

PROCESSO	- A. I. Nº 298633.0003/21-1
RECORRENTE	- COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0167-06/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 06.11.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0258-11/24-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. O contribuinte aplicou indevidamente o benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, prevista no art. 268, inciso XVII do RICMS/BA, para alguns consumidores que não se enquadravam na classe industrial ou não exerciam atividade hoteleira ou hospitalar, ou encontravam-se em situação BAIXADA no Cadastro da SEFAZ/BA. A determinação da base de cálculo foi efetuada de forma errônea, ao se incluir uma carga tributária de 12,96%, ao invés de 27%, resultando em uma tributação a menor e, consequentemente, ICMS a menor. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo do Recurso Voluntário impetrado pela autuada em vista da decisão proferida pela 6ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração nº 298633.0003/21-1, lavrado em 30.09.21, ciente em 04.10.21, via DTE, Ciência Tácita, no valor original de R\$ 200.797,91, pelo cometimento da infração a seguir descrita:

“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.”

Dentre os complementos, consta: (...) Para os consumidores que não possuem benefício fiscal de redução de Base de Cálculo, a COELBA agrava, à tarifa, ICMS no valor correspondente a uma carga tributária de 27% para determinar a Base de Cálculo do imposto, sobre a qual é aplicada a alíquota de 27% resultando no ICMS devido.

Durante a ação fiscal constatamos que a COELBA aplicou indevidamente o referido benefício fiscal para alguns consumidores que não se enquadram na classe industrial, ou não exercem atividade hoteleira ou hospitalar, ou encontram-se em situação BAIXADA no cadastro da SEFAZ/BA. A determinação da Base de Cálculo foi efetuada de forma errônea ao se incluir uma carga tributária de 12,96% ao invés de 27%, resultando em uma base de cálculo a menor, e consequentemente, ICMS a menor do que o devido.

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

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

Analizando o Auto de Infração acima referenciado, a defesa protocolada pela autuada em 07.12.21, fls. 18 a 57, a Informação Fiscal prestada pelos autuantes, protocolada em 31.03.22, fls. 90 a 96, em sessão do dia 05.07.22, por meio do Acórdão JJF nº 0167-06/22-VD, fls. 105 a 113, assim decidiu a 6ª JJF:

Destituidos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois os autuantes expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito,

descreveram a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos detalhados aspectos abordados na impugnação e na Informação Fiscal.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, a presente autuação resultou de recolhimento a menor de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas.

Para os consumidores que possuem o benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, prevista no art. 268, inciso XVII do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12, a COELBA agrega de imposto o valor correspondente a uma carga tributária de 12,96% para encontrar a base de cálculo que, posteriormente, é reduzida em 52% e, por fim, sobre esta aplica a alíquota de 27% para determinar o ICMS devido.

Para os consumidores que não possuem benefício fiscal de redução de base de cálculo, o sujeito passivo agrega à tarifa ICMS no valor correspondente a uma carga tributária de 27% para determinar a base de cálculo do imposto, sobre a qual é aplicada a alíquota de 27%, resultando no ICMS devido.

Os auditores verificaram que o fiscalizado aplicou indevidamente o referido benefício para alguns consumidores que não se enquadram na classe industrial ou não exercem atividade hoteleira ou hospitalar, ou encontram-se em situação BAIXADA no Cadastro da SEFAZ/BA. A determinação da base de cálculo foi efetuada de forma errônea, ao se incluir uma carga tributária de 12,96%, ao invés de 27%, resultando em uma tributação a menor e, consequentemente, ICMS a menor.

Portanto, para esses clientes, o ICMS destacado nos arquivos do Convênio 115/03 e recolhido pela COELBA sofreu duas reduções indevidas: a primeira quando foi incluído o montante do imposto com redução de 52% na sua própria base de cálculo e a segunda quando foi reduzida a base de cálculo em 52%.

No presente PAF é reclamado o valor de ICMS referente à primeira redução. Este ICMS reclamado é resultante da aplicação da alíquota de 27% sobre a diferença entre as bases de cálculo determinadas com a inclusão de uma carga tributária de 27% e de 12,96%.

Por meio da análise dos arquivos magnéticos do Convênio 115/2003, apresentados pelo defendant, os auditores detectaram que vários consumidores tiveram indevidamente a base de cálculo do ICMS reduzida, visto que não se enquadram no benefício disposto na alínea 'a' do inciso XVII do art. 268 do RICMS/BA.

Para esses clientes, a determinação da base de cálculo foi efetuada de forma errônea, ao se incluir uma carga tributária de 12,96%, ao invés de 27%, resultando em uma tributação a menor e, consequentemente, ICMS a menor. São consumidores que nas datas das ocorrências dos fatos geradores não se enquadram na classe de consumo industrial nem exerciam atividade hoteleira ou hospitalar e/ ou estavam com a situação BAIXADA no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA.

O crédito tributário ora reclamado originou-se da glosa da redução da base de cálculo nas operações com energia elétrica destinada a empresas que não estão amparadas pelo benefício.

O autuado alega que efetua vistorias periódicas, a fim de aplicar a redução de base de cálculo apenas aos consumidores que de fato exercem preponderantemente as atividades abrangidas por tal benefício. Porém, pode-se observar, nos demonstrativos, que em várias notas fiscais de venda de energia elétrica, o valor total do consumo é incompatível com o valor do consumo de energia destinada a consumidores que, de fato, exercem preponderantemente uma atividade da classe industrial.

Além da efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, também é condição para gozo do benefício a correta classificação fiscal da atividade (CNAE) nos dados cadastrais. Tudo em conformidade com a legislação, bem como com a resposta dada à consulta feita pela COELBA no processo nº 982/2007:

“(...) 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 conselente exigir do seu cliente que efetue a correção da CNAE constante do seu cadastro, adequando-a à atividade que de fato exerce com preponderância”.

Na defesa, o contribuinte traz resposta de Parecer emitido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia relativo à Distribuidora de Água Camaçari e solicita que sejam excluídos deste Auto de Infração os valores relativos a tal consumidor. Entretanto, nos demonstrativos que compuseram o crédito ora reclamado não consta nenhum valor referente ao cliente Distribuidora de Água Camaçari.

Também alega que, existindo divergências entre os dados cadastrais arquivados na SEFAZ e os constantes da

base de informações da Receita Federal, deve prevalecer o que se encontrar mais atualizado.

Para esta argumentação, anexa cópias de comprovantes de inscrição e de situação cadastral da Receita Federal (doc. 11 - cartões CNPJ). Nesta documentação, constam as atividades e as situações de alguns consumidores em datas anteriores às das ocorrências dos fatos geradores, sendo que, diversos deles, nas datas das ocorrências dos fatos geradores, encontravam-se com situação BAIXADA no Cadastro da SEFAZ/BA.

O art. 23 do RICMS-BA/12 prevê que os contribuintes do ICMS são responsáveis pela verificação da regularidade cadastral daquele que com ele promova transação comercial, sendo disponibilizada pela SEFAZ/BA, via Internet, consulta diária da situação dos contribuintes.

Vejamos os ramos de atividades econômicas mencionados na defesa

CONSTRUÇÃO CIVIL.

O § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL 414/2010 estabeleceu como classe industrial a unidade consumidora em que seja desenvolvida atividade fabril, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE. E a atividade de construção não é produtora, conforme a CNAE. Portanto, não é atividade da classe industrial.

HOSPITAIS.

As autuantes constataram nos arquivos do Convênio 115/2003 apresentados pela COELBA que alguns clientes que não exercem a atividade hospitalar, enquadrados na CNAE-Fiscal sob o código 8610-1/01, tiveram a base de cálculo indevidamente reduzida.

Apenas está amparada pelo benefício da redução da base de cálculo disposto no item 3 da alínea 'a' do inciso XVII do art. 268 a classe de atividades de atendimento hospitalar enquadrada na CNAE-Fiscal sob o código 86.1.

As atividades de serviços móveis de atendimento a urgências e de remoção de pacientes (CNAE 86.2); de atenção ambulatorial executadas por médicos e odontólogos (CNAE 86.3); de serviços de complementação diagnóstica e terapêutica (CNAE 86.4); de profissionais da área de saúde, exceto médicos e odontólogos (CNAE 86.5); de apoio à gestão de saúde (CNAE 86.6); e de atenção à saúde humana não especificadas (CNAE 86.9), não estão amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo.

O novo Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, ao retirar o número do código de atividade CNAE, não ampliou o benefício fiscal, continuando amparada pelo benefício apenas a atividade de atendimento hospitalar.

Os clientes da área de saúde que sofreram glosa da redução da base de cálculo do ICMS não exercem a atividade hospitalar.

HOTÉIS.

As empresas que exercem a atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel, não constam dos demonstrativos do crédito ora reclamado. Constam alguns clientes que nas datas das ocorrências dos fatos geradores estavam com as inscrições baixadas. Também constam os clientes com CNPJ 02571007000199 (LE PRIVÉ MOTEL) e CNPJ 40524175000112 (MOTEL TREVO).

PADARIAS.

As padarias que sofreram glosa da redução da base de cálculo foram aquelas padarias e confeitorias com predominância de revenda e/ ou as que estavam com a situação BAIXADA no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA.

OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAS.

Todas as empresas que sofreram glosa da redução da base de cálculo não desenvolvem a atividade industrial, conforme definido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE. Portanto, não estão amparadas pelo benefício da redução.

Em sua defesa, o autuado alegou que o Fisco se equivocou ao adotar a expressão "classe de consumo industrial" como sinônimo de "atividade industrial". A Fiscalização não adotou a expressão "classe de consumo industrial" como sinônimo de "atividade industrial". Nenhuma venda de energia destinada à classe de consumo industrial sofreu glosa da redução da base de cálculo.

Relativamente à multa, este órgão não tem competência para reduzir, cancelar, exercer controle de constitucionalidade ou negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos valores recolhidos.

Ciente da decisão acima transcrita, inconformada e dentro prazo regulamentar, a Recorrente, devidamente assistida juridicamente pela Dra. Adriana Catanho Pereira, OAB/BA nº 52.543 e pelo Dr. Lucas Batista, OAB/PE nº 22.265, na data de 18.08.22, protocolou Recurso Voluntário, pugnando pela sua reforma, nos termos a seguir analisados.

De início a Recorrente informa estar o seu Recurso amparado pelo que dispõe o Código Tributário do Estado da Bahia, artigo 143, § 1º, II, portanto apto a ser acolhido e analisado por este Conselho.

Apresenta a Recorrente uma SÍNTESE DO AUTO DE INFRAÇÃO onde discorre sobre a evolução da tributação sobre o consumo de energia elétrica no Estado da Bahia, destacando o que dispunha o artigo 80 do RICMS/BA/97, preceitos assumidos pelo RICMS/BA/2012.

Destaca a diferença entre os dispositivos acima abordados que consistiu, basicamente, na exclusão dos CNAEs, destacados no RICMS/BA/97 e não referenciados no novo RICMS.

Apresenta também o artigo 265, XLVII do RICMS/BA/2012 que diz da isenção do ICMS sobre o fornecimento de energia aos segmentos que especifica.

Diz que, estando sua atividade regulada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, utiliza a classificação das atividades e classes de consumo para enquadramento na possibilidade de ser aplicada a redução de base de cálculo, dentro do que determina a Resolução ANEEL nº 414/2010, e que “efetua visitas in loco e colhe os documentos relativos à identificação e ao funcionamento dos consumidores, enquadrando-os segundo a sua atividade preponderante real, todos, da mencionada Resolução, mesmo que detectadas eventuais divergências com a documentação por estes apresentada (utilização de CNAE equivocado, por exemplo)”.

Disse que, em ocorrendo divergências entre as informações prestadas pelos consumidores que pleiteiam os benefícios da redução da base de cálculo do ICMS sobre energia que lhes é fornecida, orienta-os a atualizarem os seus cadastros fiscais nos órgãos competentes, com o intuito de:

- (i) *Dar primazia à realidade sobre a mera forma, de modo a privilegiar a materialidade dos fatos e a concretização dos fins que ensejaram a elaboração da norma e a ela se encontram subjacentes. Tudo isso, aliás, segundo orientações que a distribuidora obteve em consultas à própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme se observa nos pareceres já anexados quando da apresentação da Impugnação;*
- (ii) *Cumprir a perspectiva teleológica (finalística) da legislação estadual instituidora das reduções de base de cálculo, a fim de aplicar os benefícios em questão apenas àqueles consumidores cuja atividade preponderante e classe de consumo corresponde materialmente e em essência a uma daquelas passíveis de redução segundo as diretrizes basilares do art. 80 do antigo Regulamento de ICMS do Estado da Bahia;*
- (iii) *Cumprir e efetivar os ditames da legislação regulatória a que está sujeita e da qual não pode se desvincular, notadamente as Resoluções ANEEL nº. 456/2000 e 414/2010, com os padrões e critérios classificatórios ali impostos.*

Afirma que, muito embora tenha este cuidado no trato da problemática fiscal que envolve sua atividade, em especial quanto aos benefícios fiscais previstos para determinados segmentos consumidores, como é o caso presente, foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração em lide, tendo apresentado defesa, em primeira instância, não tendo o acolhimento às suas pretensões atendido pela Junta Julgadora.

Sustenta haver reconhecido parte do valor reclamado na autuação, já recolhido, por confirmar como “cadastro incorreto” o montante de 286 consumidores, que resultou na redução indevida no valor de R\$ 138.081,49, contestando o restante da autuação, correspondente a 183 “cadastros corretos”.

Discorre os argumentos apresentados em sua defesa inicial e o julgamento proferido na decisão de piso, transcrevendo o Acórdão prolatado, contra o qual se insurgem pelos motivos que apresenta.

Apresenta argumento quanto: PRELIMINARMENTE: NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AUSÊNCIA DE DETALHAMENTO ADEQUADO DOS MOTIVOS DAS GLOSAS DOS BENEFÍCIOS DE

REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO.

Discorre sobre o processo administrativo fiscal e vinculação, apresenta os pressupostos para a composição de referido processo, e diz que, no caso presente, isto não foi cumprido o que implicou em cerceamento ao seu direito de defesa e, afirma: “*Já 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*”.

Diz que, “*No caso em questão, o auditor-fiscal responsável pela lavratura do auto de infração 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*”. Afirmando haverem os autuantes inserido no rol dos contribuintes que não teriam direito à redução da base de cálculo, grande parte que realmente fazem jus ao mesmo, isto configurou cerceamento ao seu direito à defesa e ao contraditório, por dificultar-lhe seu pleno exercício mesmo.

Sequenciando, a Recorrente discorre sobre RAZÕES PARA A ANULAÇÃO DO SUPORTE DÉBITO TRIBUTÁRIO OBJETO DA PRESENTE AÇÃO. Destaca como primeiro subitem a NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL: 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 SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA.

Discorre sobre a busca da verdade material e cita ensinamento de Adelmo da Silva Emerenciano, que transcreve, assim como de James Marins e destaca o que dispõe o RPAF/BA no artigo 2º, que também transcreve, reafirmando não haverem os autuantes atendido ao que preceituam os textos acima referenciados.

Diz que, o que não foi feito pelos autuantes, encarregou-se de fazer, em obediência às normas estabelecidas pela ANEEL, por meio da Resolução Normativa 414/2010 e que os consumidores restantes da autuação, realmente, exercem atividades com direito à redução da base de cálculo estatuída na legislação estadual pertinente e que pautou pelo reconhecimento da primazia da realidade sobre a mera forma.

Reafirma que, periodicamente, efetua visitas aos consumidores beneficiados para verificação da continuidade do direito à redução concedida pelas normas legais.

Transcreve Consulta feita à SEFAZ/BA, na vigência do RICMS/BA/97, buscando esclarecimentos a respeito das atividades secundárias identificativas dos beneficiários, quando as atividades principais não o sejam, destacando trecho da resposta como de: “...que deve ser verificada a efetivaatividade exercida pelo estabelecimento. No que toca ao segundo questionamento, deve ser considerado para efeito da aplicabilidade ou não do benefício multicitado a atividade principal do estabelecimento”.

Salienta: “*Da consulta acima transcrita, observa-se 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. Logo, 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 Recorrente realizou a aplicação dos benefícios de redução de base de cálculo*”.

Reforça seu entendimento com a transcrição de resposta a consulta feita pela S.A Hospital Aliança, reafirmando que a redução de base de cálculo efetuada se deu em obediência à verdade material, cabendo desconsiderar os elementos meramente formais e cadastrais na apreciação dos fatos que determinaram a autuação.

Assinala no segundo subitem, a Recorrente, onde destaca: CRITÉRIO CORRETO DE DEFINIÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA UNIDADE CONSUMIDORA PARA FIM DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA: 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 456/2000 E 414/2010.

Questiona a Recorrente o critério utilizado para a identificação do direito que teria o consumidor da energia relativo à redução da base de cálculo, se seria meramente o cadastro fiscal nas unidades tributantes ou a atividade realmente por ele desenvolvida, afirmado que o critério a ser adotado é aquele estabelecido pelo órgão regulador, no caso a ANEEL, que regulamenta e define a atividade por meio da Resolução nº 414/2010, no seu artigo 4º.

Apresenta resposta à Consulta feita pela Distribuidora de Água Camaçari, Processo nº 326767/2014-9, destacando a afirmativa da precedência para a concessão do benefício, o “**da carga instalada**”, diante do que, passa a discorrer sobre o terceiro sub item da sua argumentação: CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO Nº 414/2010 DA ANEEL: A 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).

Afirma estar obrigada a atender às normas regulatórias estabelecidas pela ANEEL e aplicá-las quando do cadastramento dos seus clientes consumidores, e que, o próprio RICMS utiliza como conceito para o reconhecimento dos benefícios em questão a noção de “**classe de consumo**” e reproduz o que dispõe a Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010.

E assim é feito quando do cadastramento dos consumidores de energia elétrica, destacando: “*Isso é importante para que este órgão julgador atente para o seguinte: existindo divergências entre os dados arquivados na SEFAZ, em contraposição àqueles constantes na base de informações da Receita Federal, não é possível que tal discrepância possa resultar em lançamento de ICMS em face da COELBA, pelo simples fato de que a Concessionária não pode obrigar os consumidores a manterem seus cadastros atualizados em quaisquer órgãos!*”

Destaca que os dados cadastrais são fornecidos pelos consumidores contratantes e que a verificação da veracidade das mesmas é efetuada através o confronto dos dados contidos no CNPJ, ficando os mesmos responsáveis por alterá-los quando ocorram modificações em suas atividades e que, diante da quantidade de beneficiários, torna-se impossível à Recorrente, mensalmente, verificar *in loco* a atividades dos contratantes.

Apresenta, a título de sua obrigatoriedade quanto aos cadastros dos consumidores de energia elétrica o que dispõe a Resolução Normativa nº 414/2010, no seu artigo 27.

E diz ser: “*importante observar que a COELBA não possui obrigação de verificar a veracidade das declarações prestadas, atuando, por conseguinte, em observância à legislação a ela pertinente. Qualquer irregularidade nas declarações, os consumidores podem ser responsabilizados:*”

Adentra a Recorrente ao quarto subitem ASPECTOS RELEVANTES E ESPECÍFICOS EM RELAÇÃO AO ENQUADRAMENTO E CLASSIFICAÇÃO DE ALGUMAS ATIVIDADES DAS UNIDADES CONSUMIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA NOS BENEFÍCIOS DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DA ANEEL NAS HIPÓTESES DE REDUÇÃO QUE SE REFEREM ÀS CLASSES DE CONSUMO.

Passa a analisar, de acordo com o princípio da “classe de consumo”, algumas atividades que se beneficiam do que determina a legislação de respeito à redução da base de cálculo do ICMS no consumo de energia elétrica.

Analizando a atividade CONSTRUÇÃO CIVIL informa ser a mesma qualificada como atividade industrial, nos termos da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil de nº 971/2009, em seu art.109-C, § 2º, Quadro 1, que transcreve, apresentando também o enquadramento da atividade na classe de indústria na classificação do FPAS, além da classificação da atividade como industrial,

reconhecida e classificada pelo IBGE.

Tratando da atividade HOSPITAIS, a Recorrente transcreve o que está disposto no RICMS/BA – Art. 268, XVII, “a”, item 3. Afirma que a própria SEFAZ reconhece tal direito aos estabelecimentos hospitalares, tendo reconhecido, expressamente, à Santa Casa de Misericórdia de Itabuna, através o Processo nº 030182/2015-7, o que configura o reconhecimento de bastar o consumidor exercer a atividade, independente do CNAE constante do seu Cadastro Fiscal. Tratando da atividade HOTÉIS, a Recorrente, também se vale do que está contido no RICMS/BA, no artigo 268 – Item 2. Tratando desta atividade destaca resposta o Parecer DITRI nº 16056/2007, em resposta à consulta que lhe foi formulada a respeito do assunto: *ICMS. O benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 80, I, “b”, do RICMS/BA, aplica-se às operações com energia elétrica destinada à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel.* Cita trecho do referido Parecer, como abaixo: [...] *ressaltamos que, conforme disposição expressa do referido art. 80, inciso I, “b”, do RICMS/BA (Dec. nº 6.284/97), a redução de 52% da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica está condicionada ao tipo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento consumidor, a exemplo das atividades industrial, hoteleira e hospitalar.*

Afirma mais ainda que: “. O novo 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 estabelecimentos hoteleiros, 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**”.

Tratando da atividade PADARIA, a Recorrente afirma que a concessão do benefício atende ao que determina a Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 – Art. 4º, parágrafo único. E afirma: “*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 se trata de meros estabelecimentos comerciais de revenda de produtos alimentícios, mas sim de estabelecimentos que fabricam os próprios produtos, o que caracteriza a atividade industrial, fazendo jus ao enquadramento na classe de consumo industrial e ao benefício fiscal*”.

Diz que, em se tratando de estabelecimentos que fabricam seus produtos para a venda direta a consumidores e, considerando a capacidade instalada, dentro dos critérios estabelecidos pela ANEEL estes estabelecimentos estão devidamente enquadrados como atividade industrial e, portanto, com direito ao benefício fiscal.

Ao tratar de OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS, reporta que, além das declarações dos contratantes, do cadastro contido no CNPJ, que os identificava como tais. E apresenta a classificação dada pelo RIPI – Regulamento do IPI, ao identificar o que venha a ser estabelecimento industrial, e que, ocorrendo divergência entre o cadastro fiscal e a atividade realmente exercida, deve prevalecer, para sua atividade o que está disposto na Resolução Normativa da ANEEL.

Apresenta resposta à Consulta efetuada à SEFAZ, de cujo texto destaca:

“Preliminarmente, o Processo foi encaminhado à Gerência de Comércio e Serviços – GECES, que apresentou o entendimento no sentido de que o artigo 80, inciso II, alínea ‘b’, ao tratar das hipóteses de redução de base de cálculo das operações com energia elétrica, utiliza a expressão ‘classe 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.

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 consumoproprio”.

Volta a afirmar que atendeu especificamente ao que está disposto na legislação a que se obriga, as Resoluções da ANEEL, sob pena de ser pela mesma penalizada, passando a abordar o quinto subitem dos seus argumentos: CONCEITOS DE “CLASSE” E “ATIVIDADE” UTILIZADOS PELO

RICMS-BA E SUA CORRETA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM OS ARTS. 109, 110 E 111 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DA EXPRESSÃO “CLASSE DE CONSUMO” CONSOANTE A SUA REGULAMENTAÇÃO E DISCIPLINA NAS NORMAS DO ÓRGÃO REGULADOR COMPETENTE (RESOLUÇÕEESDA ANEEL).

Diz que o RICMS ao tratar do assunto refere-se a “*classe de consumo industrial*”, sem, contudo, identificar o que venha a ser tal conceito, assim como ocorre em toda a legislação estadual, o que, logicamente, deve ser reportado à legislação pertinente à atividade, no caso de energia elétrica, às normas editadas pela ANEEL, que se refere não a “classe de consumo”, mas, sim a atividade, hoteleira, hospitalar, etc.

Quando quis a legislação se referir a classe de consumo, assim o fez, a exemplo de “*classe de consumo industrial e rural*”.

Diz que não se pode confundir “atividade”, com “classe”, se não o legislador não teria porque estabelecer diferença e tratamento específico a cada uma, não sendo, pois, factível, como desejam os autuantes, equiparar “classe de consumo industrial” com “atividade industrial”.

Afirma que a interpretação dada ao tema segue o que especificam os artigos 109 e 110 do CTN, que transcreve.

E afirma que a legislação fiscal, como no caso o RICMS, foi buscar nas normas regulatórias as identificações conceituais para estabelecer os benefícios ali descritos, destacando que “*Não se trata, portanto, de uma alteração ou invasão da legislação tributária pela legislação regulatória. Ao contrário, a legislação tributária, ao regular algumas hipóteses de redução de base de cálculo, adotou expressamente como critério um conceito oriundo do âmbito do direito regulatório (classe de consumo), que deve ser buscado e compreendido nos moldes em que se encontra posto em tal ramo, a fim de se obedecer ao disposto nos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional*

Complementa, mais uma vez afirmando, que atendeu ao que determina a legislação própria do setor em que atua, estabelecida pela ANEEL, que serviu de base para o estabelecimento dos benefícios que têm os consumidores de energia elétrica, definidos pelos Estados.

Continuando, a Recorrente apresenta o tópico da TOTAL IMPROCEDÊNCIA DA MULTA APLICADA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

Afirma a Recorrente que, caso não se acate a total nulidade da autuação, o que somente se admite por cautela, seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada, e que, como inexiste infração, também a multa não tem razão de existir e cita ensinamento de Edson Freitas de Siqueira, que transcreve.

Passa a abordar o caráter de confiscação da multa pretendida, citando dispositivo constitucional e transcrevendo trecho de julgamento proferido pelo STF, tratando também dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apresentados julgamentos do Tribunal Regional Federal da 1ª e 5ª Regiões, que também transcreve.

Apresenta ainda a Súmula nº 14, do CARF e Parecer da PGFN, da lavra do procurador Paulo Rodrigues da Silva, e diante dos julgados e pareceres que apresenta afirma: “*Dessa forma, insta destacar que a Fazenda, como um todo, encontra-se adstrita não só ao princípio da legalidade estrita, mas também ao da juridicidade, o qual, conforme dantes exposto, engloba, além do primeiro, os princípios constitucionais*”.

Diz que a administração pública não pode invalidar princípios constitucionais, é claro, mas, pode reconhecer a não ocorrência de dolo na atuação da Recorrente e, portanto, reformar o que está cobrado no presente processo, ante os argumentos que apresentou e transcreve trecho do julgamento da 7ª Câmara Julgadora do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo, no Processo nº DTR2-160722-2008 e julgamento do STJ.

Pede a aplicação do estabelecido pelo CTN no artigo 136, chancelando a revisão de penalidade

imposta ao contribuinte nas condições que especifica e apresenta ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho, assim como julgamento do STF no /Recurso Extraordinário nº 91.707/MG.

Apresenta ainda ensinamento do Ministro Paulo Brossard, em artigo publicado, do qual transcreve trecho e entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso e ainda julgado do STJ.

Afirma ser a multa aplicada fora a razoabilidade, da proporcionalidade e com caráter confiscatório o que não é permitido pela jurisprudência predominante nos tribunais, a exemplo do julgamento proferido pelo STF na ADIN 551-1/RJ, cuja ementa transcreve.

Encerrando seu Recurso Voluntário, a Recorrente, requerendo:

- a) Preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base decálculo em questão;
- b) No mérito, que seja reformada a decisão tomada em sede de Impugnação, julgando totalmente improcedente a parte impugnada da autuação, desconstituindo o lançamento fiscal dele decorrente, vez que estão corretas as reduções de base de cálculo do ICMS realizadas pela Contribuinte:
 - Seja em obediência à verdade material e aos aspectos teleológicos essenciais das normas estaduais que instituíram as referidas hipóteses de redução, bem como aos padrões e critérios classificatórios impostos pela ANEEL, notadamente na Resolução nº 414/2010;
 - Ou ainda, considerando-se a documentação comprobatória do benefício aos consumidores inseridos no tópico relativo à comprovação formal (através de registros contidos nos cartões CNPJ dos consumidores) da regularidade na concessão da redução de base de cálculo de ICMS.
- c) Por cautela processual, acaso sejam mantidos os valores decorrentes do Auto de Infração ora recorrido, que seja então afastada a multa aplicada no patamar de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto supostamente não recolhido, ou ainda, sucessivamente, a sua redução, em obediência aos princípios da vedação ao efeito de confisco, razoabilidade, proporcionalidade e outros.

Nas fls. 202/04, consta Processo SIPRO nº 050626/2022-6 referente ao certificado de crédito que peticionou solicitando, através do Processo nº 123800/2013-7, a homologação de R\$ 6.184.685,90, para futura utilização, sendo o pedido deferido parcialmente no valor de R\$ 5.150.791,41, consoante Parecer nº 3685/2020, emitido pela SAT/DAT METRO/CPNC. Disse que o montante do crédito transferido será destinado a quitação parcial dos Autos de Infração, lavrados com empresa COELBA – COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – Inscrição Estadual nº 000.478.696 – CNPJ nº 15.139.629/0001-94. Acosta a listagem dos Autos de Infrações (2986330004218 – valor de R\$ 379.681,32 – homologar pelo certificado de crédito o valor de R\$ 284.709,58, 2986330003211 – valor de R\$ 153.184,21 – homologar pelo certificado de crédito o valor de R\$ 114.867,42 e 2993240002219 – valor de R\$ 1.166.024,79 – homologar pelo certificado de crédito o valor de R\$ 1.274.039,57), identificando o recolhimento parcial de cada autuação. Também consta o pagamento que afirma que será efetuado em espécie (R\$ 94.971,74, R\$ 38.316,79 e 291.562,22, respectivamente). Posteriormente discorreu sobre a legislação pertinente ao uso do crédito acumulado para quitação parcial dos valores devidos ao erário estadual e, totalizou o valor do crédito referente aos autos que será deduzido (R\$ 1.274.039,57).

Nas fls. 208/11, consta extrato dos valores pagos em espécie e através do certificado de crédito para este Auto de Infração em análise.

Nas fls. 217-18, o colegiado e o relator da época, em 10/02/2023, converte os autos em diligência no sentido de a INFRAZ DE ORIGEM proceder:

01 - Determinar aos prepostos autuantes que, à vista da planilha apresentada pela Recorrente, promovam o reconhecimento da real atividade econômica dos contribuintes reconhecidos como tendo direito ao benefício

pela Recorrente;

02 - Efetuem o confronto entre os cadastros dos referidos contribuintes no CNPJ e no Cadastro da SEFAZ à época dos fatos geradores;

03 - Caso necessário, requeiram à Recorrente a comprovação cadastral dos beneficiários à época do requerimento do benefício que a mesma lhes disponibilizou;

04 – Atendidas às solicitações acima, dê-se ciência à Recorrente para que, assim desejando, apresente manifestação, após o que, deverá o presente processar retornar a esta Câmara de Julgamento Fiscal para apreciação.

Na conclusão da diligência, fls. 222-23, um dos autuantes dos autos informa que:

Foram extraíram da planilha apresentada pela Recorrente, denominada de “Doc. 11-A”, anexa as folhas 83, os clientes com STATUS DO CADASTRO denominado “Cadastro Correto”, cujo valor principal do crédito reclamado é de R\$ 62.716,42, que corresponde ao total do ICMS reclamado e não reconhecido como devido pelo Autuado.

Salienta que nesta planilha os Autuantes acrescentaram as colunas: “Motivo da glosa da redução da BC” e “Data da emissão do cartão do CNPJ”, também consta a coluna “Mesma atividade SEFAZ x RF” elaborada pela COELBA. Anexamos a este PAF na folha 224, cópia desta planilha.

Disse que foi feito o confronto entre as informações constantes nos cartões CNPJ apresentados pelo defensor na pág. 83, com as informações constantes no cadastro da SEFAZ, referentes a atividade e a data da BAIXA.

Assevera que os clientes com atividade declarada no cadastro da SEFAZ diferente da atividade constante na cópia do cartão do CNPJ anexa aos autos pelo defensor, sofreram glosa da redução da Base de Cálculo, visto que, os mesmos não exerciam na data da ocorrência do fato gerador, uma das atividades amparadas pelo benefício da redução da Base de Cálculo, ou, encontravam-se com a situação BAIXADA no cadastro da SEFAZ.

Pondera que os clientes com atividade declarada no cadastro da SEFAZ igual a atividade constante na cópia do cartão do CNPJ anexa aos autos pelo defensor, sofreram glosa da redução da Base de Cálculo, visto que, os mesmos na data da ocorrência do fato gerador, encontravam-se com a situação BAIXADA no cadastro da SEFAZ.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

Nas fls. 226/229, constam a científica do contribuinte de todo os papéis de trabalho para manifestação do contribuinte.

Em manifestação proferida pelos patronos do recorrente, fls. 232/38, os requerentes fazem: **a)** uma síntese da autuação; **b)** resume as razões apresentadas na fase impugnativa (pede pela extinção parcial do crédito (R\$ 138.081,49), conforme o art. 156, I do CTN, suscitada nulidade da autuação por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios, suscitada nulidade pela inobservância do princípio da verdade material, discorre sobre o critério correto da atividade preponderante da unidade consumidora para fins de fornecimento de energia elétrica, argumenta sobre a inafastabilidade da interpretação do termo “classe de consumo” (legislação reguladora da ANEEL – Resolução nº 414/2010), salientou sobre o cumprimento da Resolução nº 414/2010 da ANEEL por parte da recorrente, fala sobre a ausência de qualquer obrigatoriedade por parte do órgão gestor, assinala sobre as atividades industriais registradas e pontuou consumidores registrados na RFB, com seus CNAEs); **c)** discorre sobre a realização da nova diligência no sentido de esclarecimento dos fatos relacionados; **d)** destacou a informação fiscal a respeito de estarem com a classificação da atividade do benefício em seus CNAEs.

Em resposta a diligência proferida pela autuante, apresenta item CONCLUSÃO DA INFORMAÇÃO FISCAL LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NO CADASTRO DO CONSUMIDOR PERANTE A SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA INFORMAÇÃO CADASTRAL DOS CONSUMIDORES ORIUNDA DO CARTÃO CNPJ, CNAE E DEMAIS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A ANÁLISE DA ATIVIDADE PRESTADA PELOS CONSUMIDORES.

Assinala que os autuante não trazem novos elementos aos autos, além daqueles já apresentados anteriormente (dados oriundos do cadastro de contribuintes perante a SEFAZ). Refuta os argumentos trazidos pelos autuantes, dizendo que deve ser observado que o cartão CNPJ acostado na defesa da NEOENERGIA COELBA, quando extraído do site da Receita Federal, dá conta da situação ativa, com CNAE de atividade beneficiária da redução da base de cálculo. Ou seja, toda a construção do raciocínio trazido na informação fiscal encontra óbice nos dados trazidos pela NEOENERGIA COELBA em sua defesa, de modo que os autuantes, por não trazerem fatos novos relacionados a este consumidor, não lograram êxito em esclarecer o quanto solicitado no âmbito do órgão julgador do CONSEF.

Disse que tal situação se repete em relação a demais consumidores, para os quais os autuantes se limitaram a colacionar elementos já apresentados anteriormente, quais sejam, dados oriundos do cadastro de consumidores da SEFAZ. E para tanto, cabe então reiterar que as informações prestadas pelos Ilmos. Fiscais, tanto no auto de infração, quanto na manifestação ora sob vergaste, ratificam que a verificação dos dados contidos em seus cadastros e atividades preponderantes dos contribuintes analisados foi o único e exclusivo critério de aferição da atividade prestada. Contudo, a mera informação acerca da atividade prestada conforme seus registros, ou ainda de suposta situação da “baixa” do consumidor não constitui fundamento, por si só, para comprovar que a SEFAZ efetivamente analisou a atividade realizada pelo consumidor, cumprindo os princípios da busca pela verdade material, ou ainda de que, no momento da lavratura do Auto de Infração, o consumidor se encontrava com situação “ativa”, pois como já dito, a uma, a planilha com as informações inseridas pelos autuantes - atividade econômica principal/condição/situação, não possui o condão de, isoladamente, comprovar a atividade prestada pelo contribuinte, sem que estejam acompanhados dos cartões CNPJ relativos à época da autuação.

Afirma que não se pode considerar que o Auto de Infração em epígrafe, que lastreia suas razões com base no CNAE e atividade efetivamente prestada pelo consumidor, não colacione, junto à planilha encaminhada ao Autuado, documentos que **atestem o CNAE e a atividade efetivamente prestada na época da autuação**. Deste modo, ratifica que a imprestabilidade das informações prestadas nesta informação fiscal é notória, posto que não é corroborada de novos ou diferentes documentos hábeis a ratificar a atividade prestada pelos consumidores, qual seja, o cartão CNPJ.

Explica 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. Por este motivo, mais uma vez se assevera que se reputados insuficientes os documentos apresentados pela NEOENERGIA COELBA para corroborar as alegações de sua defesa, também são aqueles juntados à informação fiscal ora respondida, pelas razões acima elencadas.

Requer que a NEOENERGIA COELBA que sejam apreciados os cartões CNPJ apresentados na defesa, para que, aferida a efetiva atividade realizada, sejam anulados os valores lançados no presente Auto de Infração.

Na fl. 244, os autuante vieram aos autos tomando ciência da manifestação do contribuinte e, informam que não nenhum fato novo ou documentação que possa modificar o crédito reclamado.

VOTO (Vencido quanto às padarias)

Inicialmente, considerando haver a Recorrente suscitado preliminar de nulidade da autuação, “*Por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo*”, a analiso.

Analizando o Auto de Infração e as peças que o compõem, verifico que a Recorrente teve conhecimento e acesso aos demonstrativos e planilhas elaboradas pelos autuantes, exerceu plenamente seu direito ao contraditório e o Auto de Infração foi devidamente elaborado atendendo a todos os preceitos estabelecidos no RPAF/BA, inexistindo erros ou falhas que o inquinem de nulidade.

Ademais, se as apurações efetuadas, assim como suas fundamentações, não atendem ao que dispõe parte da legislação pertinente à sua atividade, é o caso de se pleitear a improcedência, que é o objetivo de apreciação quanto ao mérito da mesma.

Estando o Auto de Infração atendendo a todos os pressupostos formais e legais, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

Adentrando ao mérito da lide, verifico e entendo que a mesma se encontra restrita ao entendimento quanto à aplicação das legislações referentes à atividade exercida pela Recorrente, aspectos empresariais, e aquelas editadas pelo Estado, aspectos fiscais, além, principalmente da interpretação que deram os autuantes à questão ora em debate.

Assim é que os autuantes fundamentaram a sua acusação tendo por base o que está definido pelo RICMS/BA, no artigo 268, que assim especifica:

"Art. 268. É reduzida a BA se 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;

b) 32%, quando:

- 1- destinada ao consumo pelos órgãos da administração pública federal direta e fundações mantidas pelo poder público federal;

2- destinada às demais classes de consumo, excetuadas as classes residencial e comercial; "

Na planilha acostada pelos autuantes ao processo, denominada “Erro na determinação da base de cálculo”, foram relacionadas faturas de cobrança do consumo de energia elétrica, com a identificação dos consumidores, seus CNPJs, Códigos de Atividades Econômicas, representadas pelos CNAEs, e a descrição das mesmas, além da situação cadastral de cada um quando da emissão das faturas.

Com base nesta planilha, os autuantes elaboraram o demonstrativo fiscal de apuração do ICMS, considerando que todos os que ali constam não fariam jus à redução da base de cálculo do tributo.

Lastreado na mesma planilha, a Recorrente, elaborou cópia com o recurso de agrupamento dos consumidores pelas suas condições cadastrais, identificando quais teriam o direito ao benefício fiscal e quais não se enquadravam, resultando na quantidade de 286 consumidores que não fariam jus e 183 que, de acordo com suas atividades, teriam este direito.

Baseada no levantamento acima descrito, a Recorrente, reconheceu a procedência da autuação no que se refere ao fornecimento de energia, com base na alíquota de 27%, portanto sem a redução da base de cálculo, contestando em seu Recurso Voluntário o fornecimento aos demais.

Destaca-se dentre os ramos de negócios afirmados pelos autuantes como não fazendo jus ao benefício os estabelecimentos de padarias, reporto-me ao definido pelo IBGE que considera como atividade industrial aquela desenvolvida por estabelecimentos que produzem as massas e as vendem diretamente aos consumidores, e, como comerciais, aquelas que adquirem os produtos de terceiros para comercialização.

A identificação por meio do CNAE, se torna difícil, deve-se, no caso, atentar-se para a carga instalada, parâmetro estabelecido pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, por meio de Resoluções específicas, a que a Recorrente se obriga a adotar.

Destaco que a Recorrente refere-se ao atendimento ao disposto na Resolução ANEEL nº 414/10, que a mesma foi revogada nos artigos 4º, 5º e 6º, pela Resolução ANEEL nº 800/17, assim como o artigo 27, pela Resolução ANEEL nº 670/15, e o 164, pela Resolução ANEEL nº 479/12.

A revogação deu-se por meio da edição das novas resoluções, mantendo-se, porém, as mesmas determinações contidas na primeira.

Assim é que, a Resolução nº 800/17, última vigente à época dos fatos geradores do presente processo, assim estabelece:

"Art. 53-A. Pela prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica a distribuidora deve cobrar as tarifas homologadas pela ANEEL nos processos tarifários.

§ 4º As tarifas devem ser aplicadas de acordo com o tipo de usuário, o grupo e subgrupo, classe e subclasse e a modalidade tarifária a que estiver enquadrada a unidade consumidora, observadas as disposições deste Capítulo.

§ 5º Para fins de aplicação tarifária, as unidades consumidoras devem ser classificadas de acordo com a atividade comprovadamente exercida, a finalidade de utilização da energia elétrica e o atendimento aos critérios para enquadramento previstos neste Capítulo e na legislação, em uma das seguintes classes tarifárias:

II - industrial;

§ 7º Quando houver mais de uma atividade na mesma unidade consumidora sua classificação deve corresponder àquela que apresentar a maior parcela da carga instalada, observado o disposto no § 2º do art. 53-O e no parágrafo único do art. 53-Q.

(...)

Art. 53-B As tarifas homologadas pela ANEEL deverão ser reduzidas quando de sua aplicação aos consumidores e demais usuários do serviço público quando houver a previsão legal de benefícios tarifários, ou, conforme Seção XII deste Capítulo, quando o benefício tarifário for concedido de forma voluntária pelas distribuidoras.

(...)

Art. 53-F Na classe industrial enquadram-se as unidades consumidoras em que seja desenvolvida atividade industrial, ”

Entendo que, se 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 há época da contratação. Não se tratando simplesmente de estabelecimentos comerciais de revenda de produtos alimentícios, mas sim de estabelecimentos que fabricam os próprios produtos, o que caracteriza a atividade industrial, fazendo jus ao enquadramento na classe de consumo industrial e ao benefício fiscal.

É de se salientar que o disposto no artigo 268 do RICMS, tem por base justamente, o determinado pelo Convênio ICMS 115/03, base para a concessão do benefício por parte da Recorrente, não podendo, desta forma, o agente administrativo alterar os conceitos que fogem à sua competência, o que, assim ocorrendo, ensejaria o enriquecimento ilícito do Estado, ainda mais ao se considerar que em nada se beneficiou a Recorrente na concessão, apenas fez cumprir o objetivo econômico e social a que o mesmo se destina.

Entretanto, analisando detidamente o relatório remanescente da última diligencia fiscal, pude observar que realmente, remanesçiam na infração contribuintes com inscrição estadual baixada até 31/12/2019, ou seja, anterior ao Auto de Infração, bem como haviam algumas atividades que não estavam contempladas com a possível redução, dentre elas:

Comércio a varejo de pneumáticos e câmaras-de-ar
Comércio atacadista de alimentos para animais
Comércio atacadista de sisal
Comércio varejista de materiais de construção em g
Comércio varejista de móveis
Comércio varejista de suvenires, bijuterias e arte
Envaseamento e empacotamento sob contrato
Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares
Montagem de estruturas metálicas
Motéis
Obras de alvenaria

Dessa forma, entendo que deva ser mantido os lançamentos nesses pontos.

Já, as atividades abaixo listadas, excluo da autuação por entender que efetivamente de trata de atividades industriais:

Fabricação de produtos de panificação
Impressão de livros, revistas e outras publicações periódicas
Aparelhamento de pedras para construção
Fabricação de artefatos de material plástico
Impressão de material para outros usos
Hotéis
Aparelhamento de placas e execução de trabalhos em mármore
Fabricação de estruturas metálicas
Fabricação de acessórios do vestuário
Fabricação de outros artigos de carpintaria para construção

Quanto ao caráter confiscatório, desproporcional e muito pouco razoável da multa, apesar de concordar com o Sujeito Passivo, informo que foge à competência deste Conselho a apreciação de tal matéria, haja vista que nela está incluída a análise de constitucionalidade, o que é vedado pelo artigo 167 do RPAF/BA, além do fato de que a multa aplicada está prevista em lei.

Ressalte-se que parte dos valores remanescentes foram liquidados conforme abaixo, devendo o mesmo ser homologado.

➤ Auto de Infração nº 298633.0003/21-1 (processo administrativo nº 051642/2021-1):

- Considerando-se que uma parcela do débito consubstanciado no auto de infração em questão será objeto de impugnação dentro do prazo legal (abaixo denominada “cadastro correto”), o presente requerimento se refere apenas à parte que não será impugnada, reconhecida como devida, pela COELBA, do Auto de Infração nº 298633.0003/21-1 (processo administrativo nº 051642/2021-1), doravante denominada “cadastro incorreto” no valor detalhado abaixo:



Status do cadastro	Quant. Clientes	Valor Principal R\$	%
Cadastro Incorreto	296	R\$ 138.081,49	69%
Cadastro Correto	183	R\$ 62.716,42	31%
Total	479	R\$ 200.797,91	100%

- Valor a ser pago em espécie (25% do débito fiscal reconhecido como devido) - art. 317, §4º-A do RICMS/BA:

Assim, à luz do que analisei, da legislação pertinente, dos conceitos legais que identificam as atividades abrangidas no processo, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário e julgo o Auto de Infração em apreço PARCIALMENTE PROCEDENTE, reformando, desta forma a decisão de piso, a qual fica assim liquidada:

Data	Julgado JJF	Redução CJF	Julgado CJF
Jan/20	25.626,73	3.055,57	22.571,16
Fev/20	25.751,66	2.774,46	22.977,20
Mar/20	25.149,46	2.853,48	22.295,98
Abr/20	21.381,40	2.266,67	19.114,73
Mai/20	13.212,84	1.688,48	11.524,36
Jun/20	11.926,85	1.644,85	10.282,00
Jul/20	13.185,30	1.819,17	11.366,13
Ago/20	12.632,19	1.748,39	10.883,81
Set/20	12.549,72	1.785,68	10.764,04
Out/20	13.667,58	1.882,56	11.785,02
Nov/20	11.581,36	1.634,77	9.946,59
Dez/20	14.132,82	2.351,00	11.781,82
Total	200.797,91	25.505,08	175.292,83

VOTO VENCEDOR (Quanto às padarias)

Peço licença para divergir da i. relatora no que concerne à redução de base de cálculo no que concerne aos clientes que desenvolvem a atividade de padaria, pois para estes a jurisprudência

pacificada neste Conselho de Fazenda apenas a admite quando, de forma principal, industrializam os seus produtos para venderem a outros contribuintes, e não a consumidores finais, como soe acontecer com os que foram objeto do presente Auto de Infração.

Assim, com a inserção na autuação dos valores relativos a tais clientes, os valores a serem exigidos ficam da seguinte forma:

Data	Julgado JJF	Redução CJF	Julgado CJF
Jan/20	25.626,73	328,05	25.298,68
Fev/20	25.751,66	274,37	25.477,29
Mar/20	25.149,46	222,32	24.927,14
Abr/20	21.381,40	191,43	21.189,97
Mai/20	13.212,84	162,73	13.050,11
Jun/20	11.926,85	163,13	11.763,72
Jul/20	13.185,30	212,27	12.973,03
Ago/20	12.632,19	182,75	12.449,44
Set/20	12.549,72	199,53	12.350,19
Out/20	13.667,58	270,95	13.396,63
Nov/20	11.581,36	255,68	11.325,68
Dez/20	14.132,82	217,81	13.915,01
Total	200.797,91	2.681,02	198.116,89

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298633.0003/21-1**, 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\$ 198.116,89**, 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 recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à padaria) – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, José Adelson Mattos Ramos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto à padaria) – Conselheiras: Valdirene Pinto Lima, Camila Magnavita da Fonseca Camargo e Evalda de Brito Gonçalves.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA/VOTO VENCIDO
 (Quanto à padaria)

PAULO DANILO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR
 (Quanto à padaria)

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS