

PROCESSO	- A. I. N° 299324.0006/17-6
RECORRENTE	- COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF n° 0075-05/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/05/2022

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0064-11/22-VD

**EMENTA:** ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O art. 268, XVII do RICMS/BA, prevê a redução da 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 lançada. 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 n° 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão Unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o presente 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.*

Após a devida instrução processual, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

## 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.0

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 comprehensível 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 comprehensível; (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 despicando, 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), remanescente 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 site dedicado ao Cadastro Sincronizado Nacional [[Cadastro Sincronizado Nacional \(fazenda.gov.br\)](http://www.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 (convenentes) 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 LOCACAO 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 MANUTENCAO E REPARACAO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAS	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 confeitearia 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	SINAFFERRMAQ 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
<b>TOTAL 2015</b>	<b>6.398,94</b>

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 confeitoria com predominância de produção própria	X		22/03/2019	UNIDADE PRODUTIVA
(...)							
I	02/01/2007	DESCAD	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 oportunamente, 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

(...)

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

(...)

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 constitucionalidade 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

(...)

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

*I - a declaração de constitucionalidade;*

(...)

*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
<b>TOTAL 2015</b>	<b>460.292,27</b>	<b>453.893,33</b>

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

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso quanto aos valores remanescentes, repisando os argumentos da impugnação inicial, alegando o que segue:

Inicialmente informa tempestividade do recurso e tece um breve relato dos fatos.

Informa que realizou 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 conterá 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 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 redação 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 Nº 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 nº 414/2010 da ANEEL, qual seja: a maior parcela da carga instalada. Cita e transcreve os arts. 4º e 6º da mencionada Resolução e o art. 2º da Lei nº 9.427/1996.

Faz referência a Parecer da SEFAZ, de 15/12/2014, relativamente à Distribuidora de Água Camaçari, (Processo nº 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 nº 456/2000, vigente à época, a qual foi revogada pela Resolução Normativa ANEEL nº 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 Auto

de Infração, 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. 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010.

Fala do cumprimento da Resolução nº 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. 4º e 5º da Resolução nº 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 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 nº 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 nº 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 nº. 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 nº 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 INDUSTRIALIS.**

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.

Defende, ainda, 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 Auto de Infração, 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.

## VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, relativo à redução de base de cálculo aplicada indevidamente para contribuintes que não possuem o direito à redução de base de cálculo prevista no art. 268, XVII-A do RICMS-BA/2012, período de 2015.

Quanto à alegação de nulidade do Auto de Infração por falta de detalhamento das glosas, descrição dos fatos e dispositivos infringidos, não deve prosperar a alegação da recorrente, pois observo que o presente Auto de Infração se encontra revestido de todas as formalidades legais, fazendo constar os demonstrativos e fundamentações legais que basearam a autuação.

Ademais, no pertinente à alegação de busca pela verdade material, reitero que os elementos contidos no processo são suficientes para formar a convicção do julgador, até porque, em sede de primeira instância houve a realização de diligência para apurar as questões suscitadas pela defesa, o que reforça o respeito não só à ampla defesa e o contraditório, como também à busca da verdade material dos fatos.

Por tais razões, entendo pela rejeição das preliminares apontadas.

É imperioso reconhecer o acerto da revisão realizada e mantida pela Junta de Julgamento Fiscal, ao reconhecer algumas atividades como industriais, o que ocasionou na redução dos valores autuados (R\$ 6.398,94), tendo em vista que as provas documentais apresentadas comprovaram que parte dos CNPJs autuados, à época dos fatos geradores, eram relativos a atividades industriais, o que justifica a aplicação do benefício da redução fiscal aplicada pela recorrente.

No mérito, a recorrente discorre especificamente sobre cada ramo de atividade objeto da autuação, as quais entende que faz jus à redução da base de cálculo.

Todavia, conforme fundamentado na decisão de piso, observando as provas e fundamentações apresentadas, não fazem jus ao benefício, uma vez que não restou comprovado o exercício de atividade industrial, mas sim comercial. Ou seja, restou demonstrado que foram mantidos na autuação os contribuintes que exercem atividades “comerciais” cadastradas na SEFAZ e Receita Federal, e não como atividade industrial.

No caso em apreço, é notório que a Resolução ANEEL 414/2010 estipula a “classe de consumo” nos artigos 4º, e 5º, §2º, que engloba atividades para classificação da atividade.

Quanto ao conceito de “classe” e “atividade”, o procedimento adotado pelos autuantes está de acordo com o §2º do art. 5º da Resolução ANEEL 414/10, que trata da caracterização da classe industrial para fins de aplicação de tarifas, conforme reproduzido a seguir:

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

*§ 2º A classe industrial caracteriza-se pelo fornecimento à unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, assim como o transporte de matéria-prima, insumo ou produto resultante do seu processamento, caracterizado como*

*atividade de suporte e sem fim econômico próprio, desde que realizado de forma integrada fisicamente à unidade consumidora industrial.*

Todavia, a classificação da unidade consumidora deve ser feita pela distribuidora de energia, levando em conta o CNAE, bem como, no caso de atividades mistas, classificar a unidade consumidora em função da preponderância do consumo da carga.

Na situação presente, com relação aos contribuintes indicados pela recorrente, não ficou comprovada a preponderância do consumo em atividade industrial, hoteleira ou hospitalar que justificasse a aplicação da redução prevista no art. 268, XVII do RICMS/BA, razão pela qual, entendo não merecer reparo o julgamento de primeiro grau.

Em processos idênticos julgados pela 2<sup>a</sup> CJF (Acórdãos n<sup>os</sup> 0276-12/20-VD e 0364-12/20-VD), este também tem sido o entendimento, por unanimidade.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, determina o artigo 167, I do RPAF/BA, que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão de piso, devendo ser homologados os valores reconhecidos e pagos pela recorrente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE 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 recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$453.893,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos pelo contribuinte.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS