

PROCESSO
RECORRENTE
RECORRIDA
RECURSO
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- A. I. N° 299324.0004/21-1
- COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
- RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 5^a JJF n° 0119-05/22-VD
- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
- INTERNET 18.06.2025

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0118-11/25-VD**

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas razões recursais tem razão quando questiona de que os autuantes sugiram que só autuaram as situações em que a unidade consumidora não se encontrava dentre as classes industriais. Este relator identificou diversas empresas cuja atividade econômica se enquadra naquelas beneficiárias da redução da base de cálculo, quando adotado como parâmetro a classificação da Comissão Nacional de Classificação do IBGE (CONCLA). Entende-se que devem ser excluídas do lançamento os consumidores cujo CNAE se encontre dentre aqueles atribuídos à seção “C”, pertinentes às indústrias de transformação, cujo código se inicia em 1 a 3. Por se tratar de atividade industrial, entende que devem ser excluídos os consumidores pertinentes à seção B, relativo às indústrias extrativas, cujo CNAE se inicia com 05 a 08, embora na planilha da última diligência não conste o “0” nas atividades. Também devem ser excluídos os hotéis, por conta da previsão específica do art. 268, XVII, “a”, item 2 do RICMS/BA. Como também, entende-se que não há como estender a redução de base de cálculo para além do critério estabelecido pela ANEEL e coincidente com o adotado pela SEFAZ/BA, pertinente à atividade constante no CNAE, exceto para as hipóteses em que a atividade cadastral não é aquela exercida com preponderância, o que, depende de comprovação específica. Destaca-se que da análise do artigo 268, inc. XVII, alínea “a”, itens 1, 2 e 3 do RICMS-BA/2012, 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 no referido dispositivo regulamentar. Trata-se, dessa forma, de um benefício fiscal condicionado, aplicável apenas às unidades consumidoras que se enquadrem nas condições estabelecidas na legislação. É condição para gozo do benefício a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, inclusive, também em conformidade com a resposta dada à consulta feita pela COELBA no Processo n° 982/2007. As empresas que se encontravam com inscrição baixada, quando dos fatos geradores, não podem usufruir do benefício em

comento, uma vez que nessa situação estão impedidas de exercer as atividades que se enquadram nas condições exigidas para gozo da redução da base de cálculo. 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. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto relator quanto às empresas baixadas. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0119-05/22-VD proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 17/12/2021 no valor histórico de R\$ 339.449,59, abordando a seguinte infração:

Infração 01 – 003.002.005 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O contribuinte autuado é uma empresa concessionária de serviço público de energia elétrica. Está sujeito as normas do órgão regulador do setor, que é a AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL e à legislação do ICMS do Estado da Bahia. Emite Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, em uma única via, por sistema eletrônico de processamento de dados, submetendo-se ao disposto no Convênio ICMS 115/2003.

A Tarifa de Energia Elétrica definida pela ANEEL para a COELBA é sem tributos. Esta agrega os tributos PIS/COFINS e ICMS para determinar o preço final aos consumidores.

Para os consumidores que possuem o benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, prevista no art. 268, incisos XVII, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, a COELBA agrega de ICMS 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, a COELBA 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.

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 errónea 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 Cálculos, determinadas com a inclusão de uma carga tributária de 27% e de 12,96%.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única ocorrência relacionada a erro na determinação da base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia elétrica, acarretando recolhimento a menor do imposto.

Na peça acusatória consta que o contribuinte, na condição de empresa concessionária de energia elétrica, aplicou o benefício da redução da base de cálculo de 52%, prevista no art. 268, inc. XVII do RICMS-Ba/2012 para consumidores que não estavam amparados pelo direito à referida redução, conforme se encontra detalhado no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Inicialmente cabe destacar que o contribuinte, ainda na fase de defesa, reconheceu a procedência de parte do Auto de Infração, no valor principal de R\$ 196.922,45. Realizou o pagamento da parcela reconhecida através do Documento de Arrecadação Estadual (DAE) – conforme Doc. 08 juntado à peça impugnatória e relatórios anexados ao PAF entre as fls. 109 a 111. Requereu a decretação de extinção parcial do crédito tributário, nos termos do art. 156, I do Código Tributário Nacional.

Relativamente aos valores recolhidos aos cofres públicos pelo sujeito passivo deverá a Autoridade Fazendária competente proceder à homologação dos pagamentos da empresa autuada, com a correspondente extinção do crédito tributário.

Passaremos doravante a analisar os pontos objeto da impugnação empresarial.

Em razões preliminares foi suscitada pela defesa a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que faltou o detalhamento adequado dos motivos da glosa da redução da base de cálculo do imposto.

Ao examinar o Auto de Infração e seus anexos, constato que a acusação imputada ao autuado está descrita de forma clara e precisa. Os autuantes cuidaram de detalhar a acusação fiscal e a forma de apuração do imposto, conforme se pode observar no descriptivo do Auto de Infração e nos correspondentes anexos reproduzidos em papel e na mídia eletrônica juntados ao PAF entre as fls. 8 a 13, cujo inteiro teor foi entregue ao contribuinte. Apresentado nos citados demonstrativos todas as operações em que se entendeu não aplicável o benefício fiscal.

Oportunizado à deficiente contestar, no mérito, os valores que considerou indevidos e efetuar o pagamento das parcelas que entendeu estarem corretos.

Não houve, portanto, violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer outros direitos de base constitucional, processual ou administrativo, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação empresarial, conforme será melhor abordado no enfrentamento das questões de mérito.

Rejeitada a primeira preliminar de nulidade.

Ainda em sede de preliminar, o autuado argui a nulidade da autuação por ofensa ao princípio da verdade material. Destacou a defesa que na aplicação do benefício da redução da base de cálculo do ICMS há que prevalecer o princípio da primazia da realidade sobre os elementos meramente formais e cadastrais e que a autuação se baseou exclusivamente nas informações existentes no banco de dados da SEFAZ-Ba e na Receita Federal do Brasil (RFB), sem proceder a devida investigação dos fatos.

Acrescentou a defesa que o mais importante para a determinação do benefício fiscal é a efetiva atividade exercida pelo consumidor e que o melhor critério de definição da atividade preponderante da unidade consumidora é a maior parcela da carga instalada, conforme a Resolução ANEEL 414/2010.

Essa arguição de nulidade não merece prosperar. Não há vício formal aqui a invalidar o lançamento fiscal. As informações utilizadas pelos autuantes estão fundamentadas nos CNAEs constantes nos cadastros de contribuintes da SEFAZ-BA e nos dados fornecidos pelo próprio autuado através dos arquivos magnéticos previstos no Convênio 115/2003, norma que uniformizou as informações fiscais prestadas em meio magnético pelos fornecedores de energia elétrica e pelos prestadores de serviços de comunicação.

A questão relativa a uma eventual desconformidade entre os dados existentes nos cadastros da SEFAZ-Ba e da Receita Federal do Brasil (RFB) e a efetiva atividade econômica exercida pelos clientes da COELBA será examinada no enfretamento de mérito quando da análise de cada uma das operações contestadas pela defesa.

Não acolhida também a segunda preliminar de nulidade.

Adentrando ao mérito, observo que os fatos relacionados no Auto de Infração em tela são todos referentes aos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2018 e 2019.

No período objeto do lançamento, o benefício fiscal em exame se encontrava regulamentado na alínea 'a', inciso XVII, Art. 268 do RICMS/BA, (Decreto 13.780/2012), com a seguinte redação:

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;"

Conforme já relatado, a autuação decorreu de recolhimento a menos ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto no fornecimento de energia elétrica. Na apuração da base de cálculo do imposto em operações com consumidores que não estavam contemplados pelo direito à redução de base imponível, o autuado agregou uma carga tributária de 12,96% (27% x 0,48) em vez carga tributária cheia, a alíquota de 27%.

Importante destacar que a tarifa de energia elétrica definida pela ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) para a COELBA é sem tributos. Considerando que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, deve-se agregar a essa base o valor correspondente ao imposto. Essa é a sistemática de cálculo prevista na legislação de regência.

Todavia, nos casos relacionados no Auto de Infração, o autuado agregou valor correspondente a 12,96%, subdimensionando, assim, a base de cálculo e, em consequência, ensejando recolhimento a menos do imposto devido.

Passaremos a abordar na sequência, caso a caso, as situações impugnadas pela defesa em relação aos valores que ainda remanescem em discussão neste Auto de Infração.

Em relação ao pedido defensivo de exclusão das cobranças em relação à empresa **Distribuidora da Água Camaçari**, após exame dos demonstrativos que compuseram o crédito tributário lançado, não consta nenhum valor referente a esse cliente da COELBA. O mesmo se aplica às operações com a Sociedade Anônima Hospital Aliança. Improcedem os reclamos da autuada.

O contribuinte afirmou, na sequência, que o Auto de Infração foi lavrado sem que se observasse o princípio da verdade material. Disse que o importante para a redução da base de cálculo é a atividade efetiva exercida pelo consumidor, destinatário da energia elétrica fornecida pela COELBA. Sustenta que o critério correto de definição da atividade preponderante da unidade consumidora é a maior parcela da carga instalada, conforme a Resolução ANEEL 414/10.

Além da efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento destinatário da energia, também é condição para gozo do benefício a correta classificação fiscal da atividade (CNAE) nos dados cadastrais do contribuinte.

No que tange ao conceito de “classe” e “atividade”, há que ser observado o que dispõe o § 2º do art. 5º da Resolução ANEEL 414/10, que trata da caracterização da “classe industrial” para fins de aplicação de tarifas. Reproduzo na sequência o teor da norma referenciada:

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. (grifos nossos)

A expressão “classe de consumo industrial”, por não estar expressamente definida ou delimitada na norma tributária de regência do ICMS (Convênio ICMS nº 115/2003 e Regulamentos do imposto), deve ter o seu sentido semântico extraído do direito regulatório, positivado na norma da Resolução ANEEL nº 456/2000, sucedida pela Resolução ANEEL nº 414/2010.

Dessa forma, está claro que o procedimento dos autuantes está em conformidade com o conceito de “classe industrial” utilizado pela Resolução ANEEL 414/10. O contribuinte destinatário da energia elétrica, para o gozo do benefício, deve exercer **atividade industrial**, conforme definido no CNAE, devendo ser considerado a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento e a correta classificação fiscal. Trata-se de uma dupla exigência que não deve ser desprezada pelo aplicador da norma.

Importante ainda destacar que no curso da ação fiscal foram detectadas diversas notas fiscais de venda de energia elétrica em que o valor total do consumo estava incompatível com a carga destinada a consumidores da “classe industrial”. Essa questão não foi rebatida pela defesa.

Nestes termos não se vislumbra aqui qualquer desconformidade na interpretação adotada pela Auditoria no que se refere ao conceito de “classe industrial” para efeitos de aplicação do benefício da redução da base de cálculo, especialmente em relação às normas citadas pela defesa, contidas nos arts. 109, 110 e 111 do Código Tributário Nacional.

Na “classe de consumo industrial”, para que se evite discussões intermináveis em torno dos consumidores alcançados pelo benefício fiscal, melhor seria, a nosso ver, que a COELBA enquadrasse nesta benesse fiscal tão somente os contribuintes que demandam efetivamente maior carga de energia elétrica em Kws (kilowatts), em valores superiores ao consumo padrão, limitando assim a redução da base imponível a um número menor de

consumidores, de forma a facilitar a verificação periódica realizada pela concessionária nas visitas “in loco”.

Rejeitado, portanto, o argumento defensivo de desconformidade das cobranças em relação aos consumidores classificados pela Auditoria como não integrantes da “classe de consumo industrial”.

A autuação também recaiu sobre consumidores destinatários da energia elétrica que à época dos fatos geradores estavam com a inscrição cancelada, razão pela qual não poderiam fazer jus ao benefício da redução da base de cálculo do imposto. Em relação a essa desconformidade também não foi aposta nenhuma objeção por parte da defesa.

Quanto às cobranças que recaíram sobre empresas do ramo da construção civil, verifico que conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas, estas 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 conforme o CNAE 2.0”. Detalhamento apresentado no Relatório. Dessa forma, fica afastada a alegação defensiva de que as empresas de construção civil seriam classificadas como indústrias, sobretudo para fins de concessão do benefício fiscal de redução de base de cálculo. Nem mesmo na legislação do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados – de competência federal, as atividades típicas de construção civil, envolvendo a realização de obras por empreitada, subempreitada ou administração estão inseridas no campo de incidência desse tributo. Ordinariamente essas atividades são tributadas pelo ISS municipal e pelo ICMS estadual, este último quando há fornecimento de mercadorias produzidas fora do local da prestação.

Relativamente aos estabelecimentos que o autuado considera como hospitais, saliento que o art. 268, XVII, “a”, “3” do RICMS-BA/12, prevê a redução da base quando a energia elétrica for “destinada à atividade de atendimento hospitalar”.

Os demonstrativos elaborados pelos autuantes relacionam estabelecimentos que executam as atividades: de atenção ambulatorial executadas por médicos e odontólogos (CNAE 86.3); serviços de complementação diagnóstica e terapêutica (CNAE 86.4); serviços profissionais da área de saúde, exceto médicos e odontólogos (CNAE 86.5); serviços de apoio à gestão de saúde (CNAE 86.6); serviços de atenção à saúde humana não especificados anteriormente (CNAE 86.9); todos eles não contemplados no benefício da redução da base de cálculo do ICMS. Dessa forma, agiram corretamente os autuantes quando incluíram na autuação as empresas em questão.

Estes clientes tiveram o valor de consumo de energia condizente com a atividade declarada no cadastro de contribuintes da SEFAZ-Ba e na RFB que é incompatível com a atividade de atendimento hospitalar que necessita de centro cirúrgico, laboratório, radiologia, assistência 24 horas entre outros, que demandam maior carga e consumo de energia elétrica.

Saliento que a alteração introduzida pelo Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, ao omitir o código do CNAE, não ampliou o benefício fiscal, para alcançar outras atividades ligadas ao setor de saúde, ficando o benefício restrito exclusivamente aos estabelecimentos hospitalares, conforme aponta a literalidade do texto da norma.

Quanto aos hotéis, o autuado afirma que basta o estabelecimento praticar atividade de hotelaria, independentemente do CNAE, para que faça jus à redução da base de cálculo.

O argumento defensivo não merece acolhimento, pois não constam dos demonstrativos elaborados pela fiscalização estabelecimentos inseridos nesse ramo de atividade. Os relacionados na autuação são motéis (LE PRIVE MOTEL e MOTEL TREVO). Em relação a esses estabelecimentos, o RICMS-BA/12 expressamente exclui o benefício da redução da base de cálculo. Constam também clientes da COELBA que à época da ocorrência dos fatos geradores estavam com a inscrição baixada no cadastro da SEFAZ-Ba ou na RFB.

Em relação às padarias, os estabelecimentos incluídos na autuação foram aqueles enquadrados no ramo de comércio varejista, CNAE 47.21-1/02 – PADARIA E CONFEITARIA COM PREDOMINÂNCIA DE REVENDA. Houve também a glosa do benefício em relação aos contribuintes que se encontravam com inscrição baixada perante a SEFAZ-Ba. Os argumentos defensivos de que estabelecimentos relacionados na autuação eram industriais não restou demonstrado nos autos.

Em relação às OUTRAS ATIVIDADES INDUSTRIALIS deve prevalecer, para o gozo ou não do benefício fiscal da redução de base de cálculo, a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento. Essa informação inclusive deve ter plena coincidência com os dados cadastrais e a correta classificação fiscal da atividade no Cadastro da Secretaria Fazenda do Estado. No caso de divergência prevalecerá as informações do cadastro de contribuintes do Estado, por corresponder, até prova em contrário da parte interessada, ser a atividade preponderante do contribuinte, que poderá efetuar a correção do CNAE, após certificação “in loco” pelas autoridades fazendárias.

Ademais, não restou provado na peça defensiva, neste tópico, quais estabelecimentos destinatários da energia elétrica estariam inseridos na classe de consumo industrial, nas denominadas “outras atividades”.

Vale salientar que da análise do artigo 268, inc. XVII, alínea “a”, itens 1, 2 e 3, do RICMS-BA/2012, 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 no referido dispositivo regulamentar. Trata-se, portanto, de um benefício fiscal condicionado, aplicável apenas às unidades consumidoras que se enquadrem nas condições estabelecidas na legislação.

Ao tratar dos benefícios fiscais, o art. 11 do RICMS-BA/97, assim dispõe:

Art. 11. 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.

Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.

O autuado afirmou em tópico específico que efetua verificações “in loco”, junto a seus clientes, fato que comprovaria a conformidade das reduções de base de cálculo com a realidade dos fatos. Além disso declarou não poder ser responsabilizado por eventuais irregularidades nas declarações dos seus clientes

Há que se ressaltar que os contribuintes baianos têm livre acesso às informações cadastrais dos inscritos no CAD-ICMS (Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia). O art. 23 do RICMS-BA/12 prevê que os contribuintes do ICMS são responsáveis pela verificação, via Internet, da regularidade cadastral daqueles que com ele promovam transações comerciais.

Portanto, o argumento defensivo de ausência de responsabilidade não merece acolhimento, pois conforme já dito acima as hipóteses de redução de base de cálculo previstas na legislação tributária não podem ser estendidas a situações não expressamente previstas na norma concessiva do benefício.

Pedido defensivo de exclusão ou redução da multa: A multa indicada na autuação é a prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada. Quanto ao alegado caráter de confiscatório dessa rubrica, que estaria em afronta ao art. 150, inc. IV da Constituição de 1988, ressalto que, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Ademais, o pedido de dispensa ou redução de multa não pode ser acolhido por esta instância administrativa, sob o fundamento invocado pela defesa, pois se trata de penalidade pecuniária decorrente de descumprimento de obrigação principal. A apreciação deste pedido exorbita também da competência conferida às Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Cabe ainda destacar que a matéria posta em discussão nesta lide fiscal não é nova neste CONSEF. Há algumas decisões proferidas por este Tribunal Administrativo, a grande maioria em desfavor do sujeito passivo, em que as discussões travadas apresentam conteúdos praticamente idênticos. A título de exemplo cito dois Acórdãos recentes: Ac. nº 0223-02/2020 e Ac. nº 0364-12/2020. Transcrevo abaixo a Ementa do Acórdão originário da 2ª Câmara:

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. Ao agregar o ICMS ao montante da sua própria base de cálculo, o autuado o fez em valor menor que o previsto. A redução de base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de energia elétrica exige que a unidade consumidora esteja classificada na forma da legislação do ICMS 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. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

Ante o acima exposto, nosso é voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração por ausência do detalhamento adequado para as glosas dos benefícios de redução de cálculo, afirmando que a autuação não expõe corretamente e de forma taxativa as inconsistências identificadas entre os sistemas da SEFAZ e da COELBA, tornando ao auto de infração nulo, pois, se há forma definida em lei, o fiscal deveria analisar caso a caso e demonstrar os erros supostamente identificados, o que não ocorreu.

Relata que, além da precária descrição dos fatos, suficiente para acarretar a nulidade do auto e prejuízo à ampla defesa, os fiscais autuantes inseriram contribuintes que efetivamente dispunham de classificação do CNAE que enseja o benefício de redução de base de cálculo e, portanto, fazem jus ao benefício de redução de base de cálculo do ICMS, sendo patente o prejuízo sofrido.

No mérito, defende a anulação da autuação em nome do princípio da verdade material, pois teria privilegiado, para fins de aplicação do benefício de redução de base de cálculos, consumidores que efetivamente exercem as atividades beneficiadas, por meio de vistorias periódicas, a despeito dos seus dados cadastrais, o que melhor atende a finalidade da norma, contando inclusive com pareceres da SEFAZ/BA neste sentido, em consulta anterior formulada pela recorrente e pela SOCIEDADE ANÔNIMA HOSPITAL ALIANÇA.

Aponta ainda a necessidade de reanálise da documentação porque foram considerados consumidores cujos dados cadastrais refletem os CNAES pertinentes às atividades beneficiadas e, por consequência, possuem direito à redução de base de cálculo.

Sustenta que a correta definição da atividade preponderante da unidade consumidora para fim de fornecimento de energia elétrica observa a maior parcela da carga instalada, de acordo com as disposições das Resoluções ANEEL nºs 456/2000 e 414/2010, sendo o critério utilizado na autuação indevido, por se orientar apenas pelo cadastro perante a SEFAZ.

Destaca Parecer Final da SEFAZ/BA no Processo nº 326767/2014-9, da Distribuidora de Água Camaçari, que corrobora a necessidade de prevalecer os critérios, padrões e conceitos da ANEEL para classificação da atividade preponderante da unidade consumidora de energia elétrica, o que também já foi reconhecido em consulta formulada pela recorrente.

Esclarece que, em muitos casos, uma atividade cujo CNAE perante a SRFB ou SEFAZ é formalmente comercial, na realidade pertence à *classe de consumo* industrial, conforme critérios estabelecidos pela ANEEL, que leva em consideração a maior parcela da carga instalada, sendo o que ocorreu no caso em análise onde os consumidores que motivaram a glosa possuem atividade que os insere na classe de consumo industrial, nos termos dos arts. 4º e 6º da Resolução ANEEL nº 414/2010.

Discorre sobre a forma como obedecem às normas regulatórias do setor em que está inserida, destacando ser dos clientes a responsabilidade pelas informações inseridas no sistema, não havendo qualquer obrigação da concessionária de comprovar a veracidade dessas declarações, de modo que a recorrente não pode ser autuada na hipótese de divergência entre as informações da SEFAZ/BA e da Receita Federal, por não ter como obrigar os consumidores a manter cadastro atualizado.

Relata que, mesmo assim, sempre que é solicitada a ligação ou o benefício da redução, efetua inspeção *in loco*, mas não pode ser responsabilizada por modificações posteriores, cuja informação compete ao consumidor, como determina a ANEEL. Afirma que todas as atividades registradas como industriais decorrem de informações fornecidas e mantidas pelos clientes, além de inspeção que realiza no momento que o cliente se declara compatível com as disposições do Convênio ICMS 115/2003, mas não possui responsabilidade em verificar a manutenção desses requisitos e tampouco pode ser penalizada pela eventual incorreção das informações dos clientes.

Reforça que não possui a obrigação de verificar a veracidade das declarações prestadas de acordo com a legislação vigente, sendo dos consumidores a responsabilidade por qualquer irregularidade, pois estes estão obrigados por lei a prestar informações verdadeiras para não gerar pane no sistema elétrico de distribuição, tendo em vista que a carga instalada será mensurada para a classe de consumo correspondente às atividades declaradas, sendo certo que a recorrente não possui qualquer interesse em alterar a carga tributária do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, haja vista que qualquer variação não lhe impactará em face do repasse integral aos consumidores na fatura.

Pontua 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, relacionando os critérios para enquadrar as atividades das empresas de construção civil, hospitais, hotéis, padarias e outras na classe industrial de acordo com os parâmetros contidos em normas da ANEEL, da Receita Federal (Instrução Normativa RFB nº 971/2009), além do próprio RICMS, Regulamento do IPI, e destacando ainda resposta obtida por consulta à SEFAZ/BA (Parecer nº 16056/2007) em relação aos hotéis.

Trata dos conceitos “classe” e “atividade” utilizados pelo RICMS, defendendo sua correta interpretação sistemática com os arts. 109, 110 e 111 do CTN, compreendendo a expressão “classe de consumo” de acordo com a regulamentação veiculada pelo órgão competente (ANEEL) de maneira que deve ser considerada a definição técnica específica do setor elétrico para a expressão “classe de consumo industrial”, como a adotada pelo RICMS ao tratar do critério de abrangência e aplicação da redução de base de cálculo do ICMS.

Observa que, quando quis se referir diretamente à atividade em si o legislador o fez, como ocorreu ao mencionar expressamente “atividade hoteleira” e “atividade hospitalar”, diferentemente de quando adotou como parâmetro a classe de consumo, que seria o caso ao se referir a “classes de consumo industrial e rural”, expressão que possui outra significação e abrangência.

Defende que a interpretação que sustenta decorre do que prescrevem os arts. 109 e 110 do CTN, de modo que para determinar se uma determinada unidade tem direito à redução de base de cálculo destinada à classe de consumo industrial, deve ser observado se sua realidade se enquadra, conforme Resoluções da ANEEL e demais normas regulatórias do setor, sem que isso configure alteração ou invasão da legislação tributária pela legislação regulatória.

Diz ainda que a multa aplicada é confiscatória, pugnando pela sua total improcedência. Conclui requerendo a nulidade do auto de infração ou a sua improcedência, afastando-se ou reduzindo-se a multa aplicada, acaso mantida a autuação.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação e, posteriormente, convertido em diligência para os autuantes, pela 1ª CJF, a fim de que fossem analisados os documentos apresentados pela recorrente para reconhecer a real atividade econômica dos contribuintes indicados como beneficiários da redução da base de cálculo, confrontando seu CNPJ com o Cadastro da SEFAZ à época dos fatos geradores.

Na informação fiscal de fls. 235-236, os autuantes esclarecem que, após o confronto das informações dos cartões CNPJ apresentados com as constantes no cadastro da SEFAZ, observou-se que os clientes com atividade declarada na SEFAZ diferente do CNPJ sofreram glosa da redução de base de cálculo porque não exerciam uma das atividades amparadas pelo benefício à época da ocorrência do fato gerador ou se encontravam com a situação baixada na SEFAZ.

Informam ainda que os clientes com atividade declarada no cadastro da SEFAZ igual à constante do CNPJ sofreram glosa porque na data da ocorrência do fato gerador se encontravam com situação baixada na SEFAZ, pedindo ao final pela procedência da autuação.

A recorrente se manifestou sobre à informação fiscal (fls. 244-249) apontando que não foram trazidos novos elementos aos autos, além dos já apresentados anteriormente, considerando que os cartões CNPJs acostados na sua defesa revelariam uma situação distinta da apresentada na informação fiscal, quanto aos dados dos contribuintes beneficiários da redução de base de cálculo.

Pede que seja anulada a parcela em discussão do auto de infração, observando a ausência de novos elementos capazes de infirmar os documentos apresentados em sua defesa.

Os autos retornaram para apreciação.

É o relatório.

VOTO

A recorrente suscita preliminar de nulidade da autuação por ausência de detalhamento adequado dos motivos das glosas dos benefícios de redução de base de cálculo. Penso, no entanto, que a preliminar não prospera, especialmente porque a própria recorrente reconheceu parcialmente a subsistência do lançamento, recolhendo o montante que entendeu devido ainda no prazo de defesa, aproveitando as reduções admitidas pela legislação estadual.

Isso não significa dizer que jamais haverá nulidade quando o sujeito passivo reconhecer parcialmente o débito. Contudo, no presente caso, a preliminar arguida, acaso procedente, a meu ver, implicaria em reconhecer que o lançamento não dispõe de elementos suficientes para determinar com segurança a infração, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/BA o que, em tese, impediria a identificação de valores a reconhecer como devidos.

Em sentido contrário, diante da plena capacidade da recorrente identificar a subsistência de parte substancial do lançamento e oferecer consistente defesa em relação à parcela remanescente, não vejo como acolher a nulidade alegada.

É verdade que esta realidade pode apenas refletir a qualidade e competência da defesa técnica ora exercida, porém, não vislumbro vícios que impossibilitem ou dificultem a compreensão do lançamento realizado, notadamente porque o auto de infração em discussão foi além dos aspectos formais mínimos, trazendo precisa e completa descrição dos fatos que motivaram a sua lavratura.

Assim, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, em síntese, a discussão está restrita à aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 268, XVII do RICMS/BA, tendo a fiscalização autuado a recorrente por entender que houve a aplicação indevida do benefício fiscal a consumidores que não se enquadraram na classe industrial. A recorrente, por sua vez, se defende sustentando que a SEFAZ/BA, por meio de pareceres (5670/2003, 982/2007, 5842/2012 e 28751/2014), orienta que deve ser considerada a atividade efetiva e preponderantemente realizada pelo estabelecimento, o que teria sido observado, em que pese as informações constantes do cadastro estadual no momento do lançamento possam não corresponder à realidade constatada à época da concessão.

Recentemente, esta Câmara julgou recurso voluntário da recorrente tratando do mesmo assunto, conforme ementa abaixo:

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.

A decisão foi por maioria apenas porque parte dos julgadores não acompanhou a relatora quanto à inclusão das padarias nos consumidores beneficiados pela redução de base de cálculo prevista na legislação.

Em que pese este relator não tenha participado daquele julgamento, comungo da compreensão da Ilma. Cons. Valdirene Pinto Lima, relatora do mencionado acórdão, em parte, no sentido de que os parâmetros estabelecidos pela ANEEL para classificação das unidades consumidoras (arts. 53-A, 53-B e 53-F da Resolução 414/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 800/2017) também são válidos, especialmente quando a identificação por meio do CNAE se revela inviável, até porque não se distanciam do entendimento manifestado pela própria fiscalização, na informação fiscal de fls. 99/105, e a SEFAZ, nos pareceres juntados aos autos.

Ora, ainda que algumas dessas respostas a consultas não tenham decorrido de provocação da recorrente, o seu conteúdo revela a interpretação considerada adequada pela Administração Tributária quanto ao enquadramento dos consumidores para fins de redução da base de cálculo do ICMS na forma do art. 268, XVII do RICMS/BA, na mesma linha das normas da ANEEL que a recorrente aponta em seu favor, salvo melhor juízo.

Observe-se:

Resolução nº 414/2010

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 enquadraram-se as unidades consumidoras 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, ressalvados os casos previstos no inciso V do art. 53-J. (grifamos)

Neste sentido, não vejo como razoável se cogitar da possibilidade de interpretar a legislação tributária sem privilegiar o princípio da isonomia, à luz do que dispõe o art. 108, II do CTN. Portanto, embora a recorrente não seja beneficiária dos efeitos jurídicos da consulta, também não pode ser tratada de forma distinta pela Administração Tributária, salvo quando existir um critério válido de *discrimen*, o que entendo não ser o caso. Além disso, recentemente a recorrente formulou consulta que foi respondida pelo Parecer nº 0100/2024, cujo teor somente reforça o entendimento que já poderia ser extraído daqueles que trouxe aos autos.

Registre-se a resposta apresentada:

O RICMS/BA dispõe:

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

(...)

XVII - das operações com energia elétrica, de forma que a carga tributária corresponda a 15,08%, quando destinada:

- a) às classes de consumo industrial e rural;*
- b) à atividade hoteleira, excetuada a atividade de motel;*
- c) à atividade de atendimento hospitalar.”*

O CONCLA - Comissão Nacional de Classificação do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apresenta as Classificações Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, que são estabelecidas através de classes e subclasses, onde se pode verificar através de códigos que podem ser consultados por qualquer pessoa

no site <https://cnae.ibge.gov.br>

Para saber se uma determinada empresa consumidora exerce uma atividade econômica, a Consulente poderá acessar o site da RFB - Receita Federal do Brasil (<https://www.gov.br/receitafederal>), consultar a situação empresarial da empresa através do Redesim - Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, onde obterá nos Dados da Pessoa Jurídica os códigos e descrições das atividades econômicas principal e secundárias.

Tratando-se de contribuintes do ICMS inscritos na SEFAZ/BA, a Consulente poderá ter acesso aos dados públicos dos seus clientes através do site www.sefaz.ba.gov.br > Inspetoria Eletrônica > Cadastro > Consultas > Cadastro BA > Resumo Cadastral – DIE, onde, através do CNPJ ou Inscrição Estadual, onde obterá informações sobre as atividades principal e secundárias que exercem.

Nessas verificações, a Consulente poderá identificar se uma empresa consumidora exerce preponderantemente uma das atividades industrial, rural, hoteleira (excetuada a atividade de motel) ou de atendimento hospitalar.

Ao consultar o cadastro da empresa consumidora sua cliente e encontrar a atividade preponderante de industrial, rural, hoteleira (excetuada a atividade de motel) ou de atendimento hospitalar, a Consulente poderá aplicar a redução de base de cálculo prevista no art. 268, inciso XVII do RICMS/BA.

Não há necessidade da exigência da empresa consumidora cliente da Consulente possuir Inscrição Estadual na SEFAZ/BA, porque pode ocorrer a situação em que a atividade contemplada com a redução de base de cálculo prevista no art. 268, inciso XVII do RICMS/BA não esteja sob o campo de incidência do ICMS.

Além das atividades objeto do benefício fiscal, a Consulente também deverá verificar se a empresa cliente se encontra com inscrição ativa e regular junto à Receita Federal do Brasil - RFB e, no caso de contribuinte do ICMS da SEFAZ/BA, também se encontra com a Inscrição Estadual ativa e regular.

Portanto, somente mediante a verificação do efetivo exercício preponderante de uma das atividades listadas no art. 268, inciso XVII do RICMS/BA e a situação cadastral ativa e regular junto à RFB e/ou SEFAZ/BA, é que as empresas clientes da Consulente poderão usufruir do benefício de redução da base de cálculo de ICMS.

Por fim, conforme determina o artigo 63 do RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99), que dentro do prazo de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta a presente Consulta, a Consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida e, se for o caso, efetuar o pagamento das quantias porventura devidas.

É o parecer.

Observa-se, portanto, que a recorrente tem razão quando questiona o lançamento, pois, em que pese na informação fiscal de fls. 99-105 os autuantes sugeriram que só autuaram as situações em que a unidade consumidora não se encontrava dentre as classes industriais do CNAE 2.0, na planilha resultante da diligência realizada em 2ª Instância, contida na mídia de fl. 237, este relator identificou diversas empresas cuja atividade econômica se enquadra naquelas beneficiárias da redução da base de cálculo, quando adotado como parâmetro a classificação da Comissão Nacional de Classificação do IBGE (CONCLA).

Portanto, entendo que devem ser excluídas do lançamento os consumidores cujo CNAE se encontre dentre aqueles atribuídos à seção “C”, pertinentes às indústrias de transformação, cujo código se inicia em 1 a 3, conforme relação abaixo:

1013901 Fabricação de produtos de carne
1063500 Fabricação de farinha de mandioca e derivados
1091101 Fabricação de produtos de panificação industrial
1091102 Fabr prod padaria,confeit c/predom de fabr própria
1092900 Fabricação de biscoitos e bolachas
1099604 Fabricação de gelo comum
1122401 Fabricação de refrigerantes
1312000 Preparação e fiação de fibras têxteis naturais, ex
1412602 Confecção, sob medida, de peças do vestuário, exce
1414200 Fabricação de acessórios do vestuário, exceto para
1529700 Fabricação de artefatos de couro não especificados
1539400 Fabricação de calçados de materiais não específica
1610201 Serrarias com desdobramento de madeira
1622602 Fabricação de esquadrias de madeira e de peças de
1622699 Fabricação de outros artigos de carpintaria para c

1623400 Fabricação de artefatos de tanoaria e de embalagen
1629302 Fabricação de artefatos diversos de cortiça, bambu
1733800 Fabricação de chapas e de embalagens de papelão on
1811302 Impressão de livros, revistas e outras publicações
1813001 Impressão de material para uso publicitário
1813099 Impressão de material para outros usos
1821100 Serviços de pré-impressão
1822999 Serviços de acabamentos gráficos, exceto encadernação e plastificação
1921700 Fabricação de produtos do refino de petróleo
2040100 Fabricação de fibras artificiais e sintéticas
2061400 Fabricação de sabões e detergentes sintéticos
2071100 Fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas
2099199 Fabricação de outros produtos químicos não específicos
2110600 Fabricação de produtos farmoquímicos
2229301 Fabricação de artefatos de material plástico para construção
2320600 Fabricação de cimento
2330301 Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto
2330302 Fabricação de artefatos de cimento para uso na construção
2330305 Preparação de massa de concreto e argamassa para construção
2341900 Fabricação de produtos cerâmicos refratários
2342702 Fabricação de artefatos de cerâmica e barro cozido
2391502 Aparelhamento de pedras para construção, exceto as de granito
2391503 Aparelhamento de placas e execução de trabalhos em pedra
2449103 Fabricação de ânodos para galvanoplastia
2452100 Fundição de metais não-ferrosos e suas ligas
2512800 Fabricação de esquadrias de metal
2521700 Fabricação de tanques, reservatórios metálicos e cimento
2539001 Serviços de usinagem, tornearia e solda
2542000 Fabricação de artigos de serralheria, exceto esquadrias
2833000 Fabricação de máquinas e equipamentos para a agricultura e pecuária
2930101 Fabricação de cabines, carrocerias e reboques para veículos
2945000 Fabricação de material elétrico e eletrônico para automóveis
3099700 Fabricação de equipamentos de transporte não especificados
3101200 Fabricação de móveis com predominância de madeira
3102100 Fabricação de móveis com predominância de metal
3104700 Fabricação de colchões
3211601 Lapidação de gemas
3311200 Manutenção e reparação de tanques, reservatórios e depósitos
3314799 Manutenção e reparação de outras máquinas e equipamentos

Por também se tratar de atividade industrial, entendo devem ser excluídos os consumidores pertinentes à seção B, relativo às indústrias extrativas, cujo CNAE se inicia com 05 a 08, embora na planilha da última diligência não conste o “0” nas atividades relacionadas abaixo:

0810003 Extração de mármore e beneficiamento associado
0810006 Extração de areia, cascalho ou pedregulho e beneficiamento
0810099 Extração e britamento de pedras e outros materiais
0899199 Extração de outros minerais não-metálicos não especificados

Também devem ser excluídos os hotéis, por conta da previsão específica do art. 268, XVII, “a”, item 2 do RICMS/BA, conforme código abaixo:

5510801 Hotéis

Todavia, a despeito da interpretação defendida no recurso para os conceitos de classe e atividade utilizados pelo RICMS/BA, entendo que não há como estender a redução de base de cálculo para além do critério estabelecido pela ANEEL e coincidente com o adotado pela SEFAZ/BA, pertinente à atividade constante no CNAE, exceto para as hipóteses em que a atividade cadastral não é aquela exercida com preponderância, o que, a meu ver, depende de comprovação específica.

Sendo assim, não vislumbro como acatar a redução de base de cálculo para os consumidores cuja atividade é classificada dentro da seção de construção civil no CNAE, ainda que não ignore o fato

de que a construção é reconhecida como atividade industrial para diversos fins, como é o caso da Instrução Normativa SRFB nº 971/2009, porque, a meu ver, trilhar este caminho equivaleria à dispensa de tributo por equidade, o que é vedado pelo § 2º, do art. 108 do CTN.

Logo, entendo que deve ser mantido no lançamento o seguinte item:

4399103 Obras de alvenaria

Seguindo as premissas já estabelecidas aqui, também entendo que os consumidores cujas atividades não refletem aquelas consideradas industriais pelo IBGE, devem ser mantidas na atuação, conforme relação abaixo:

4292801 Montagem de estruturas metálicas
4399104 Serviços de operação e fornecimento de equipamento
4520007 Serviços de instalação, manutenção e reparação de
4530704 Comércio a varejo de peças e acessórios usados par
4530705 Comércio a varejo de pneumáticos e câmaras-de-ar
4623107 Comércio atacadista de sisal
4635499 Comércio atacadista de bebidas não especificadas a
4712100 Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios
4721102 Padaria e confeitoria com predominância de revenda
4729699 Comércio varejista de produtos alimentícios em ger
4744001 Comércio varejista de ferragens e ferramentas
4744099 Comércio varejista de materiais de construção em g
4754701 Comércio varejista de móveis
4755502 Comercio varejista de artigos de armário
4755503 Comercio varejista de artigos de cama, mesa e banh
4761001 Comércio varejista de livros
4789001 Comércio varejista de suvenires, bijuterias e arte
4789099 Comércio varejista de outros produtos não especifi
5510803 Motéis
5611201 Restaurantes e similares
5611203 Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares
5811500 Edição de livros
5822101 Edição integrada à impressão de jornais diários
5829800 Edição integrada à impressão de cadastros, listas
8211300 Serviços combinados de escritório e apoio administ
8630503 Atividade médica ambulatorial restrita a consultas
8650004 Atividades de fisioterapia
9521500 Reparação e manutenção de equipamentos eletroeletr

Observe-se ainda que, embora o RICMS/BA mencione a atividade de atendimento hospitalar no item 3, da alínea “a”, do inciso XVII do art. 268, o CNAE desta atividade é o 86.1 *Atividades de atendimento hospitalar* e, portanto, não abarca os serviços que também constam na lista acima.

Registro, por fim, que a existência de empresas com baixa, na SEFAZ/BA ou na SRFB, por si só, não é suficiente para impor à recorrente o ônus da diferença do tributo, como pretende a autuação. Embora as respostas às consultas fornecidas indiquem a necessidade de consulta quando da concessão do benefício, não há obrigação de fiscalização permanente por parte da concedente, na legislação tributária.

Observe-se, inclusive, que a revisão cadastral mencionada no art. 53-X da Resolução da ANEEL nº 414/2010 somente se aplica nas hipóteses de benefício com prazo determinado, haja vista que há previsão expressa de que sua necessidade deve ser notificada seis meses antes do prazo da renovação (§ 3º), o que não é o caso da redução de base de cálculo em discussão.

Destarte, entendo que, do ponto de vista da fornecedora de energia elétrica, a existência de consumo na unidade é uma realidade que melhor reflete a manutenção da atividade econômica do que uma eventual cessação das atividades que poderia justificar a baixa cadastral. Assim, não vejo como exigir da concessionária o exercício do *poder de polícia* (fiscalização do funcionamento) que sequer possui legitimidade para exercer.

Uma coisa é a necessidade de aferir a atividade econômica quando da concessão do benefício, o que é necessário, como esclarece a resposta à consulta, outra diferente é a obrigação de fiscalização periódica desta informação, o que me parece não haver previsão legal e não pode ser imposto por interpretação.

Portanto, divirjo, neste ponto, do voto proferido pela Ilma. Cons. Valdirene Pinto Lima no Acórdão CJF nº 0258-11/24-VD, para também excluir da autuação as empresas que, embora baixadas, possuam indicação de atividade econômica compatível com a redução da base de cálculo, seja por não ser a baixa suficiente para caracterizar a ausência de atividade ou a modificação da sua natureza, seja pela falta de previsão legal da obrigação de fiscalização pela concessionária.

Quanto à penalidade e acréscimos, não vejo como prosperar a pretensão recursal, pois as multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-los por eventual inconstitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Por outro lado, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Consequentemente, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, fixando o débito remanescente da recorrente – haja vista o recolhimento efetivado ainda no prazo de impugnação – conforme demonstrativo abaixo:

Data	Diligência CJF	Julgado CJF
jan/18	4.486,23	2.164,62
fev/18	3.696,12	2.082,97
mar/18	3.633,46	1.945,34
abr/18	3.598,71	2.033,10
mai/18	4.121,04	2.448,97
jun/18	4.436,05	2.518,89
jul/18	4.449,20	2.500,78
ago/18	4.683,35	2.674,62
set/18	5.370,95	2.547,89
out/18	5.005,67	2.819,07
nov/18	6.459,92	3.229,98
dez/18	6.292,95	3.248,91
jan/19	5.811,29	3.021,82
fev/19	6.563,30	3.141,44
mar/19	7.315,16	3.461,25
abr/19	6.737,25	3.087,64
mai/19	7.420,92	3.606,17
jun/19	6.891,79	3.324,28
jul/19	7.146,55	3.470,68
ago/19	6.515,83	3.048,63
set/19	7.632,28	3.415,28
out/19	8.676,59	4.140,69
nov/19	8.145,93	3.854,87
dez/19	7.436,61	3.721,84
Total	142.527,13	71.509,74

VOTO VENCEDOR

Peço vênia para divergir do voto do Ilustre Relator, apenas no que concerne ao seu entendimento de que a existência de empresas com baixa, na SEFAZ/BA ou na SRFB, por si só, não é suficiente para impor à recorrente o ônus da diferença do tributo.

Destaco que da análise do artigo 268, inc. XVII, alínea “a”, itens 1, 2 e 3 do RICMS-BA/2012, 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 no referido dispositivo regulamentar. Trata-se, dessa forma, de um benefício fiscal condicionado, aplicável apenas às unidades consumidoras que se enquadrem nas condições estabelecidas na legislação.

Portanto, é condição para gozo do benefício a efetiva e preponderante atividade realizada pelo estabelecimento, inclusive, também em conformidade 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 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”.

Destarte, as empresas que se encontravam com inscrição baixada, quando dos fatos geradores, não podem usufruir do benefício em comento, uma vez que nessa situação estão impedidas de exercer as atividades que se enquadram nas condições exigidas para gozo da redução da base de cálculo.

Ademais, vale salientar que 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.

Ressalto, ainda, que essa matéria já foi objeto de julgamento nesta corte, através do Acórdão CJF nº 0258-11/24-VD, cuja decisão caminhou nesse mesmo entendimento.

Diante do exposto, deve ser mantida na autuação as operações com as empresas que se encontravam na situação de baixadas no cadastro da SEFAZ.

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

Data	Diligência CJF	Julgado CJF
jan/18	4.486,23	4.144,90
fev/18	3.696,12	3.489,36
mar/18	3.633,46	3.459,51
abr/18	3.598,71	3.419,69
mai/18	4.121,04	3.911,00
jun/18	4.436,05	4.201,07
jul/18	4.449,20	4.251,55
ago/18	4.683,35	4.470,75
set/18	5.370,95	5.163,77
out/18	5.005,67	4.766,71
nov/18	6.459,92	6.129,70
dez/18	6.292,95	5.955,02
jan/19	5.811,29	5.415,40
fev/19	6.563,30	6.209,56
mar/19	7.315,16	6.906,78
abr/19	6.737,25	6.395,24
mai/19	7.420,92	7.056,06
jun/19	6.891,79	6.576,74
jul/19	7.146,55	6.811,85
ago/19	6.515,83	6.248,06
set/19	7.632,28	7.288,68
out/19	8.676,59	8.230,90
nov/19	8.145,93	7.704,02
dez/19	7.436,61	7.011,90
Total	142.527,13	135.218,20

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 299324.0004/21-1, 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\$ 135.218,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto às empresas baixadas) – Conselheiros(as): Luís Roberto de Sousa Gouvêa, José Adelson Mattos Ramos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto às empresas baixadas) – Conselheiros(as): Anderson Ítalo Pereira, Bruno Nou Sampaio e Valdirene Pinto Lima.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2025.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto às empresas baixadas)

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - VOTO VENCEDOR
(Quanto às empresas baixadas)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS