainda que faça reservas pessoais em relação ao montante da penalidade previsto em tese na legislação, em cotejo com o entendimento dos Tribunais Superiores, não consigo enxergar na hipótese concreta que a multa historicamente lançada, no valor de R\$61.733,56 (fl. 05) detenha caráter confiscatório.

O caráter confiscatório da multa tributária só se afera à luz de circunstâncias concretas, pois somente nelas que se pode aferir eventual excesso que ultrapasse a proteção mínima do direito de propriedade, garantido pelo princípio constitucional do não-confisco. Nas circunstâncias concretas, insisto, não vejo abuso.

Enfim, sobre a alegada nulidade por déficit de fundamentação, nada tenho a acrescentar em relação ao arrazoado elaborado pelos ilustres membros da 4ªJJF. O auto de infração encontra-se devidamente fundamentado, e as imputações foram claramente indicadas, seja no corpo do Auto de Infração (com a indicação precisa dos dispositivos legais descumpridos pelo Recorrente), seja nos demonstrativos que o guarnecem.

Cabe ainda destacar que tanto o auto de infração e seus anexos, quanto a defesa recorrida apresentam suficiente indicação de suas motivações, sem ofensa a qualquer das disposições do RPAF/99. Os termos da acusação foram vazados em linguagem satisfatoriamente simples e comum, resguardando obviamente o caráter técnico da apuração do ICMS, ao qual obviamente fica jungido o ora Recorrente no exercício de suas atividades empresariais.

Preliminares afastadas.

De resto, os demonstrativos que foram construídos dialeticamente pelos Autuantes e pela Recorrente, no curso das diligências, foram examinados durante a sessão de julgamento deste recurso, colocando a teste cada um dos argumentos trazidos pela Recorrente.

Foi visto que razão assiste aos Autuantes (fls. 540 a 543) quando alegam que muitos dos argumentos da Recorrente são inconsistentes por não versarem temas destes autos. Os demonstrativos anexados em cópia impressa (fls. 544 a 586-v), os extratos cadastrais e outros documentos (fls. 587 a 516) e os arquivos digitais (fl. 617) dão conta de que, em lugar de impugnar especificamente tais itens de fundamentação, a Recorrente optou por reeditar argumentos defensivos genéricos.

Vale observar: os Autuantes demonstraram, por exemplo, que os usuários de energia elétrica supostamente relacionados com “hotéis” eram, na verdade, escritórios administrativos. Em lugar de evidenciar o contrário, a Recorrente reeditou alusões defensivas genéricas sobre a aplicabilidade da redução de base de cálculo de hotéis.

Na sessão de 10/12/2020 buscou-se simplificar o *thema decidendum* ao concatenar-se os estabelecimentos que, indicados pela Recorrente, teriam sido objeto de reconhecimento. Novamente, não há aderência argumentativa, pois, diversos usuários ali listados sequer se correlacionam com estes autos!

Em síntese, a Recorrente não logrou êxito em afastar a fundamentação da autuação, que merece elogios por sua clareza e riqueza técnica. Também não logrou êxito em afastar a argumentação produzida pelos autuantes ao longo das diversas diligências produzidas no curso desta relação processual.

Das argumentações defensivas, aliás, extrai-se o dever de cuidado probatório de que não se desincumbiu satisfatoriamente a Recorrente. Conforme regulação da ANAEEEL, é dela, Recorrente, concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica, o ônus de vistoriar e, obviamente, manter registros de vistoria aos estabelecimentos dos usuários que se declaram habilitados à redução da base de cálculo do ICMS.

Não é razoável que se busque por provas de fatos que eram obstáculos da pretensão do fisco, em contraprova dos fatos que foram diligentemente constituídos pela ação fiscal, em uma eternização pela busca de uma verdade real, efêmera, ubicada no passado longínquo (março de 2011, há quase dez anos, portanto).

Ante o exposto, concluo pela manutenção do julgamento de primeira instância, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e consequentemente pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração nos exatos termos da decisão de piso.

À Secretaria, para que anexe cópia da documentação enviada pela Recorrente via e-mail em 10/12/2020.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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** o Auto de Infração nº 299324.0031/14-6, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$102.889,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS