

A. I. Nº - 298633.0001/19-7
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA COELBA
AUTUANTES - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS e LÚCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/03/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-03/20

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Divergência entre o valor do imposto recolhido, informado nos livros fiscais, e os valores dos documentos fiscais relacionados na EFD. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/03/2019, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$1.149.867,22, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade, nos meses de janeiro a dezembro de 2016:

Infração 01 – 03.01.04: “O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos”.

Consta na Descrição dos Fatos: “Nos arquivos magnéticos do Convênio 115/03 apresentados pela Coelba, que equivalem para efeitos legais, a segunda via das Notas Fiscais da Conta de Energia Elétrica, foram encontrados valores mensais de débitos de ICMS, referentes a conta de Desenvolvimento Energético - CDE, divergentes dos valores oferecidos a tributação e lançados na escrita fiscal digital”.

Enquadramento Legal: artigos 24 a 26, 32 e 34, III, da Lei nº 7.014/96 C/C artigos 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada: art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 01/04/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 30/05/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 32 a 50. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por sua advogada, a qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos às fls. 69.

Em sua peça defensiva a Impugnante inicialmente aborda a tempestividade da mesma, fazendo em seguida um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, as imputações que deram origem ao Auto de Infração, bem como os dispositivos legais que o fundamentaram.

Prossegue em preliminar, tecendo comentários, sobre seu entendimento de que a autuação não observou o Princípio da Verdade Material.

Visando embasar sua arguição, traz a colação ensinamentos de James Marins e enfatiza que o princípio mencionado, inclusive, encontra-se albergado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/1999), no art. 2º que também transcreve em sua peça defensiva.

Reclama que a autoridade fiscalizatória, no desenvolvimento da fase procedimental (etapa anterior ao contencioso administrativo, inaugurada pela Impugnação do contribuinte), lavrou o auto ora combatido sem analisar as questões que envolvem os supostos débitos ora lançados, ou seja, que não observou que os supostos débitos se originam de procedimento legalmente previsto

de compensação de ICMS sobre faturas de energia elétrica canceladas (por determinação judicial ou nova emissão – refaturamento) (Doc. 4).

Acrescenta que a Administração Tributária também descumpriu com o seu dever de fiscalização, o que, na visão do autor citado, seria o Princípio do Dever de Investigação, de modo a dar certeza à autuação, garantindo segurança jurídica.

Afirma que inexistente o débito exigido na autuação, alegando que os montantes supostamente divergentes decorrem originariamente do cancelamento de notas fiscais, pelos seguintes motivos:

“(i) uma porção de notas fiscais foram canceladas e tiveram, na sequência, nova emissão (refaturamento)”;

“(ii) algumas notas fiscais foram canceladas por determinação judicial”;

“(iii) outras notas fiscais foram canceladas por diversos motivos, devidamente justificados sob o ponto de vista regulatório”.

Argumenta que nos termos da legislação vigente, tais cancelamentos ensejam o direito ao crédito perante o Estado da Bahia, relativamente ao ICMS destacado na nota fiscal e recolhido, ao tempo que transcreve os artigos 74, 75 e 78, do Decreto nº 7.629/1999 - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Apresenta a seguir o tópico abaixo:

DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DIRETA DOS VALORES DE ICMS CDE, NOS TERMOS DO ART. 307 DO DECRETO Nº 13.780/2012 (REGULAMENTO DE ICMS DO ESTADO DA BAHIA - RICMS). DA AUSÊNCIA DO DÉBITO CONSUBSTANCIADO NO AUTO DE INFRAÇÃO.

Ratifica seu entendimento de que as parcelas do ICMS destacadas nas notas fiscais de energia elétrica que foram indevidamente recolhidas, tendo em vista o cancelamento das faturas pelos motivos acima delineados, tem respaldo legal no sentido de restituição/estorno de débitos tributários, nos termos do que determina a legislação vigente, acima citada.

No entanto, frisa que os indébitos oriundos de cancelamentos recolhidos a título de ICMS sobre CDE, diferentemente do acima mencionado, não foram incluídos nos pedidos de restituição acima apontados, pelo que, em relação aos pagamentos/indébitos existentes, considera que restava pendente a adoção de medida tendente a reaver os valores indevidamente recolhidos pela COELBA à SEFAZ.

Explica que considerando tal cenário, a COELBA procedeu com a compensação direta dos indébitos de ICMS CDE recolhidos a maior em períodos anteriores com outros débitos relativos à mesma parcela, referentes a faturas substitutivas ou ainda faturas diversas.

Exemplifica colacionando informações sobre os destaques dos tributos, referente à Nota Fiscal nº 113205556, visando demonstrar o valor recolhido a título de ICMS.

Relata que o montante a título de ICMS sobre CDE, por sua vez, não compõe o valor acima apontado, visto que se constitui, nos termos da legislação vigente, apenas em item de cobrança financeiro (conceito na fatura), e não em valor cuja repercussão econômica recai sobre o consumidor. Dessa forma, diz que é inserido nas faturas de energia elétrica no campo abaixo apontado:

Demanda Ativa(kW)	270.4100000	22,25419295	6.017,75
Demanda Ativa üftrapassagemCkW)	17,4100000	49,4537^211	866,9#
Demanda Reativa Excedente.(kVAR)	52,5900000	24,72688165	311,31
BANDEIRA VERMELHA			
Consumo Ativo Na Poata(kWh	27.7360000	1,97487613	54,76
Consumo Ativo Foca PoMaikWh}	7.104,4800086	0,35128941	2.495,72
Consumo Ativo Resejvado(RW!il	37.433,8280006	0,10658688	3.765,09
Consumo Reativo Exc. Na Ponta{kVARti}	1,0000680	0,27773503	0,27
Consumo Reativo Exc. Fora Ponta(kVARh}	241,0800000	0,27773503	66,95

Cobrança de ICMS sobre Subvenção CDE			3.092,92
Coritrib, Hum. Publrc J&unterpáf	- —v—v. — —	—~ — Y	
Serviço de Entrega			1,23
Muita por atraso-NF 696877365-27/07/15			134,10
Muita por atraso-NF 161443624 - 20/08/15			348,96
Juros por atraso-NF 096877305 - 27/07/15			31,29
Juros por atraso-NF 161443624-20/08/15			5,81

Assevera que da análise dos trechos da fatura acima colacionados, tem-se que a aludida parcela subvencionada (CDE), diferentemente do ICMS efetivamente recolhido pelo consumidor, era lançada sob o título de “outros débitos” na conta corrente fiscal da COELBA, não sendo seu valor constatado mediante base de cálculo e valor de ICMS destacado na Nota Fiscal, motivo pelo qual não se configura como montante efetivamente constante em documento fiscal.

Aduz que em face de tal contexto, tendo em vista que a discussão da presente demanda envolve débitos fiscais que não se referem a valores constantes em documento fiscal (posto que não compunham os valores de ICMS destacados nas faturas), entende que não havia, e que não há, a obrigatoriedade da COELBA em adotar os procedimentos relativos a pedido de restituição, ou ainda estorno, consoante permissivo legal contido no art. 307 do Decreto nº 13.780/2012, que transcreve:

Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Reitera que considerando que a legislação não impõe a obrigatoriedade da adoção dos mesmos procedimentos relativos ao ICMS destacado no respectivo campo com aqueles componentes das demais parcelas das Notas Fiscais de energia elétrica, como é o caso do ICMS CDE, a COELBA não procedeu com os pedidos de restituição/estorno dos montantes cobrados nas respectivas faturas posteriormente canceladas.

Diz que esclarecida a regularidade do procedimento adotado, parte agora para elucidar o motivo pelo qual não há que se falar em suposto débito oriundo do presente Auto de Infração.

Registra que, tendo em vista a sistemática e a forma de lançamento do débito na conta corrente fiscal, realizadas as compensações mencionadas, os valores de crédito dos pagamentos a maior em períodos anteriores eram, conforme se denota da leitura dos arquivos magnéticos do Convênio 115/03, deduzidos com o abatimento do valor contabilizado, pelo que o débito era devidamente registrado pelo seu valor líquido (com as deduções dos créditos das compensações já efetuadas).

Nesse sentido, alega que não se trata de recolhimento a menor de ICMS, conforme acusado, mas decorre da inobservância das compensações realizadas pela COELBA.

Pede notar que, analisadas as faturas objeto de cancelamento cujo ICMS regular foi objeto de pedido de restituição/estorno e o CDE objeto de compensação, em cotejo com os valores supostamente devidos no presente auto de infração, para verificar que:

- i. Comparando-se o valor do ICMS CDE das faturas canceladas (cuja parcela foi objeto de compensação), no período de 2016, com os débitos apontados no Auto, mês a mês, verificar-se-á que alcançam o mesmo montante, ou valores extremamente próximos;*
- ii. Nesse sentido, verifica-se que, em verdade, a cobrança ora vergastada reside em valores que foram quitados por meio de compensação direta oriunda de créditos decorrentes de faturas canceladas, nos termos já esclarecidos anteriormente;*
- iii. Assim, a diferença ora identificada nos arquivos magnéticos do Convênio 115/03 reside exatamente no mesmo montante, posto que se refere às compensações efetuadas pela COELBA, conforme se denota dos trechos do Auto de Infração e da Tabela elaborada pela Companhia, relativamente (exemplificativamente) aos créditos de ICMS CDE oriundos de cancelamentos de faturas dos meses de Agosto e Setembro/2016;*

Informa que a planilha à fl. 199 (Doc. 05) apresenta comparativo dos valores lançados no presente Auto de Infração, e aqueles objeto das compensações efetuadas pela COELBA.

Afirma que da análise detida dos valores contidos nas duas colunas, se verifica que correspondem em diversos meses, pelo que os montantes objeto das compensações e os consubstanciados nos autos de infração são exatamente os mesmos.

Em relação às divergências, por sua vez, identificadas nos meses de março, abril, outubro, novembro e dezembro de 2016, alega que decorrem de outra situação, a ser esclarecida em tópico subsequente.

Acrescenta que os valores constantes no campo “arquivo de estorno 2016” foram obtidos por meio da reunião de todos os valores lançados em faturas canceladas (e posteriormente objeto de compensação), conforme apontado em planilhas acostadas à defesa (Doc. 06).

Relata que as faturas nelas apontadas são de conhecimento desta Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, posto que foram objeto de apresentação pela COELBA por meio do envio dos arquivos magnéticos do Convênio 115/03, e tendo em vista que foram analisadas pela SEFAZ no momento em que, relativamente ao ICMS nelas lançado e objeto de pedido de restituição decorrente de seus cancelamentos, houve a respectiva apreciação e validação.

DO ESTORNO COM FUNDAMENTO NO ART. 397 DO RICMS (DECRETO Nº 7.629/1999). DAS RAZÕES COMPLEMENTARES PARA A EXISTÊNCIA DE CRÉDITO UTILIZADO PARA A QUITAÇÃO DOS SUPOSTOS DÉBITOS ORIUNDOS DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em relação às divergências identificadas nos meses de março, abril, outubro, novembro e dezembro de 2016, alega que de acordo com a planilha anexada (Doc. 05), uma parcela dos montantes objeto do auto de infração são referentes ao que se denomina “Arquivo de estorno pago 2016”.

Aduz que nos termos do RICMS, na apuração periódica do tributo em questão, nos casos de estorno de débito de ICMS ocorridos até o segundo mês subsequente ao da situação que ensejou a retificação da fatura (pelos motivos já apontados no início da presente defesa), a COELBA pode realizar por si própria a compensação correspondente por meio de creditamento direto em sua escrita fiscal, sem a necessidade da formalização de pedido específico de restituição perante a SEFAZ/BA, nos moldes autorizados pelo inciso VI do art. 397 do RICMS/BA, que traz a colação:

Art. 397. A Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA, a Companhia Hidroelétrica do São Francisco - CHESF e as demais empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica deste Estado, adotarão o seguinte regime especial para apuração do imposto e cumprimento das obrigações tributárias:

VI - admitir-se-á o estorno de débito de ICMS constante em documento fiscal relativo ao fornecimento de energia elétrica, somente Quando efetuado até o segundo mês subsequente ao da ocorrência e concomitante com a devolução do crédito ao consumidor expresso no documento fiscal, desde que seja elaborado relatório interno, por período de apuração e de forma consolidada, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) o número, a série e a data de emissão da Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica - NF/CEE, objeto de estorno de débito;*
- b) a data de vencimento da conta de energia elétrica;*
- c) o CNPJ ou o CPF, a inscrição estadual e a razão social ou o nome do destinatário;*
- d) o código de identificação da unidade consumidora;*
- e) o valor total, a base de cálculo e o valor do ICMS da NF/CEE objeto de estorno de débito;*
- f) o valor do ICMS correspondente ao estorno;*
- g) o número, a série e a data de emissão da NF/CEE emitida em substituição àquela objeto de estorno de débito;*
- h) o motivo determinante do estorno.*

Enfatiza que de acordo com a legislação acima transcrita, a COELBA procedia com a adoção das seguintes medidas:

- *Elaboração do relatório demandado pela legislação, nos termos do Doc. 06 já anexado à presente defesa, o qual detalha os estornos efetuados pela Defendente, com dados relativos ao montante objeto do estorno, à nota fiscal, o motivo do estorno e identificação da unidade consumidora;*
- *Identificação dos estornos e respectivos créditos decorrentes deles;*
- *Operacionalização, por si própria, da compensação correspondente por meio de creditamento direto em sua escrita fiscal, sem a necessidade da formalização de pedido específico de restituição perante a SEFAZ/BA.*

Entende que identificadas às faturas cujo estorno de débito de ICMS ocorreu até o segundo mês subsequente ao da situação que ensejou a retificação da fatura, as quais se encontram anexas (Doc. 07), o crédito objeto do presente ponto toma-se legítimo, motivo pelo qual, considera que não há que se discutir acerca da sua regularidade.

Visando amparar sua argumentação apresenta abaixo trecho da planilha mencionada:

	Auto 2016	Arquivo de estorno 2016	Arquivo de estorno Pago 2016
Janeiro	52.780,58	52.780,58	-
Fevereiro	41.259,53	41.259,70	-
Março	13.300,36	13.295,71	4,16
Abril	5.977,65	5.971,64	5,88
Maio	6.274,05	6.273,52	-
Junho	15.663,05	15.773,28	-
Julho	34.194,82	34.195,78	-
Agosto	525.951,05	525.951,05	-
Setembro	17.023,00	17.023,00	-
Outubro	202.773,28	189.206,12	13.567,16
Novembro	219.695,32	219.689,97	5,35

Diz que a linha destacada em amarelo dá conta de que, do somatório dos montantes compensados pela COELBA (coluna “arquivo de estorno 2016”) com aqueles oriundos da parcela ora mencionada (coluna “arquivo de estorno pago 2016”), há uma diferença ínfima entre o que se evidencia nas operações ora legitimadas pela Defendente com o cobrado no presente Auto de Infração, e em consequência, a improcedência da cobrança.

DA IMPOSSIBILIDADE DE LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO EM FACE DE FATURAS/NOTAS FISCAIS DE ENERGIA ELÉTRICA JÁ VALIDADAS PELA SECRETARIA DA FAZENDA. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO [NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM].

Faz comentários sobre o princípio da boa-fé objetiva que deve permear as relações entre os administrados e a Administração Pública, bem como fala da preclusão lógica como sanção decorrente de atitude praticada em contradição com a anteriormente realizada.

Transcreve trecho doutrinário a respeito da mencionada preclusão lógica, assim como parte do REsp 1033963/MG.

Argumenta que essa breve digressão teórica se mostra importante, por considerar que o débito discutido no presente Auto de Infração origina-se de faturas que já foram objeto de análise e validação pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Entende que no momento em que a COELBA apresenta pedidos de restituição perante a SEFAZ, as faturas cujos indébitos nela se pontua são objeto de análise e validação pelo aludido órgão.

Conclui dizendo que:

- *Dos meses objeto da autuação, todos tiveram pedidos de restituição, para os quais a COELBA encaminhou toda a documentação necessária para a análise pela SEFAZ, inclusive as faturas de energia elétrica cujos supostos débitos são discutidos nesta oportunidade;*
- *Dentre os pedidos de restituição, encontram-se aqueles com os diversos fundamentos legais já colacionados a presente peça;*
- *Considerando-se, por sua vez, a dispensa legal do aludido pedido para as restituições com fundamento no art. 307 e 397 do RICMS, já transcritos acima, os créditos relacionados aos aludidos procedimentos foram utilizados para a quitação dos supostos débitos objeto do presente Auto de Infração regularmente, conforme também faturas já encaminhadas à SEFAZ;*
- *Assim, a SEFAZ tomou conhecimento dos créditos pleiteados e utilizados pela COELBA nas aludidas faturas de energia elétrica, quando as validou no momento oportuno;*
- *Contudo, apesar de ter dado pleno conhecimento à SEFAZ dos diversos procedimentos de utilização dos créditos a que fazia jus, a COELBA foi surpreendida com a lavratura de Auto de Infração relacionado a faturas que já foram devidamente apreciadas pela SEFAZ em momento anterior, conforme pareceres anexos à presente defesa (Doc.08).*

Ao final requer a integral anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração.

As autuantes prestam informação fiscal às fls. 506 a 513, inicialmente aduzindo que anexaram aos autos: demonstrativo analítico por cliente contendo as divergências, planilha resumo e cópias dos Registros de Apuração do ICMS constantes nas EFD/SPED.

Quanto à alegação defensiva de que o montante a título de ICMS sobre CDE se constitui, nos termos da legislação vigente, apenas em item de cobrança financeiro, inserido nas faturas de energia elétrica em campo diferente de onde é lançado o valor do ICMS; que procedeu com a compensação direta dos indébitos de ICMS CDE recolhidos a maior em períodos anteriores; e que procedeu de forma legal ao efetuar a compensação direta, na conta Corrente fiscal, dos itens correspondentes à CDE, constantes das notas fiscais canceladas, rebatem nos seguintes termos.

Dizem que as Notas Fiscais Faturas anexadas pela própria autuada (fls. 76 e seguintes) evidenciam o destaque dos valores de ICMS correspondentes à parcela CDE.

Enfatizam que ainda que a autuada proceda de forma diferente quanto ao tratamento dispensado à parcela correspondente a CDE, tal procedimento não modifica a sua natureza tributária, visto que resulta de incidência do ICMS sobre a parcela beneficiada com redução da tarifa.

Trazem a colação o Decreto nº 7.891 de 23 de janeiro de 2013 que regulamenta a Lei nº 12.783 de 11 de janeiro de 2013, no artigo 1º e incisos, informando que resta claro que os valores são resultantes de descontos incidentes sobre as tarifas aplicáveis aos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do inciso VII do caput do art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002:

DECRETO Nº 7.891, DE 23 DE JANEIRO DE 2013

Regulamenta a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária, e a Medida Provisória nº 605, de 23 de janeiro de 2013, que altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e na Medida Provisória nº 605, de 23 de janeiro de 2013,

DECRETA:

Art. 1º A Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, além de suas demais finalidades, custeará os seguintes descontos incidentes sobre as tarifas aplicáveis aos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do inciso VII do caput do art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002:

I - redução na tarifa de uso do sistema de distribuição incidente na produção e no consumo da energia comercializada por empreendimento enquadrado no § 1º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996;

II - redução na tarifa de uso do sistema de distribuição e na tarifa de energia incidentes no consumo de energia da atividade de irrigação e aquicultura realizada em horário especial de unidade consumidora classificada como rural, devido à aplicação do art. 25 da Lei nº 10.438, de 2002; (Inciso com redação dada pelo Decreto nº 8.221, de 1/4/2014)

III - redução na tarifa de uso do sistema de distribuição e na tarifa de energia concedida às concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica, devido à aplicação dos arts. 51 e 52 do Decreto nº 4.541, de 23 de dezembro de 2002;

IV - redução na tarifa de uso do sistema de distribuição e na tarifa de energia aplicável à unidade consumidora classificada como de serviço público de água, esgoto e saneamento, nos termos deste Decreto;

V - redução na tarifa de uso do sistema de distribuição e na tarifa de energia aplicável à unidade consumidora classificada como rural, nos termos deste Decreto;

VI - redução na tarifa de uso do sistema de distribuição e na tarifa de energia aplicável à unidade consumidora classificada como cooperativa de eletrificação rural, inclusive às cooperativas regularizadas como autorizadas, nos termos deste Decreto; e

VII - redução na tarifa de uso do sistema de distribuição e na tarifa de energia aplicável à unidade consumidora da classificada como serviço público de irrigação, nos termos deste Decreto.

...

Desta forma afirmam que o presente Auto de Infração é decorrente da falta de recolhimento de ICMS proveniente da venda de energia elétrica para contribuintes beneficiados com redução da tarifa de energia elétrica, especificamente do ICMS resultante da aplicação da alíquota sobre a parte reduzida.

Acrescentam que diante de tal constatação, deveria a autuada proceder peticionando um Pedido de Restituição na forma estabelecida no artigo 74 do RPAF, Decreto 7.629/99 ou, para os estornos ocorridos até o segundo mês subsequente ao da ocorrência, na forma do inciso VI do Artigo 397 do Decreto nº 13.780/2012.

Registram que ao observar a tabela “divergências CDE Lançados Conv. 115/2013 x RAICMS/SPED” (fls. 5 a 9), constata-se que a diferença ali lançada refere-se à divergência entre os valores CDE apurados mensalmente e os lançados nos respectivos arquivos do convênio 115, e que confrontados esses valores com os lançados no RAICMS apurou-se a diferença evidenciando o lançamento a menor do ICMS devido reclamado no presente Auto de Infração.

Informam que se forem consideradas as notas fiscais apresentadas pela autuada em sua defesa que deram causa ao seu direito de crédito, visto que foram canceladas, têm-se duas situações:

1 – Notas fiscais/faturas /contas de energia com estorno efetuado em período superior ao segundo mês da ocorrência.

Situação em que a autuada lançou mão do crédito em detrimento da determinação legal do artigo 74 do RPAF, Inciso VI do artigo 397 do RICMS, e, ainda em detrimento ao artigo 308 do RICMS, que transcreve.

Ressaltam que essas Notas Fiscais/Faturas não foram consideradas (fls. 76 a 91 dentre outras), uma vez que não havia informação sobre a situação das mesmas (se canceladas, substituídas etc.), devendo o contribuinte proceder na forma dos artigos precedentes.

2 - Notas fiscais/faturas/contas de energia elétrica com estorno efetuado até o segundo mês subsequente ao da ocorrência.

Consideram que o autuado também descumpriu o disposto nos dispositivos retro mencionados.

Porem nessa segunda situação reconhecem que apesar do descumprimento dos dispositivos acima, o autuado apresenta na defesa documentação comprobatória de retificações de Notas Fiscais/Faturas de Energia Elétricas, efetuadas até o segundo mês subsequente ao da ocorrência,

no valor de R\$546.848,90, conforme relatórios anexados às folhas 514 a 516, e que poderá ser abatido do demonstrativo de débito, a critério do CONSEF.

Quanto à justificativa da autuada de que os valores lançados no RAICMS – campo BA009999 – Outros Débitos – Ocorrências não especificadas anteriormente – ICMS CDE mês (anexos às folhas 12 a 23) foram lançados pelo seu valor líquido com as deduções dos créditos das compensações já efetuadas, aduzem que não encontra amparo legal, sendo irregular.

Explicam que os valores apurados, sejam oriundos de estornos ocorridos até o segundo mês, ou de pedidos de restituição deveriam ser lançados nos campos próprios existentes no Registro de Apuração do ICMS, bem assim como o valor total a débito do ICMS.

Volta a transcrever os artigos 308 e 397, caput e §3º, do RICMS/12, visando consubstanciar o entendimento pela procedência da autuação.

No que tange ao argumento de que o auto de infração não poderia ser lavrado em face de faturas/nota fiscais de energia elétrica do período autuado já terem sido analisados pela fiscalização, afirmam que em nenhum momento foram analisados anteriormente, pois não constavam dos pedidos de restituição encaminhados a unidade fazendária.

Para amparar essa afirmação transcreve trechos da própria defesa do autuado: *“As parcelas do ICMS destacadas nas notas fiscais de energia elétrica indevidamente recolhido, relacionadas às faturas canceladas pelos motivos acima delineados, são objeto de procedimento legal no sentido de restituição/estorno de débitos tributários, nos termos do que determina a legislação vigente, acima transcrita”; “No entanto, os indébitos oriundos de cancelamentos recolhidos a título de ICMS sobre CDE, diferentemente do acima mencionado, não foram incluídos nos pedidos de restituição acima apontados, pelo que, em relação aos pagamentos/indébitos existentes, restava pendente a adoção de medida tendente a reaver os valores indevidamente recolhidos pela COELBA à SEFAZ.”*

Ao final, elaboram novos demonstrativos às fls. 514 a 516, ao considerar às retificações de Notas Fiscais/Faturas de Energia Elétricas, efetuadas comprovadamente dentro do segundo mês subsequente ao da ocorrência, o que culmina com a redução do valor da autuação para R\$603.018,32.

Acrescentam que fica a critério do Conselho acatar tal redução, pois ressaltam que o autuado descumpriu a legislação, pelo que pedem a procedência do Auto de Infração.

Tendo em vista a juntada aos autos, por parte das autuantes, de novos demonstrativos (fls. 514 a 516), por ocasião de sua informação fiscal; considerando que na assentada do julgamento o autuado, através de sua advogada, informou que não tomou ciência dos referidos demonstrativos; e visando garantir o respeito ao princípio da ampla defesa; a 6ª JFJ converteu o presente processo em diligência à IFEP SERVIÇOS (fl. 524), para que fosse dada ciência ao autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, de toda informação fiscal prestada às fls. 506 a 513, bem como dos demonstrativos às fls. 514 a 516, conforme determina o parágrafo 7º, do artigo 127, do RPAF/99.

O autuado apresentou nova impugnação, às fls. 530 a 538, inicialmente fazendo uma síntese dos fatos até então expostos no processo.

Em seguida rebate os termos da informação fiscal prestada pelas autuantes, ratificando todos os termos de sua primeira impugnação.

Acrescentam que é notório o direito aos créditos pleiteados, que as próprias autuantes pugnaram nesse sentido, pelo que transcreve trecho da informação fiscal onde as mesmas mencionam a comprovação de retificações de notas fiscais efetuadas até o segundo mês subsequente ao da ocorrência, no montante de R\$546.848,90.

Ao final, requer a integral anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração, e que se acaso assim não entenda, que se anule o montante relativo à parcela do ICMS CDE, conforme disposto na própria informação fiscal.

As autuantes produziram uma segunda informação às fls. 556/557, ressaltando que o autuado reitera os mesmos argumentos já oferecidos em sua primeira defesa.

Asseveram que, da mesma forma, mantêm a informação fiscal acostada às fls. 506 a 513, salientando que o crédito ora reclamado originou-se das divergências entre o ICMS referente à Conta de Desenvolvimento Energético Constante nas Notas Fiscais e os valores oferecidos à tributação, conforme lançamentos na EFD.

Ao final, aduzem que não pode o contribuinte deixar de efetuar a escrituração de débitos, alegando que efetuou a “compensação direta”, com débitos anteriores que poderiam ter sido estornados, e pedem a manutenção total da autuação.

VOTO

Preliminarmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos, considerados como infração da obrigação, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento e documentos acostados aos autos, não havendo do que se falar em afronta aos princípios da verdade material e do dever de fiscalização.

Ressalto, ainda, que tendo em vista a juntada aos autos, por parte das autuantes, de novos demonstrativos (fls. 514 a 516), por ocasião de sua informação fiscal; e considerando que na assentada do julgamento, o autuado, através de sua advogada, informou que não tomou ciência dos referidos demonstrativos; a 6ª JJF converteu o processo em diligência, sendo dada ciência ao autuado, inclusive com fornecimento de cópia, de toda informação fiscal prestada às fls. 506 a 513, bem como dos demonstrativos às fls. 514 a 516, garantindo o respeito ao princípio da ampla defesa.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir o ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em arquivos eletrônicos.

Consta na Descrição dos Fatos, que nos arquivos magnéticos do Convênio 115/03, apresentados pela Coelba, que equivalem para efeitos legais à segunda via das Notas Fiscais da Conta de Energia Elétrica, foram encontrados valores mensais de débitos de ICMS referentes à conta de Desenvolvimento Energético - CDE, divergentes dos valores oferecidos à tributação e lançados na escrita fiscal digital.

O autuado contestou a infração, fazendo as seguintes alegações:

- a) parte dos montantes divergentes decorre originariamente do cancelamento de notas fiscais;
- b) os débitos foram regularmente quitados por meio de compensação direta realizada pela COELBA, nos termos do art. 307 do RICMS, e/ou compensação correspondente através de creditamento direto em sua escrita fiscal, com escopo no permissivo legal do art. 397 do RICMS;
- c) as faturas das quais se originaram os créditos pleiteados e utilizados pela COELBA, relacionados ao Auto de Infração, já foram objeto de análise e validação pela SEFAZ em momento oportuno.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, e como bem frisaram as autuantes, verifica-se que as Notas Fiscais Faturas anexadas pela própria autuada (fls. 76 a 197), evidenciam o destaque dos valores de ICMS correspondentes à parcela CDE.

Ainda que a autuada proceda de forma diferente quanto ao tratamento dispensado à parcela correspondente a CDE, tal procedimento não modifica a sua natureza tributária, visto que resulta de incidência do ICMS sobre a parcela beneficiada com redução da tarifa.

Pelo disposto no Decreto nº 7.891/ 2013, que regulamenta a Lei nº 12.783/ 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, resta evidenciado que os valores são resultantes de descontos incidentes sobre as tarifas aplicáveis aos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do inciso VII, do caput do art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

Destarte, o valor exigido na autuação é decorrente da falta de recolhimento de ICMS proveniente da venda de energia elétrica para contribuintes beneficiados com redução da tarifa de energia elétrica, especificamente do ICMS resultante da aplicação da alíquota sobre a parte reduzida.

Diante de tal constatação, o autuado deveria proceder peticionando um Pedido de Restituição na forma estabelecida no artigo 74 do RPAF, Decreto nº 7.629/99, ou para os estornos ocorridos até o segundo mês subsequente ao da ocorrência, na forma do inciso VI, do Artigo 397 do Decreto nº 13.780/2012.

Em relação às notas fiscais apresentadas pelo autuado, que deram causa ao seu direito de crédito, visto que foram canceladas, não é possível acatar aquelas que foram objeto de estorno em período superior ao segundo mês da ocorrência, uma vez que contraria as disposições contidas no art. 74 do RPAF, Inciso VI, do art. 397 do RICMS, e, ainda em detrimento ao art. 308 do RICMS, *in verbis*:

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:

...

Art. 397. A Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (COELBA), a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) e as demais empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica deste Estado, bem como as empresas relacionadas no Anexo I do Ajuste SINIEF 28/89, adotarão o seguinte regime especial para apuração do imposto e cumprimento das obrigações tributárias:

...

VI - admitir-se-á o estorno de débito de ICMS constante em documento fiscal relativo ao fornecimento de energia elétrica, somente quando efetuado até o segundo mês subsequente ao da ocorrência e concomitante com a devolução do crédito ao consumidor expresso no documento fiscal, desde que seja elaborado relatório interno, por período de apuração e de forma consolidada, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

...

Art. 308. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”, consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos”.

Todavia, no que diz respeito às Notas fiscais/faturas /contas de energia elétrica com estorno efetuado até o segundo mês subsequente ao da ocorrência, apesar do impugnante não ter atendido fielmente as disposições dos artigos acima mencionados, o mesmo apresentou, por ocasião de sua defesa, documentação comprobatória de retificações de Notas Fiscais/Faturas de Energia Elétrica, que se encontravam na situação aludida, no montante de R\$546.848,90, conforme relatórios anexados às folhas 514 a 516.

Dessa forma, entendo que tal valor deva ser abatido da autuação, conforme, inclusive, novos demonstrativos juntados pelas autuantes às fls. 514 a 516.

Quanto à justificativa da autuada de que os valores lançados no RAICMS – campo BA009999 – Outros Débitos – Ocorrências não especificadas anteriormente – ICMS CDE mês (anexos às folhas 12 a 23), foram lançados pelo seu valor líquido com as deduções dos créditos das compensações já efetuadas, não há amparo legal, uma vez que os valores apurados deveriam ser lançados nos

campos próprios existentes no Registro de Apuração do ICMS, bem assim como o valor total a débito do ICMS.

No que tange ao argumento defensivo de que as nota fiscais de energia elétrica do período autuado já teriam sido analisadas pela fiscalização, não há comprovação de que as mesmas constavam dos pedidos de restituição encaminhados à unidade fazendária.

Ademais, o próprio autuado afirmou em sua defesa que “.... os indébitos oriundos de cancelamentos recolhidos a título de ICMS sobre CDE, diferentemente do acima mencionado, não foram incluídos nos pedidos de restituição acima apontados, pelo que, em relação aos pagamentos/indébitos existentes, restava pendente a adoção de medida tendente a reaver os valores indevidamente recolhidos pela COELBA à SEFAZ.”

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, reduzindo o valor a ser exigido para R\$603.018,32, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 516.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298633.0001/19-7**, 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\$603.018,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2020.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR