

A.I. Nº - 207092.0009/17-6
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
AUTUANTES - LUIZ ROBERTO SANTOS FERREIRA, ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS e
LÚCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.02.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-06/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Autuada utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, sem efetuar o estorno correspondente previsto no §3º, do art. 33 da Lei nº 7.014/96. Autuada não ingressa com o recurso previsto no Art. 81 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Não há previsão legal para o acatamento, pelos Autuantes, dos valores de ICMS referentes a documentos fiscais objetos dos pedidos de restituição de indébito fiscal parcialmente indeferidos. Reduções do valor do ICMS exigido não acolhidas, em razão do não cumprimento das regras estabelecidas pelos Arts. 79 e 81 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 06/11/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$2.242.664,26, (dois milhões, duzentos e quarenta e dois mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e vinte e seis centavos), referente a fatos geradores ocorridos nos meses de Julho a Novembro, de 2015, com a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.86: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 13/11/2017 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 11/01/2018, peça processual que se encontra anexada às fls. 25/760. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procura constante nos Autos às fls. 55.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia tecendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, faz um breve resumo sobre a acusação fiscal que deu origem ao Auto de Infração e o valor do crédito tributário lançado. Declara que a autuação se encontra eivada de vícios incontornáveis, sendo imperioso o oferecimento da vertente defesa, com o fim de expurgar o crédito tributário constituído em seu desfavor, na forma das razões expostas adiante.

Fala sobre a aplicação dos princípios da verdade formal e da verdade material, registrando que este último deve nortear o Processo Administrativo-Fiscal. Cita a doutrina de James Marins sobre o tema. Afirma que o princípio da verdade material, inclusive, encontra-se expressamente albergado no RPAF/BA (Decreto nº 7.629/1999).

Diz que, ao arreio da norma princípio lógica em questão, a autoridade fiscalizatória, no desenvolvimento da fase procedural (etapa anterior ao contencioso administrativo, inaugurada pela Impugnação do contribuinte), lavrou o auto ora combatido sem analisar diversas questões, entre as quais:

- 3.253 notas fiscais foram canceladas e tiveram, na sequência, nova emissão (refaturamento) (Doc. 04/fls. 63/134);
- 1.052 notas fiscais foram canceladas por determinação judicial (Doc. 05/fls. 135/325);
- 257 notas fiscais foram canceladas por diversos motivos, devidamente justificados sob o ponto de vista regulatório (Doc. 06/fls. 326/750).

Afirma que todos esses acontecimentos acabam por subsidiar entendimento em sentido contrário ao que externaram os Auditores Fiscais, porque são capazes de comprovar a completa inexistência da infração.

- **DAS NOTAS FISCAIS CANCELADAS E REFATURADAS**

Explica que parte da suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS decorreu, em verdade, do cancelamento de 3.253 notas fiscais, as quais se tornaram, posteriormente, objeto de novo faturamento pela Companhia.

Registra que, nas evidências acostadas à Impugnação (Doc. 04), demonstrou tais ocorrências de acordo com a legenda informada na folha 29 deste PAF. Aduz ser esta informação importante porque, a partir de tais dados, entende que será possível ao Fisco identificar as principais informações sobre as faturas de energia elétrica canceladas, e que foram objeto de novo faturamento (nova emissão de notas fiscais) por parte da Impugnante, o que motiva e legitima o crédito fiscal por ela utilizado, no valor total principal de R\$718.355,22.

Salienta que a própria SEFAZ, em situações idênticas, vem admitindo a utilização de crédito fiscal após a comprovação de reemissão das faturas de energia elétrica, conforme se depreende dos Pareceres Finais acostados às fls. 751/759 (DOC. 07) e que denotam a aceitação da SEFAZ, quando do recebimento de tais justificativas, para fins de utilização de crédito fiscal de ICMS pela empresa. Cita trecho do Parecer Final proferido no Processo Administrativo nº 006397/2017-3.

Diante disso, entende que deve ser excluído do lançamento tributário todos os valores dos créditos de ICMS objeto de cancelamento das notas fiscais com posterior reemissão das faturas de energia elétrica, nos termos acima expostos.

- **DAS NOTAS FISCAIS CANCELADAS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL**

Alega que, além das notas fiscais que foram canceladas, conforme citado acima, outra parte da suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS decorreu do cancelamento de 1.052 notas fiscais, em cumprimento de decisões judiciais, no valor total principal de R\$911.728,70.

Menciona que isso ocorre porque, no desenvolvimento de suas atividades, os consumidores de energia elétrica podem contestar judicialmente as faturas emitidas pela Concessionária, momento em que requerem os correspondentes cancelamentos de notas fiscais. Aduz que, como antecipa o recolhimento do ICMS, nos moldes estabelecidos pelo Decreto Estadual nº 9.250/2004, após os cancelamentos, passa a ser detentora de crédito passível de estorno ou restituição, relativamente à parcela que foi recolhida às suas expensas. Insere, às fls. 31, a legenda utilizada na demonstração das ocorrências acostadas no Doc. 05 (fls. 135/325). Exemplificativamente, cita decisões judiciais proferidas nos Processos nº 0016827-09.2012.8.05.0113; 0102081-58.2013.8.05.0001; e, 0044294-71.2013.8.05.0001.

Entende, assim, restar comprovado que agiu estritamente em cumprimento de decisões judiciais, motivo pelo qual não poderia a SEFAZ efetuar o lançamento ora impugnado.

- **DAS DEMAIS JUSTIFICATIVAS DA CONCESSIONÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DE CORREÇÕES E ANULAÇÕES DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. DEVERES INSTRUMENTAIS DE ORIGEM REGULATÓRIA. PODER DE FISCALIZAÇÃO DO PODER CONCEDENTE E DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)**

No que tange às demais notas fiscais anuladas, no total de 257, as quais totalizam o montante principal de R\$487.725,10, afirma a Impugnante, que foram encontradas diversas justificativas regulatórias para a sua atuação. Registra, mais uma vez, às fls. 33, a legenda utilizada na demonstração das ocorrências acostadas no Doc. 06/fls. 326/750.

Salienta que, a despeito de estar inserida no ambiente privado, para a realização de seus negócios jurídicos, na medida em que realiza serviço de caráter indispensável à coletividade, na categoria de verdadeiro múnus público, por concessão da União Federal - assim denominado de “Poder Concedente” - o faz mediante a Regulação da Autarquia Especial do Setor. E que deve observar os parâmetros dos atos normativos editados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), haja vista o comando disposto no Art. 2º, da Lei nº 9.247/1996, que transcreve.

Nesse diapasão, deve cumprir também as normas de regulação do setor elétrico editadas pela ANEEL, a exemplo da Resolução Normativa nº 414/2010, a qual estabelece as principais diretrizes em matéria de distribuição de energia elétrica, e cujo art. 113 reproduz.

Explicita que, em caso de faturamento incorreto, seja a maior ou a menor, tão logo observe tal evento, deverá realizar a devida correção ou anulação, nos termos expostos na norma acima citada. Que foi exatamente o que ocorreu com alguns consumidores encartados no rol documental anexo (Doc. 06/fls. 326/750), os quais, após terem realizado Reclamações junto à Concessionária, obtiveram o reconhecimento quanto à necessidade de ajuste em suas faturas. E que, em sentido equivalente, também se enquadram em tais situações os casos nos quais o consumidor obtém decisão favorável perante o PROCON. Exemplifica a situação descrita com caso concreto.

Afirma se tratar de situações existentes no ambiente elétrico, em relação ao qual um sem número de consumidores, ao considerarem ter ocorrido qualquer erro em sua fatura, realizam reclamações diretamente à COELBA e/ou ao PROCON, bem como situações nas quais a própria Concessionária identifica o equívoco e procede com a sua regularização. Aduz que são casos em que tem o dever de agir, haja vista a sua obrigação legal e contratual para a prestação de um serviço adequado, nos moldes do Art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995, que reproduz.

Conclui que entende ficar comprovado que agiu estritamente em cumprimento da legislação do setor, bem como dos atos normativos expedidos pela ANEEL, motivo pelo qual não poderia a SEFAZ, efetuar o lançamento ora impugnado.

Por fim, requer a integral anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração ora impugnado, haja vista a afronta aos princípios da verdade material e do dever de fiscalização, vez que: (i) parte das notas fiscais foram devidamente canceladas e refaturadas; (ii) outra parcela considerável das notas fiscais foi cancelada por determinação judicial, e; (iii) outras notas fiscais foram retificadas e anuladas em atendimento aos deveres de ordem regulatória do setor elétrico.

Em Informação Fiscal prestada às fls. 762/780, os Autuantes fazem um breve relato dos fatos e do quanto arguido pela Impugnante em sua defesa, e passam a fazer as suas considerações sobre os pontos tocados.

Registraram que o auto de infração foi lavrado com fulcro no artigo 33, § 2º, da Lei nº 7014/96 combinado com o artigo 78, parágrafo único, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) de 09/07/1999 (este transcrito).

Informam que no período compreendido entre 24 de janeiro de 2014 e 13 de agosto de 2015, a autuada deu entrada em pedidos de restituição de ICMS solicitando o crédito decorrente de notas fiscais emitidas indevidamente, e que foram canceladas. Que tais pedidos, após analisados por servidores fiscais lotados na IFEP Serviços tiveram excluídas as NF/CEE cujas emissões ultrapassaram o período decadencial, e excluídas também as NF/CEE que não foram reemitidas posteriormente ou estavam sem informação do motivo ou natureza do cancelamento, conforme relacionados no anexo “01 - CRÉDITO INDEVIDO DECORRENTE DE INDEFERIMENTO DE PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO”, anexado ao auto, fls. 05.

Aduzem que o contribuinte, após a ciência dos resultados dos processos, não realizou o estorno dos créditos, conforme determinação legal, nem apresentou novos elementos para a reavaliação dos processos, motivando a lavratura do presente Auto de Infração.

Dizem que, tempestivamente, o Autuado apresentou as suas razões de defesa, anexando novas informações que não foram apresentadas ou consideradas quando da análise dos processos que motivaram o presente PAF. Que apresentou relatórios contendo lista de notas fiscais que foram: (i) refaturadas; (ii) canceladas por determinação judicial; e (iii) canceladas por diversos motivos, justificados do ponto de vista regulatório, segundo seu entendimento. Reproduzem as informações contidas na defesa acerca das quantidades e valores das notas fiscais refaturadas e canceladas.

Afirmam que, se todas as justificativas apresentadas pela defesa fossem acatadas, totalizaria R\$2.117.809,02, enquanto o auto foi lavrado no montante de R\$2.242.664,26, restando uma diferença de R\$124.855,24 que não foi defendido pela autuada. Salientam que nem todas as notas fiscais e justificativas apresentadas na defesa foram objeto do presente auto de infração.

Explicam que o procedimento adotado foi de inicialmente confrontar as notas ditas refaturadas apresentadas pela defesa com as que foram glosadas em cada processo, planilhas em Excel “2014_01 a 2015_07_indeferidas” constantes do CD (fls. 780), e aceitas todas aquelas que encontraram correspondência nessas planilhas. Que a seguir, foram confrontadas as notas objeto de processo judicial onde o judiciário determina o cancelamento da fatura de forma incondicional e estas também foram consideradas aceitas quando encontraram correspondente no arquivo de glosadas. Que as notas canceladas, mas que as decisões judiciais: (i) determinam o refaturamento; (ii) consideram improcedentes os pedidos dos autores da ação; (iii) concluem com acordo entre as partes, sem informar qual foi o acordo; dentre outras, foram desconsideradas e mantidas na autuação. E que também foram desconsideradas e mantidas na autuação, aquelas notas fiscais que foram canceladas por procedimento interno e que na avaliação da fiscalização deveriam ser reemitidas e não foram apresentadas.

- DAS NOTAS FISCAIS CANCELADAS E REFATURADAS.

Reiteram que foram acatadas todas as notas apresentadas pela defesa e que encontraram correspondência com as notas que foram objeto da autuação, tendo sido comprovada a reemissão regular no valor de R\$439.049,09 e de R\$88.595,69 que foram refaturadas após a entrada dos pedidos de restituição, totalizando R\$527.644,78, valor que deverá ser abatido do montante autuado. Conforme planilhas em Excel “2014_01_refaturadas a 2015_07_refaturadas” constantes do CD anexado (fls. 780).

- DAS NOTAS FISCAIS CANCELADAS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

Registram que também foram acatadas todas as notas apresentadas que encontraram correspondente no arquivo de notas fiscais glosadas cujas decisões judiciais determinaram o cancelamento incondicional da NF/CEE, no montante de R\$536.397,37 que será abatido do valor do crédito reclamado no auto de Infração. Conforme planilhas em Excel “2014_01_indeferidas_com_proc_jud a 2015_07_indeferidas_com_proc_jud” constantes do CD anexado (fls. 780). Que, da relação apresentada pela Autuada, o montante de R\$210.904,69 encontrou correspondente no arquivo de notas fiscais glosadas, mas não foram acatadas, pois para essas NF/CEE a determinação judicial foi de: (i) refaturamento; ou (ii) extinção do processo sem julgamento do mérito, por desistência do autor ou por celebração de acordo entre as partes, sem que o teor do acordo tenha sido explicitado; conforme planilhas em Excel “2014_01_jud_nact a 2014_07_jud_nact” e “judiciais_a_apresentar_documentos” constantes do CD anexado (fls. 780).

- DAS DEMAIS JUSTIFICATIVAS DA CONCESSIONÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DE CORREÇÕES E ANULAÇÕES DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA.

Dizem que a Impugnante apresentou cópias de telas dos seus sistemas que registram ações efetuadas pela companhia sobre as Notas Fiscais objeto desta autuação. Que tais ações, conforme se pode constatar da leitura dos registros apresentados, normalmente resultam em uma nova emissão de Nota Fiscal de Conta de Energia Elétrica em substituição a que foi cancelada. Que os motivos determinantes de tais substituições, ainda de acordo com os documentos apresentados pela defesa, são, dentre outros: (i) recálculo da fatura conforme determinação da ANEEL; (ii)

valor repactuado; (iii) parcelamento refeito; e (iv) revisão do valor. E que, tais situações, de acordo com o determinado no artigo 397, inciso VI do RICMS, requerem, para que seja admitido o estorno do débito, que sejam informados os dados referentes à Nota emitida em substituição. O que a autuada deixou de fazer.

Mencionam que, para aquelas notas fiscais que foram canceladas sem a emissão de nova fatura, deverá ser informado o motivo determinante do cancelamento, ainda de acordo com o já citado artigo 397 do RICMS em seu inciso VI, “h”. E que, para estas situações, entendem que a autuada deverá apresentar o relatório que cumpra o exigido no artigo 397, VI, alíneas “a” a “h”, notadamente identificando o motivo do estorno e, para os casos em que houve recálculo, refaturamento, retificação, etc., da nota fiscal motivo do pedido de estorno do débito, que seja indicado “o número, a série e a data da emissão da NF/CCE emitida em substituição àquela” artigo 397, VI, alínea “g”.

Buscam demonstrar seu entendimento, anexando, a guisa de exemplo, cópias de algumas das justificativas apresentadas pela defesa em seu anexo 3. Informam ter selecionado as notas fiscais de valores mais relevantes para demonstrar a inconsistência da defesa ao tentar justificar esses cancelamentos (fls. 769 a 779).

Esclarecem que, do total apresentado pela autuada, em sua defesa, no montante de R\$2.117.809,02, encontraram correspondência de R\$1.510.513,07, no confronto das notas fiscais indicadas na Impugnação com os arquivos de notas fiscais indeferidas nos processos, de acordo com as planilhas anexadas a esta informação fiscal, mencionadas nos tópicos anteriores. Asseveram que, deste montante acataram o valor de R\$1.064.042,15, pelas razões já descritas parágrafos acima.

Sugerem, considerando que nos meses de agosto e setembro de 2015, com os ajustes efetuados, a Autuada apresentou crédito a menor do que faria jus, no montante de R\$182.705,57 e R\$15.763,02 respectivamente, que, após o julgamento definitivo deste PAF, permanecendo a situação, o autuado requeira a utilização extemporânea desses valores, se julgados procedentes.

Concluem pela procedência parcial do Auto de Infração, reduzindo o valor histórico total reclamado de R\$2.242.664,26 para R\$1.377.090,70, conforme demonstrado no anexo de fls. 767.

Em face da Informação Fiscal acostada aos autos às fls. 762/780, a Autuada apresentou a Manifestação de fls. 784/823. Na nova Peça Impugnatória, de início, reitera a informação de que sua Defesa Administrativa foi pautada nos seguintes fatos:

- 3.253 notas fiscais foram canceladas e tiveram, na sequência, nova emissão (refaturamento);
- 1052 notas fiscais foram canceladas por determinação judicial;
- 257 notas fiscais foram canceladas em obediência às normas regulatórias, principalmente a Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010.

Registra que a SEFAZ reconheceu parcialmente os argumentos por ela trazidos em sede de defesa, quando enuncia, em conclusão, que: “... somos pela procedência parcial do Auto de Infração cujo valor histórico total reclamado passou de R\$2.242.654,26 para R\$1.377.030,70, conforme demonstrado no anexo à folha 767.”.

Alega que, ao analisar a Informação Fiscal produzida pelos Auditores Fiscais, percebeu uma série de inconsistências materiais, as quais devem ser sanadas antes mesmo do julgamento de mérito do Auto de Infração. Afirma se tratarem de equívocos sanáveis, não meritórios, e que merecem conserto, por dizerem respeito a: (i) erros cometidos em operações matemáticas; (ii) ausência de Manifestação em relação a determinados pontos; (iii) falta de clareza na exposição; ou ainda porque aquilo que foi redigido e entregue em sede de Informação Fiscal não coincide com as planilhas entregues na oportunidade.

Assim, registra que:

- (I) Foi mencionado em Informação Fiscal o acatamento pela SEFAZ dos argumentos correspondentes à R\$1.064.042,15;

(II) Em vista disso, o Auto de Infração seria reduzido de R\$2.242.664,26 para R\$1.377.090,70.

Contudo, em sua opinião, diz que o resultado da subtração entre o valor total do Auto de Infração (R\$2.242.664,26) e o montante acolhido em Informação Fiscal (R\$1.064.042,15) não conduz à manutenção do aporte financeiro mencionado de R\$1.377.090,70, mas sim, ao montante de R\$1.178.622,11.

Destaca que outro ponto de relevo diz respeito aos valores em discussão daquilo que a Defesa considerou como primeiro bloco de discussões na seara administrativa (notas fiscais canceladas em virtude de ordem judicial em processos em curso). Isso porque, considerando-se que o valor total principal desse item corresponde a R\$911.728,70, conforme planilhas juntadas aos autos (DOC. 05/fls. 135/325), não seria possível que a fiscalização chegasse a espectro diferente.

Acredita que a totalidade dos documentos juntados por meio da Defesa Administrativa não foi analisada, ou se o foi, que houve falha na apreciação. Entende que tudo isso conduz à necessidade de refazimento da Informação Fiscal, em homenagem à verdade material, para que o processo não seja levado a julgamento pelo CONSEF com equívocos sanáveis, que apenas atrasariam o regular andamento do processo administrativo.

Na sequência, repete argumentos, informações e citações acerca do princípio da verdade material, do dever de investigação e sobre os tópicos: “NOTAS FISCAIS CANCELADAS E REFATURADAS” e “NOTAS FISCAIS CANCELADAS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL”, já consignados na Peça Inicial de Defesa (fls. 25/760).

Acerca do tópico “DAS DEMAIS JUSTIFICATIVAS DA CONCESSIONÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DE CORREÇÕES E ANULAÇÕES DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. ...”, a Defendente apresenta, em contraponto ao que foi aduzido em Informação Fiscal, a comprovação de reemissão de 39 notas fiscais, o que representa o montante de R\$315.482,49 do universo contido neste bloco argumentativo, conforme tabela colacionada na Manifestação, às fls. 793, Mantém e reitera os demais argumentos defensivos apresentados na Defesa original (fls. 25/760).

Conclui sua Manifestação, requerendo: (i) o refazimento da Informação Fiscal; (ii) a integral anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração ora impugnado; e (iii) subsidiariamente, a redução do montante exigido aos patamares indicados na Informação Fiscal, para o valor de R\$1.178.622,11.

Em face da Manifestação apresentada (fls. 784/823), os Autuantes emitiram uma segunda Informação Fiscal de fls. 850/856 evidenciando que o primeiro questionamento da Manifestante (fls. 786) refere-se ao valor resultante entre o valor autuado e o valor acatado na Informação Fiscal: “*Ocorre que, conforme se percebe, o resultado da subtração entre o valor total do Auto de Infração (R\$2.242.664,26) e o montante acolhido em Informação Fiscal (R\$1.064.042,15) não conduz à manutenção do aporte financeiro mencionado (R\$1.377.090,70), mas sim, ao montante de R\$1.178.622,11.*”.

Explicam que a diferença a que a Manifestante se refere corresponde justamente aos valores dos meses de agosto e setembro que resultaram favoráveis ao autuado, nos montantes de R\$182.705,57 e R\$15.763,02, respectivamente, totalizando R\$198.468,59.

Dizem que esta questão foi tratada na Informação Fiscal, no item “4 – CONCLUSÃO”, página 766, conforme transcrito abaixo:

“Do total apresentado pela Autuada, em sua defesa, no montante de R\$2.117.809,02, encontramos correspondência de R\$1.510.513,07 quando confrontados com os arquivos de notas fiscais indeferidas nos processos, de acordo com as planilhas anexadas a esta Informação Fiscal, mencionadas nos tópicos anteriores.

“Destes montante acatamos o valor de R\$1.064.042,15, pelas razões já descritas nos tópicos 3.1.1, 3.1.2 e 3.1.3. Considerando que nos meses de agosto e setembro de 2015 com os ajustes efetuados a Autuada apresentou crédito a menor do que faria jus, no montante de R\$182.705,57 e R\$15.763,02, respectivamente, sugiro que, após o julgamento definitivo deste PAF, permanecendo a situação, que o autuado requeira a utilização extemporânea desses valores, se julgados procedentes.

Por tudo quanto aqui exposto e mediante as considerações apresentadas, somos pela procedência parcial do Auto de Infração cujo valor histórico total reclamado passou de R\$2.242.664,26 para R\$1.377.090,70, conforme demonstrado no anexo à folha 767. ".

Ainda esclarecendo sobre essa diferença, afirmam que a Autuada se creditou, em agosto/2015, de R\$8.000.000,00, referindo-se aos processos de pedidos de restituição de julho/2014 a dezembro/2014, conforme anexos às folhas 05 e 767 do PAF. Inserem exemplo conforme abaixo.

<i>Valor creditado em agosto de 2015</i>	<i>R\$8.000.000,00</i>
<i>Valor solicitado nos processos</i>	<i>R\$8.705.800,41</i>
<i>Valor deferido</i>	<i>R\$7.862.530,08</i>
<i>Valor autuado</i>	<i>R\$137.469,92 (8.000.000,00 - 7.862.530,08)</i>
<i>Valor total acatado na Informação Fiscal</i>	<i>R\$320.175,49.</i>
<i>A favor da autuada</i>	<i>R\$182.705,57 (320.175,49 - 137.469,92)</i>

Explicam que, considerando-se o valor deferido inicialmente de R\$7.862.530,08 mais o valor acatado na Informação Fiscal R\$320.175,49, a Autuada faz jus ao crédito de R\$8.182.705,57, tendo se creditado de R\$8.000.000,00. Logo, conforme consta da conclusão da Informação Fiscal, acima transcrita, a Autuada faz jus ao crédito de R\$182.705,57 no mês de agosto/2015, por ter se creditado em valor menor ao que tem direito.

Seguindo o mesmo raciocínio, afirmam também que, em setembro/2015, o crédito foi de R\$5.461.680,62, referindo-se aos processos de pedidos de restituição de janeiro a maio, de 2015, conforme folhas 05 e 767 do PAF.

<i>Valor creditado em setembro de 2015</i>	<i>R\$5.461.680,62</i>
<i>Valor solicitado nos processos</i>	<i>R\$5.971.185,10</i>
<i>Valor deferido</i>	<i>R\$5.258.261,06</i>
<i>Valor autuado</i>	<i>R\$203.419,56 (5.461.680,62 - 5.258.261,06)</i>
<i>Valor total acatado na Informação Fiscal</i>	<i>R\$219.182,58</i>
<i>A favor da autuada</i>	<i>R\$15.763,02 (219.182,58 - 203.419,56)</i>

Aduzem que, a diferença questionada na Manifestação está justificada pela soma dos valores correspondentes ao crédito a que faz jus de R\$198.468,59 (182.705,57 + 15.763,02). Que o Valor do Auto de Infração: R\$2.242.664,26 - Valor acatado R\$1.064.042,15 = R\$1.377.090,70. Que a Autuada pode pedir o crédito de R\$198.468,59, referente aos meses de agosto e setembro, de 2015, por ter se creditado a menor. E que o débito do Auto de Infração passou a totalizar R\$1.377.090,70, conforme demonstrado às folhas 05 e 767 do PAF.

Ultrapassado este ponto, os Autuantes adentram ao segundo questionamento da Manifestante, o qual está indicado nas fls. 786, 787, 791 e 792 deste processo, e diz respeito às “NOTAS FISCAIS CANCELADAS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL”. Registram o entendimento da Autuada de que todas as justificativas encaminhadas deveriam ter sido acatadas de plano.

Por seu turno, defendem que o tema já foi abordado na primeira Informação Fiscal apresentada, (fls. 765/Item 3.1.2), conforme o trecho abaixo transrito:

“Acatadas todas as notas apresentadas pela defesa que encontraram correspondente no arquivo de notas fiscais glosadas cujas decisões judiciais determinaram o cancelamento incondicional da NF/CEE, no montante de R\$536.397,37 que será abatido do valor do crédito reclamado no Auto de Infração. Conforme planilhas em Excel “2014_01_indeferidas_com_procjud a 2015_07Indeferidas_com_proc_jud” constantes do CD ANEXADO à folha 780.

Da relação apresentada pela Autuada, o montante de R\$210.904,69 encontrou correspondente no arquivo de notas fiscais glosadas, no entanto não foram acatadas, pois para essas NF/CEE a determinação judicial foi de que houvesse refaturamento; ou de extinção do processo sem julgamento do mérito, por desistência do autor, ou por celebração de acordo entre as partes, sem que o teor do acordo tenha sido explicitado, conforme planilhas em Excel “2014_01_jud_nact a 2014_07_jud_nact” e “judiciais_a_apresentar_documentos” constantes do CD anexado à folha 780.”.

Mencionam que, conforme consignado no segundo parágrafo desse tópico, não foram acatadas as notas que as sentenças não determinavam o cancelamento, pelas razões ali explicitadas, ou

que, canceladas, deveriam ter sido refaturadas, e que, a Autuada, em sua defesa, e agora na Manifestação, deixou de apresentar os dados relativos às notas que as substituíram.

No tocante ao terceiro questionamento da Manifestante, presente às folhas 789 e 790, o qual se refere às “NOTAS FISCAIS CANCELADAS E REFATURADAS”. Entendem que, não há o que se questionar, tendo em vista que, de acordo com a Informação Fiscal (fl. 765), todas as notas fiscais canceladas e que foram refaturadas, constantes da autuação, foram consideradas pela fiscalização tendo seus valores sido retirados do Auto de Infração.

Por fim, abordam o quarto questionamento da Manifestante (fls. 792 a 798), o qual trata “DAS DEMAIS JUSTIFICATIVAS DA CONCESSIONÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DE CORREÇÕES E ANULAÇÕES DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA ...”. Alegam que, conforme abordado na Informação Fiscal (fl. 765 e 766), a Autuada apresentou cópias de telas dos seus sistemas que registram ações efetuadas pela companhia sobre as Notas Fiscais objeto desta autuação. Que tais ações, conforme se pode constatar da leitura dos registros apresentados, normalmente resultam em uma nova emissão de Nota Fiscal de Conta de Energia Elétrica em substituição à que foi cancelada. Que, em sua Manifestação (fls. 793), a Defendente indica as notas que foram emitidas em substituição àquelas que foram canceladas, totalizando R\$315.482,49, e que agrupadas, de acordo com os períodos dos pedidos de restituição, conforme demonstrativo de fls. 854, resultaram em novo demonstrativo de débito, conforme anexo às fls. 855.

Ratificam a Informação Fiscal (folhas 762 a 780). Acatam o montante de R\$315.482,49, apresentado pela Autuada na Manifestação, às fls. 793. E reduzem o valor da exigência fiscal para R\$1.339.365,01 (fls. 855).

Reiteram que, considerando que nos meses de agosto e setembro, de 2015, com os ajustes efetuados, a Autuada utilizou crédito a menor do que faria jus, nos montantes de R\$434.862,05 e R\$41.363,34, respectivamente, sugerem que, após o julgamento definitivo deste PAF, permanecendo a situação, que a Autuada requeira a utilização extemporânea desses valores, se julgados procedentes, e desde que já não os tenha utilizado.

Tendo em vista a segunda Informação Fiscal acostada aos autos às fls. 850/855, a Impugnante apresentou uma segunda Manifestação de fls. 885/903. Nessa nova Peça Impugnatória, de início, faz um resumo dos fatos ocorridos até então, registrando especialmente o acatamento parcial de suas razões de defesa por parte dos Autuantes, fato que implicou na redução da exigência original de R\$2.242.664,26, para R\$1.377.090,70, na primeira Informação Fiscal, e para R\$1.339.365,01, na segunda Informação Fiscal.

Nessa nova Peça Defensiva, repete toda a argumentação apresentada nas peças anteriores, trazendo como novidade o que se segue.

Diz que, analisando-se esta segunda Informação Fiscal, percebe-se que foram mantidas algumas inconsistências materiais, as quais devem ser sanadas antes do julgamento de mérito do Auto de Infração. Repisa que se trata de equívocos sanáveis, não meritórios, a saber:

- a) Foi mencionado em Informação Fiscal, o acatamento pela SEFAZ dos argumentos correspondentes à R\$1.064.042,15;
- b) Em vista disso, o Auto de Infração seria reduzido de R\$2.242.664,26 para R\$1.377.090,70.

Salienta que, conforme se percebe, o resultado da subtração entre o valor total do Auto de Infração (R\$2.242.664,26) e o montante acolhido em Informação Fiscal (R\$1.064.042,15) não resulta no valor mantido de R\$1.377.090,70, e sim, no montante de R\$1.178.622,11.

Com base nisso, afirma que o Auto de Infração deveria ser reduzido ao montante principal de R\$1.178.622,11.

Aduz que, além disso, na Informação Fiscal ora impugnada, a SEFAZ reconheceu ainda os argumentos contidos no Item III.3 da Manifestação anterior “DAS DEMAIS JUSTIFICATIVAS DA CONCESSIONÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DE CORREÇÕES E ANULAÇÕES DE FATURAS DE ENERGIA

ELÉTRICA ...”, no valor de R\$315.482,49, devendo, com isso, o valor total do Auto de Infração ser reduzido para R\$863.139,62.

Defende ainda a Autuada que não procede a argumentação trazida em sede de Informação Fiscal, de que ela teria um crédito a ser utilizado após a finalização deste PAF, haja vista a plena possibilidade de tal crédito ser aproveitado neste caso, porque se trata de crédito do período de apuração contido na autuação, relativamente à mesma matéria tratada, razão pela qual, entende, deve ser utilizado para fins de redução do valor do Auto de Infração.

Conclui mencionando que devem ser ratificados os demais itens ainda não acatados, contidos em sede de Impugnação e Manifestação à primeira Informação Fiscal, pleiteando novamente pela: (i) integral anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração ora impugnado; e (ii) subsidiariamente, pela redução do montante exigido no auto de infração aos patamares indicados na Informação Fiscal, para o valor principal de R\$863.139,62.

Tendo em vista esta segunda Manifestação (fls. 885/903) à segunda Informação Fiscal apresentada (fls. 850/856), os Autuantes emitiram uma terceira Informação Fiscal de fls. 905.

Nesta peça, ratificam: (i) a primeira redução do crédito exigido para R\$1.377.090,70, em sede de Informação Fiscal (fls. 762 a 781); (ii) a segunda redução do crédito exigido para R\$1.339.365,01 e o reconhecimento da existência de crédito, a favor da autuada, nos valores de R\$434.862,05 e R\$41.363,34, em função deste ter se creditado a menor nos meses de agosto e setembro de 2015 respectivamente, em sede de segunda Informação Fiscal (fls. 850 a 856).

Em relação ainda a esta segunda Manifestação de fls. 885/903 apresentada contra a segunda Informação Fiscal (fls. 850/855), concluem que não é apresentado fato novo que já não tenha sido objeto da análise nas Informações precedentes. E por conta desse fato, ratificam os termos das Informações Fiscais até aqui prestadas que reduzem o débito para R\$1.339.365,01, conforme demonstrativo anexado às fls. 855. Requerem, finalmente, pela procedência parcial do Auto de Infração em lide.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de apenas uma infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Inicialmente, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Na peça defensiva, a Autuada impugna o lançamento, arguindo inicialmente que o auto ora combatido fora lavrado sem que os Autuantes analisassesem diversas questões, dentre as quais:

- 3.253 notas fiscais foram canceladas e tiveram, na sequência, nova emissão (refaturamento);
- 1.052 notas fiscais foram canceladas por determinação judicial;
- 257 notas fiscais foram canceladas por diversos motivos, devidamente justificados sob o ponto de vista regulatório.

Tendo requerido subsidiariamente, ao longo da fase de Instrução do processo, após a apresentação de várias Manifestações defensivas, a redução do montante exigido no auto de infração do valor principal de R\$2.242.664,26, originalmente lançado, para R\$863.139,62.

Por seu lado, os Autuantes, também ao longo da fase de Instrução do PAF, em sede de uma terceira Informação Fiscal (fls. 905), ratificaram duas reduções do crédito tributário lançado, sendo: (i) a primeira redução, em sede da primeira Informação Fiscal de fls. 762 a 781, de R\$2.242.664,26 para R\$1.377.090,70; e (ii) a segunda redução, em sede da segunda Informação Fiscal de fls. 850 a 856, de R\$1.377.090,70 para R\$1.339.365,01, além do reconhecimento da existência de crédito, a favor da autuada, nos valores de R\$434.862,05 e R\$41.363,34, em função deste ter se creditado a menor nos meses de agosto e setembro, de 2015, respectivamente.

Verifico que restou demonstrado e comprovado nos autos, conforme cópias dos LRAs acostadas ao PAF, às fls. 06 a 15, que o Contribuinte se apropriou, a título de “DEDUÇÕES DO IMPOSTO APURADO”, de valores de ICMS referentes a pedidos de restituição de indébito fiscal superiores aos que foram autorizados nos respectivos processos, sem que tenha efetuado os necessários estornos dos créditos correspondentes aos valores indeferidos nos mencionados processos, conforme determina o §3º, do art. 33 da Lei nº 7.014/96. Fato que motivou a lavratura do presente Auto de Infração.

Verifico ainda que, embora tivesse o direito de fazê-lo, a Autuada não ingressou com o recurso previsto no Art. 81 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), contra a decisão que indeferiu parte dos pedidos de restituição de indébito, acima referenciados.

Observo que as reduções do valor exigido no Auto de Infração procedidas pelos Autuantes, e o reconhecimento da existência de crédito a favor da Autuada, nos valores de R\$434.862,05 e R\$41.363,34, em função de creditamento a menor nos meses de agosto e setembro de 2015 respectivamente, decorreram do acatamento de valores de ICMS relativos a documentos fiscais que compuseram pedidos de restituição de ICMS, e que haviam sido indeferidos em parte.

Constatou que o art. 33 da Lei nº 7.014/96, combinado com os arts. 74; 75 e 78 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), asseguram ao Contribuinte o direito de restituição do ICMS pago indevidamente, desde que este atenda os requisitos exigidos e cumpra o ritual próprio, estabelecidos pela legislação:

“LEI nº 7.014/96

(...)

Art. 33. Serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência.

(...)

§ 2º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

(...)

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.

Art. 75. A restituição do indébito será feita:

I - mediante autorização do uso de crédito fiscal, tratando-se de devolução de ICMS a contribuinte do imposto;

(...)

III - mediante Certificado de Crédito, quando se tratar de contribuinte com débito constituído em caráter definitivo no âmbito administrativo, até o valor necessário à quitação da dívida.

(...)

Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

(...)"

Contudo, constato também que os arts. 79 e 81 do mesmo RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), estabelecem as competências para decisões relativas aos pedidos de restituição de indébito fiscal, definindo que, no âmbito da DAT METRO, unidade da circunscrição da Defendente, a decisão sobre o pedido cabe ao titular da Coordenação de Processos e, em grau de recurso, ao Diretor de Administração Tributária:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 79. São competentes para apreciar o pedido de restituição:

I - em caso de devolução de ICMS, ITD, IPVA, Contribuição de Melhoria e Taxa na área do Poder Executivo:

a) no âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos;

(...)

Art. 81. Das decisões que indeferirem pedido de restituição de indébito caberá recurso voluntário para o Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do requerente ou para o titular da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC, quando relativos às operações com combustíveis e lubrificantes, no prazo de 10 (dez) dias, contado da intimação do indeferimento.

(...)"

Por outro lado, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, quando diz que “A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”:

"CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Neste mesmo sentido, na dicção do art. 167, III do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não cabe também aos órgãos julgadores, negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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

I - a declaração de constitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

(...)"

Neste diapasão, a partir da interpretação das normas legais acima referenciadas e reproduzidas, entendo que os Autuantes não poderiam acatar os valores de ICMS referentes a documentos

fiscais objetos dos pedidos de restituição parcialmente indeferidos por falta de previsão legal, vez que, no caso em apreço, tal acatamento configura decisão em processo de restituição de indébito fiscal. Decisão esta que, no caso em análise, compete, em primeira instância, ao titular da Coordenação de Processos da circunscrição fiscal do requerente, e, em grau de recurso (segunda instância) ao Diretor da Unidade, mediante a interposição de processo específico pelo Contribuinte.

Assim, como não há nos autos documentos e/ou elementos capazes de comprovar: (i) o estorno do valor do ICMS indeferido nos processos de restituição de indébito fiscal que deram origem ao crédito indevido, objeto da autuação; e (ii) o cumprimento das regras estabelecidas pelos dispositivos do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), acima reproduzidos, em especial, as decisões exaradas pelas autoridades competentes deferindo a restituição do indébito de ICMS em comento; não acato as reduções do crédito tributário procedidas pelos Autuantes e concluo pela manutenção do lançamento no valor histórico inicial de R\$2.242.664,26 (dois milhões, duzentos e quarenta e dois mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e vinte e seis centavos).

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207092.0009/17-6, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.242.664,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR