

**A. I. Nº** - 299324.0002/19-7  
**AUTUADO** - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA  
**AUTUANTES** - LÚCIA GARRIDO CARREIRO, ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS e VIRGÍLIO  
- FRANCISCO COELHO NETO  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 27/01/2021

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0223-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. 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. Os elementos de prova da acusação fiscal não foram elididos. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Afastadas a discussão da multa. Indeferido o pedido de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 17/06/2019, formaliza a exigência de ICMS em decorrência da seguinte infração:

03.02.05 – Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$93.647.36. Período: Janeiro a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Artigos 17 a 21 da Lei 7.014/96. Multa: Artigo 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição que o autuado é concessionária do serviço público de energia elétrica, sujeitando-se às normas da ANEEL e a legislação do ICMS da Bahia. Emite NF-e modelo 6, em única via, submetendo-se às normas do Convênio ICMS 115/2003.

Diz que a tarifa de energia elétrica definida pela ANEEL para a COELBA é sem tributos, agregando posteriormente o PIS, COFINS e ICMS para determinar o preço final aos consumidores e que para os consumidores que possuem o benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, prevista no inciso XVII do art. 268 do RICMS/12, agrega ICMS correspondente à carga tributária de 12,96% para encontrar a BC que posteriormente é reduzida em 52% a cujo resultado aplica a alíquota de 27% para determinar o ICMS devido.

Para os consumidores sem direito ao benefício fiscal, agrega-se à tarifa o ICMS calculado diretamente sob a alíquota de 27% que é destacado no documento fiscal, mas que constataram que a COELBA aplicou indevidamente a redução da BC para consumidores sem direito ao benefício fiscal, de modo que a determinação da BC foi feita de forma errada ao se incluir uma carga tributária de 12,96% ao invés de 27%, resultando em recolhimento de ICMS menor que o devido.

Portanto, para tais 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 BC, na sua própria BC; e a segunda, quando foi reduzida a BC em 52%.

O PAF reclama o valor de ICMS referente à primeira redução, resultante da aplicação da alíquota de 27% sobre a diferença entre as bases de cálculo, determinadas com a inclusão de uma carga tributária de 27% e de 12,96%.

Na fl. 7, encontram-se a carga tributária que a COELBA aplicou na tarifa de energia para obter o preço final com impostos. Na tabela 1 apresenta o fator 1, FI, aplicado pela COELBA na

determinação da BC do ICMS, e o fator 2, F2 que deveria ter sido utilizado na determinação da BC correta.

Dentre os registros apresentados nos arquivos do Conv. 115 pela COELBA, extraiu-se os que tiveram a BC do ICMS, BC\_1, determinada de modo errado. Extraiu-se os registros apresentados no Conv. 115/2003, emitidos para clientes que não estão amparados pelo benefício da redução da BC dos arquivos “ITEM DE DOCUMENTO FISCAL”, com alguns correspondentes campos extraídos dos arquivos MESTRE DE DOCUMENTO FISCAL.

Elaborou-se a planilha “Erro na determinação da BC”, onde se calcula os valores do ICMS recolhido a menos proveniente do erro na determinação da BC, nominando, indicando e explicando os dados contidos nos demonstrativos.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 20 a 68, alegando, inicialmente, a tempestividade da impugnação.

Explica que, para o fornecimento de energia elétrica a determinadas atividades empresariais e classes de consumo indicadas pela legislação, a incidência do ICMS se dava, conforme legislação vigente até 31/03/2012, mediante a aplicação de percentuais de redução da base de cálculo, nos moldes previstos pelo art. 80 do RICMS/97 (reproduzido). Também reproduzindo os arts. 265 e 268 do RICMS-BA/2012, informa que tal sistemática de tributação com redução de base de cálculo foi mantida pelo novo regulamento do ICMS (Decreto Estadual nº 13.780/2012), com vigência a partir de 01 de abril de 2012, inclusive com a supressão da restrição ao CNAE específico que antes era mencionado pelo legislador.

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

Diz que segue as orientações que a distribuidora obteve em consultas à própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme se observa nos pareceres em anexo (Docs. 04, 05, 06 e 07 - fls. 101 a 113).

No item “III. DO PAGAMENTO PARCIAL REALIZADO NO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA”, diz que, conforme DAES anexos (Doc. 11 – fls. 480-490), reconheceu devida parte da Infração 01, no valor original de R\$6.508,10, conforme discrimina (Cadastro Correto 90: R\$87.136,24; Cadastro Incorreto R\$6.508,10, totalizando R\$93.644,34), razão pela qual pede a extinção parcial do crédito tributário.

No item “IV. PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AUSÊNCIA DE DETALHAMENTO ADEQUADO DOS MOTIVOS DAS GLOSAS DOS BENEFÍCIOS DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO”, alega que os autuantes não apresentaram corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA, de modo que o auto de infração ora combatido é absolutamente nulo. Entende que os fiscais, havendo forma definida em lei, deveriam analisar caso a caso e demonstrar os erros supostamente identificados.

Além disso, diz que os autuantes inseriram contribuintes que dispunham de classificação no CNAE ensejadora do benefício fiscal (Doc. 8 – fls. 159-469), e que fazem jus ao benefício de redução de BC nos termos esposados “nesse auto de infração”.

No item “DAS RAZÕES PARA A ANULAÇÃO DO SUPOSTO DÉBITO TRIBUTÁRIO OBJETO DA PRESENTE AÇÃO”, após reproduzir trechos de doutrina a respeito, bem como o art. 2º do RPAF-BA, reclama que, em obediência ao princípio da verdade material, a fiscalização que culminou com o lançamento do crédito tributário ora refutado não poderia ter se limitado a empreender a

autuação em comento com base apenas em elementos formais e meramente cadastrais. Para tanto, é indispensável à verificação real e factual da atividade preponderante efetivamente desenvolvida pelo consumidor em questão.

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

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

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

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

No item “IV.2 DO CRITÉRIO CORRETO DE DEFINIÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA UNIDADE CONSUMIDORA PARA FIM DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA: A NECESSÁRIA OBEDIÊNCIA À CLASSIFICAÇÃO E À APLICAÇÃO DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DE BC DO ICMS CONFORME A MAIOR PARCELA DA CARGA INSTALADA, DE ACORDO COM AS IMPOSIÇÕES DA RESOLUÇÃO ANEEL Nº 414/2010”, o autuado argumenta que o critério correto para aferição da atividade preponderante de cada unidade consumidora de energia elétrica é o da “maior parcela da carga instalada”, conforme se extrai da interpretação conjunta dos arts. 4º e 6º, da Resolução ANEEL nº 414/2010.

Conclui que devem prevalecer os critérios, padrões e conceitos impostos pela ANEEL para fim de classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica, pois ela é a entidade competente para a regulamentação do setor, conforme determina o art. 2º, da Lei nº 9.427/1996.

Apresenta Parecer Final da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, de 15/12/2014 (fls. 112-113), relativamente à Distribuidora de Água Camaçari (consumidor incluído neste auto de infração como beneficiado pela redução de base de cálculo de ICMS, supostamente de forma indevida), nos autos do Processo nº 326767/2014-9, por meio do qual este órgão administrativo corrobora com o entendimento esposado anteriormente.

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

Quanto a isso, cabe destacar que essa própria SEFAZ-BA, em parecer oferecido em resposta à consulta anteriormente formulada pela Contribuinte, já reconheceu que, na interpretação da atividade exercida pela unidade consumidora de energia elétrica, devem ser considerados os conceitos, padrões e critérios classificatórios da ANEEL, notadamente os da Resolução nº 456/2000, vigente à época, a qual foi revogada pela Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010.

Assim, ao se considerar a aferição e classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica em conformidade com o critério prevalente, obrigatório e vinculante estabelecido pela ANEEL, muitas vezes uma atividade cujo CNAE ou cadastro da Receita Federal ou SEFAZ se apresenta formalmente como comercial, na realidade é pertencente à

classe de consumo industrial ao se tomar por base “a maior parcela da carga instalada” (critério correto estabelecido pela ANEEL).

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

Diz que, ao se observar a maior parcela da carga instalada dessas mesmas unidades consumidoras, inclusive mediante vistoria *in loco*, constatou que estas, na realidade, devem ser classificadas como industriais, nos termos dos arts. 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010.

Explica que todas as informações constantes no cadastro foram fornecidas pelos próprios usuários, não havendo qualquer obrigatoriedade por parte do órgão gestor (ANEEL) para que a empresa concessionária faça a comprovação de veracidade das declarações dos clientes.

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

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

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

Esclarece que realiza inspeção da atividade desempenhada no ato de classificação do consumidor como beneficiário do incentivo, sendo que as modificações ocorridas posteriormente são de informação obrigatória por parte do consumidor, conforme determina a ANEEL. Isso porque, dado o elevado número de unidades consumidoras, é impossível realizar mensalmente a verificação da atividade efetivamente exercida por cada unidade consumidora. Trata-se de um imperativo decorrente das noções de razoabilidade e proporcionalidade.

Informa que, após devidamente registrados no sistema da COELBA, os documentos em que foram consignadas as informações colhidas pela inspeção *in loco* realizada pela empresa são descartados após a guarda pelo prazo legal de 05 (cinco) anos, uma vez que o seu armazenamento por tempo superior ao legal implica em custo demasiado oneroso para ser suportado pela empresa.

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

Ressalta que não tem qualquer interesse em alterar a carga tributária de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica. Isso porque, quaisquer variações não terão impacto sobre ela (COELBA), pois serão integralmente repassadas aos consumidores nas faturas de energia elétrica. Tal ausência de interesse, por sua vez, apenas reforça o fato de que a COELBA efetuou as

aplicações das hipóteses de redução da base de cálculo do ICMS em conformidade com os padrões e exigências legais e regulamentares.

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

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

O entendimento da Receita Federal do Brasil se justifica por ser a construção civil uma indústria de montagem, podendo-se até traçar um paralelo com a indústria automobilística, onde várias empresas fornecem peças e acessórios que serão utilizados no produto final.

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

Assim, tendo em vista que a atividade de construção civil integra a classe de consumo industrial, utilizada como parâmetro para aplicação da redução de base de cálculo de 52% prevista no RICMS/BA, entende o autuado que resta incontroverso que a aplicação de tal redução foi correta nesses casos.

Reclama que, dentre os estabelecimentos de atividade hospitalar autuados por esta SEFAZ-BA, constam vários que indicam expressamente o exercício de atividade hospitalar. Entende que em casos de divergência entre a atividade que utiliza a maior carga de energia e aquela constante do CNAE, deve prevalecer a primeira, conforme dicção expressa da Resolução nº 414/2010. Indevida, portanto, a inclusão dos valores de ICMS devidos por hospitais.

Ainda em acréscimo, ressalta que, conforme se observa em planilha anexa à presente defesa, alguns dos estabelecimentos autuados pela SEFAZ-BA dispõem de cadastro na Receita Federal do Brasil que expressamente elucida o caráter da atividade por elas prestada, como aquelas efetivamente de natureza hospitalar. Além disso, destaca recente parecer editado pela SEFAZ/BA no sentido de reconhecer a condição de beneficiária da redução da base de cálculo do ICMS à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna (Doc. 10 – fl. 195), tendo em vista a prática efetiva de atividade de atendimento hospitalar.

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

Assim como as empresas do ramo hospitalar, as empresas do ramo hoteleiro também seriam beneficiárias da redução da BC, conforme art. 268, XVII, “a”, “2”, do RICMS, que transcreve.

O autuado informa que as padarias obtiveram o benefício da redução da base de cálculo do ICMS por estarem enquadradas na classe de consumo industrial. Assim o foram pela característica da carga predominante instalada. Não se trata de meros estabelecimentos comerciais de revenda de produtos alimentícios, mas sim de estabelecimentos que fabricam os próprios produtos, o que caracteriza a atividade industrial, fazendo jus ao enquadramento na classe de consumo industrial e ao benefício fiscal.

Conclui que o enquadramento destas padarias na classe de consumo industrial se deu através de verificação *in loco* e informações dos próprios consumidores, conforme procedimentos descritos nos tópicos anteriores, em respeito às exigências da ANEEL. Uma vez que a carga predominante instalada se referia ao processo de industrialização que resultava nos gêneros alimentícios posteriormente comercializados, os consumidores tinham direito expressamente respaldados na Resolução 414/2010 a serem enquadrados como industriais, motivo pelo qual também faziam jus à redução da base de cálculo do ICMS.

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

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

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

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

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

Em verdade, especificamente no setor elétrico, o conceito e abrangência da expressão “classe de consumo industrial” possui um conceito técnico e específico há muito delineado e cristalizado nas Resoluções ANEEL nºs 456/2000 e 414/2010, que é distinto e mais amplo do que a simples noção de atividade industrial da legislação do IPI.

Quanto a isso, destaca que, quando quis se referir diretamente à atividade em si, propriamente dita (e não à noção de classe de consumo), o legislador o fez, como ocorreu nos itens “2” e “3” do mesmo dispositivo legal, em relação à redução de base de cálculo destinada a hospitais e hotéis, que mencionou expressamente “atividade hoteleira” e “atividade hospitalar”. Por outro lado, quando quis transcender a mera atividade em si e adotar como parâmetro e critério de aplicação da redução a “classe de consumo”, o legislador também o fez expressamente, quando se referiu às “classes de consumo industrial e rural”.

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

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

Destaca, ainda, que, segundo determina o art. 111 do Código Tributário Nacional, deve ser interpretada literalmente a legislação que disponha sobre outorga de isenção. Assim, sendo a redução de base de cálculo uma isenção parcial, a legislação a ela relativa deve ser interpretada “literalmente”.

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

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

Diante de todo o exposto, o autuado requer:

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

Os autuantes apresentam Informação Fiscal às fls. 511 a 515. Dizem que os arquivos magnéticos do Convênio 115/2003 apresentam algumas NFCEE com BC do ICMS determinada de modo incorreto, pois agregou na própria BC valor de ICMS correspondente a uma carga tributária de 12,96%, quando deveria ser o imposto correspondente à carga tributária de 27% e que a BC incorreta ainda sofreu uma redução indevida de 52%, dois erros que afrontam a alínea “a” do inciso XVII, do art. 268, do RICMS/BA, que transcrevem.

Dizem que do crédito reclamado, a Impugnante reconheceu devido e pagou R\$6.508,10, porém não detalhou a composição desse valor, sendo necessário apresentação em planilha editável, de

modo a informar quais os consumidores se incluem no valor reconhecido, com os respectivos valores glosados e que o Doc. 08-A anexado (fl. 114) está no formato de “imagem”, dificultando análise.

Afirmam concordarem com o entendimento do autuado, o qual, dizem, está ratificado na consulta relativa de nº 982/2007 com o seguinte trecho que, inclusive, foi reproduzido na Impugnação (fl. 32): **“... 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-se à atividade que de fato exerce com preponderância”.**

Salientam que o benefício fiscal contido no art. 80, I, do RICMS-BA/97 e 268 do RICMS-BA/2012, serve a determinadas classes de consumo, ou atividades, e não a quem se inscrever em determinadas classes de consumo, ou em determinadas atividades. Registram que os beneficiários devem exercer efetivamente a atividade amparada pelo benefício fiscal, pois os citados dispositivos preveem que os contribuintes do ICMS são responsáveis pela verificação, via internet, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele se relacione comercialmente, sendo que os consumidores que compõem o crédito tributário ora glosado, efetivamente não exerciam atividade amparada pelo benefício, visto que, ou se encontravam com situação BAIXADA do cadastro da SEFAZ, ou não exerciam atividade amparada pelo benefício fiscal.

Sobre o item IV.4 da defesa, em que se discrimina as empresas consumidoras por atividade empresarial, dizem o seguinte:

#### DAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Reproduzindo o § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL 414/2010, informam que a Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE 2.0 atribuiu como atividade industrial apenas as da Seção B – INDÚSTRIAS EXTRATIVAS e da Seção C – INDÚSTRIAS DE TRANSFORMAÇÃO, e a atividade de construção CNAE 2.0 consta classificada na Seção F. Portanto, não está entre as atividades industriais passíveis do benefício fiscal.

Após listar as atividades do CNAE 2.0 – Classes – Topo da Estrutura – Seção Divisões Descrição CNAE de “A” a “Z”, repisam que o § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL 414/2010 estabeleceu como classe industrial, a unidade consumidora em que seja desenvolvida a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE E, e “a atividade de construção, não é industrial, conforme CNAE, portanto, não é atividade da classe industrial”.

#### DAS PADARIAS

Falam que o § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL 414/2010, estabeleceu como classe industrial, a unidade consumidora em que seja desenvolvida a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE. Afirmam que, conforme a CNAE 2.0, as padarias podem ser classificadas como: 1091-1/02 – FABRICAÇÃO DE PRODUTOS DE PADARIA E CONFEITARIA COM PREDOMINÂNCIA DE PRODUÇÃO PRÓPRIA (atividade pertencente à indústria de transformação), ou 47.21-1/02 – PADARIA E CONFEITARIA COM PREDOMINÂNCIA DE REVENDA (atividade pertencente ao comércio varejista) e que, além das padarias que se encontravam com a situação “BAIXADA” no cadastro da SEFAZ, apenas as com a atividade 47.21-1/02 (comércio varejista) foram objeto de glosa.

Comentando o ponto V. 5 DOS CONCEITOS DE “CLASSE” E “ATIVIDADES” UTILIZADOS PELO RICMS-BA..., contrariando o argumento da Impugnante, informam que não adotaram a expressão “classe de consumo industrial” como sinônimo de atividade industrial e nenhuma venda de energia destinada a classe de consumo industrial com situação regular/ativa no cadastro da SEFAZ foi objeto de glosa por redução da base de cálculo do imposto.



Aduzem que “o benefício disposto no art. 80, I, “c”, do RICMS-BA/97 e 268, XVII, “a”, 1, do RICMS-BA/2012, destina-se a classe de consumo industrial. E, o art. 5º da Resolução ANEEL nº 414/2010 estabeleceu as classes de consumo de energia”, e o § 2º deste artigo estabeleceu que: “a classe industrial caracteriza-se pelo fornecimento à unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial, **conforme definido na Classificação Nacional de atividades Econômicas CNAE**”. (grifos no original).

Acrescentam que no Doc. 08-B (fls. 160-469) a COELBA anexou cópias dos cartões emitidos pela Receita Federal do Brasil para alguns CNPJ's que “supostamente” estariam amparados pelo benefício da redução da Base de Cálculo. Analisaram a documentação e, para facilitar o entendimento sobre o motivo da glosa da redução da Base de Cálculo, “reapresentaram a planilha com todos os clientes que sofreram glosa da redução da Base de Cálculo, acrescentando as colunas pag. do PAF e Obs. SEFAZ (pag. 516).

Concluem pedindo a procedência do AI.

Intimado sobre a Informação Fiscal, o sujeito passivo volta aos autos às fls. 520-539. Após sintetizar a autuação e sua peça defensiva, passa a rebater a Informação Fiscal.

No ponto “II DA CONCLUSÃO DA INFORMAÇÃO FISCAL LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NO CADASTRO DO CONSUMIDOR PERANTE A SEFAZ-BA. DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DA INFORMAÇÃO CADASTRAL DOS CONSUMIDORES ORIUNDA DO CARTÃO CNPJ, CNAE E DEMAIS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A ANÁLISE DA ATIVIDADE PRESTADA PELOS CONSUMIDORES”, após reproduzir trechos da Informação Fiscal, diz ter restado “patente a checagem de dados cadastrais dos contribuintes, para refutar os argumentos da empresa, com base em elementos próprios, exclusivos da própria SEFAZ”. Nesse sentido, reitera que as informações prestadas pelos autuantes tanto no AI, quanto na Informação Fiscal, ratificam que a verificação das informações cadastrais dos contribuintes na SEFAZ e suas atividades preponderantes foi o único e exclusivo critério de aferição da atividade prestada.

Contudo, diz, a mera informação acerca da atividade prestada conforme seus registros, ou ainda de suposta situação de “baixa” do consumidor não constitui fundamento, por si só, para comprovar a atividade realizada pelo consumidor, cumprindo os princípios da busca pela verdade material, ou ainda de que, no momento da lavratura do AI, o consumidor se encontra com situação “ativa”. Explica:

A uma, porque a planilha com as informações inseridas pelos autuante – atividade econômica principal/condição/situação, não possui o condão de, isoladamente, comprovar a atividade prestada pelo contribuinte, sem que estejam acompanhados dos cartões CNPJ relativos à época da autuação, de modo que “a imprestabilidade das informações dos autuantes é notória”.

A duas, porque os registros da SEFAZ podem não corresponder às atividades efetivas dos consumidores, até porque, diz, a situação de “baixado” ou “inativo”, denota a possibilidade da interrupção na atualização dos dados daqueles perante os registros da SEFAZ.

Alega que, caso se refute por insuficientes os documentos apresentados pelo impugnante, também por insuficientes deverá se entender os apontados pelos autuantes e informações complementares deverão ser buscadas para a verdade material do caso, daí porque requer que os autuantes sejam intimados a informar como se deu a pesquisa e coleta de dados referidos na Informação Fiscal, com apresentação dos cartões CNPJ, bem como a consequente reabertura do prazo para manifestação da empresa.

Seguindo, reproduz o art. 2º do RPAF e expõe quadro com os CNPJ de três empresas com observação de CNAE passível de redução de BC, em situação ativa perante a RFB, de modo que, consoante suas razões, na parcela refutada, o procedimento fiscal deve ser refeito, para que os registros dos consumidores possam ser observados, produzindo nova Informação Fiscal e lhe concedendo prazo para se manifestar.

Aduz que a Informação Fiscal aborda e refuta, de forma genérica, as razões de defesa da autuada; que o critério utilizado na autuação é indevido, pois se assenta de aferição e

classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica, e que para aplicação do benefício importa a atividade efetiva realmente exercida pelo consumidor, conforme Res. 414/2010 da ANEEL, especialmente os arts. 2º, 4º e 6º, reproduzidos. Nesse sentido, exemplifica a hipótese de uma padaria que se auto-declara à RF e SEFAZ com CNAE referente a atividade comercial (comercialização de pães), mas, em função de maior carga instalada de energia elétrica para fabricação dos pães que comercializa preponderando, deve ser enquadrada na **classe de consumo industrial**, com direito à redução da BC.

Repisa o argumento de não haver obrigatoriedade por parte da ANEEL para que a empresa concessionária faça a comprovação de veracidade dos dados que lhe são declarados pelos clientes, mas, a despeito disso inspeciona o estabelecimento no momento em que lhe é solicitada a ligação ou o benefício de redução de BC.

Assim, diz, todas as atividades registradas no sistema como industriais, por exemplo, foram incluídas por informações dos clientes.

Concluindo, requer:

- (i) Intimação dos autuantes para informarem o método e base de dados utilizados na análise dos dados cadastrais dos consumidores abordados na Informação Fiscal;
- (ii) Relativamente aos três consumidores que indica, que seja refeita a Informação Fiscal reavaliando a atividade empresarial efetiva;
- (iii) Atendido o item anterior, lhe seja concedido novo prazo para manifestação acerca das conclusões dos autuantes;
- (iv) Nulidade ou Improcedência do AI.

À fl. 543 os autuantes prestam ciência da anterior manifestação do sujeito passivo afirmando nela nada haver que possa alterar a anterior Informação Fiscal e apenas registram que nos demonstrativos apresentados constam a coluna “DATA BAIXA SEFAZ” indicando que na data de ocorrência do fato gerador, diversos contribuintes se achavam na situação de BAIXADA na SEFAZ e que o art. 23 do RICMS-BA/12 prevê que os contribuintes do ICMS são responsáveis pela verificação, via Internet no site da SEFAZ, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele comercializa.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo oralmente reiterou as razões defensivas e destacou a peculiaridade relativa aos três consumidores que na manifestação posterior à Informação Fiscal demonstrou estarem em situação “ATIVA” na Receita Federal.

## VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de uma infração.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 04, 05, 08, 10, 12 e 534, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-10 e CDs de fls. 11 e 516); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§ § 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS recolhido a menos em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Tendo suporte em demonstrativos (fls. 9-10, impresso em parte) e em mídia CD (fls. 11 e 516) detalhando analiticamente as operações objeto da autuação (data, NFST, CNPJ destinatário, cod. ident, razão social, cod. atividade, sua descrição, situação cadastral na SEFAZ, BC cheia, BC reduz, % reduc, fator 1, fator 2, BC 2, dif. BC, ICMS devido), conforme amplamente explicado em descritivo da infração no corpo do AI, observo que a presente exigência fiscal se refere à parcela da base de cálculo correspondente à diferença entre a base de cálculo que deveria ter sido obtida com a carga tributária de 27% e a base efetivamente considerada em razão da carga tributária de 12,96%, aplicada por uso indevido de redução de base de cálculo na venda de energia elétrica da concessionária autuada para: a) consumidores que não se enquadram na classe industrial; b) consumidores que não exercem atividade hoteleira ou hospitalar; c) consumidores que estando com situação cadastral de BAIXADO na SEFAZ não podem se beneficiar da redução da base de cálculo.

De pronto, afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa proposta no presente auto de infração, pois, não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, e a multa proposta está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96 (RPAF: art. 167).

Rejeito a arguição de nulidade do lançamento sob a argumentação de falta de detalhamento do motivo da glosa da redução da base de cálculo, pois os autuantes, como já antes exposto, dividiram por planilhas cada grupo de consumidores que não se enquadram na condição para gozo do benefício fiscal consistente em menor carga tributária, mas que foram tratados como beneficiários pelo autuado. A descrição dos fatos e o enquadramento legal demonstram de forma clara o motivo da exigência fiscal. As planilhas contidas nos CDs às fls. 11 e 516 demonstram a apuração do imposto reclamado, os dados dos consumidores envolvidos e suas respectivas atividades econômicas declaradas no cadastro da SEFAZ comprovam a inaptidão dos consumidores da energia elétrica fornecida pelo contribuinte autuado com tributação menor que a devida. 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, que oportunamente exerceu.

Indefiro o pedido de diligência fiscal solicitado pelo autuado para que sejam intimados os autuantes a informar 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 foram retiradas nos CNAEs declarados pelos contribuintes no cadastro da SEFAZ e o art. 23 do Regulamento do ICMS da Bahia, dispõe que o contribuinte é responsável pela verificação, via Internet, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial.

Sem objetivamente protestar quanto aos valores e dados dos demonstrativos da autuação, a defesa, aportando elementos de contraprova, em especial extratos de CNPJ dos consumidores, cinge-se a contestar as provas apresentadas pelos autuantes e relativas aos cadastros dos consumidores na SEFAZ, bem como a afirmar o acerto da redução de base de cálculo que entende

aplicada em conformidade com a legislação da espécie (Resolução ANEEL 414/2010 e art. 268/ do RICMS-BA/12).

Neste particular, com relação aos documentos probatórios da acusação fiscal, na manifestação posterior à Informação Fiscal, mediante afirmação de situação cadastral ATIVA perante a Receita Federal do Brasil no período dos fatos geradores, a Impugnante pediu a exclusão das operações com as empresas dos CNPJ nºs 04719551/0001-60, 41.985.219/0001-74 e 63.220.065/0001-62. Dizendo ser uma das poucas peculiaridades da infração neste AI, já que outros com a mesma temática foram lavrados contra o sujeito passivo, na sua oportunidade, na sessão de julgamento a representante legal do sujeito passivo reforçou o pedido de exclusão. Contudo, tendo em vista a situação de BAIXADO no cadastro da SEFAZ à época dos fatos geradores, correta foi a glosa efetuada.

Ainda quanto ao 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 tributária de competência do Estado.

Entretanto, para definir a abrangência das hipóteses de redução de base de cálculo, previstas no inciso XVII do art. 268 do RICMS/12, é preciso observar o conceito das expressões nele inseridos. Assim, quando utilizada a expressão “classe de consumo”, se deve buscar a definição dada pela agência reguladora. Quando há descrição das atividades econômicas, busca-se 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 valores não condizentes com a intensidade de energia consumida na atividade hospitalar.

Pela denominação das empresas, pelos níveis de consumo de energia elétrica destacados na planilha 1, anexa em CD à fl. 11 e 516, em especial, pelas atividades expostas nos respectivos documentos cadastrais na SEFAZ, concluo que os estabelecimentos incluídos no referido demonstrativo, cujas operações são objeto da autuação, não são unidades de atendimento hospitalar, quanto à essa atividade, tampouco, para os demais casos, estavam aptos para gozarem da redução de base cálculo, inadvertidamente aplicada pela concessionária e contribuinte autuado.

Entendo 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, de modo que das atividades do grupo 851 – ATIVIDADES DE ATENÇÃO A SAÚDE, objeto da ação fiscal, apenas a de CNAE 8610-1/01 pode usufruir do benefício fiscal em tela. 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 nenhum dos estabelecimentos relacionados na autuação exercia a atividade hoteleira no período dos fatos geradores do ICMS que se exige, ou se praticavam, estavam com sua situação cadastral BAIXADA.

Tratando-se de benefício fiscal (redução de base de cálculo que implica em isenção parcial de imposto) cuja interpretação é restritiva, não contemplando qualquer modo de ampliação da outorga (CTN: Art. 111, II), é de observar que a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE que baliza a “**classe industrial**” caracterizada no § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL nº 414/2010, abaixo reproduzido com o pertinente destaque, para efeito da redução da base de cálculo prevista no art. 268, XVII, 1, do RICMS-BA/2012, também aqui reproduzido, contempla como “**indústrias**” apenas as **INDÚSTRIAS EXTRATIVAS** (Seção B, Divisão 05 .. 09) e **INDÚSTRIAS DE TRANSFORMAÇÃO** (Seção C, Divisão 10 .. 33). Assim, tendo específica Seção (F, Descrição 41 .. 43 CONSTRUÇÃO) a atividade de construção não outorga redução de base de cálculo sobre venda de energia elétrica a contribuinte que a exerça. Então, correta foi a glosa efetuada e relativa a consumidores com tal atividade econômica.

#### **RICMS-BA/2012**

*Art. 268. É reduzida a base de cálculo:*

...

*XVII - das operações com energia elétrica, de acordo com os seguintes percentuais:*

a) 52%, quando:

*1 - destinada às classes de consumo industrial e rural;*

#### **RESOLUÇÃO ANEEL Nº 414/2010**

*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.*

#### **TABELA CNAE**

| Seção    | Divisões        | Denominação  |
|----------|-----------------|--|
| <b>A</b> | <b>01 .. 03</b> | AGRICULTURA, PECUÁRIA, PRODUÇÃO FLORESTAL, PESCA E AQUICULTURA   |
| <b>B</b> | <b>05 .. 09</b> | INDÚSTRIAS EXTRATIVAS  |
| <b>C</b> | <b>10 .. 33</b> | INDÚSTRIAS DE TRANSFORMAÇÃO                                      |
| <b>D</b> | <b>35 .. 35</b> | ELETRICIDADE E GÁS   |
| <b>E</b> | <b>36 .. 39</b> | ÁGUA, ESGOTO, ATIVIDADES DE GESTÃO DE RESÍDUOS E DESCONTAMINAÇÃO |
| <b>F</b> | <b>41 .. 43</b> | CONSTRUÇÃO   |
| <b>G</b> | <b>45 .. 47</b> | COMÉRCIO; REPARAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS       |
| <b>H</b> | <b>49 .. 53</b> | TRANSPORTE, ARMAZENAGEM E CORREIO                                |

| Seção                                  | Divisões  | Denominação |
|--|---|-------------|
| <b><u>I</u></b> <b><u>55 .. 56</u></b> | ALOJAMENTO E ALIMENTAÇÃO  |             |
| <b><u>J</u></b> <b><u>58 .. 63</u></b> | INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO  |             |
| <b><u>K</u></b> <b><u>64 .. 66</u></b> | ATIVIDADES FINANCEIRAS, DE SEGUROS E SERVIÇOS RELACIONADOS        |             |
| <b><u>L</u></b> <b><u>68 .. 68</u></b> | ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS   |             |
| <b><u>M</u></b> <b><u>69 .. 75</u></b> | ATIVIDADES PROFISSIONAIS, CIENTÍFICAS E TÉCNICAS                  |             |
| <b><u>N</u></b> <b><u>77 .. 82</u></b> | ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS E SERVIÇOS COMPLEMENTARES              |             |
| <b><u>O</u></b> <b><u>84 .. 84</u></b> | ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DEFESA E SEGURIDADE SOCIAL                 |             |
| <b><u>P</u></b> <b><u>85 .. 85</u></b> | EDUCAÇÃO  |             |
| <b><u>Q</u></b> <b><u>86 .. 88</u></b> | SAÚDE HUMANA E SERVIÇOS SOCIAIS                                   |             |
| <b><u>R</u></b> <b><u>90 .. 93</u></b> | ARTES, CULTURA, ESPORTE E RECREAÇÃO                               |             |
| <b><u>S</u></b> <b><u>94 .. 96</u></b> | OUTRAS ATIVIDADES DE SERVIÇOS                                     |             |
| <b><u>T</u></b> <b><u>97 .. 97</u></b> | SERVIÇOS DOMÉSTICOS   |             |
| <b><u>U</u></b> <b><u>99 .. 99</u></b> | ORGANISMOS INTERNACIONAIS E OUTRAS INSTITUIÇÕES EXTRATERRITORIAIS |             |

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 à 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, além dos contribuintes em situação de BAIXADO no cadastro da SEFAZ, foram incluídos na autuação estabelecimentos com predominância de revenda, CNAE 47.21-1/02. O argumento hipotético aventado pelo Impugnante de que o consumo de energia preponderante se deu em relação à produção própria do estabelecimento não restou comprovado. Não foi demonstrada, por exemplo, a existência de medidores separados nos referidos estabelecimentos, de modo a 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 a acolhimento da defesa se não existe comprovação das razões alegadas.

Atento que a presente autuação não se baseou exclusivamente nas informações contidas nos dados cadastrais. Se assim tivesse ocorrido, não teria sido exigido imposto, relacionados às indevidas reduções nos fornecimentos de energia elétrica a estabelecimentos registrados indevidamente com atividade de atendimento hospitalar, mas cuja denominação e consumo de energia evidenciam não se tratar de tal atividade. Aliás, e por isso, para os consumidores objeto da glosa, atividade constante nas planilhas extraídas das declarações dos consumidores no cadastro de contribuintes da SEFAZ que não merece fé. A uma, porque a quantidade de hospitais é notoriamente reduzida e de conhecimento geral e, a duas, porque o baixo consumo de energia refletido na conta de consumo denuncia não se tratar 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 fica no campo das hipóteses já que não veio acompanhada da indicação dos respectivos dados dos consumidores.

Observando que tanto a iniciativa cadastral como o fornecimento dos dados, especialmente quanto à atividade empresarial a ser exercida é do contribuinte interessado, para o exercício de direitos vinculados ao ICMS, a aptidão do contribuinte registrada na situação de ATIVO no cadastro de contribuintes na SEFAZ é condição *sine qua non* e a baixa da inscrição é o ato cadastral que desabilita o contribuinte ao exercício dos direitos (RICMS-BA/12: Art. 28). Tal situação se verifica com o termo “BAIXADA”, informação de livre acesso no site da SEFAZ, que os contribuintes devem previamente obter para se prevenir contra eventuais consequências por responsabilidade solidária, conforme previsto no art. 23 do RICMS-BA/2012, e este é o fato de grande parte das ocorrências na infração constatada, conforme se indica nos demonstrativos suporte da acusação fiscal.

Portanto, no presente caso, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, de competência do Estado da Bahia - cuja habilitação e controle para exercícios de direitos e deveres cabe à SEFAZ cadastrando os contribuintes com dados por ele fornecidos -, em que os procedimentos relativos ao cumprimento da obrigação tributária devida cabe ao contribuinte remetente/vendedor, tanto a inadequada aplicação da redução da base de cálculo em operações de venda de energia elétrica a consumidores sem direito ao benefício fiscal por não exercerem atividade econômica habilitadora nos termos definidos no art. 268 do RICMS-BA/2012, quanto à indevida aplicação da redução da base de cálculo em operações aos consumidores impossibilitados de exercerem o direito por estarem com situação cadastral BAIXADA, foi encetada pela concessionária/contribuinte autuada. Por consequência, sem qualquer margem a outra interpretação frente às provas autuadas, em face da solidariedade já apontada, é o responsável pelo pagamento do imposto devido e não recolhido no prazo para liquidação e pagamento voluntário.

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, exigência de imposto em decorrência de fornecimento de energia elétrica à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna.

É fato que 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 (fl. 107). As autuantes não se manifestaram acerca desta argumentação. Contudo, pesquisando, não encontrei este consumidor no arquivo “DOC.08. Planilha dos consumidores com divergências no cadastro da SEFAZ”.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299324.0002/19-7**, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$93.647,36**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

