

**PROCESSO** - A. I. Nº 207092.0001/19-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA  
**RECORRIDOS** - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0091-05/20-VD  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 01/04/2021

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0003-12/21-VD

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS E INFORMADOS NOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS/DECLARAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA. ESTORNOS DA PARCELA REFERENTE À CDE - CONTA DE DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO. Restou comprovado, que parte do débito foi estornado em conformidade com regras previstas no RICMS/2012, e que a parcela relativa ao mês de novembro/2017, já se encontrava recolhida antes da autuação. Não comprovado que o sujeito passivo tenha requerido a restituição de indébito relativo a operações autuadas, mediante autorização da Administração Tributária em obediência a normas do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e regras estabelecida no art. 397, VI, §§ 1º, 2º e 3º do RICMS/2012, em relação às parcelas que foram mantidas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em razão de ter desonerado parte do débito, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, com vistas ao reexame da Decisão proferida e de Recurso Voluntário interposto, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/BA, com vistas à reforma da decisão proferida na primeira instância.

O Auto de Infração lavrado em 27/03/19 exige ICMS relativo ao recolhimento a menor do imposto em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Consta na descrição dos fatos que nos arquivos magnéticos apresentados (Convênio ICMS 115/03), que contém as segundas vias das Notas Fiscais da Conta de Energia Elétrica, foram constatados valores mensais de débitos de ICMS referentes à Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), divergentes dos valores oferecidos à tributação e lançados na escrita discal digital. Anexado Demonstrativo Analítico por cliente contendo as divergências, planilha resumo e cópias dos Registros de Apuração do ICMS constantes da EFD/SPED apresentadas pela autuada (2017) - R\$542.461,12, acrescido da multa de 60%.

Na Decisão proferida (fls. 532 a 541), a 5ª JJF inicialmente apreciou que ao analisar as questões formais apresentadas na impugnação, verificou que o lançamento cumpre todos os requisitos legais, a defesa é tempestiva e inexistem irregularidades processuais.

No mérito apreciou que a exigência fiscal tomou como base os dados constantes nos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/03 onde foram identificados valores mensais de ICMS relativos a CONTA DE DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO (CDE), constantes nas notas fiscais divergentes dos valores escriturados nos livros fiscais, conforme demonstrativos de fls. 04 a 28.

*A autuada em sua defesa alega que inexistem tais diferenças, posto que as mesmas ocorreram pela apropriação de créditos, aos quais defende ter direito por permissão contida no RICMS/2012, decorrentes dos cancelamentos de notas fiscais com nova emissão, cancelamentos por ordem judicial e outros cancelamentos por diversos motivos. Demonstra que solicitou restituição do ICMS sobre a energia elétrica destacado nos documentos fiscais, entretanto, não incluiu nestes pedidos os valores do ICMS sobre CDE, por se tratar de parcela, que entende ser distinta do ICMS, tendo sido lançada na escrita fiscal sob o título de OUTROS DÉBITOS, não sendo seu valor constatado mediante base de cálculo e valor do ICMS destacado na nota fiscal.*

*Sobre tais valores, diz ter procedido a compensação direta dos valores recolhidos a maior em períodos anteriores com outros valores relativos à mesma parcela correspondentes a faturas substitutas ou ainda faturas diversas, com fundamento em autorização contida nos arts. 307 e 397 do RICMS/2012. Portanto, o deslinde dessa lide reside em definir se o procedimento adotado pelo contribuinte quando procedeu as compensações do ICMS sobre CDE, sem solicitar a restituição, está albergado na legislação ou carece de fundamento legal.*

*A ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA informa no seu sítio – <http://www.aneel.gov.br> que “A Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) é um fundo setorial que tem como objetivo custear diversas políticas públicas do setor elétrico brasileiro, tais como: universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional; concessão de descontos tarifários a diversos usuários do serviço (baixa renda, rural; irrigante; serviço público de água, esgoto e saneamento; geração e consumo de energia de fonte incentivadas, etc.); modicidade da tarifa em sistemas elétricos isolados (Conta de Consumo de Combustíveis – CCC); competitividade da geração de energia elétrica a partir da fonte carvão mineral nacional; entre outros.”*

*Instituída pelo art. 23 da Lei nº 12.783/13 que deu nova redação ao art. 13 da Lei nº 10.438/02, a CDE não possui natureza jurídica tributária, entretanto correspondente a preço público ou tarifa, e têm como fonte de recursos as quotas anuais (CDE-Energia e CDE-Uso) pagas por todos os agentes que comercializam energia com o consumidor final, além de outros recursos. As quotas pagas pelos consumidores finais, cativos e livres têm valor anual fixado pela ANEEL e estão embutidas nas tarifas de energia elétrica, assim estabelece o § 1º da Lei nº 10.438/2002.*

*Conforme declarado na defesa, a autuada por considerar que o ICMS sobre CDE, tem natureza jurídica distinta do ICMS destacado nas notas fiscais de energia elétrica, visto que entende se constituir, nos termos da legislação vigente, apenas em um “item de cobrança financeiro (conceito na fatura)”, e não em valor cuja repercussão econômica recai sobre o consumidor, tanto assim que para os valores do ICMS destacado nas notas fiscais que foram canceladas, somente foram utilizados após autorizadas as restituições em decisões proferidas pela Diretoria de Tributação – DITRI, em resposta aos pedidos de restituição destes valores.*

*A autuada para utilização dos valores do ICMS destacados em documentos fiscais cancelados como crédito fiscal, solicitou restituição do ICMS, cujos pedidos após examinados, foram parcialmente deferidos conforme pareceres às fls. 394 a 449. A análise procedida pela SEFAZ, destes pedidos, certamente observou estritamente os aspectos atinentes ao objeto solicitado, ou seja, a análise se concentrou no exame das notas fiscais de energia elétrica, que foram canceladas, observando os requisitos que pudessem validar a restituição do ICMS destacado nos documentos, motivo do pedido. Tal análise certamente não contemplou outros aspectos, como a apreciação do ICMS sobre CDE, visto que estes valores não foram objeto dos requerimentos.*

*Portanto, não merece acolhimento o argumento da defesa de que tendo a Fiscalização analisado as notas fiscais de energia elétrica constantes nos pedidos de restituição, validaram todos os valores inclusive aqueles do ICMS sobre CDE.*

*A autuada declara que procedeu a compensação do imposto, utilizando os valores do ICMS sobre CDE. Portanto, fica evidente que os procedimentos adotados pela autuada na recuperação dos valores de ICMS das notas fiscais canceladas, foram distintos. Um decorreu do deferimento dos pedidos de restituição e o outro (ICMS sobre CDE) dos estornos diretamente efetuados na escrita fiscal.*

*A defesa apresenta ainda prova de recolhimento do imposto relativo à competência de novembro de 2017 (R\$73.728,83 – DAEs, doc. fls. 94/97). Os autuantes concordam com essa exclusão e cogitam a possibilidade de exclusão, ao critério do CONSEF, do valor de R\$217.668,12, que corresponde às retificações das notas fiscais faturas de energia elétrica efetuadas comprovadamente dentro do segundo mês subsequente ao da ocorrência, conforme Demonstrativos de fls. 463 a 472.*

*Nos registros do SISTEMA DE PARECERES TRIBUTÁRIOS – CPT, da SEFAZ, consta que a autuada através do Processo nº 206644/2013-3, apresentou consulta formal, onde, dentre outros questionamentos solicita esclarecer as seguintes questões:*

- a) Os valores correspondentes aos descontos concedidos às categorias de consumidores arroladas no art. 1º do Decreto nº 7.891/2013 (irrigantes, aquicultores, serviços públicos de água, esgoto e saneamento, cooperativas de eletrificação rural, dentre outros ali arrolados) estão sujeitos à incidência e cobrança de ICMS?*

*Considerando que há isenção para os valores de subvenção destinados a custear os descontos para a*

*subclasse Baixa Renda, e que os recursos dessa subvenção têm origem na mesma CDE, a subvenção dos descontos para os consumidores listados no art. 1º do Decreto nº 7.891/2013 também não estaria isenta? (...)*

*b.2) Como se dará a forma de cobrança, apuração, cálculo, recolhimento, destaque e repasse para o consumidor do ICMS eventualmente entendido como devido sobre a situação descrita na presente Consulta?*

*b.3) A regra de tributação da subvenção, segue a mesma regra de tributação atribuída à classe de consumidores previstas no RICMS/BA? Ou seja, se o consumidor é beneficiário de isenção ou redução da base de cálculo, essa mesma regra aplica-se a parte subvencionada da tarifa?*

*A Diretoria de Tributação, no uso de sua competência legal esclarece as dúvidas através do Parecer nº 26110/2013, assim dispondo.*

*Considerando que a subvenção econômica é um auxílio pecuniário concedido aos consumidores finais descritos no inciso VII do art. 13 da Lei nº 10.438/2002, proporcionando-lhes um valor tarifário reduzido no consumo de energia elétrica, temos o seguinte entendimento sobre a matéria questionada:*

*O artigo 17, inciso I, da Lei 7.014/96, determina que a base de cálculo do ICMS na saída da mercadoria e na transmissão de sua propriedade será o valor da operação. Assim, sendo a energia elétrica considerada mercadoria para fins tributários, sua circulação ou transmissão configura a hipótese de incidência do ICMS, e sua base de cálculo será o valor da operação. (...)*

*Nesse contexto, a apuração do ICMS devido pela Consulente será o valor efetivamente cobrado e recebido pela venda da mercadoria, isto é, será a soma do valor cobrado diretamente aos consumidores finais através de faturamento, e do valor subvencionado aos consumidores finais e repassado pela ELETROBRÁS (art. 3º do Dec. nº 7.891/13) diretamente para a Distribuidora.*

*Portanto, a base de cálculo para apuração do imposto devido será o preço cobrado pela tarifa normal, considerando que esta é composta por duas parcelas, uma, paga diretamente pelos consumidores finais integrantes das classes beneficiadas e outra, representada pela subvenção econômica, paga pelos cofres públicos diretamente ao Distribuidor, complementando, assim, o valor da tarifa normal.*

*Prevalece, portanto, o entendimento de que a Consulente deverá fazer incidir o ICMS também sobre o valor recebido e contabilizado a título de repasse da subvenção econômica concedida aos consumidores finais referidos no inciso VII do art. 13 da Lei 10.438/02, tendo em vista que esta receita é contabilizada pela Consulente como contraprestação do fornecimento de energia elétrica.*

*E responde especificamente aos quesitos a), b.2) e b.3) conforme transcrito a seguir:*

*a) Considerando que não há, na legislação estadual, previsão de isenção do ICMS para os valores de subvenção destinados a custear os descontos concedidos aos consumidores listados no art. 1º do Decreto nº 7.891/2013 (irrigantes, aquicultores, serviços públicos de água, esgoto e saneamento, cooperativas de eletrificação rural, dentre outros ali arrolados), temos que os valores correspondentes aos mencionados descontos estão sujeitos à incidência e cobrança do ICMS.*

*Ao contrário, e conforme salientado pela Consulente, a isenção relativa à parcela da subvenção de tarifa de energia elétrica, nos fornecimentos a consumidores enquadrados na subclasse Residencial Baixa Renda, encontra-se expressamente prevista no art. 265, inciso XLVIII, do RICMS/BA, motivo pelo qual não há tributação do imposto sobre esta parcela específica. (...)*

*b.2) A incidência do ICMS sobre o fornecimento de energia às classes consumidoras mencionadas no art. 1º do Decreto nº 7.891/2013 deve ser demonstrada quando da emissão da fatura ao consumidor beneficiado, computando-se na base de cálculo do tributo os valores objeto dos descontos decorrentes do art. 1º do Decreto nº 7.891/2013, conforme acima salientado. Os procedimentos para apuração e recolhimento do imposto seguem as mesmas regras previstas na legislação estadual.*

*b.3) A regra de tributação da subvenção deve seguir a mesma regra de tributação atribuída à classe de consumidores previstas no RICMS/BA, ou seja, se o consumidor é beneficiário de isenção ou redução da base de cálculo, essa mesma regra aplica-se à parte subvencionada da tarifa.*

*Portanto, não há tratamento diferenciado a ser atribuído ao ICMS sobre o fornecimento de energia e o ICMS sobre CDE, posto que tratam-se de ICMS e como tal devem seguir as regras estabelecidas no RICMS/2012 que no caso de estorno de débito devem indistintamente obedecer às regras estabelecidas no art. 397, inc. VI, §§ 1º, 2º e 3º do RICMS/2012.*

*Entendimento que se coaduna com o Parecer da Procuradoria Fiscal – PROFIS/PGE, proferido em função de solicitação deste relator, cujo trecho, por oportuno transcrevo.*

*“...entendemos que a CDE tem natureza distinta de valores oriundos de relação obrigacional tributária. Entretanto, mesmo sem possuir natureza tributária, os valores devidos pelos concessionários distribuidores de energia elétrica e recolhidos à CDE constituem valores que se incorporam às tarifas de consumo e,*

*portanto, integram o faturamento de fornecimento feito a todos os consumidores, sendo, desta forma, tributado pelo ICMS indiretamente.*

*Em sendo assim, estando o valor desta fonte de custeio inserto no montante objeto da incidência do ICMS, mesmo que com natureza distinta duma obrigação tributária, temos como certo que a sua restituição deve se submeter às regras de restituição previstas no RPAF/BA, quando efetivamente não concretizadas às operações de fornecimento de energia elétrica.*

*Neste aspecto, por óbvio, deve se aplicar as regras contidas no art. 397, VI, do RICMS/12, devendo o contribuinte, após excedido o prazo para o estorno do débito, promover o pedido de restituição com amparo no RPAF/BA, desde que provado a assunção do encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente.”*

*Ou seja, os estornos de débito decorrentes do cancelamento de documentos fiscais, devem obedecer ao comando regulamentar observando que é possível fazê-lo diretamente na escrita fiscal “somente quando efetuado até o segundo mês subsequente ao da ocorrência e concomitante com a devolução do crédito ao consumidor expresso no documento fiscal”, além de outras medidas complementares estabelecidas, inclusive com a 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”, pois assim estabelece o art. 308 do citado regulamento.*

*Conforme exposto linhas acima, foi comprovado o recolhimento do ICMS relativo à competência de novembro de 2017 (R\$73.728,83), fato verificado em 20/12/2017, portanto, antes da autuação.*

*Demonstrada também que a quantia de R\$217.668,12, corresponde às retificações das notas fiscais faturas de energia elétrica efetuadas comprovadamente dentro do segundo mês subsequente ao da ocorrência, conforme Demonstrativos de fls. 463 a 472, o que levaria o valor total da dedução para a cifra de R\$291.396,95.*

*Os autuantes, em sede de informação fiscal, ponderam que apesar do descumprimento dos dispositivos legais, a autuada apresenta em sua defesa documentos comprobatórios das retificações de Notas Fiscais/Faturas de Energia Elétrica, efetuadas até o segundo mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, valores que poderão ser abatidos do demonstrativo de débito deste Auto de Infração, fato que merece ser considerado, por estar em concordância com a finalidade contida na legislação que rege a matéria, ainda que sob o aspecto formal tenha ocorrido discrepâncias, sem todavia afetar a substância do direito. Valor a ser deduzido: R\$217.668,12.*

*Da mesma forma deve ser abatido o valor recolhido espontaneamente pelo contribuinte antes da formalização do presente lançamento de ofício, no importe de R\$73.728,83.*

*Por tudo exposto, não vislumbro a possibilidade de adoção de tratamento diferente a ser aplicado na recuperação do ICMS sobre o fornecimento de energia e no ICMS sobre CDE. Ou seja, a autuada poderia ter procedido aos estornos 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 atendidas as demais condicionantes postas no RICMS/2012, e, se assim não proceder, somente terá direito ao crédito mediante autorização da Administração Tributária em atendimento a pedido de restituição.*

*Constatado que a autuada assim não procedeu quanto ao ICMS sobre a CDE, considero correto o trabalho dos autuantes, contudo, tomando por base o exposto pelos próprios autuantes em sede de informação fiscal, deve ser abatido da exação o montante total de R\$291.396,95 (R\$73.728,83 + R\$217.668,12), restando como devido R\$251.064,17, conforme demonstrativo de débito (fl. 541).*

A 5ª JF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1 do RPAF/BA.

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário (fls. 552 a 563), inicialmente discorre sobre a infração, as razões apresentadas na impugnação inicial, a decisão proferida na Primeira Instância que acatou parte das alegações, reduzindo o débito de R\$542.461,12 para R\$251.064,17 que entende deva ser modificada conforme razões que passou a expor.

Ressalta que a infração, acusa recolhimento a menor de ICMS, referente à Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) pertinente ao montante oferecido à tributação e o lançado na escrita fiscal, que decorrem de cancelamento de notas fiscais pelos seguintes motivos:

- (i) notas fiscais canceladas que resultaram em nova emissão (refaturamento);
- (ii) notas fiscais canceladas por determinação judicial;
- (iii) por diversos motivos, devidamente justificados sob o ponto de vista regulatório.

E que estas operações resultaram em recolhimento indevido de parcelas do ICMS que foram objeto de restituição/estorno de débitos tributários, como determina a legislação vigente.

Alega que os indébitos dos cancelamentos recolhidos a título de ICMS sobre CDE, não foram incluídos nos pedidos de restituição e *“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 a Nota Fiscal nº 113.205.556 (fl. 557) que destaca valor de R\$3.699,59 que foi *“recolhido a título de ICMS”*, porém o montante a título de ICMS sobre CDE, *“não compõe o valor acima apontado”*, que constitui uma cobrança financeira, a repercussão econômica recai sobre o consumidor.

Apresentou fatura da referida nota fiscal (fl. 557) na qual indicou “Cobrança de ICMS sobre subvenção CDE” de R\$3.092,92 e afirma que a parcela subvencionada (CDE) diferentemente do ICMS efetivamente recolhido pelo consumidor, era lançada a título de “outros débitos” na conta corrente fiscal, não sendo constatado base de cálculo e valor de ICMS destacado na nota fiscal.

Afirma que a demanda envolve débitos que não se refere a valores constantes em documento fiscal, não havendo obrigatoriedade da COELBA adotar procedimentos relativos a pedido de restituição ou estorno, nos termos do art. 307 do RICMS/2012 que prevê: *“O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal”*.

Pondera que o acórdão fundamenta obrigatoriedade da adoção de procedimentos relativo a ICMS destacado em Notas Fiscais de energia elétrica, como é o caso do ICMS CDE, que a empresa não procedeu com pedidos de restituição/estorno dos montantes cobrados nas faturas canceladas.

E sim que o lançamento do débito na conta corrente fiscal, tiveram compensações com crédito de pagamentos a maior em períodos anteriores, conforme denota os arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/03, deduzido com abatimento do valor contabilizado, cujo débito era devidamente registrado pelo seu valor líquido (com as deduções dos créditos das compensações já efetuadas).

Diz que a autuação acusa recolhimento a menor de ICMS, mas em verdade, o cerne da celeuma instaurada pela SEFAZ decorre da inobservância das compensações realizadas pela COELBA.

Atenta que se analisadas as faturas objeto de cancelamento cujo ICMS regular foi objeto de *“pedido de restituição/estorno”* e o CDE *“objeto de compensação”*, verificar-se que: o ICMS CDE das faturas canceladas (que foi objeto de compensação) em períodos de 2017, com os débitos apontados na infração (mês a mês), constata-se que são iguais ou próximos;

Conclui que a cobrança se refere a valores que foram quitados por meio de compensação direta de créditos decorrentes de faturas canceladas, identificada nos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/03 com o mesmo montante das compensações efetuadas pela COELBA, conforme quadro comparativo (fls. 559) juntado com a defesa de forma exemplificativa dos créditos de ICMS CDE oriundos de cancelamentos de faturas do mês e valores exigidos no auto de infração:

Mês/2017	Auto 2017	Arquivo de estorno 2017
31/01/17	65.228,28	65.229,74
28/02/17	21.117,86	21.117,86
31/03/17	17.784,06	17.784,06

Afirma que estas informações foram exemplificadas nos autos, com base nos dados relativos as faturas canceladas e os valores foram compensados, que são de conhecimento da SEFAZ/BA, por estarem contidos no arquivo magnético do Convênio ICMS 115/03, motivo pelo qual o acórdão recorrido deve ser reformado parcialmente, para que seja anulado o lançamento sobre os valores de crédito de ICMS utilizado para a compensação direta dos valores a título de ICMS CDE.

Quanto as notas fiscais e faturas emitidas, alega que as mesmas já foram validadas pela SEFAZ/BA e é vedado exercer comportamento contraditório.

Discorre sobre a boa-fé objetiva, relação dos administrados com a Administração Pública, os princípios da lealdade, publicidade, eficiência e o devido processo legal e cita entendimento da doutrina sobre a preclusão lógica que consiste na perda de faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício, proibindo o comportamento contraditório.

Transcreve decisão judicial (REsp 1.033.963/MG/2011) para reforçar seu posicionamento de que o lançamento origina-se de faturas que já foram “objeto de análise e validação” pela SEFAZ/BA.

Argumenta que no momento que apresenta pedidos de restituição perante a SEFAZ, as faturas cujos indébitos são objeto de análise e validação, com indicação dos fundamentos legais (art. 307 e 397 do RICMS/BA) para quitar supostos débitos que são objeto do presente lançamento, o que lhe causou surpresa a lavratura de Auto de Infração relativo a faturas que foram apreciadas anteriormente.

Conclui que resta comprovado a regularidade do seu procedimento na utilização dos créditos em questão, corroborada pela própria SEFAZ e deve ser afastada a exigência de supostos débitos relacionados às faturas/notas fiscais de energia elétrica e reforma parcial do acórdão recorrido.

Requer a reforma parcial do julgado, pela improcedência da parte impugnada no recurso, com a integral anulação do crédito tributário constituído no Auto de Infração ora impugnado.

Na assentada do julgamento se declarou impedido o Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes, tendo em vista que fez parte dos membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal no julgamento da primeira instância.

O Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois tinha requerido vistas ao processo, se declarou impedido e não participou da Sessão de Julgamento.

Registra-se a presença na sessão de julgamento, via videoconferência, a advogada do Autuado, Dra. Adriana Catanho Pereira – OAB/BA nº 52.243.

## VOTO

Inicialmente, cabe apreciar o Recurso de Ofício relativo à desoneração promovida no julgamento da primeira instância com redução do valor exigido de R\$542.461,12 para R\$251.064,17.

Constato que a desoneração procedida decorreu do acolhimento de duas razões de defesa:

- 1) Com relação ao valor exigido no valor de R\$73.728,83 relativo ao mês 11/2017, na defesa aprestada o sujeito passivo juntou às fls. 94 a 97, cópia de DAES com valores de R\$5.461,39 do Adicional do Fundo de Pobreza/CDE e R\$68.267,44 do Regime Normal – Energia Elétrica CDE. Como esses valores foram recolhidos em 20/12/2017 (fl. 96), restou comprovado que os valores exigidos foram recolhidos em momento anterior a lavratura do AI em 27/03/2019. Portanto, correta a Decisão.
- 2) No tocante aos valores exigidos que totaliza R\$217.668,12, constato que o sujeito passivo juntou com a defesa, demonstrativos às fls. 98 a 392 (doc. 5 a 8) nos quais relacionou notas fiscais faturas de energia elétrica, que foram canceladas e que promoveu compensação em período posterior.

Por sua vez, os autuantes quantificaram os valores que foram compensados até o segundo mês subsequente ao da ocorrência, conforme demonstrativos analíticos de fls. 463 a 472, consolidado no demonstrativo sintético de fl. 462, totalizando R\$217.668,12.

Observe que o art. 397, VI do RICMS/BA, concede Regime Especial nos seguintes termos:

*Art. 397. A COELBA... 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: (grifo nosso).*

Pelo exposto, os procedimentos de estornos de débitos promovidos pelo sujeito passivo, em função de cancelamento de notas fiscais e compensações de débitos no CDE foram feitos em conformidade com a previsão regulamentar. Logo, correto o afastamento da exigência relativa ao valor de R\$217.668,12, relativo às retificações efetuadas, comprovadas até o segundo mês subsequente ao da ocorrência, conforme demonstrativos de fl. 462.

Concluo, que os valores desonerados, totalizando R\$291.396,95 e que foi objeto do lançamento, decorreram de comprovação de pagamento realizado antes do momento da lavratura do AI e de compensações efetuadas até o segundo mês subsequente ao da ocorrência (cancelamentos/CDE) em conformidade com o disposto no art. 297, VI do RICMS/2012 e correta a Decisão recorrida.

Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

No que se refere ao Recurso Voluntário, o recorrente contesta a manutenção da exigência fiscal relativa ao recolhimento a menor de ICMS da CDE, em razão do cancelamento de notas fiscais:

- i) refaturadas;
- ii) fiscais canceladas por determinação judicial e
- iii) diversos motivos.

Argumenta que procedeu a compensação dos indébitos de ICMS CDE de períodos anteriores constantes de faturas, por não se tratar de valores constantes em documento fiscal, nos termos do art. 307 do RICMS/2012.

Com relação a este argumento, constato que a Decisão da primeira instância fundamentou que o ICMS sobre CDE, tem natureza jurídica distinta do ICMS destacado nas notas fiscais de energia elétrica, constitui um “item de cobrança financeiro (conceito na fatura)”.

E que os valores do ICMS destacado nas notas fiscais canceladas, somente foram utilizados após autorizadas as restituições em decisões proferidas pela Diretoria de Tributação (DITRI) após análise dos processos de pedido de restituição, que foram parcialmente deferidos conforme pareceres às fls. 394 a 449.

Portanto, entendo estar correta a fundamentação da Decisão de que a compensação pode ser feita em conformidade com o regime especial até o segundo mês de ocorrência nos termos do art. 397, VI do RICMS/BA, cujos valores foram afastados e objeto do recurso de ofício, mas “*não merece acolhimento o argumento da defesa de que tendo a Fiscalização analisado as notas fiscais de energia elétrica constantes nos pedidos de restituição, validaram todos os valores inclusive aqueles do ICMS sobre CDE*”.

Ressalte-se, que conforme esclarecido no Acórdão recorrido, o contribuinte já tinha feito consulta em 2013 a SEFAZ/BA (Processo nº 206644/2013-3) e a DITRI esclareceu (Parecer nº 26110 2013) que a subvenção econômica é um auxílio pecuniário concedido aos consumidores finais (art. 13 da Lei nº 10.438/2002) que proporciona valor tarifário reduzido no consumo de energia elétrica) e que a base de cálculo do ICMS na saída da mercadoria é o valor da operação e no caso da energia elétrica a base de cálculo será o valor da operação, que no caso é o “valor efetivamente cobrado e recebido pela venda da mercadoria”, ou seja, “*a soma do valor cobrado diretamente aos consumidores finais através de faturamento, e do valor subvencionado aos consumidores finais e repassado pela ELETROBRÁS (art. 3º do Decreto nº 7.891/13) diretamente para a Distribuidora*”.

E que “*não há tratamento diferenciado a ser atribuído ao ICMS sobre o fornecimento de energia e o ICMS sobre CDE, posto que tratam-se de ICMS*”, aplicando se as regras de estorno de débito previstas no art. 397, inc. VI, §§ 1º, 2º e 3º do RICMS/2012, entendimento que foi manifestado no Parecer da PROFIS/PGE (fls. 526 a 531), ou seja, a CDE tem natureza distinta de “*valores oriundos de relação obrigacional tributária*”, mas mesmo que não possua natureza tributária, “*os valores*

*devidos pelos concessionários distribuidores de energia elétrica e recolhidos à CDE constituem valores que se incorporam às tarifas de consumo e, portanto, integram o faturamento de fornecimento feito a todos os consumidores, sendo, desta forma, tributado pelo ICMS indiretamente”.*

Com relação aos pedidos formulados que o recorrente alega preclusão, observo que na defesa, à fl. 62, foi indicado os valores de estornos realizados no período de janeiro a outubro/2017, que já foi acatado na decisão da primeira instância. Tomando por exemplo o valor de R\$21.117,86 indicado no recurso à fl. 559, foi zerado no demonstrativo de fl. 462. Já os valores de R\$65.228,28 e R\$58.459,28 relativo aos meses 01/2017 e 03/2017, foram reduzidos no demonstrativo de fls. 462 para respectivamente R\$28.005,68 e R\$33.150,85 em conformidade com as regras contidas no art. 397, VI do RICMS/12, ou seja, realização do estorno de débito até o segundo mês subsequente da ocorrência.

Portanto, não tem amparo legal a invocação de preclusão lógica, visto que não houve apreciação e validação por parte do Fisco ao tomar conhecimento das notas fiscais faturas (Convênio ICMS 115/03), visto que os valores escriturados submetem-se à homologação dentro do prazo decadencial.

Além disso, conforme esclarecido pela fiscalização na informação fiscal (fl. 459), o próprio estabelecimento autuado na defesa apresentada admitiu que as operações objeto da autuação ‘não foram incluídas nos pedidos de restituição’, logo, não há o que se falar em preclusão lógica e prejuízo ao exercício do contraditório, conforme transcrição do reconhecido na defesa à fl. 56:

*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 ao pagamentos/indébitos existente, restava pendente a adoção de medida tendente a reaver os valores indevidamente recolhidos pela COELBA à SEFAZ (grifo nosso).*

Portanto, inexistente a preclusão lógica aventada, visto que as operações objeto da autuação não foram objeto de pedido de restituição de indébito e sim apenas uma pretensão de requerer a restituição, que na data da autuação não tinha sido formalizada, motivo pelo qual não acolho o pedido.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração Auto de Infração nº 207092.0001/19-1, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADIO DA BAHIA - COELBA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$251.064,17**, acrescido de multa de 60%, previstas no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS