

PROCESSO - A. I. N° 207092.0009/17-6
RECORRENTE - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0038-06/18-VD
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/03/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0070-12/24-VD**

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. Restou comprovado que no saneamento do Processo Administrativo Fiscal, valores deferidos no Processo Administrativo Tributário em alguns meses tiveram montante de crédito superior ao que foi deferido. De ofício reconhecido os valores creditados a menos que o deferido o que implicou na redução do débito. Impossibilidade de fazer compensação de valores no processo. Reformada a Decisão recorrida para reconhecer, **DE OFÍCIO**, os valores que já prescreveu o direito do pedido de restituição previsto nos artigos 168 e 169 do CTN. Recurso **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo (fls. 939/959), com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 6ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 06/11/2017, acusando o cometimento da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.86: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido (2015) - R\$ 2.242.664,26, Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Na decisão proferida em Primeira Instância (fls. 911/922) foi apreciado que:

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 compreensível; (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 analisassem 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.

Observe 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.

Constato 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 inconstitucionalidade; (...)

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.

No Recurso Voluntário interposto por meio da advogada Adriana Catanho, OAB/BA 52.243 (fls. 938 a 959) inicialmente ressalta a sua tempestividade, apresenta uma síntese do lançamento, defesa,

informação fiscal e julgamento de primeira instância que entende deva ser reformado conforme passou a expor

Discorre sobre os princípios que rege o Processo Administrativo-Fiscal, preconizando a verdade material, como manifesta doutrina (James Marins) expressamente albergado no art. 2º do RPAF/BA (Dec. 7.629/1999).

Ressalta que o procedimento fiscalizatório, lavrou o auto de infração sem analisar diversas questões, entre as quais:

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

Argumenta que a Administração Tributária descumpriu o dever de fiscalização, de proceder investigação, de modo a dar certeza à autuação, garantindo segurança jurídica, na medida de comprovar a completa inexistência da infração.

Ressalta que no saneamento do processo, em busca da verdade material, foram realizadas diligências fiscais, com ciência e manifestações, em síntese:

Assim como aduzido pela COELBA, parte dos valores lançados no auto de infração efetivamente trata-se de crédito ao qual a Companhia fazia *jus*, motivo pelo qual não havia que se falar em débito oriundo de pedido de restituição indeferido;

Dessa forma, é plenamente cabível a redução dos montantes objeto do auto de infração, no montante total de R\$ 903.299,25 (novecentos e três mil, duzentos e noventa e nove reais e vinte e cinco centavos), ante à comprovação da correta utilização de créditos fiscais pleiteados anteriormente pela Recorrente.

Contudo, mesmo que corroboradas pelos Autuantes por meio de planilhas contida nos autos, a JJF fundamentou que:

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 quarenta e dois mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e vinte e seis centavos).

Ou seja, a despeito de todas as manifestações e conclusões manifestadas pela COELBA e pelos próprios Autuantes no sentido de reconhecer que parte dos créditos efetivamente era devido e o lançamento, por sua vez indevido, e pugnar pela redução do valor lançado, a Junta de Julgamento considerou que os elementos dos autos não eram capazes de atestar o equívoco no lançamento.

Destaca que embora os autuantes tenham acatado valores de ICMS referentes a documentos fiscais objeto dos pedidos de restituição parcialmente indeferidos por falta de previsão legal, uma vez encerrado o processo de pedido de restituição, com o indeferimento, caberia o pedido de restituição de indébito nos termos do Art. 78 do RPAF/BA.

Conclui afirmando que os elementos constantes do processo não deixam dúvidas que se cuida de lançamento tributário decorrente de uso de crédito supostamente indevido, cuja análise foi realizada e concluída, não podendo deixar de ser reconhecido o crédito em favor da COELBA e parcial improcedência do lançamento.

Em seguida apresenta uma síntese dos valores que são objeto da autuação:

- i) NOTAS FISCAIS CANCELADAS E REFATURADAS:** 3.253 notas fiscais, de faturas de energia

elétrica canceladas, e que foram novamente faturadas totalizando valor total de R\$ 718.355,22. Salienta que em situações idênticas, a SEFAZ/BA admitiu a utilização de crédito fiscal após a comprovação de reemissão das faturas de energia elétrica, conforme Pareceres Finais acostados com a Defesa, e que denotam Processo nº 006397/2017-3 (fl. 948);

- ii) NOTAS FISCAIS CANCELADAS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL:** notas fiscais canceladas com suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS decorre do cancelamento de 1.052 notas fiscais, em cumprimento de decisões judiciais, no valor de R\$ 911.728,70. Ressalta que antecipa o recolhimento do ICMS (Decreto nº. 9.250/2004) e após os cancelamentos, passa a ser detentora de crédito passível de estorno ou restituição. Transcreve trecho de sentenças a exemplo do Processo nº 0016827-09.2012.8.05.0113 (fl. 949); Processo nº 0102081-58.2013.8.05.0001 e Processo nº 0044294-71.2013.8.05.0001 (fls. 949/950). Argumenta, que a COELBA agiu estritamente em cumprimento de decisões judiciais, motivo pelo qual o lançamento deve ser reformado.
- iii) DAS DEMAIS JUSTIFICATIVAS DA CONCESSIONÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DE CORREÇÕES E ANULAÇÕES DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA:** 257 notas fiscal totalizam R\$ 487.725,10 sob diversas justificativas regulatórias. **a)** reemissão de 39 notas fiscais, totalizando R\$ 315.482,49 (fl. 951) em conformidade com Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL; **b)** Decisão favorável perante o PROCON, e a COELBA que obriga a realizar retificação ou anulação da fatura, a exemplo do caso indicado na fl. 955 (FATURA 28.10.2014 R\$ 806,79 - JOSINALDO GOMES BATISTA) e também situações nas quais a própria Concessionária identifica o equívoco e procede com a sua regularização nos moldes do art. 6º da Lei nº 8.987/1995.

Afirma que de acordo com as informações fiscais produzidas pelos autuantes o débito fiscal deve ser reduzido do valor principal: **i)** acatados pela SEFAZ, R\$ 1.064.042,15; **ii)** deveria ser reduzido de R\$ 2.242.664,26 para R\$ 1.377.090,70; **iii)** o resultado da subtração (R\$ 2.242.664,26 - R\$ 1.064.042,15) deveria ser R\$ 1.178.622.

Destaca que em virtude de cancelamento de notas por ordem judicial (R\$ 911.728,70), conforme planilhas (DOC. 05), que difere do reconhecido pelo autuantes (R\$ 536.397,37 e R\$ 210.904,69 de refaturamento), leva a crer que a totalidade dos documentos juntados na defesa não foram analisados, ou houve falha na apreciação, o que reduziria o montante principal de R\$ 1.178.622,11.

Ressalta que na informação fiscal foi reconhecido justificativas que totaliza valor de R\$ 315.482,49, o que ao todo remanesceria valor de R\$ 863.139,62.

Requer reforma da decisão para correção dos valores lançados, reconhecer a integral anulação do crédito tributário com base no princípio da verdade material. Caso assim não entenda, que seja acatada a segunda informação fiscal com redução do valor do principal para R\$ 863.139,62.

Na assentada do julgamento em 25/06/2019, esta 2ª CJF tendo como Relator o Conselheiro José Carlos Barros Rodeiro converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF no sentido de que fosse analisado a ocorrência de notas fiscais canceladas em cumprimento de decisões judiciais e anuladas por questões regulatórias.

No Parecer 10/2022 (fls. 1005/1009) o diligente discorreu sobre o pedido, apresentou uma síntese sobre as informações fiscais (fls. 762/769) manifestação do contribuinte (fls. 886/903) e julgamento (fls. 911/922) que não acolheu os ajustes efetuados pelos autuantes.

Ao final resumiu que diante da materialidade do caso deve ser reconhecido como devido:

- a)** O valor reconhecido pela COELBA que corresponde ao montante remanescente apontado pelos autuantes de R\$ 1.339.365,01 menos o crédito fiscal reconhecido como de direito pelos autuantes de R\$ 476.225,39, que resulta em valor de R\$ 863.139,62;
- b)** Se não reconhecida a compensação, o valor indicado pelos autuantes de R\$ 1.339.365,01.

Cientificado o recorrente se manifestou (fls. 1019 a 1025), apresentou uma síntese da autuação, informação fiscal que reconheceu a procedência em parte apontando valor remanescente de R\$ 1.339.365,01 e contestação da empresa reconhecendo como devido R\$ 863.139,62 o que foi

“confirmado” pelo diligente da ASTEC/CONSEF.

Discorre sobre os valores originais apurados pelos autuantes, refazimento com redução do débito, valores reconhecidos pela empresa que requer seja acolhido no julgamento.

Os autuantes afirmaram que nenhum fato novo foi acrescentado, ficando mantida a informação fiscal de fl. 855 com redução débito para R\$ 1.339.365,01.

Na assentada do julgamento em 31/01/2023, esta 2ª CJF tendo como Relator o Conselheiro Marcelo Mattedi e Silva, converteu o processo em diligência ao Diretor da DAT/METRO “para informar se ratifica o demonstrativo elaborado pelos autuantes”.

O Coordenador da DAT/METRO Ejanilton Bernardo da Hora Braga emitiu parecer de fls. 1039 a 1041 no qual discorreu sobre a diligência ressaltando que:

- i) A infração decorre de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS que se creditou a maior do que o deferido em processos de pedido de restituição (01/2014 a 07/2015);
- ii) Distinção entre Processo Administrativo Fiscal e Processo Administrativo Tributário, relativo a exigência de crédito tributário e administrativa;
- iii) Previsão do processo de restituição de tributo previsto nos artigos 160 e 161 da Lei nº 3.956/1981 (COTEB) com encerramento previsto no art. 127-C que prevê direito de creditar se após noventa dias se não houver deliberação e em caso de decisão contrária promover o estorno e pagamento com acréscimos legais (art. 78 do RPAF/BA);
- iv) Definitividade das decisões previstas no art. 173-A do RPAF/BA.

Concluiu que os pedidos de restituição formulados nos Processos Administrativo Tributário, foram apurados pela fiscalização que se creditou em montantes maiores que os autorizados no período autuado e não tendo o sujeito passivo procedido em conformidade com o disposto no art. 78 do RPAF/BA, *“não cabe à luz do princípio da legalidade objetiva modificação da decisão transitada em julgado administrativamente”*.

O Diretor do DAT/METRO manifestou que de acordo com o Parecer supra, não ratifica o demonstrativo apresentado pelos autuantes à fl. 855, *“que modifica valores deferidos parcialmente dos processos administrativos tributário relativos a pedido de restituição...”*.

A Secretaria do CONSEF no despacho de fl. 1042 redistribuiu o processo a este relator.

Registrada a presença na sessão de videoconferência, Dra. Adriana Catanho Pereira que exerceu o seu direito regimental de sustentação oral.

VOTO

O Auto de Infração acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição que foi deferido parcialmente.

Na decisão proferida (fls. 911/922) a 6ª JJF julgou procedente o AI, fundamentando 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”*.

No Recurso Voluntário interposto o recorrente alegou que o auto de infração foi lavrado sem analisar que: 3.253 notas fiscais foram canceladas e tiveram nova emissão (refaturamento); 1.052 notas fiscais foram canceladas por determinação judicial e 257 notas fiscais foram canceladas por diversos motivos (atendeu reclame/consumidor).

Argumentou que os autuantes reconheceram a redução do débito para R\$ 1.377.090,70, mas se considerado os valores acatados pela SEFAZ, de R\$ 1.064.042,15, deveria ser reduzido para R\$ 1.178.622,11 (R\$ 2.242.664,26 - R\$ 1.064.042,15), mas que os cancelamentos de notas por ordem judicial (R\$ 911.728,70), difere do reconhecido pelo autuantes (R\$ 536.397,37 e R\$ 210.904,69), na informação fiscal que totaliza R\$ 315.482,49, o valor remanescente deveria ser de R\$ 863.139,62.

Em atendimento a primeira diligência determinada por esta 2ª CJF o parecerista da ASTEC/CONSEF (fls. 1005/1009) após análise da informação fiscal (fls. 762/769) manifestação do contribuinte (fls. 886/903) e julgamento (fls. 911/922) concluiu que:

- a) O valor reconhecido pela COELBA corresponde ao montante remanescente apontado pelos autuantes de R\$1.339.365,01 menos o crédito fiscal reconhecido como de direito pelos autuantes de R\$ 476.225,39, que resulta em valor de R\$ 863.139,62;
- b) Se não reconhecida a compensação, o valor indicado pelos autuantes de R\$ 1.339.365,01.

Em atendimento a segunda diligência determinada por esta 2ª CJF (fl. 1036) tendo como Relator o Conselheiro Marcelo Mattedi e Silva, o Diretor do DAT/METRO manifestou que não ratifica o demonstrativo apresentado pelos autuantes (fl. 855), “*que modifica valores deferidos parcialmente dos processos administrativos tributário relativos a pedido de restituição...*”.

Por tudo que foi exposto, pode se concluir que:

- i) Conforme demonstrativo que deu suporte a lavratura do Auto de Infração (fl. 5) os autuantes, confrontaram os valores de pedido de restituição formulados em Processo Administrativo Tributário (PAT) de 19 (dezanove) e exigiram a diferença entre os valores DEFERIDOS e os que foram CREDITADOS pela empresa, resultando em valor exigido de R\$ 2.242.664,26;
- ii) Após a primeira e segunda informação fiscal os autuantes acataram argumentos e provas juntadas com a defesa e promoverem reduções dos valores exigidos para R\$ 1.377.090,70 e depois para R\$ 1.339.365,01, bem como reconheceram 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.

Neste contexto, entendo que está correta a fundamentação contida na Decisão ora recorrida, tendo em vista que conforme disposto no art. 33 da Lei nº 7.014/96, c/c os artigos. 74; 75 e 78 do RPAF/BA é assegurado ao contribuinte o direito de restituição do ICMS pago indevidamente, mediante formulação de *pedido de restituição, que se não houver deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.*

No caso em questão, tendo sido deferido parcialmente os pedidos de restituição de dezenove processos em cinco deferimentos (fl. 5), autorizando creditamento em valor menor que o solicitado, caberia ao estabelecimento autuado interpor recurso ao Diretor de Administração Tributária, nos termos do art. 81 do RPAF/BA que estabelece:

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.

Portanto, o lançamento dos créditos de ICMS relativos ao valor que excedeu ao que foi deferido pelo Diretor do DAT configura infringência à legislação do ICMS (art. 33, § 2º da Lei nº 7.014/1996 c/c o art. 78 do RPAF/BA), motivo pelo qual em termos legais não deve ser provido o Recurso Voluntário.

Entretanto, **nesta situação específica**, tomando como base o resumo dos demonstrativos originais, refeito pela fiscalização na primeira informação fiscal e na segunda informação fiscal após manifestação do autuado, constata se que:

Processo	Mês	Solicitado	VL. Deferido	Total Deferido	Creditado/EFD	Autuado	Acatado	Devido
222.012/2014-6	jan/14	1.005.663,99	948.358,15					
222.017/2014-8	fev/14	826.022,52	686.941,64					
212.070/2014-7	mar/14	978.528,11	734.474,88					
212.066/2014-8	abr/14	804.372,10	712.389,26					
212.064/2014-5	mai/14	1.037.237,50	963.175,91		JUL/15			
212.061/2014-6	jun/14	2.327.016,98	2.236.403,58	6.281.743,42	8.000.000,00	1.718.256,58	439.706,16	1.278.550,42
212.059/2014-0	jul/14	1.054.264,47	933.210,69					
212.052/2014-5	ago/14	886.037,79	746.751,69					-
212.054/2014-8	set/14	1.680.741,23	1.364.310,25					(434.862,05)

212.057/2014-7	out/14	897.387,86	791.205,09					
372.744/2014-9	nov/14	745.798,96	650.066,53		AGO/15			
021.574/2015-5	dez/14	3.441.570,10	3.376.985,83	7.862.530,08	8.000.000,00	137.469,92	572.331,97	
050692/2015-6	jan/15	1.823.390,46	1.652.753,22					
050687/2015-0	fev/15	1.053.191,66	873.554,29					
095716/2015-7	mar/15	1.207.781,00	980.798,75					
095733/2015-2	abr/15	889.268,38	817.188,22		SET/15			
116522/2015-2	mai/15	997.553,60	933.966,58	5.258.261,06	5.461.680,62	203.419,56	244.782,90	- (41.363,34)
					OUT/15			
138689/2015-7	jun/15	1.426.904,21	1.334.370,05	1.334.370,05	1.426.904,21	92.534,16	63.773,65	28.760,51
					NOV/15			
151657/2015-9	jul/15	1.521.135,56	1.430.152,52	1.430.152,52	1.521.136,56	90.984,04	58.929,96	32.054,08
								1.339.365,01

- 1) No período de junho/2014 a jul/2015, conforme relação no quadro resumo acima o estabelecimento autuado ingressou com pedido de restituição de crédito relativo a 19 (dezenove) Processos Administrativos Tributários (PAT), que envolve milhares de notas fiscais emitidas contra os consumidores (contas de energia elétrica) que foram canceladas por iniciativa da própria empresa atendendo a reclame dos clientes ou por determinação judicial;
- 2) O ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica consignado nas notas fiscais canceladas tiveram o imposto recolhido, que foi objeto do pedido de restituição de crédito em conformidade com o disposto nos artigos 33 da Lei nº 7.014/1996 e artigos 74 a 79 do RPAF/BA;
- 3) Pela análise preliminar a Administração Tributária (art. 79, I, "a" do RPAF/BA) promoveu cinco deferimentos de processos: **i)** de janeiro a junho/2014: R\$ 6.281.743,42 que a empresa creditou-se no mês de julho com valor de R\$ 8.000.000,00; **ii)** de julho a dezembro/2014: R\$ 7.862.530,08, que a empresa creditou se de R\$ 8.000.000,00; **iii)** de janeiro a maio/2015: R\$ 5.258.261,06 que creditou se de R\$ 5.461.680,62; **iv)** junho/2015, deferiu R\$ 1.334.370,05, creditou se de R\$ 1.426.904,21; **v)** julho/2015, deferiu R\$ 1.430.152,52, creditou se de R\$ 15.521.136,56.

A fiscalização em 06/11/2017, conforme demonstrativo de débito de fl. 5, confrontou o valor total deferido em cada período com o que foi escriturado na EFD (fls. 6 a 15) e efetuou o lançamento exigindo a diferença entre o VALOR DEFERIDO e o VALOR LANÇADO.

Conforme apreciado inicialmente, não tendo sido deferido a restituição dos valores solicitados em Processos Administrativos Tributários, o correto seria a empresa creditar se do valor autorizado e ingressar com Recurso Voluntário para o Diretor da Administração Tributária quanto as diferenças solicitadas e que não foram deferidas.

Entretanto, uma vez efetuado o lançamento por meio de Auto de Infração, tomando como base o confronto do montante solicitado, deferido e creditado (PAT), a empresa apresentou defesa juntando provas e argumentos, instaurando o Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Conforme circunstanciado no Recurso Voluntário, apreciado no voto do Acórdão ora recorrido, sintetizado no quadro acima, após a produção de duas informações fiscais no saneamento do processo em primeira instância, os autuantes reconheceram que após a análise das provas acostadas ao PAF (milhares de notas fiscais relacionadas no demonstrativo gravado na mídia de fl. 855) que os valores creditados nos meses de:

- A) JULHO/2015; OUTUBRO/2015 e NOVEMBRO/2015: resultaram em direito de créditos em montantes inferiores ao que foi deferido nos PAT;
- B) AGOSTO/2015 e SETEMBRO/2015, o montante de crédito fiscal que a empresa tinha direito foram superiores aos montantes que foi deferido nos PAT.

Em conclusão, observo que embora na forma o sujeito passivo tenha se creditado em valores superiores ao que foi solicitado e deferido nos PAT, na busca da verdade material que norteia o PAF (art. 2º do RPAF/BA), deve ser reconhecido que os elementos contidos no processo, deve prevalecer a essência sobre a forma (princípio da instrumentalidade das formas), os princípios da legalidade objetiva, exercício do contraditório, da oficialidade, da razoabilidade, da autotutela no controle dos atos da Administração Pública, acolher as provas apresentadas que não resulte em prejuízo ao Erário.

Também deve ser levado em consideração que PATs solicitados em JAN/2014, deferidos em JUN/2014, foi objeto de lançamento em NOV/2017, tendo decorrido mais de seis anos para solucionar o litígio relativo a fatos geradores que já decorre dez anos (2014), devendo ser aproveitado a cooperação das partes para se obter em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva com aproveitamento dos atos praticados necessários em observância a prescrições legais, desde que não resulte prejuízo às partes (artigos 6º e 283 do CPC, subsidiário do art. 180 do RPAF/BA).

Deve ser considerado ainda que os montantes de créditos apurados pela fiscalização no PAF em valor superior ao deferido nos PAT relativo a fatos geradores ocorridos no exercício fiscal de 2014, já prescreveu o direito de pedir restituição nos termos do art. 168 e 169 do CTN e art. 3º da LC 118/2005. Logo, nesta situação específica, caso não reconhecido neste PAF, incorrerá em enriquecimento ilícito do Estado.

Com relação aos valores apurados pela fiscalização em favor do contribuinte no demonstrativo de fl. 855, relativo aos valores autuados (diferença entre o deferido e creditado) e o apurado pela fiscalização no PAF, relativo aos lançados na EFD dos meses de AGO/2015 e SET/2015, entendo que não pode ser atendido o pedido formulado pelo recorrente de compensação neste processo.

DE OFÍCIO, acolho a exclusão dos valores que a fiscalização apurou no PAF em montantes superiores ao que foi deferido nos PAT, remanescendo valor devido de R\$ 1.339.365,01 conforme demonstrativo resumo de fl. 855, consolidado abaixo.

Data Ocorr	Data Veto	Autuado	Julgado 6ª JJF	Julgado 2ª CJF
31/07/2015	09/08/2015	1.718.256,58	1.718.256,58	1.278.550,42
31/08/2015	09/09/2015	137.469,92	137.469,92	-
30/09/2015	09/10/2015	203.419,56	203.419,56	-
31/10/2015	09/11/2015	92.534,16	92.634,16	28.760,51
30/11/2015	09/12/2015	90.984,04	90.984,04	32.054,08
Total		2.242.664,26	2.242.764,26	1.339.365,01

Por tudo que foi exposto, NEGOU PROVIMENTO do Recurso Voluntário, porém diante da prescrição para pleitear restituição de indébito relativo a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2014 e 2015, DE OFÍCIO, reconheço o pedido do contribuinte quanto ao direito dos créditos apurados no PAF, mediante provas carreadas aos autos, que não foram reconhecidas e deferidos no PAT, que implica na redução do débito original de R\$ 2.242.664,26 para R\$ 1.339.365,01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207092.0009/17-6, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.339.365,01, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS