

A. I. Nº - 299324.0006/17-6
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA
AUTUANTES - LÚCIA GARRIDO CARREIRO E ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.08.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-05/21-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. O art. 268, XVII do RICMS/BA, prevê a redução de base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de energia elétrica, desde que a unidade consumidora esteja classificada na forma da legislação de regência, 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. Sujeito passivo reconhece parcialmente a procedência da exigência fiscal. Comprovado que alguns adquirentes de energia elétrica desenvolviam atividades alcançadas pelo benefício fiscal. Não comprovado que as unidades consumidoras remanescentes 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 em apreço. Levantamento fiscal ajustado com redução do valor da exigência fiscal originalmente lançado. NULIDADE: Não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas, pois não se encontram no processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA. MULTA: Discussão sobre o suposto caráter confiscatório da multa aplicada foge à competência das instâncias administrativas de julgamento. Pedidos de relevação ou redução da multa não acolhidos, em razão da ausência de previsão legal. Hipóteses de reduções da multa estabelecidas no art. 45 da Lei 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/09/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$460.292,27 (quatrocentos e sessenta mil, duzentos e noventa e dois reais e vinte e sete centavos), em decorrência da seguinte imputação:

Infração 01 - 03.02.06: Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, por via pessoal, em 04/10/2017 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 01/12/2017, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 18 a 206. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por advogado legalmente constituído, conforme documento de fl. 81.

Na peça impugnatória, inicia comentando sobre a tempestividade da impugnação. Faz uma síntese do auto de infração, registra que é concessionária federal de serviços públicos no ramo da energia elétrica e que é contribuinte do ICMS.

Diz que o fornecimento de energia elétrica a determinadas atividades empresariais e classes de consumo indicadas pela legislação se dava, conforme legislação vigente até 31/03/2012, mediante a aplicação de percentuais de redução da base de cálculo, nos moldes do art. 80 do então RICMS (Decreto nº 6.284/97). Reproduz dispositivo.

Destaca que tal sistemática de tributação com redução de base de cálculo foi mantida pelo novo RICMS (Decreto nº 13.780/2012), vigente a partir de 01/04/2012, inclusive com a supressão da restrição ao CNAE específico que antes era mencionado pelo legislador. Replica os arts. 268, XVII, “a” e “b” e 265, XLVII do citado regulamento.

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

Afirma que apesar do zelo habitual no cumprimento das suas obrigações, foi lavrado o AI em tela, sob a alegação de suposto recolhimento a menor de ICMS em decorrência de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo. Transcreve trechos do texto contido no campo “Descrição dos Fatos” do AI, referenciando o período das ocorrências (2015) e o valor da exigência fiscal.

Reconhece parcialmente a autuação e efetua o pagamento de parte do crédito exigido correspondente ao valor histórico principal de R\$359.061,41, conforme documentos de fls. 200 a 205 e fls. 303 e 304, combatendo o valor histórico remanescente que perfaz R\$101.230,86, mediante a argumentação a seguir consignada.

Na sequência, argui a nulidade do auto de infração por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo.

Disserta sobre o ato administrativo possuir forma e conteúdo definidos em lei. Que a legislação pátria atinente ao processo administrativo tributário estabelece que o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente: a) a qualificação do autuado; b) o local, a data e a hora da lavratura; c) a descrição do fato; d) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; e) a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias; f) a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número da matrícula. Que o descumprimento dessas formalidades presume a ofensa ao direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa. Que nas hipóteses em que a lei estabelece determinada forma e conteúdo indispensáveis à validade do ato, eventuais descumprimentos nesse sentido acarretarão inevitavelmente a nulidade ou anulabilidade deste.

Acrescenta que são requisitos indispensáveis à validade do auto de infração a correta descrição dos fatos ocorridos, a perfeita indicação dos dispositivos legais infringidos, assim como da penalidade aplicável. Que no caso concreto, o autuante não apresentou corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA, de modo que o auto de infração ora combatido é absolutamente nulo. Que o fiscal, havendo forma definida em lei, deveria analisar caso a caso e demonstrar os erros supostamente identificados. Que não foi o

que ocorreu. E que, deste modo, a precária descrição dos fatos é suficiente para acarretar a nulidade do auto e o prejuízo à ampla defesa.

Assevera ainda que, os autuantes inseriram contribuintes que efetivamente dispunham de classificação do CNAE ensejadora do benefício de redução de base de cálculo (Doc. 08).

Discorre longamente sobre: (1) a necessidade de observância do princípio da verdade material; (2) a aplicação dos benefícios de redução de base de cálculo do ICMS, em conformidade com o critério da primazia da realidade sobre os elementos meramente formais e cadastrais, de modo a concretizar a finalidade subjacente ao RICMS/BA (aspecto teleológico), segundo orientações da própria SEFAZ/BA. Cita e replica lições de Adelmo da Silva Emerenciano (“Procedimentos Fiscalizatórios e Defesa do Contribuinte”, p. 202 e 203) e James Marins (Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 3 ed. São Paulo: dialética, 2003, pp. 179 a 181).

Fala do princípio do dever de investigação da Administração tributária. Faz referência ao RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), reproduzindo o seu art. 2º, que versa sobre os princípios que devem nortear a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo.

Defende que a fiscalização não poderia ter se limitado a autuar com base apenas em elementos formais e meramente cadastrais. Que é indispensável a verificação real e factual da atividade preponderante efetivamente desenvolvida pelo consumidor em questão. Que tal verificação foi realizada pela Contribuinte, nos moldes que lhe são impostos pela Resolução Normativa ANEEL nº. 414/2010. Que se constatou que os consumidores em questão de fato praticam atividade preponderante abrangida pelas hipóteses legais de redução de base de cálculo do art. 80 do RICMS-BA/1997, atual art. 268 do RICMS-BA/2012. Que tais divergências meramente formais não podem prevalecer sobre a realidade dos fatos.

Insiste que ao aplicar os benefícios de redução de base de cálculo, esteve restrita 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 de 1997 e 2012. Que seria incorreto conferir benefício de redução de base de cálculo de ICMS a um consumidor que tivesse registrado em seus cadastros atividade abrangida pelo art. 80 (RICMS/1997) e art. 268 (RICMS/2012), cuja atividade real destoasse das descrições cadastrais. Que, da mesma forma, é incorreto glosar os benefícios de redução de base de cálculo de ICMS de consumidores que de fato exercem atividades abrangidas pelos termos do RICMS-BA, em respeito às normas da ANEEL.

Assevera que a diretriz ora preconizada, tem sido adotada pela concessionária em consonância com parecer da própria SEFAZ/BA, em consulta anteriormente formulada sobre o assunto. Transcreve trechos da referida consulta, dando conta de que deve ser verificada a efetiva atividade exercida pelo estabelecimento. Que deve ser considerado para efeito da aplicabilidade ou não do benefício multicitado a atividade principal do estabelecimento. 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 a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, devendo este, no entanto, fazer constar dos seus dados cadastrais a correta classificação fiscal da sua atividade, daí porque deve a consulente exigir do seu cliente que efetue a correção da CNAE constante do seu cadastro, adequando-a à atividade que de fato exerce com preponderância.

Pontua que, o entendimento da SEFAZ-BA, 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. 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.

Registra que esse mesmo entendimento foi ratificado recentemente, com maior riqueza de detalhes e de modo mais incisivo, pelo parecer oriundo da consulta formulada pela Sociedade Anônima Hospital Aliança, que também transcreve, a qual consagra que o efetivo exercício da atividade especificada na legislação tributária garante o direito à fruição do benefício previsto no art. 80, I, “c” do RICMS/BA, ainda que haja equívoco na CNAE informada no cadastro estadual. Que se o estabelecimento hospitalar efetivamente exercer as atividades relacionadas à CNAE 8610-1/01, fará jus à fruição do benefício previsto no art. 80, I, “c” do RICMS/BA, ainda que haja equívoco na CNAE registrada. E que não é a classificação da atividade econômica eventualmente informada que garante o direito à fruição do benefício, mas sim o efetivo exercício da atividade especificada na legislação tributária.

Disserta sobre o critério correto de definição da atividade preponderante da unidade consumidora para fim de fornecimento de energia elétrica e a necessária obediência à classificação da atividade e à aplicação de benefício de redução de base de cálculo do ICMS, conforme a maior parcela da carga instalada, de acordo com as imposições da resolução ANEEL N° 414/2010.

Diz que o critério utilizado pela fiscalização foi simplesmente a atividade formalmente declarada pela unidade consumidora de energia no seu cadastro perante a SEFAZ/BA ou Receita Federal (CNPJ e CNAE ali registrado). Que tal critério utilizado na autuação é equivocado e indevido, pois destoa do critério de aferição e classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica imposto pela Resolução n° 414/2010 da ANEEL, qual seja: a maior parcela da carga instalada. Cita e transcreve os arts. 4° e 6° da mencionada Resolução e o art. 2°, da Lei n° 9.427/1996.

Faz referência a Parecer da SEFAZ, de 15/12/2014, relativamente à Distribuidora de Água Camaçari, (Processo n°. 326767/2014-9), do qual transcreve trecho. Que cabe destacar que essa própria SEFAZ/BA, em parecer oferecido em resposta à consulta anteriormente formulada pelo 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 n° 456/2000, vigente à época, a qual foi revogada pela Resolução Normativa ANEEL n°. 414/2010. Reproduz parte do parecer. E que 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).

Defende que isso foi exatamente o que aconteceu no caso ora sob análise. Que ao lavrarem o AI, os fiscais responsáveis glosaram parte dos benefícios de redução de base de cálculo de ICMS aplicados pelo contribuinte 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. Mas que, ao se observar a maior parcela da carga instalada dessas mesmas unidades consumidoras, inclusive mediante vistoria *in loco*, constatou-se que estas, na realidade, devem ser classificadas como industriais, nos termos dos arts. 4° e 6° da Resolução ANEEL n° 414/2010.

Fala do cumprimento da Resolução n° 414/2010 da ANEEL e da existência e aplicação de procedimentos de verificação das atividades dos consumidores, inclusive vistoria *in loco*, o que comprova a conformidade das reduções de base de cálculo com a realidade de fato (verdade material). E que, conforme já detalhado anteriormente, o RICMS-BA, ao firmar algumas das hipóteses de aplicação da redução da base de cálculo, adotou conceito oriundo do Direito Regulatório do Setor Elétrico, a saber: a noção de “classe de consumo”, que é mais ampla do que a simples atividade e cuja abrangência se encontra disciplinada nas normas da ANEEL. Replica novamente os arts. 4° e 5° da Resolução n° 414/2010.

Argui que 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. Que em eventual dissonância entre dados existentes nesses bancos de informações, aquele que se encontrar mais atualizado deve prevalecer, para fins de prova no que tange à aplicação do benefício de redução de base de cálculo do ICMS. Que, para os consumidores descritos nos CNAEs em anexo (Doc. 09) pode-se perceber que seus cadastros se encontram em condições de demonstrar que se encontram formalmente inseridos nas hipóteses de redução de base de cálculo, não podendo servir como prova cabal em sentido contrário, o cadastro - que pode estar desatualizado - da SEFAZ, haja vista desídia dos próprios consumidores, no cumprimento de suas obrigações acessórias. E que para esses consumidores, 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 consonância com as hipóteses de redução de base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia elétrica.

Afirma que a COELBA efetua inspeção *in loco* do estabelecimento no momento em que é solicitada a ligação ou o benefício de redução em comento. Que tal inspeção ocorre no ato de classificação do consumidor como beneficiário do incentivo. Que as modificações posteriores são de informação obrigatória do consumidor, conforme determina a ANEEL. Que dado o elevado número de consumidores, é impossível à Contribuinte realizar mensalmente a verificação da atividade efetivamente exercida por cada unidade consumidora. Que são os usuários que declaram em qual categoria devem ser incluídos: se residencial, comercial, industrial, rural, etc. E que, por sua vez, a manutenção das corretas informações sobre a atividade também deve ficar sob a responsabilidade dos próprios consumidores.

Explica que os documentos contendo as informações colhidas pela inspeção *in loco* realizada pela empresa são descartados após a guarda pelo prazo legal de 05 (cinco) anos. Que todas as atividades registradas, como industriais, por exemplo, foram incluídas por terem sido fornecidas e mantidas pelos clientes, além de inspecionadas pela COELBA no momento em que o cliente se declara compatível com os ditames do Convênio ICMS n°. 115/2003, não sendo de sua responsabilidade a verificação da manutenção destes pré-requisitos. Que segundo as normas da ANEEL (art. 27, I, “c”, e art. 164 da Resolução Normativa ANEEL n°. 414/2010), a classificação do cliente é determinada por ele mesmo e deve obedecer à carga a ser instalada. Que a COELBA não está obrigada a verificar a veracidade das declarações prestadas. Que qualquer irregularidade nas declarações, os consumidores podem ser responsabilizados. E que não pode a concessionária ser penalizada por eventuais incorreções das informações dos clientes. Reproduz os dispositivos citados.

Apresenta considerações específicas sobre os principais setores de atividades envolvidos na autuação. A saber:

A. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL.

Diz que o enquadramento desta atividade na classe de consumo industrial encontra respaldo nos arts. 4º e 5º, §2º, da Resolução ANEEL 414/2010 (reproduzida); na IN/RFB n° 971/2009, em seu art. 109-C, § 2º, Quadro 1 (transcrito); no Código FPAS: 507 - Indústrias, Transportes Construção civil (transcrito); e nas Contas Nacionais, do IBGE, que inclui a construção civil no computo geral do setor industrial. E que, 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, resta incontroverso que a aplicação de tal redução foi correta nesses casos.

B. HOSPITAIS.

Observa que parte dos valores de ICMS exigidos pela SEFAZ-BA advém de fornecimento de energia a hospitais, que têm direito à redução do ICMS, conforme art. 268, XVII, “a”, “3” do RICMS-BA (replicado). Repete que, em casos de divergência entre a atividade que utiliza a maior carga de energia e aquela constante do CNAE, deve prevalecer a primeira (Resolução n°. 414/2010). Que é indevida a inclusão dos valores de ICMS devidos por hospitais. Que, conforme se observa

em planilha anexa, alguns dos estabelecimentos autuados estão cadastrados na RFB, como estabelecimento de natureza hospitalar. Que recente parecer editado pela SEFAZ/BA (Processo nº 030185/2015-7), reconhece a condição de beneficiária da redução da base de cálculo do ICMS à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna (Doc. 10), tendo em vista a prática efetiva de atividade de atendimento hospitalar. E que o novo RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012 - arts. 265 e 268), ao prever a redução de base de cálculo de ICMS para hospitais, retirou a restrição relativa ao CNAE, ratificando a conclusão de que basta que a unidade consumidora beneficiada efetivamente pratique a atividade de hospital, independentemente do CNAE constante de seu cadastro.

C. HOTÉIS.

Diz que as empresas do setor hoteleiro também são agraciadas com a redução do ICMS sobre a energia elétrica pelo RICMS-BA, no art. 268, XVII, “a”, “2” (reproduzido). Que em resposta à consulta (Parecer nº 16056/2007, de 19/12/2007), a SEFAZ/BA endossou os argumentos aqui apresentados (transcreve ementa e trecho do parecer). Que novamente o RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012 - arts. 265 e 268), ao prever a redução de base de cálculo de ICMS para hotéis, retirou a restrição relativa ao CNAE, ratificando a conclusão de que basta que a unidade consumidora beneficiada efetivamente pratique a atividade de hotel, independentemente do CNAE constante de seu cadastro.

D. PADARIAS.

Argumenta que a autuação também incluiu contratos de fornecimento de energia elétrica firmados com empresas caracterizadas como “padarias”. Que os auditores entenderam que tal ramo de atividade supostamente não estaria contemplado pela redução da base de cálculo do ICMS. Que tal entendimento não merece guarida, à luz do art. 5º, § 2º da Resolução ANEEL 414/2010 (replicado). Que a extensão da redução do ICMS para as padarias apenas atende ao art. 4º da mesma resolução (transcrito). Que o enquadramento das padarias na classe de consumo industrial se deu através de verificação *in loco* e informações dos consumidores, em respeito às exigências da ANEEL. Que a carga predominante instalada se referia ao processo de industrialização que resultava nos gêneros alimentícios posteriormente comercializados. Que 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. E que descabida se torna a autuação ora refutada.

E. OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS.

Aduz que além das empresas e setores acima ressaltados, há ainda diversos outros casos de empresas que exercem atividades industriais. Que os objetos sociais e CNAEs informados por tais empresas, ainda que confrontados com aqueles constantes nos respectivos CNPJs, demonstram que elas estão legalmente habilitadas a desfrutar das reduções do ICMS. Que o Regulamento do IPI (Decreto nº 7.212/2010), traz os conceitos legais de indústria e industrialização, os quais reproduz, e o rol dos estabelecimentos que são equiparados a industrial. Que a SEFAZ/BA (Gerência de Comércio e Serviços – GECES), em processo de consulta, “...apresentou o entendimento no sentido de que o artigo 80, inciso II, alínea V, ao tratar das hipóteses de redução de base de cálculo das operações com energia elétrica utiliza a expressão “classes de consumo” com base no conceito e abrangência do disposto no artigo 20 da Resolução nº 456/00 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, órgão regulador do setor elétrico brasileiro”. E que, neste sentido, a ANEEL estabeleceu classes e subclasses para efeito de aplicação de tarifas, classificando os consumidores em residencial; industrial; comercial; serviços e outras atividades; rural; poder público; iluminação pública; serviço público e consumo próprio.

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

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. Que tal previsão constava tanto no art. 80, I, “a” do RICMS-BA/97 (Decreto nº 6.284/97), quanto no art. 268, XVII, “a” do RICMS-BA/12, vigente a partir de 01/04/2012 (Decreto nº 13.780/2012). Que o RICMS, apesar de referir-se a “classe de consumo industrial”, não trouxe a definição e abrangência desta expressão. E que o conceito e abrangência da expressão “classe de consumo industrial” possui um conceito técnico e específico 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.

Destaca que, quando o legislador quis se referir diretamente à atividade propriamente dita (e não à noção de classe de consumo), 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, mencionando expressamente “atividade hoteleira” e “atividade hospitalar”. Que, 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. E que se equivocou o fisco ao adotar a expressão “classe de consumo industrial” como sinônimo de atividade industrial. Cita posições doutrinárias sobre expressões de Direito (Sutherland e Carlos Maximiliano) e os arts. 109 e 110 do CTN (transcritos), segundo os quais, quando um conceito técnico e específico oriundo de outro ramo do direito é utilizado para definir ou limitar o campo de incidência de um tributo, ele deve ser compreendido exatamente como tal, a fim de que não haja manipulação indevida da abrangência da norma.

Argumenta que no caso em questão, o RICMS/BA utilizou um conceito oriundo do Direito Regulatório, mais precisamente, da ANEEL, qual seja: o de “classe de consumo”. Que “classe de consumo industrial” possui um significado técnico e específico, distinto e mais amplo do que a simples noção de atividade industrial segundo a CNAE ou legislação do IPI. Que tal conceito de “classe de consumo” se encontra definido no art. 5º, § 2º da Resolução ANEEL nº 414/2010. Que, segundo determina o art. 111 do CTN, a legislação que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente. Que, sendo a redução de base de cálculo uma isenção parcial, a legislação a ela relativa deve ser interpretada “literalmente”. Que, na literalidade, o RICMS/BA, tanto na redação antiga quanto na nova, referiu-se a “classe de consumo industrial” e não simplesmente a “atividade industrial”. E que deve prevalecer a interpretação defendida pela COELBA, pois é a única compatível com os arts. 109, 110 e 111 do CTN.

Dando seguimento às suas razões impugnatórias, o autuado defende a inconstitucionalidade da multa aplicada com fulcro no art. 42, II, “a” da Lei nº. 7.014/1996 (transcrito), em razão de sua natureza confiscatória, ou, ainda a sua redução a níveis razoáveis e proporcionais, aduzindo que o art. 136 do CTN chancela a possibilidade de relevação das penalidades impostas. Faz extensas considerações de natureza doutrinária sobre o tema, citando e reproduzindo diversas posições doutrinárias; decisões judiciais de tribunais regionais e superiores (STJ e STF); dispositivos e princípios constitucionais (não confisco, razoabilidade e proporcionalidade); decisões de tribunais administrativos (Súmula CARF nº. 14 (transcrita) e TIT); e Parecer PGFN nº. 1.087/2004.

Por fim requer: (i) a nulidade do AI, por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo; (ii) a improcedência da autuação; e (iii) caso seja mantida a autuação, que seja afastada a multa de 60% (sessenta por cento) ou a sua redução.

Em informação fiscal acostada aos autos às fls. 208 a 300, as autuantes iniciam qualificando a empresa e reproduzindo o enunciado da infração. A seguir registram que o autuado é concessionária do serviço público de energia elétrica. E que está sujeito às normas do órgão regulador do setor (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL) e à legislação do ICMS do Estado da Bahia.

Informam que através da análise dos arquivos magnéticos do Convênio 115/2003, apresentados pelo contribuinte, detectaram que vários clientes que tiveram indevidamente a base de cálculo do ICMS reduzida, visto que, não se enquadravam no benefício disposto na alínea ‘a’, inciso XVII,

art. 268 do RICMS/BA (Decreto 13.780/2012). Dispositivos que se encontravam em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores (dispositivos transcritos).

Fazem referência ao valor histórico reclamado e pontuam que, deste montante, o valor de R\$359.061,41, foi reconhecido e pago pelo autuado, conforme DAE's acostados as folhas 201 a 205, restando um valor de R\$101.230,71, que foi impugnado pela defesa acostada às fls. 18/206.

Aduzem que o defendente elaborou a planilha denominada “*Doc.08- Planilha dos consumidores com divergências no cadastro da SEFAZ*” (fl. 107). Que nesta planilha, constam todos os clientes que compuseram a impugnação do presente Auto. Que visando facilitar o entendimento da defesa, reapresentaram esta planilha, contendo apenas suas principais colunas, e a denominaram “*Doc.08- Planilha dos consumidores com divergências no cadastro da SEFAZ_resumo*” (fl. 215).

Explicam que as divergências, entre as colunas: “*cod_atividade_SEFAZ*”; “*des_abrev_atividade_SEFAZ*” e “*Ativ_Principal_CNPJ_COELBA*”; “*Divisão_CONCLA_CNPJ_COELBA*”, respectivamente, se deve ao fato, da COELBA ter apresentado fichas cadastrais com a atividade da unidade consumidora, em 11/2017 (fls.109/189) e as autuantes terem apresentado a atividade da unidade consumidora, na data da ocorrência do fato gerador (fls. 216/299). E que as unidades consumidoras, dispostas nesta planilha, não exerciam na data da ocorrência do fato gerador, atividades amparadas pelo benefício da redução da Base de Cálculo do ICMS (art. 268, XVII, ‘a’ do RICMS/BA - Decreto 13.780/2012).

No que tange às “*Empresas de Construção Civil*”, dizem que estas não constam na planilha “*Doc.08 - Planilha dos consumidores com divergências no cadastro da SEFAZ_resumo*”.

Quanto aos “*Hospitais*”, esclarecem que, em seu entendimento, o item 3, da alínea ‘a’, do inciso XVII, art. 268, apenas ampara a classe de atividades de atendimento hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 8511-1/00. Que as atividades de: (i) atendimento a urgências e emergências (CNAE 8512-0); (ii) atenção ambulatorial (CNAE 8513-8); (iii) serviços de complementação diagnóstica ou terapêutica (CNAE 8514-6); (iv) outros profissionais da área de saúde (CNAE 8515-4); e (v) outras atividades relacionadas com a atenção à saúde (CNAE 8516-2), não estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo. E que cada uma destas classes contém subclasses que listam, sendo que, apenas estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo, a subclasse da classe de atividades de atendimento hospitalar. Transcrevem trechos de algumas atividades definidas no Cadastro Nacional de atividades Econômicas - CNAE Fiscal 1.1.

Defendem que o RICMS (Decreto 13.780/2012), ao retirar o código CNAE do dispositivo, não ampliou o benefício fiscal, continuando apenas amparada pelo benefício, a atividade de atendimento hospitalar. Que as demais atividades acima referenciadas continuaram sem o amparo do benefício da redução da base de cálculo. Que os clientes da área de saúde, inclusive na planilha “*Doc.08- Planilha dos consumidores com divergências no cadastro da SEFAZ_resumo*” são: clínicas, policlínicas, laboratórios e centros médicos, que não exercem a atividade hospitalar, não tendo direito a este benefício. Que no cadastro da SEFAZ/Ba consta como atividade destes clientes, a *Atividade Médica Ambulatorial Restrita a Consultas*. Que na coluna “*VL_TOTAL*”, desta mesma planilha, que corresponde ao valor do consumo de energia mensal por unidade, pode-se observar que o valor do consumo de energia está condizente com a atividade declarada à SEFAZ/BA. E que tal consumo é incompatível com a atividade de atendimento hospitalar, o qual exige: internação; serviços médicos; serviços de laboratório, radiológicos e anestesiológicos e serviços de centros cirúrgicos.

Destacam sua concordância com o entendimento do autuado, ratificado na consulta feita através do processo nº 982/2007, cujo trecho encontra-se transcrito na defesa (fls. 28 e 29): “ (...) o que deve ser levado em consideração para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo a que se reporta o art. 80, I, ‘b’, do RICMS/BA é a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, devendo este, no entanto, fazer constar dos seus dados cadastrais a correta classificação fiscal da sua atividade, daí porque deve a consulente exigir do

seu cliente que efetue a correção da CNAE constante do seu cadastro, adequando-a à atividade que de fato exerce com preponderância". E que, o benefício da redução da base de cálculo regulamentado no item 3, da alínea 'a', inciso XVII, art. 268, acima transcrito, é destinado a determinadas classes de consumo, ou atividades, e não, a quem se inscrever em determinadas classes de consumo, ou em determinados tipos de atividades.

No que concerne aos "Hotéis", asseveram que na planilha "Doc.08- Planilha dos consumidores com divergências no cadastro da SEFAZ_resumo", não consta nenhuma empresa, que efetivamente exercia a atividade hoteleira, na data do fato gerador.

No tocante às "Padarias", explicitam 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. Que as padarias, conforme a CNAE 2.0, podem ser classificadas como: (i) 1091-1/02 - Fabricação de Produtos de Padaria e Confeitaria com Predominância de Produção Própria (atividade pertencente à indústria de transformação); ou (ii) 47.21-1/02 - Padaria e Confeitaria com Predominância de Revenda (atividade pertencente ao comércio varejista). Que as padarias alcançadas pela glosa da redução da base de cálculo, foram aquelas com predominância de revenda. Que a predominância da carga instalada é utilizada para aplicação da tarifa de energia. Mas que, para a aplicação do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, a classificação é feita de acordo com a predominância de produção própria ou a predominância em revenda.

No que se refere a "Outras Atividades Industriais", afirmam que todas as empresas que sofreram glosa da redução da BC do ICMS não desenvolvem a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE, não estando, portanto, amparadas pelo benefício da redução da B.C.

Sobre os conceitos de "Classe" e "Atividades" utilizados pelo RICMS/BA e a alegação defensiva (fl. 47) de que "Assim, equivocou-se a autuação ao adotar a expressão " classe de consumo industrial" como sinônimo de atividade industrial", as autuantes informam que não adotaram a expressão "classe de consumo industrial" como sinônimo de atividade industrial. Que nenhuma venda de energia, destinada a classe de consumo industrial, sofreu glosa da redução da base de cálculo. Que o benefício disposto no item 1, alínea 'a', inciso XVII, Art. 268, destina-se a classe de consumo industrial. Que o art. 5º da Resolução ANEEL nº 414/2010 estabeleceu as classes de consumo de energia. E que o § 2º, do mesmo artigo, define que a classe industrial se caracteriza pelo fornecimento à unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de atividades Econômicas CNAE.

Requerem a procedência do Auto de Infração.

Na fase de instrução do presente PAF, constatou-se que, em sede de Informação Fiscal (fls. 208/300), as autuantes apresentaram novos elementos probatórios, sem que a autuada tivesse a oportunidade de se manifestar sobre eles.

Assim, em pauta suplementar, sessão de 28/06/2018, em respeito ao princípio da garantia de ampla defesa e do contraditório, a 5ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência (fl. 305) à IFEP SERVIÇOS para as seguintes providências:

"(...)

1. ... na dicção do art. 127, §7º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/1999), o sujeito passivo, mediante intimação com recibo específico que deverá ser anexado aos autos, seja cientificado da Informação Fiscal de fls. 208/300, devendo ser concedido o prazo de 10 (dez) dias para o mesmo se manifestar, querendo.
2. Após a execução da providência acima solicitada, na hipótese da apresentação de nova manifestação defensiva pelo contribuinte, encaminhar o PAF às autuantes para a produção de nova Informação Fiscal.

3. *Cumprida a diligência nos termos acima consignados, o PAF deverá ser devolvido ao CONSEF, visando o devido julgamento.*

(...)”.

Em atendimento ao solicitado na diligência mencionada linhas acima, o sujeito passivo produziu a manifestação (fls. 314 a 354), reiterando as razões de defesa apresentadas na primeira peça impugnatória (fls. 18 a 206) e aduzindo que o mero histórico de atividades realizadas, sem qualquer apontamento sobre a efetiva atividade realizada no período da autuação por meio de documento idôneo, não pode ser utilizado como meio comprobatório à atividade prestada pelo consumidor durante os fatos geradores dos tributos supostamente recolhidos a menor. E que os históricos de atividade econômica principal/condição/situação juntados pelas autuantes na informação fiscal, não possuem o condão de, isoladamente, comprovar a atividade prestada pelo contribuinte, sem que estejam acompanhados dos cartões CNPJ relativos à época da autuação.

Diz que não se pode considerar que o AI em epígrafe, lavrado com base no CNAE e atividade prestada pelo consumidor, não colacione, junto aos históricos dos consumidores objeto da autuação, documentos que atestem o CNAE e a atividade efetivamente prestada na época da autuação. Que, em assim sendo, a imprestabilidade das informações dos autuantes é notória, pois não são corroboradas pelos cartões do CNPJ. Que os registros da SEFAZ podem não corresponder às atividades efetivamente prestadas pelos consumidores, tendo em vista a possibilidade de estarem desatualizados em relação ao cadastro dos contribuintes. Vez que, da análise dos históricos de atividade econômica principal/condição/situação juntados à informação fiscal, identifica-se diversos consumidores com a situação “baixado” ou “inativo”, denotando a possibilidade da interrupção na atualização dos dados daqueles perante os registros da SEFAZ.

Questiona, como tais históricos podem servir como parâmetro para ratificar a atividade prestada pelos consumidores, se sequer têm sido atualizados?

Que, por este motivo, se os documentos apresentados pela defesa são insuficientes, também o são aqueles juntados à informação fiscal, pelas razões acima elencadas. E que, caso assim não se entenda, restará impossibilitado o autuado de exercer plenamente a sua defesa, por não poder contraditar satisfatoriamente as informações dos fiscais, por não restar claro qual o critério de conclusão da atividade realizada foi adotado.

Defende que o contraditório e a ampla defesa, aqui maculados, não estão sendo arguidos por mera formalidade, mas por efetivo prejuízo ao contribuinte. E que, até que as informações aduzidas pelos autuantes sejam ratificadas por documentos hábeis à comprovação da atividade realizada pelos consumidores, não se pode considerar existente ou não o erro na concessão do benefício.

Nesta linha de raciocínio, requer que as autuantes informem como se deu a pesquisa e a coleta de dados referidos na Informação Fiscal, com a apresentação dos cartões CNPJ a eles vinculados, reabrindo-se o prazo para manifestação da empresa, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ressalta que, da análise dos históricos de atividades econômicas principais/condição/situação acostados pelas autuantes, verifica-se diversos consumidores que praticam atividade abrangida pelas hipóteses legais de redução de base de cálculo descritas no RICMS/BA. Que nesse cenário, consoante tabela abaixo colacionada, com dados extraídos nos históricos de atividades econômicas principais/condição/situação acostados à informação fiscal, os consumidores nela arrolados possuíam, no período objeto do AI, atividade que viabilizava, nos termos da legislação vigente (art. 268, XVII, ‘a’ do RICMS/BA - Decreto 13.780/12), a concessão da redução de base de cálculo de ICMS.

<u>CNPJ</u>	<u>ATIVIDADE REALIZADA EM 2015</u>	<u>OBSERVAÇÃO</u>
02.981.046/0001-64	Atividade de "Fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis"	CNAE - Classe de consumo industrial
03.054.116/0001-00	Atividade de "hotéis"	CNAE - Atividade hoteleira
05.622.666/0001-03	Atividade de fabricação de móveis com predominância de madeira	CNAE - Classe de consumo industrial
05.759.297/0001-97	Sem registro de atividade em 2015 no cadastro da SEFAZ	A própria SEFAZ não dá conta da atividade prestada pelo contribuinte conforme registros internos. Conforme documentos acostados pela COELBA, a atividade prestada é industrial.
07.638.360/0001-62	Fabricação de vinagres	CNAE - Classe de consumo industrial
07.898.433/0001-55	Montagem de móveis de qualquer material	CNAE - Classe de consumo industrial
07.931.357/0001-32	Fabricação de estruturas metálicas	CNAE - Classe de consumo industrial
08.201.860/0001-03	Fabricação de produtos de padaria e confeitaria	CNAE - Classe de consumo industrial
16.340.317/0001-07	Fabricação de outros produtos de metal não especificados	CNAE - Classe de consumo industrial
19.447.053/0001-83	Fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis	CNAE - Classe de consumo industrial
20.121.267/0001-44	Fabricação de móveis de outros materiais	CNAE - Classe de consumo industrial

Requer que:

- Sejam intimadas as autuantes para que informem o método e a base de dados utilizados para análise dos dados cadastrais dos consumidores abordados na Informação Fiscal em questão, com a apresentação dos cartões CNPJ dos consumidores relacionados;
- Relativamente aos consumidores abordados no item III (vide tabela acima inserida), que seja refeita a informação fiscal, para que seja reavaliada a atividade efetivamente prestada pelos consumidores, com base nos registros apresentados pela COELBA, corroborados pelos dados constantes no próprio sistema da SEFAZ, e posteriormente excluídos da presente autuação;
- Uma vez atendido o item acima, seja concedido à COELBA novo prazo para manifestação acerca das novas conclusões alcançadas, assegurando-se assim a ampla defesa e o contraditório;
- Por fim, reitera todos os termos contidos na Defesa apresentada, devendo ser julgado improcedente o auto de infração ou considerado nulo, por cerceamento ao direito de defesa.

Cientificadas da manifestação do contribuinte (fls. 314 a 354), as autuantes, em sucinta informação fiscal (fl. 356), declaram ter tomado ciência da mencionada peça defensiva, registrando que esta não traz nenhum fato novo ou documentação que possa alterar as informações prestadas às fls. 208 a 299. Que tanto as autuantes (fl. 213), quanto o autuado (fls. 28, 29 e 315), concordam que o critério que deve ser considerado para o gozo ou não da redução de base de cálculo é a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, devendo este fazer constar nos seus dados cadastrais a correta classificação fiscal.

Reiteram que nenhuma das empresas que sofreram glosa da redução da base de cálculo, efetivamente exerciam atividade da classe de consumo industrial. Que tal fato pode ser comprovado, pelo valor mensal da conta de energia elétrica (ver valores na coluna "VL TOTAL", da planilha de fl. 215). E que a empresa tem que estar ativa e exercer, como atividade principal, uma atividade da classe de consumo industrial.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$460.292,27 (quatrocentos e sessenta mil, duzentos e noventa e dois reais e vinte e sete centavos), e é composto de 01 (uma)

Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)”

No caso concreto, o contribuinte suscita a nulidade do Lançamento de Ofício alegando: (i) ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo; e (ii) cerceamento ao direito de defesa, em razão da suposta impossibilidade de contraditar satisfatoriamente as informações das autuantes, vez que não teria restado claro qual o critério adotado pela fiscalização, para concluir sobre a atividade econômica dos adquirentes de energia elétrica, em relação aos quais houve a glosa do benefício em comento.

Passo então a apreciar as nulidades suscitadas, mediante a argumentação que se segue.

Compulsando os autos, verifico que, ao contrário do que afirma a defesa, os motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo, assim como, o critério adotado pela fiscalização para concluir sobre a atividade econômica dos adquirentes de energia elétrica, em relação aos quais houve a glosa do benefício em comento, estão registrados de forma absolutamente compreensível no campo “Descrição dos Fatos: Infração 01 – 03.02.06” (fl. 02), e devidamente esclarecidos nas peças de informação fiscal (fls. 208 a 214 e 356). Que tais informações combinadas com os documentos denominados “Histórico de Atividade Econômica Principal/Condição/Situação”, extraídos do sistema INC – Informações do Contribuinte”, da SEFAZ/BA, acostados aos autos às fls. 216 a 299, compõem um conjunto de elementos fático-

probatórios capaz de dar supedâneo à imputação fiscal. E que o sujeito passivo foi cientificado da mencionada informação fiscal (fls. 308 a 312), e sobre esta se manifestou às fls. 314 a 325.

Ademais, constato que a infração em combate foi apurada mediante os demonstrativos de fls. 07 a 09 (amostragem), os quais também se encontram, em sua totalidade, encartados na mídia de CD (fls. 10), demonstrativos estes que contemplam todos os elementos que fundamentam a acusação fiscal, foram entregues ao contribuinte, conforme documentos de fl. 11, e possibilitaram a este o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. Passíveis, portanto, de análise de mérito na fase de julgamento do lançamento em lide.

Não acolho as nulidades suscitadas.

Destarte, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) o lançamento de ofício foi efetuado por autoridade competente para fazê-lo; (ii) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (iii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iv) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (v) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o crédito tributário exigido e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, este está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Sobre o pedido para que sejam intimadas as autuantes, para que informem o método e a base de dados utilizados para análise dos dados cadastrais dos consumidores abordados na Informação Fiscal em questão, com a apresentação dos cartões CNPJ dos consumidores relacionados, entendo ser despiciendo, pelas mesmas razões já expostas parágrafos acima.

Passo doravante ao exame do mérito da Infração 01, que compõe este Lançamento de Ofício, registrando, inicialmente, que houve o reconhecimento pela defesa da procedência parcial da exigência fiscal, no valor histórico principal de R\$359.061,41 (fls. 200 a 205 e fls. 303 e 304), remanescendo em discussão o montante de valor histórico principal correspondente a R\$101.230,86.

No que tange ao mérito da autuação, referente à Infração 01, que versa sobre o “*recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo*”, no que concerne ao valor histórico principal que remanesce em R\$101.230,86, percebo que o fulcro principal da lide se concentra em torno da divergência existente entre as informações referentes à atividade econômica principal dos destinatários da energia elétrica fornecida pelo autuado ao longo do exercício de 2015, conforme alegado pelo contribuinte e com a qual não concorda o fisco.

Tal divergência, se concretiza no choque do entendimento adotado pelo contribuinte, de que forneceu energia elétrica a usuários que à época da ocorrência dos fatos geradores do crédito tributário em lide desenvolviam atividades econômicas, que na sua avaliação, eram beneficiadas com a redução de base de cálculo prevista no art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), com o entendimento das autuantes, de que tais usuários desenvolviam atividades econômicas não alcançadas pelo benefício fiscal em comento:

“RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012)

(...)

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;

2- destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel;

3- destinada à atividade de atendimento hospitalar;

(...)”

A defesa argui que em havendo dissonância entre dados existentes nos bancos de informações da RFB e da SEFAZ, para fins de prova, no que tange à aplicação do benefício de redução de base de cálculo do ICMS, deve prevalecer aquele que se encontrar mais atualizado. Que para os consumidores descritos nos CNAES de fls. 109 a 189, pode-se perceber que seus cadastros demonstram que se encontram inseridos nas hipóteses de redução de base de cálculo. Que para esses consumidores, 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 consonância com as hipóteses de redução de base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia elétrica. E que os históricos de atividade econômica principal/condição/situação juntados pelas autuantes na informação fiscal, não possuem o condão de, isoladamente, comprovar a atividade prestada pelo contribuinte, sem que estejam acompanhados dos cartões CNPJ, relativos à época da autuação.

Antes de adentrar no exame desta questão, mister se faz tecer algumas considerações acerca do cadastro sincronizado. Para tanto, reproduzo conceito emprestado do sítio dedicado ao Cadastro Sincronizado Nacional [[Cadastro Sincronizado Nacional \(fazenda.gov.br\)](http://fazenda.gov.br)]. A saber:

“O Cadastro Sincronizado Nacional é a integração dos procedimentos cadastrais de pessoas jurídicas e demais entidades no âmbito das Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outros órgãos e entidades que fazem parte do processo de registro e legalização de negócios no Brasil.

Um dos pilares do Cadastro Sincronizado Nacional é a utilização do número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) como identificador em todas as esferas de Governo.

Como solução compartilhada entre os mais diversos órgãos envolvidos no registro e formalização de empresas e demais entidades, o Cadastro Sincronizado Nacional não é um cadastro único e sim uma sincronização entre os diversos cadastros existentes – todos passando a refletir as mesmas informações cadastrais, respeitando-se as demandas dos órgãos e entidades (convenientes) em relação à necessidade de informações específicas de cada um.”(GN)

Com o advento do cadastro sincronizado, implantado desde 12/09/2005, as informações cadastrais dos convenientes, dentre estes a SEFAZ/BA e a RFB, passaram a ser compartilhadas. Isto quer dizer, que na prática, quando há uma alteração cadastral realizada no âmbito da RFB, esta informação migra para o cadastro da SEFAZ/BA e vice-versa.

Em assim sendo, é legítimo afirmar, que os “Históricos de Atividade Econômica Principal/Condição/Situação” extraídos do sistema INC – Informações do Contribuinte”, da SEFAZ/BA, acostados aos autos às fls. 216 a 299, já contemplam as informações advindas da RFB e são robustas o suficiente para comprovar a atividade prestada pelo contribuinte à época da ocorrência dos fatos geradores, sem que estejam acompanhados dos cartões CNPJ, já que as informações que estariam contidas nestes cartões se encontram registradas nos mencionados históricos.

Constato que os documentos de fls. 109 a 189, apresentados pela defesa, refletem a situação cadastral, em especial a atividade econômica dos consumidores, no mês 11/2017, mas não são suficientes para comprovar a atividade da unidade consumidora, na data da ocorrência dos fatos geradores.

Por outro lado, considerando as informações contidas no cadastro sincronizado, cujo conceito já fora abordado parágrafos acima, verifico que os documentos denominados “Históricos de Atividade Econômica Principal/Condição/Situação” (fls. 216/299), indicam as datas de ocorrência das movimentações cadastrais, assim como o órgão que processou a ocorrência, permitindo que se identifique com precisão o período de vigência das diversas situações, dentre elas, as diferentes atividades econômicas porventura exercitadas pelo contribuinte.

Neste diapasão, destacando que o critério adotado por esta relatoria para identificar a atividade econômica exercida pelos adquirentes de energia elétrica à época da ocorrência dos fatos geradores, e por via de consequência, decidir sobre o enquadramento desta atividade econômica dentre aquelas alcançadas pelo benefício da redução de base de cálculo que ora se discute, é a informação referente à “Atividade Econômica Principal” registrada no banco de dados do “Cadastro Sincronizado”, não acolho os argumentos defensivos acima elencados acerca dessa matéria.

Relativamente aos consumidores abordados no item III da segunda peça defensiva de fls. 314 a 325 (tabela/fl. 320), após consultas levadas a efeito por esta relatoria, no sistema INC – Informações do Contribuinte” da SEFAZ/BA, cujos resultados encontram-se registrados na tabela abaixo inserida, entendo que resta razão em parte ao autuado, em relação aos usuários e respectivas atividades nela indicados, à exceção daquele de CNPJ nº 05.759.297/0001-97, cuja atividade econômica principal exercida em 2015 era “Comércio varejista de materiais de construção em geral”, somente passando a exercer a atividade principal de “Aparelhamento de placas e execução de trabalhos em mármore, granito, ardósia e outras pedras”, a partir de 18/07/2017, não estando, portanto, alcançado pelo benefício fiscal em apreço ao longo do período de ocorrência dos fatos geradores que originaram o presente lançamento de ofício:

CNPJ	RAZÃO SOCIAL	ATIVIDADE REALIZADA - 2015	ATIVIDADE CONTEMPLADA COM BENEFÍCIO FISCAL
02.981.046/0001-64	HAMILTON DA SILVA COUTO	Atividade de “Fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis”, a partir de 09/02/2015.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária desde 09/02/2015.
03.054.116/0001-00	LALI PEREIRA CAIRES SILVA	Atividade de “hotéis”, a partir de 12/03/2015.	CNAE - Atividade hoteleira. Empresa beneficiária desde 12/03/2015
05.622.666/0001-03	FAMPESA MOVEIS LTDA	Atividade de fabricação de móveis com predominância de madeira, a partir de 25/11/2015.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária desde 25/11/2015.
05.759.297/0001-97	CHARLES CARLOS ALVES NEVES	Comércio varejista de materiais de construção em geral, de 10/11/2014 a 18/07/2017.	Atividade comercial. Empresa não beneficiária em 2015.
07.638.360/0001-62	SANTOS XAVIER TRANSPORTES E LOCAÇÃO LTDA	Fabricação de vinagres, de 18/10/2005 a 01/07/2016	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária em 2015.
07.898.433/0001-55	LUIS ANTONIO RIBEIRO DA SILVA	Montagem de móveis de qualquer material, a partir de 26/03/2015.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária desde 26/03/2015.
07.931.357/0001-32	SERVINOX MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS	Fabricação de estruturas metálicas, de 01/06/2010 a 09/05/2017.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária em 2015.
08.201.860/0001-03	GONZALEZ ALIMENTOS EIRELI	Fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância de produção própria, a partir de 03/06/2015.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária desde 03/06/2015.
16.340.317/0001-07	SINAFERRMAQ COMERCIO, INDUSTRIA E SERVICOS LTDA - EPP	Fabricação de outros produtos de metal não especificados, de 29/07/2011 a 07/10/2016.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária em 2015.
19.447.053/0001-83	VSA SORVETERIA EIRELI	Fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis, a partir de 26/12/2013.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária em 2015.
20.121.267/0001-44	CLOTILDES MOTA DE OLIVEIRA	Fabricação de móveis de outros materiais, a partir de 09/04/2015.	CNAE - Classe de consumo industrial. Empresa beneficiária desde 09/04/2015.

Fonte: SEFAZ/BA, Sistema INC.

Quanto aos demais usuários arrolados na tabela acima referenciada, as parcelas da exigência fiscal referentes ao fornecimento de energia elétrica aos mesmos, devem ser excluídas, total ou parcialmente, do levantamento fiscal, a depender e na proporção do número de meses do exercício de 2015, nos quais eles exerceram atividade econômica principal abrangida pela redução de base de cálculo preconizada pelo art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), nos montantes mensais indicados na tabela abaixo:

Ano mês	ICMS A EXCLUIR
jan/15	193,81
fev/15	202,10
mar/15	239,20
abr/15	215,39
mai/15	245,21
jun/15	244,38
jul/15	462,86
ago/15	325,42
set/15	1.046,62
out/15	1.085,82
nov/15	1.039,72
dez/15	1.098,41
TOTAL 2015	6.398,94

Ressalto ainda, que por ocasião da assentada de julgamento ocorrida no dia 27/05/2021, na fase de sustentação oral efetuada pela patrona do autuado, esta indicou os CNPJs nºs 16.308.983/0001-68; 13.216.742/0001-09 e 15.221.849/0001-62, arguindo que estes pertencem a empresas adquirentes de energia elétrica, arroladas no levantamento fiscal, as quais supostamente desenvolviam atividades enquadradas na classe de consumo industrial, e, portanto, beneficiárias da redução de base de cálculo ora em discussão.

Consultado novamente o sistema “INC – Informações do Contribuinte” da SEFAZ/BA, este relator constatou que não assiste razão à defesa, na medida em que, por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, os mencionados usuários exerciam atividades econômicas não compatíveis com a fruição do multicitado benefício fiscal, conforme se pode verificar das informações consignadas na tabela abaixo incorporada e no excerto do histórico relativo ao CNPJ nº 16.308.983/0001-68, que exemplificativamente apresento:

CNPJ	RAZÃO SOCIAL	ATIVIDADE PRINCIPAL - 2015	ATIVIDADE CONTEMPLADA COM BENEFÍCIO FISCAL
16.308.983/0001-68	PANIFICADORA SANTA HELENA LTDA	Atividade de “Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares”, de 02/01/2007 a 22/03/2019.	Atividade comercial. Empresa não beneficiária em 2015.
13.216.742/0001-09	PANIFICADORA JARDIM CRUZEIRO LTDA	Atividade de “Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares”, de 02/01/2007 a 02/10/2018.	Atividade comercial. Empresa não beneficiária em 2015.
15.221.849/0001-62	PANIFICADORA POLIVALENTE LTDA - EPP	Atividade de “Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares”, desde 02/01/2007.	Atividade comercial. Empresa não beneficiária em 2015.

Fonte: SEFAZ/BA; Sistema INC.

Histórico de Atividades Econômicas

Inscrição Estadual:	097.677.496
CNPJ/CPF:	16.308.983/0001-68
Razão Social:	PANIFICADORA SANTA HELENA LTDA
Período de Análise:	

Op.	Data/Hora	Usuário	Atividade	Principal	Principal Anterior	Início Vigência	Tipo de Unidade
I	22/03/2019	SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL	Fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância de produção própria	X		22/03/2019	UNIDADE PRODUTIVA
(...)							
I	02/01/2007	DSCAD	Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares	X		18/02/2006	

Fonte: SEFAZ/BA; Sistema INC.

Neste diapasão, julgo que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS remanescente, apurado nos levantamentos fiscais consubstanciados nos documentos de fls. 07 a 09 (amostragem), encartados em sua totalidade, na mídia de CD de fl. 10, e após os ajustes efetuados conforme descrito linhas acima, demonstrativos estes, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente à Infração 01, descrita à fl. 02 deste PAF, em especial pelo fato do contribuinte não ter trazido aos autos quaisquer outros documentos e/ou elementos fático-probatórios, capazes de obliterar, em sua totalidade, a imputação fiscal de número 01, descrita na peça de lançamento, elidindo-a assim, na parte que remanesceu, vez que, na dicção do Art. 123, § 5º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal correspondente à Infração contestada, na fase de Impugnação do Lançamento:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em

outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)"

Destarte, como nenhuma outra prova documental capaz de elidir a exigência fiscal remanescente após os ajustes levados a efeito por esta relatoria, em razão do acolhimento parcial das razões de defesa conforme acima mencionado, fora apresentada nas peças de defesa interpostas (fls. 18 a 206 e 314 a 354), considero que houve apenas a negativa do cometimento da Infração 01, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), também abaixo reproduzido, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

$$(\dots)$$

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

$$(\dots)$$

No que se refere à alegação de que a multa aplicada no Auto de Infração tem caráter confiscatório e fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não acolho a postulação defensiva. A referida multa de 60% do valor do imposto não recolhido está prevista em lei (art. 42, incisos II, “a” da Lei nº 7.014/96), e não estão inclusas no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Ressalto, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário, através do manejo de ações próprias:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

$$(\dots)$$

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

$$(\dots)$$

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

(...)"

No que tange aos pedidos de relevação ou redução da multa, compete dizer, que também não acolho tais postulações, em razão da ausência de previsão legal. Outrossim, destaco que a multa por descumprimento de obrigação principal aplicada, no percentual de 60% do valor do imposto não recolhido, está sujeita às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da Lei nº 7.014/96, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram os entendimentos acima expostos, visto que aquelas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

In fine, concluo que a ação fiscal cujos resultados se apresentam demonstrados nos autos, apurou recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, ocasionado pela aplicação do benefício fiscal previsto no art. 268, XVII, “a” do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), no fornecimento de energia elétrica a usuários cuja atividade econômica principal não estava à época de ocorrências dos fatos geradores abrangida pelo mencionado incentivo, cujos demonstrativos e documentos de fls. 07 a 09 (amostragem), encartados na mídia de CD de fl. 10, com as exclusões efetuadas por esta relatoria e já descritas

parágrafos acima, propiciam a substância necessária para legitimar a Infração 01 descrita no Auto de Infração que deu origem ao presente PAF, como parcialmente subsistente, ficando reduzido o valor histórico principal lançado de R\$460.292,27, para R\$448.893,33, conforme tabela abaixo inserida:

Ano mês	ICMS A RECOLHER	
	VALOR LANÇADO	PÓS EXCLUSÕES
jan/15	51.486,11	51.292,30
fev/15	55.114,33	54.912,23
mar/15	56.580,37	56.341,17
abr/15	54.304,51	54.089,12
mai/15	50.970,52	50.725,31
jun/15	43.182,28	42.937,90
jul/15	27.704,40	27.241,54
ago/15	28.179,53	27.854,11
set/15	19.630,96	18.584,34
out/15	25.277,82	24.192,00
nov/15	22.395,67	21.355,95
dez/15	25.465,77	24.367,36
TOTAL 2015	460.292,27	453.893,33

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo o órgão competente homologar os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299324.0006/17-6**, 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\$453.893,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR