

A. I. Nº - 298922.0003/09-2
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
AUTUANTE - LUIS ADRIANO A. CORREIA, PEDRO JOSÉ S. ARAÚJO, CARLOS RAMOS M. FILHO, LUCIANA MATHIAS ALMEIDA E ROSALVO RAMOS VIEIRA FILHO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06/10/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0252-03/10

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Deve ser efetuado estorno ou anulação do tributo recolhido indevidamente, mediante utilização de crédito fiscal, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na apuração do imposto, entretanto, no presente caso, diligência fiscal realizada pelo próprio autuante apurou a inexistência de imposto a ser exigido no presente lançamento. Infração insubsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/12/2009, refere-se à exigência de R\$455.089,79 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Consta, na descrição dos fatos, que após análise minuciosa das segundas vias das Notas Fiscais retificadas e retificadoras, constatou-se que uma parte delas não apresentava justificativa aceitável para os estornos efetivados, especificamente no que concerne aos motivos de estorno denominados “Anulação por Improcedência” e “Anulação de Baixa de Contrato”. Assim, o débito apurado neste Auto de Infração refere-se apenas aos valores de ICMS estornados sob as mencionadas rubricas. Foi informado, ainda, que foram expurgadas do presente lançamento as Notas Fiscais cobradas no Auto de Infração de nº 269095.0001/06-0, lavrado em 11/09/2006.

O autuado apresentou impugnação (fls. 72 a 86), pedindo a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa. Diz que a autuação é ato plenamente vinculado, devendo o agente público observar todos os termos legais e regulamentares. Transcreve os arts. 19 e 39 do RPAF/BA e alega que os autuantes se limitaram a afirmar que o autuado efetuou estornos de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Diz que no detalhamento da infração, em que deveria ter sido feita uma descrição clara e precisa, os autuantes limitaram a afirmar genericamente que “uma parte delas não apresentava justificativa aceitável para os estornos efetivados...” O defendente entende que o caráter demasiadamente genérico, obscuro e impreciso da descrição e da fundamentação do Auto de Infração cerceou o seu direito de defesa, na medida em que não contém elementos suficientes para se determinar ou identificar, com segurança, a infração. Salaria que nem mesmo os dispositivos legais ditos como infringidos trazem qualquer detalhamento ou esclarecimento a respeito dos motivos pelos quais as justificativas do defendente para os estornos não seriam aceitáveis. Em seguida o impugnante transcreve os dispositivos do RICMS/BA indicados no Auto de Infração, bem como da multa aplicada, constante na Lei 7.014/96. Alega que a leitura das normas transcritas demonstra que elas apenas tratam genericamente dos casos e procedimentos de estorno de ICMS. Pede a nulidade do Auto de Infração. Alternativamente, na hipótese de se entender que os vícios alegados não ensejam a nulidade da autuação, pede que seja realizada diligência para discriminar de forma clara e precisa, para cada uma das ocorrências, a existência de exigência fiscal, quais dentre as justificativas apresentadas

aceitáveis, bem como, os motivos pelos quais elas não foram aceitas, devendo reabrir o prazo de defesa. Também como preliminar, o defendente alega a decadência de a Fazenda Pública Estadual exigir os débitos referentes a períodos anteriores a dezembro de 2004, citando o art. 150, § 4º da Constituição Federal. Diz que o presente Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2009, tendo sido comunicado ao autuado no dia imediatamente subsequente, 23/12/2009. Por isso, entende que estão fulminadas pela decadência as cobranças referentes ao período de janeiro de 2004 a 21 de dezembro daquele mesmo exercício.

No mérito, o defendente alega que apesar do caráter demasiadamente genérico, da autuação, mesmo assim, tem certeza de que a autuação é totalmente improcedente. Informa que todas as anulações de fatura, retificações e/ou cancelamentos de notas fiscais, bem como os estornos de ICMS foram realizados com estrita observância da legislação fiscal. Alega que em todos esses casos, após revisão interna ou judicial, foram verificadas situações que, embora tenham sido reputadas como passíveis de incidência de ICMS, na realidade corresponderam a situações fáticas de não incidência do imposto. Quanto ao procedimento interno de revisão/cancelamento de faturas, informa que, com base nas orientações do órgão regulador (ANEEL), o defendente possui um regulamento interno, no qual estão discriminados os procedimentos e as competências para a revisão ou cancelamento das cobranças referentes à prestação de serviço de distribuição de energia elétrica aos consumidores em geral. Esclarece que a anulação prevista no mencionado regulamento obedece a princípios e diretrizes, que o defendente relacionou na fl. 81 do PAF. Cita exemplo e informa que anexou aos autos, juntamente com a impugnação, planilha com detalhamento dos motivos que ensejaram as anulações das faturas por improcedência e por baixa de contrato, acompanhada da documentação comprobatória de tais motivos. Diz que a baixa de contrato corresponde à situação na qual o cliente do defendente (consumidor), por razões diversas e pessoais, solicita a interrupção do fornecimento de energia elétrica, com a consequente baixa ou rescisão do contrato. Na maioria das vezes as solicitações de baixa de contrato não coincidem com as datas de início e encerramento das medições para cobrança, o que pode implicar na cobrança do consumo residual. Para tanto, é emitida fatura de baixa do contrato, referente àquele valor residual. Assegura que são exatamente essas faturas que foram anuladas sob a rubrica “Anulação por Baixa de Contrato”, por razões diversas:

- a) Desistência do cliente, que após a solicitação de encerramento ou interrupção do fornecimento de energia elétrica e emissão da fatura de baixa correspondente ao período residual, o cliente desiste da baixa e solicita a perpetuação normal do contrato antes do corte do fornecimento de energia.
- b) Erro de leitura do medidor para emissão da fatura de baixa. Neste caso, após a instauração de procedimento interno de revisão, é apurado e constatado erro de leitura do medidor, com a consequente anulação da fatura de baixa e emissão de outra correta, em sua substituição.
- c) Erro na identificação do tipo de solicitação na unidade consumidora (cliente). Quanto da realização do corte a Coelba é comunicada pelo cliente que, na realidade, não pretendia a baixa do contrato, mas outra medida como, por exemplo, a mudança de titularidade do contrato ou a mudança do local de instalação do medidor ou sua substituição. Diante disso, é anulada a fatura de baixa e, em substituição, emitida fatura normal referente ao ciclo mensal completo de consumo.

Quanto às anulações por improcedência, o defendente informa que correspondem a uma gama bastante diversa de situações nas quais se constatou, por motivos e meios dos mais variados, a cobrança indevida imputada pela Coelba ao consumidor (cliente). Enumera, exemplificativamente, algumas das principais situações que ensejaram tal tipo de anulação: ativação indevida de contrato, cobrança realizada em outro contrato, contratos em duplicidade, emissão de faturas em duplicidade, decisão judicial, fatura fraude a)

O defendente assegura que todas as hipóteses explicitadas correspo
constatou que o fornecimento de energia elétrica que se pensava te

da fatura objeto de posterior anulação, na realidade não aconteceu ou se realizou em medida ou quantidade diferente daquela que foi objeto da fatura anulada. Assim, entende que o Auto de Infração afigura-se totalmente improcedente. Reafirma o pedido de nulidade do Auto de Infração, por violação aos arts. 2º, 18 e 19 do RPAF/BA e, na hipótese de ser ultrapassada a preliminar de nulidade e decadência, que a autuação fiscal seja julgada totalmente improcedente.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 318 a 323 dos autos, esclarecem que o autuado é uma empresa concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, emite mensalmente cerca de 4,5 milhões de Notas Fiscais Conta de Energia Elétrica (NFCEE) e, em algumas situações, efetua estornos de débitos de ICMS constante em documento fiscal relativo ao fornecimento de energia elétrica, conforme estabelece o art. 571, VII do RICMS/BA. Dizem que o mencionado dispositivo regulamentar prevê as informações que devem ser prestadas ao fisco através de relatório elaborado pelo autuado por período de apuração do imposto, e de forma consolidada. Informam que a alínea “g” do citado artigo do RICMS raramente vem sendo cumprido pelo defendente, e que uma análise no arquivo magnético acostado aos autos, constatarem que no campo da NFCEE emitida em substituição àquela objeto do estorno de débito, existe um espaço em branco, sem identificação do número da NFCEE, o que impossibilitou o cruzamento de dados e informações entre as notas estornadas e aquelas que as substituíram. Entendem que há situações em que não há uma NFCEE que venha substituir aquela que foi objeto de estorno de débito, uma vez que a nota fiscal original foi anulada, a exemplo da ativação indevida de contrato, contratos em duplicidade, faturas em duplicidade, decisão judicial, fatura fraude anulada. Dizem que essas informações esclarecedoras não foram prestadas pelo autuado ao longo do desenvolvimento dos trabalhos de auditoria. Refutam a alegação de cerceamento de defesa e de decadência, citando acórdãos do CONSEF. Informam que apesar de discordarem das alegações defensivas, as explicações e justificativas apresentadas pelo contribuinte são aceitáveis, necessitando de prova material que consubstancie tais alegações. Pedem que este órgão julgador delibere pela realização de diligência para que os autuantes intimem o defendente a apresentar as segundas vias das NFCEE canceladas e aquelas posteriormente emitidas em substituição, naquelas situações que entendem ter ocorrido a emissão da nota fiscal retificadora.

Considerando as alegações apresentadas pelo defendente e que os autuantes, na informação fiscal, apresentaram o entendimento de que as justificativas apresentadas pelo contribuinte são aceitáveis, necessitando de prova material que consubstancie tais alegações, pedindo a realização de diligência para que o defendente comprove os fatos alegados, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência, para que os autuantes intimassem o defendente a comprovar as alegações defensivas com a apresentação de documentos previstos na legislação, inclusive as segundas vias das NFCEE canceladas e aquelas posteriormente emitidas em substituição, naquelas situações em que seja necessário tal procedimento. Em seguida, a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que anexados aos autos pelos autuantes, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento ao solicitado, foi prestada nova informação fiscal pelos autuantes às fls. 330/333, dizendo que, da análise efetuada nas notas fiscais encaminhadas pelo defendente, em confronto com os lançamentos no Sistema SIC da COELBA (fls. 123 a 314) constatarem a consistência das explicações e justificativas apresentadas pelo contribuinte às fls. 82/85 do PAF. A título de exemplo, anexaram aos autos (fls. 334 a 347) algumas das segundas vias das NFCEE encaminhadas pelo autuado, em atendimento à intimação, para que os julgadores possam verificar que os estornos de débito efetivados estão amparados por documentação regular. Informam que a NFCEE anexada à fl. 334 foi emitida em substituição à NFCEE de nº 20040112020075915, emitida em 12/01/2004, e constante no demonstrativo elaborado pela fiscalização às fls. 20 a 49 do PAF, tendo em vista que a primeira nota apresentava leitura indevida. O nº 20040401020061688 (fl. 336) emitida em substituição à NFCEE nº 20 esta continha erro grosseiro de leitura, conforme se constata às

outros exemplos e dizem que o autuado apresentou documentação que justifica os estornos de débito objeto da glosa. Por isso, opinam pela improcedência do presente Auto de Infração.

Foi expedida intimação ao sujeito passivo (fl. 348), acompanhada de cópias da informação fiscal e demais documentos acostados aos autos pelos autuantes, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O autuado alegou que o caráter demasiadamente genérico, obscuro e impreciso da descrição dos fatos e da fundamentação do Auto de Infração cerceou o seu direito de defesa, na medida em que não contém elementos suficientes para se determinar ou identificar, com segurança, a infração. Entretanto, constato que o autuado entendeu a autuação fiscal, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, indicando as cobranças alegadas como indevidas, se referindo ao levantamento fiscal.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente aos fatos ocorridos no exercício de 2004, foi alegado nas razões de defesa, que o fisco não exerceu, de forma tempestiva, o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/2004 a 10/2004, fundamentando a sua alegação no art. 150 do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

***Art. 150** O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

***Art. 28.** Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 da efetivação do lançamento pelo contribuinte

homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

§ 5º *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto, relativos ao exercício de 2004, têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2009. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2009, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de estorno de débito de ICMS efetuado pelo autuado, em desacordo com a legislação deste imposto. De acordo com a descrição dos fatos, após análise minuciosa das segundas vias das Notas Fiscais retificadas e retificadoras, constatou-se que uma parte delas não apresentava justificativa aceitável para os estornos efetivados, especificamente no que concerne aos motivos de estorno denominados “Anulação por Improcedência” e “Anulação de Baixa de Contrato”.

Em sua impugnação, o autuado alegou que as anulações de fatura, retificações e/ou cancelamentos de notas fiscais, bem como os estornos de ICMS foram realizados com estrita observância da legislação fiscal; que em todos os casos, após revisão interna ou judicial, foram verificadas situações que, embora tenham sido reputadas como passíveis de incidência de ICMS, na realidade corresponderam a situações fáticas de não incidência do imposto; que, com base nas orientações do órgão regulador (ANEEL), o defendente possui um regulamento interno no qual estão discriminados os procedimentos e as competências para a revisão ou cancelamento das cobranças referentes à prestação de serviço de distribuição de energia elétrica aos consumidores em geral.

O defendente esclarece que faturas foram anuladas sob a rubrica “Anulação por Baixa de Contrato”, por razões diversas, que são objeto da autuação fiscal. Também prestou esclarecimentos quanto às “Anulações por Improcedência”, informando que essas anulações correspondem a uma gama bastante diversa de situações nas quais se constatou, por motivos e meios dos mais variados, a cobrança indevida imputada pela Coelba ao consumidor (cliente).

De acordo com a diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal os autuantes esclareceram que após a análise efetuada nas notas fiscais encaminhadas pelo defendente, em confronto com os lançamentos no Sistema SIC da COELBA (fls. 123 a 314), constataram a consistência das explicações e justificativas apresentadas pelo contribuinte às fls. 82/85 do PAF. A título de exemplo, anexaram aos autos (fls. 334 a 347) algumas das segundas vias das NFCEE encaminhadas pelo autuado em atendimento à intimação. Citam diversos exemplos e dizem que em decorrência da apresentação pelo autuado da documentação que justifica os estornos de débito objeto da glosa, opinam pela improcedência do presente Auto de Infração.

Observo que deve ser efetuado estorno ou anulação do tributo recolhido indevidamente, mediante utilização de crédito fiscal, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na apuração do imposto.

Trata de exigência de imposto capaz de ser elidida pelo sujeito passivo, mediante apresentação de documentos que justifiquem a utilização do crédito fiscal tendo em vista que cabe ao impugnante exhibir provas de que não cometeu a infração. No caso em exame, os autuantes atestaram que as provas apresentadas pelo autuado são suficientes e que não há imposto a exigir, tendo sido acatadas as alegações defensivas.

Considerando as informações prestadas pelos autuantes, concluo que está cessada a lide, sendo insubsistente a exigência do imposto no presente PAF, considerando a inexistência de imposto a ser exigido no presente lançamento.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298922.0003/09-2, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA