

PROCESSO - A. I. Nº 299324.0003/21-5
RECORRENTE - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0061-03/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/11/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0254-12/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. O Art. 268, XVII, do RICMS/12, prevê a redução de base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de energia elétrica, desde que a unidade consumidora tenha como atividade preponderante as indicadas naquele dispositivo, conforme consulta respondida ao próprio Autuado, devendo o mesmo, se for o caso, exigir do seu cliente que efetue a correção da CNAE constante do seu cadastro, adequando-a à atividade que de fato exerce com preponderância, apurada em razão de suas operações. 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. Não restou competência a este CONSEF para efetuar cancelamento ou redução das multas aplicadas. Afastada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2021, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 03.02.06 - Recolheu a menor ICMS em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 846.719,62, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que foi constatado que o Autuado aplicou indevidamente o referido benefício fiscal para alguns consumidores que não se enquadram na classe industrial ou não exerciam atividade hoteleira ou hospitalar, ou se encontravam com sua inscrição estadual em situação BAIXADA no cadastro estadual.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0061-03/22-VD (fls. 111 a 127), com base no voto a seguir transcrito:

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

Ao examinar o Auto de Infração e seus anexos, constato que a acusação imputada ao autuado está descrita de forma clara e precisa. As Autuantes cuidaram de detalhar a acusação e a forma de apuração do imposto, conforme se pode observar às fls. 2 e 3 dos autos. Em conformidade com o previsto no art. 39 do RPAF-BA/99, o Auto de Infração contém todos os elementos previstos nos incisos desse citado dispositivo regulamentar. Observo que está acompanhado de planilhas, impressas e em meio magnético – das quais o autuado recebeu cópia –, que demonstram a apuração do imposto lançado e todos os dados envolvidos na auditoria fiscal, operação a operação, não havendo qualquer obscuridade. Além disso, os dispositivos dados como infringidos e a capitulação legal da multa estão corretamente indicados, fundamentando a exigência fiscal e auxiliando o entendimento da infração apurada.

Não se vislumbra nos autos, qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido garantidos ao autuado, o exercício da ampla defesa e do contraditório, o que está visivelmente caracterizado nos diversos aspectos abordados na impugnação. Em face ao exposto, afasto

essa preliminar de nulidade.

Ainda em sede de preliminar, o autuado arguiu a nulidade da autuação, também por cerceamento de defesa, sob o argumento de que os Autuantes não especificaram como procedera a verificação dos cadastros e atividades preponderantes dos contribuintes analisados.

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

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

O defendente reconheceu parcialmente o cometimento da infração. Informou ter realizado o recolhimento da parcela reconhecida, que considero subsistente, visto que cessa a lide a respeito desta fração autuada.

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

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

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

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

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

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

Observe que as empresas de construção civil, conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas, não se enquadram na condição de industriais. Na informação fiscal, os Autuantes explicaram esse fato com muita propriedade, quando afirmaram que a “Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE 2.0, atribui como atividade industrial apenas as atividades da Seção B - Indústrias Extrativas e da Seção C - Indústrias de Transformação. A atividade de construção na CNAE 2.0, pertence à Seção F, não estando, portanto, entre as atividades industriais das Seções B e C”. Dessa forma, fica afastada a alegação defensiva de que as empresas de construção civil seriam classificadas como indústrias.

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

Constato que a presente autuação teve como base as informações contidas nos dados cadastrais dos clientes constantes na base de dados da SEFAZ. No entanto, não se limitou a esse procedimento, visto que exigiu o imposto relacionado às indevidas reduções, para fornecimentos de energia elétrica a estabelecimentos que se encontravam registrados indevidamente no cadastro com atividade de atendimento hospitalar, mas sua denominação e consumo de energia evidenciaram não se tratar de tal atividade.

O defendente apresentou entendimento, que o Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (Decreto nº

13.780/2012), nos seus 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.

Sobre esta alegação, os Autuantes rebateram, afirmando que do levantamento fiscal, sobre esta atividade econômica constam apenas, as empresas que exercem atividade de motel, e alguns clientes da autuada, que na data da ocorrência do fato gerador, estavam com a inscrição baixada. Citaram os clientes da Autuada, com CNPJ 02571007000199 (LE PRIVE MOTEL), e CNPJ 40524175000112 (MOTEL TREVO).

A respeito da alegação do autuado, de que existem outros consumidores, que equivocadamente não foram considerados como industriais, não pôde ser avaliada, pois não veio acompanhada objetivamente da indicação dos respectivos dados dos consumidores.

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

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

É importante registrar, a multicitada norma que regulamenta a matéria em discussão, alínea “a”, inciso XVII, art. 268, do RICMS/BA, aprovado pelo decreto 13.780/2012, que para maior clareza reproduzo, in verbis:

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;”

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

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

Na sessão de julgamento, a patrona da autuada, em sustentação oral, reiterou que empresas constantes do levantamento fiscal, encontravam-se com situação ativa, no cadastro da Receita Federal, apenas um ano antes dos fatos autuados.

Destaco que esta alegação não pode prosperar, considerando que a obrigação tributária nasce na data de ocorrência do fato gerador. No presente caso, foram levadas em consideração a situação cadastral do contribuinte na data de ocorrência dos fatos, ou seja, a partir de janeiro de 2018.

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

É importante registrar, que a exigência do ICMS ora em apreciação, consta de levantamento fiscal que dá suporte à autuação, e que relaciona além dos consumidores reconhecidos pelo Autuado, que não fazem jus ao benefício da redução de base de cálculo, contribuintes com inscrição baixada no cadastro de contribuintes da Bahia, e aqueles que não se enquadram nas hipóteses previstas na legislação para gozo do referido benefício e que o defendente não logrou trazer as provas necessárias e suficientes de suas alegações, com o condão de ilidir a acusação fiscal.

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

O defendente requereu cancelamento ou redução da multa aplicada por considera-la desproporcional, abusiva e confiscatória.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade das multas aplicadas no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF/99, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Além disso, as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Quanto ao pedido de redução da multa, observo que este Colegiado não possui competência para reduzir multas aplicadas em função de descumprimento de obrigação tributária.

Ante as razões retro mencionadas, e analisando os elementos que compõem o presente PAF, declaro subsistente a infração, uma vez que restou comprovado que o autuado não atendeu à condição prevista na legislação para a concessão do benefício fiscal da redução da base de cálculo, quanto aos contribuintes elencados no levantamento fiscal.

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

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 138 a 181), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, informou que efetuou o pagamento parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 490.731,38, por estar com o cadastro incorreto, conforme planilha apresentada, e reiterou todos os fundamentos apresentados em sua Defesa, resumidos a seguir.

Suscitou, preliminarmente, a nulidade da autuação por ter sofrido indevida restrição ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório, devido à ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo, pois não foram apresentadas corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os seus sistemas e os da SEFAZ.

Disse que a autuação é ato plenamente vinculado do agente público, devendo observar todos os termos legais e regulamentares, sob pena de ofensa ao direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, e 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.

Destacou que foram inseridos contribuintes que efetivamente dispunham de classificação do CNAE ensejadora do benefício de redução de base de cálculo, e, por razões óbvias, faziam jus ao benefício de redução de base de cálculo do ICMS nos exatos termos do entendimento esposado nesse Auto de Infração.

Afirmou que as divergências meramente formais não podem prevalecer sobre a realidade dos fatos, por isso que, de acordo com a Resolução ANEEL nº 414/2010, bem como demais normas regulamentares do setor, efetua vistorias quando da ligação dos consumidores à rede elétrica, além de novas vistorias periódicas, a fim de aplicar o benefício apenas aos consumidores que de fato exercem preponderantemente as atividades abrangidas pelas hipóteses legais de redução de base de cálculo do ICMS do Art. 80 do RICMS/97, atual Art. 268 do RICMS/12.

Asseverou que, tendo em vista que a aplicação das reduções de base de cálculo do ICMS se deu com obediência à verdade material, em prol da primazia da realidade sobre a forma e da concretização dos aspectos teleológicos e essenciais da norma, cabe desconsiderar os elementos meramente formais e cadastrais eventual e aparentemente divergentes de tal realidade e anular a autuação ou afastar a cobrança indevida de ICMS decorrente.

Colacionou doutrina sobre o princípio da verdade material e excerto de parecer da SEFAZ/BA, em consulta anteriormente formulada sobre o assunto, cuja resposta é no sentido de que “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”.

Aduziu que a SEFAZ/BA incorreu em grave erro no presente Auto de Infração, quando considerou diversos consumidores enquadrados na situação fática descrita no trecho da ementa, como não

beneficiários da redução de base de cálculo de ICMS, já que observa os CNAEs dos contribuintes para considerar devida ou não a concessão do benefício, mas em alguns dos CNAEs contidos nos cartões CNPJ de consumidores inseridos no Auto de Infração é possível se atestar o regular enquadramento da atividade realizada/cadastrada perante a RFB, e os parâmetros estabelecidos pela própria SEFAZ/BA:

1. Padarias com atividade preponderante vinculada à indústria:
 - a. CNAE 1091-1/01 - Fabricação de produtos de panificação industrial;
 - b. CNAE 1091-1/02 - Fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância de produção própria;
2. Indústrias em geral:
 - a. CNAE 3104-7/00 - Fabricação de colchões;
 - b. CNAE 2342-7/02 - Fabricação de artefatos de cerâmica e barro cozido;
 - c. CNAE 3101-2/00 - Fabricação de móveis com predominância de madeira;
 - d. CNAE 2330-3/01 - Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto;
3. Hotéis:
 - a. CNAE 5510-8/01 - Hotéis.

Defendeu que o 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 impostos pela ANEEL, sendo o critério correto para aferição da atividade preponderante de cada unidade consumidora de energia elétrica o da *“maior parcela da carga instalada”*, conforme se extrai da interpretação conjunta dos Arts. 4º e 6º, da Resolução ANEEL nº 414/2010, que transcreveu.

Sustentou que, ao se considerar a aferição e classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica em conformidade com o critério prevalente, obrigatório e vinculante estabelecido pela ANEEL, muitas vezes uma atividade cujo CNAE ou cadastro da Receita Federal ou SEFAZ se apresenta formalmente como comercial, na realidade é pertencente à classe de consumo industrial ao se tomar por base *“a maior parcela da carga instalada”*.

Acrescentou que, ao se observar os procedimentos e normas a que a distribuidora está sujeita no exercício de sua atividade, infere-se que a tributação por ela aplicada e os benefícios de redução de base de cálculo do ICMS foram efetuados em consonância com a realidade dos fatos (verdade material), sendo qualquer equívoco, imprecisão, desatualização e/ou divergência cadastral de responsabilidade dos próprios consumidores, não podendo ser penalizada por fato de terceiro.

Efetuiu algumas considerações específicas em relação aos principais setores de atividades envolvidos na autuação, considerando os repetidos equívocos incorridos pela SEFAZ/BA quanto ao enquadramento de algumas atividades nas classes de consumo de energia elétrica para fins de aplicação da redução de base de cálculo prevista no RICMS/BA:

1. Empresas de Construção Civil: a classificação da atividade de construção civil como indústria pode ser explicada, por exemplo, pelo Art. 109-C, § 2º, Quadro 1 da IN RFB nº 971/09;
2. Hospitais: os Arts. 265 e 268 do RICMS/12, 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;
3. Hotéis: os Arts. 265 e 268 do RICMS/12, 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;
4. Padarias: as padarias que obtiveram o benefício da redução da base de cálculo do ICMS por estarem enquadradas na classe de consumo industrial assim o foram pela característica da carga predominante instalada, não sendo meros estabelecimentos comerciais de revenda de

produtos alimentícios, mas estabelecimentos que fabricam os próprios produtos, o que caracteriza a atividade industrial, fazendo jus ao enquadramento na classe de consumo industrial e ao benefício fiscal;

5. Outras Atividades Industriais: além das empresas e setores ressaltados nos tópicos anteriores, há ainda diversos outros casos de empresas que exercem atividades industriais, cujos objetos sociais e CNAEs informados por tais empresas no momento em que foi firmado o contrato de fornecimento de energia elétrica, ainda que confrontados com aqueles constantes no CNPJ de cada uma delas, demonstram claramente serem elas legalmente habilitadas a desfrutar das reduções do ICMS.

Explicitou 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”, tanto no Art. 80, I, “a” do RICMS/97 quanto no Art. 268, XVII, “a” do RICMS/12, mas não trouxe a definição e abrangência dessa expressão, que possui significado mais abrangente do que simples atividade industrial.

Observou que a interpretação que sustentou decorre do que prescrevem e impõem os Arts. 109 e 110 do CTN, 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.

Salientou que, segundo determina o Art. 111 do Código Tributário Nacional, deve ser interpretada literalmente a legislação que disponha sobre outorga de isenção, e sendo a redução de base de cálculo uma isenção parcial, a ela também se aplica, e a literalidade do RICMS/BA, tanto na redação antiga quanto na nova, se referiu a “*classe de consumo industrial*” e não simplesmente a “*atividade industrial*”.

Discorreu sobre a desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada, violando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, juridicidade e legalidade, além do não confisco, previsto no Art. 150 da CF/88.

Requeru a reforma do julgado ocorrido em primeiro grau, com o fim de que, preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, no mérito, seja reformada parcialmente a Decisão, julgando totalmente improcedente a parte impugnada, desconstituindo o lançamento fiscal dele decorrente, ou, por cautela processual, acaso sejam mantidos os valores decorrentes do Auto de Infração, seja então afastada a multa aplicada no patamar de 60% sobre o valor do imposto supostamente não recolhido, ou ainda, sucessivamente, a sua redução.

Registro a presença do advogado do Autuado, que efetuou a sustentação oral, Sr. Gabriel dos Anjos Góis (OAB/BA nº 54.607).

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo, no fornecimento de energia elétrica para consumidores que não se enquadravam na classe industrial nem exerciam atividade hoteleira ou hospitalar, ou se encontravam com sua inscrição estadual em situação BAIXADA no cadastro estadual.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação, por restrição ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório, sob a alegação de ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo, pois entendeu que não foram apresentadas

corretamente e de maneira taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e do Autuado.

Como complemento à descrição da infração, consta que o motivo para a base de cálculo ter sido indevidamente reduzida reside no fornecimento de energia elétrica para consumidores que não se enquadravam na classe industrial nem exerciam atividade hoteleira ou hospitalar, ou se encontravam com sua inscrição estadual em situação BAIXADA no cadastro estadual.

Analisando o demonstrativo, verifico que há uma coluna indicando se as operações foram destinadas a contribuintes que se encontravam com sua inscrição estadual em situação BAIXADA no cadastro estadual e outra onde são indicadas as descrições das atividades dos referidos contribuintes.

Portanto, afasto a nulidade suscitada, já que foram explicitados os motivos para a exigência.

Ressalto que a existência do processo administrativo fiscal é exatamente para aperfeiçoar o lançamento, efetuando as devidas correções quando são verificados equívocos no mesmo. Caso seja constatado que os valores não são devidos ou são parcialmente devidos, cabe a improcedência ou a procedência parcial da autuação, não a sua nulidade.

No mérito, constato que o Autuado reconheceu diversas operações que denominou de SEM EVIDÊNCIA e efetuou o recolhimento do imposto relativo às mesmas, no valor de R\$ 490.731,38.

Das operações não reconhecidas pelo Autuado, sobre as quais está sendo exigido ICMS no valor de R\$ 355.988,24, consta que diversas são relativas a contribuintes que tiveram suas inscrições baixadas do cadastro estadual anteriormente a 2018, cujos valores remontam a R\$ 202.525,68. Não há como reconhecer o benefício do imposto nas operações destinadas a empresas cujos estabelecimentos não estavam ATIVOS junto ao cadastro da SEFAZ/BA.

Quanto às demais operações, que remontam ao valor de R\$ 153.462,56, verifico que todas são relativas a operações com contribuintes que não se enquadravam na classe industrial nem exerciam atividade hoteleira ou hospitalar, tais como motéis, padarias e confeitarias com predominância de revenda, restaurantes, lanchonetes, casas de chá e de sucos e similares, edição e impressão de cadastros e listas e de jornais diários e empresas de serviços, tais como atividades de fisioterapia e montagem de estruturas metálicas, e comerciais atacadistas e varejistas de diversos produtos.

O Parecer acostado definiu bem a interpretação desta SEFAZ/BA, que sempre foi no sentido de que *“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”*.

A mesma interpretação se aplica à redação do Art. 268, XVII, “a” do RICMS/12, aplicável ao período em tela, que manteve o benefício contido no Art. 80, I do RICMS/97.

Quanto à referência à *“classe de consumo industrial”*, não há como acatar a alegação do Autuado de que o benefício deve ser mantido para empresas comerciais ou de serviços que possuam alguma mínima atividade industrial, nem como tomar por base *“a maior parcela da carga instalada”*, pois o benefício buscou beneficiar apenas hotéis, hospitais, propriedades rurais e empresas industriais ou mistas, neste caso, desde que a fatia preponderante da proporção das suas operações fosse industrial, conforme a resposta à consulta pela SEFAZ/BA.

Ressalto que, conforme o Art. 63 do RPAF/99, no prazo *“de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, o consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, atualizadas monetariamente até 31/12/00, se o seu vencimento tiver ocorrido antes dessa data, mas sem acréscimos moratórios a partir da data da formulação da consulta”*.

No presente processo, o Autuado não trouxe nenhuma prova de que as operações objeto da autuação foram destinadas a empresas que efetivamente operassem como hotéis, hospitais, propriedades rurais e empresas industriais ou mistas com atividades preponderantemente industriais, nem que providenciou a notificação aos seus clientes para a correção dos seus CNAEs, se fosse o caso.

Não consta no demonstrativo nenhuma empresa de construção civil que pudesse avocar a condição de industrial e as empresas prestadoras de serviços não efetuam atividade industrial, estando no segmento terciário.

Destaco que este é o entendimento recorrente deste CONSEF, em ambas as Câmaras de Julgamento Fiscal, conforme decidido nos Acórdãos CJF nºs 0276-12/20, 0021-11/21, 0105-11/21, 0061-12/22 e 0064-11/22.

Saliento que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III, do RPAF/99, sendo que a multa aplicada está prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Também não restou competência a esta Câmara para efetuar a redução ou cancelamento de multas decorrentes de infrações à legislação tributária.

Entretanto, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito, se atendidas as condições estabelecidas no Art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 90%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo Autuado perante a infração que lhe é imputada, pode haver ônus da multa aplicada apenas de 6%, bem menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299324.0003/21-5**, 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\$ 846.719,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS