

PROCESSO - A. I. N° 298633.0001/19-7
RECORRENTES - FAZ. PÚBL. ESTADUAL e CIA DE ELETR. DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
RECORRIDOS - CIA DE ELETR. DO ESTADO DA BAHIA - COELBA e FAZ. PÚBL. ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0010-03/20
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.07.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0160-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os contribuintes podem proceder aos estornos de débito de ICMS, constante em documento fiscal relativo ao fornecimento de energia elétrica, ou sobre a parcela CDE, quando efetuado até o segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador e concomitante devolução do crédito ao consumidor, expresso no documento fiscal, atendidas as demais condicionantes postas no RICMS/2012. Ultrapassado o prazo, somente terá direito mediante pedido de restituição, na forma do art. 74 do RPAF/99. Caracterizada violação às regras do art. 397, inc. VI, §§ 1º, 2º e 3º do RICMS/2012. Rejeitada a prejudicial de sobrestamento. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos em face do Acórdão nº 0010-03/20 proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 26/03/2019 no valor histórico de R\$ 1.149.867,22, abordando a seguinte infração:

***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.*

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.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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 indêbitos 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/indêbitos 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.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, aponta a necessidade de sobrestamento dos autos até prolação de parecer da PGE/BA sobre a matéria, considerando que foram lavrados autos com objeto idêntico ao presente (Auto de Infração nº 207092.0001/19-1, exercício de 2017; e Auto de Infração nº 298633.0002/19-3, exercício de 2015) que foram remetidos à Procuradoria para manifestação sobre o tema.

No mérito, defende a inexistência de débito e o direito à compensação direta dos valores de ICMS CDE, conforme art. 307 do RICMS/BA. Explica que a autuação acusa recolhimento a menor do ICMS referente à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, porque os montantes oferecidos à tributação divergem daqueles lançados na escrita fiscal, conforme análise dos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/03.

Aponta que as divergências decorrem do cancelamento e nova emissão (refaturamento) de algumas notas; cancelamento de notas fiscais por determinação judicial e cancelamentos por diversos motivos, devidamente justificados sob o prisma regulatório.

Esclarece que as parcelas destacadas do ICMS nas notas fiscais de energia elétrica relacionadas às faturas canceladas são objeto de procedimento legal de restituição/estorno, conforme determina a legislação vigente, porém, os indêbitos de cancelamentos recolhidos a título de ICMS sobre CDE não foram incluídos nestes pedidos de restituição porque restava pendente a adoção de medida tendente a reaver os valores indevidamente recolhidos.

Relata que, então, procedeu à compensação direta dos indêbitos de ICMS CDE recolhidos a maior em períodos anteriores com outros débitos referentes a fatura substitutivas ou diversas, utilizando-se de permissivo legal, apontando ainda que o montante a título de ICMS sobre CDE não compõe a base de cálculo do imposto contida no campo de informações de tributos da sua fatura, sendo inserido sob o título de “outros débitos” na sua conta corrente fiscal.

Sustenta assim que não se trata de valor constante em documento fiscal, por não compor o valor do ICMS destacado na fatura e, portanto, não há obrigatoriedade de adotar procedimentos relativos a pedido de restituição ou estorno, conforme art. 307 do RICMS/BA.

Destaca que diante desta sistemática e a forma de lançamento do débito na conta corrente fiscal, realizadas as compensações, os valores de crédito dos pagamentos a maior em períodos anteriores eram deduzidos com o abatimento do valor contabilizado, de modo que o débito era devidamente registrado pelo seu valor líquido, ou seja, com as deduções dos créditos das compensações já realizadas.

Diz que os valores exigidos neste PAF correspondem àqueles quitados por meio de compensação

direta por meio de créditos decorrentes de faturas canceladas, já esclarecidos, de maneira que a diferença identificada reflete o mesmo montante.

Prossegue afirmando a impossibilidade de lavratura de Auto de Infração em face de faturas/notas fiscais de energia elétrica já validadas pela SEFAZ, por vedação ao comportamento contraditório, pois no momento em que a recorrente apresenta pedidos de restituição, as faturas referentes aos indébitos são objeto de análise e validação pela SEFAZ, sendo que em todos os meses objeto da autuação teria formulado pedido de restituição de modo que a SEFAZ tomou conhecimento dos créditos pleiteados e utilizados pela COELBA, quando validou as faturas em momento oportuno.

Conclui requerendo, em sede de prejudicial, o sobrestamento do julgamento até que seja emitido parecer da PGE sobre o tema e, no mérito, a reforma parcial da decisão para julgar totalmente improcedente a autuação.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 14/06/2024. Compareceu(ram) o(as) autuante(s) e o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dr^a Adriana Catanho Pereira, OAB/BA n^o 52.243.

VOTO

Inicialmente, rejeito a prejudicial de sobrestamento do julgamento porque os Autos de Infração indicados no Recurso Voluntário já foram apreciados pela 2^a CJF, conforme Acórdão CJF n^o 0003-12/21-VD (Auto de Infração n^o 207092.0001/19-1) e Acórdão CJF n^o 0117-12/21-VD (Auto de Infração n^o 298633.0002/19-3).

Quanto ao mérito, passo a analisar o Recurso de Ofício.

A desoneração realizada pela 1^a Instância diz respeito ao acatamento das retificações de notas fiscais/faturas de energia elétricas que foram efetuadas até o segundo mês subsequente ao da ocorrência, apesar não ter cumprido fielmente o disposto pelo art. 308, pelo inciso VI, do art. 397 do RICMS/BA, conforme apontado na informação fiscal (fls. 511-512).

Observe que os Acórdãos JJF N^o 0178-02/20-VD e 0091-05/20-VD também acolheram a impugnação neste sentido, sinalizando se tratar de posicionamento coerente com os pareceres proferidos pela PGE/PROFIS naqueles autos, repercutindo inclusive nas ementas dos respectivos julgamentos em 2^a instância, como se pode perceber:

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL **ACÓRDÃO CJF N^o 0117-12/21-VD**

EMENTA: ICMS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS, LIVROS FISCAIS, DECLARAÇÕES E ARQUIVOS ELETRÔNICOS. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Divergência entre o valor do imposto recolhido, informado nos livros fiscais, e os valores dos documentos fiscais relacionados na EFD. Os contribuintes podem proceder aos estornos de débito de ICMS, constante em documento fiscal relativo ao fornecimento de energia elétrica, ou sobre a parcela CDE, quando efetuado até o segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador e concomitante devolução do crédito ao consumidor, expresso no documento fiscal, atendidas as demais condicionantes postas no RICMS/2012. Ultrapassado o prazo, somente terá direito mediante pedido de restituição, na forma do art. 74 do RPAF/99. Caracterizada violação às regras do art. 397, inc. VI, §§ 1^o, 2^o e 3^o do RICMS/2012. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL **ACÓRDÃO CJF N^o 0003-12/21-VD**

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS 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.*

Entendo que agiu corretamente a JJF, não havendo razões para modificar a sua decisão. No Acórdão JJF nº 0178-02/20-VD, o Ilmo. Cons. José Adelson Mattos Ramos esclareceu que a matéria já foi objeto de consulta formal, respondida pela Diretoria de Tributação, conforme trecho abaixo transcrito:

“[...] 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 o esclarecimento das 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, esclarece as dúvidas através do Parecer nº 26110/2013, 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.

Destarte, não há previsão legal para se adotar tratamento diferenciado, quanto a restituição de valores a serem recuperados pelo contribuinte 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. [...]”

Aplica-se, assim, o disposto pelo inciso VI, do art. 397 do RICMS/BA, segundo o qual **“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”**, o que possibilita a desoneração empreendida pela JJF, nestes autos.

Portanto, Não Provejo o Recurso de Ofício.

No que diz respeito ao mérito do Recurso Voluntário, destaco o que constou do Acórdão CFJ nº 0003-12/21-VD:

“[...] 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 indêbitos 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 a 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 indêbitos 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/indêbitos 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. [...]"

Por sua vez, o Acórdão CFJ nº 0117-12/21-VD pontua:

"[...] Em primeiro lugar, haveria comportamento contraditório da Fazenda Pública, em acatar faturas / notas fiscais de energia elétrica, até mesmo para fins de reconhecer parcialmente a compensação / restituição de algumas delas, e em momento subsequente (dentro do prazo decadencial, evidentemente), revisar a atividade, sua e do Sujeito Passivo, e proceder ao lançamento? Penso que, assim como formulado, de maneira genérica, a resposta é negativa. Se fosse comportamento contraditório, não haveria sentido nas disposições do art. 149, caput e incisos I, V, VIII e IX, todos do CTN. Em verdade, enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública (pelo decurso do prazo - art. 149, parágrafo único, do CTN - ou por qualquer outra causa extintiva admissível - por exemplo, para a preservação de ato jurídico perfeito, ou coisa julgada, ou direito adquirido, por hipótese apenas), a Ordem Jurídica admite amplitude de ação relativamente alargada, para o Sujeito Ativo revisar a sua própria atividade.

Entram em linha de consideração tanto o princípio da estabilidade das relações jurídicas e da moralidade da Administração Pública, de um lado, quanto o princípio da indisponibilidade do interesse público em face do particular, e nesta matéria, para evitar ponderações, o legislador complementar criou o prazo decadencial e os limites relativamente amplos para a revisão do lançamento. Portanto, com a devida vênia, não trilho na senda da Recorrente. [...]"

Me alinho ao entendimento exposto em ambos os acórdãos, motivo pelo qual entendo que o Recurso Voluntário interposto não merece prosperar.

Diante do exposto, rejeito a prejudicial de sobrestamento e NEGO PROVIMENTO aos Recursos Voluntário e de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente, 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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS