



Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	13896.720344/2018-81
RESOLUÇÃO	3302-002.800 – 3ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	13 de maio de 2024
TIPO	CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA
RECORRENTE	ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

RESOLUÇÃO

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

Assinado Digitalmente

Lázaro Antônio Souza Soares – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Fábio Kirzner Ejchel (suplente convocado), Marina Righi Rodrigues Lara, José Renato Pereira de Deus e Lázaro Antônio Souza Soares (Presidente). Ausente o Conselheiro Mario Sergio Martinez Piccini, substituído pelo Conselheiro Fábio Kirzner Ejchel.

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação contra o Despacho Decisório de fls. 428/431, conclusivo no sentido da não homologação dos débitos constantes de DCTFs retificadoras referentes aos períodos de apuração de agosto de 2012 a maio de 2017, em vista dos fatos relatados no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 243/252.

A Equipe de Acompanhamento de Maiores Contribuintes da DRF Barueri (Eqmac/BRE) detectou que a contribuinte supramencionado retificou as referidas DCTFs com vistas a reduzir os valores a pagar da Contribuição para o PIS/Pasep (PIS - Não-cumulativo - Código de receita 6912) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins - Não-cumulativa - código de receita 5856).

Conforme demonstrado na tabela constante do TVF, a contribuinte reduziu os valores de débitos de PIS/PASEP e Cofins confessados em DCTF no total de R\$143.737.834,24 entre 2012 e 2017, o que gerou a retenção de tais declarações pelo sistema Malha DCTF, com exceção das DCTFs referentes aos períodos de apuração Novembro de 2016, dezembro de 2016 e fevereiro de 2017.

O Auditor-Fiscal detectou, ainda, que a contribuinte retificou as correspondentes Escriturações Fiscais Digitais (EFD - Contribuições), de modo a torná-las coerentes com as reduções de valores a pagar confessados nas DCTFs retificadoras.

O contribuinte foi intimado (Termo de Intimação Fiscal EQMAC/DRF/BRE nº 075/2017) para apresentar esclarecimentos acerca das retificações efetuadas, tendo alegado, em resposta, que *"as retificações foram efetuadas por conta de mudança de procedimento na tributação do ICMS Substituição Tributária - incidente nas operações internas com energia elétrica envolvendo destinatários e terceiros em ambiente de livre contratação."*

Consta do TVF que a Eletropaulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, está sujeita ao lançamento e recolhimento do ICMS-ST na saída de energia elétrica destinada a consumidor situado no Estado de São Paulo, nos termos do art. 425, inciso I, do Regulamento de ICMS do Estado de São Paulo (RICMS/SP), com redação dada pelo Decreto Estadual nº 54.177/09.

Dentre os procedimentos previstos na legislação, e inclusive como forma de possibilitar o ressarcimento do ICMS-ST pago, as distribuidoras de energia elétrica devem emitir nota fiscal/conta de energia elétrica aos adquirentes consumidores, com destaque do imposto devido, nos termos do Anexo XVIII do RICMS/SP e Portaria CAT nº 97/09.

Em face de consulta formulada pela Eletropaulo, foi emitida a Solução de Consulta SRRF06/Disit nº 6.018, de 18 de abril de 2017, vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 104, de 27 de janeiro de 2017, em que se reconheceu que o ICMS-ST por ela pago e destacado no documento emitido para o adquirente pode ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins, tanto no regime cumulativo quanto no regime não-cumulativo dessas contribuições. Ao formular a consulta, a empresa informou que *"para se ressarcir do ICMS pago por substituição tributária nas operações contratadas em ACL (nos termos do Decreto de São Paulo 54177/09), as distribuidoras passaram a emitir faturas específicas contra os adquirentes de energia elétrica (refletindo única e exclusivamente o valor do ICMS recolhido por substituição tributária), cujos montantes, a princípio, deveriam transitar como receita por conta de resultado (...)".*

Na Solução de Consulta em alusão, a autoridade tributária reconheceu o direito da consulente de excluir o ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins, porém estabeleceu a condicionante de que o valor do ICMS-ST estivesse destacado em nota fiscal. Foi com base no entendimento nela emitido que a empresa retificou suas obrigações acessórias e constituiu o indébito tributário relativo ao PIS e Cofins que havia sido pago sobre esse item nos últimos 5 (cinco) anos.

Em vista da resposta apresentada, a Eqmac/BRE buscou nas escriturações fiscais da contribuinte registros de ICMS por substituição tributária (ICMS-ST) no período em análise. Dessa forma, foram baixadas as EFD-Contribuições, EFD-ICMS/IPI, Notas Fiscais Eletrônicas (Nfe) e DCTFs do período de agosto de 2012 a maio de 2017.

Nessas escriturações analisadas não se identificou qualquer registro de ICMS-ST (os campos correspondentes estavam zerados), razão pela qual a contribuinte foi novamente intimado (Termo de Intimação Fiscal EQMAC/DRF/BRE nº 076/2017) para apresentar uma planilha com indicação mensal da base de cálculo do ICMS-ST e o valor do ICMS-ST nas operações que geraram as retificações das DCTFs. Além disso, a contribuinte foi instada a indicar em qual registro da EFD-Contribuições estavam escrituradas as receitas sobre as quais incidiu o ICMS-ST.

Em resposta, a contribuinte apresentou a planilha solicitada e alegou que *"o layout da Nota Fiscal/Fatura de Energia Elétrica - Modelo 6, nos termos do Convênio ICMS CONFAZ N° 115/2003 e da Portaria CAT nº 79/2003 do Estado de São Paulo, não havia campo específico para o lançamento dessa informação, portanto a empresa considerava o valor do ICMS-ST nos blocos M e F, nos registros M220, M620 e F100 (...)."*

Destacou-se que esses documentos fiscais (contas de energia elétrica) não foram localizados no repositório do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped).

Diante disso, a Eletropaulo foi intimada mais uma vez (Termo de Intimação Fiscal EQMAC/DRF/BRE nº 082/2017) para apresentar, em meio eletrônico, todos os documentos fiscais nos quais ocorreu destaque de ICMS-ST no período de agosto de 2012 a maio de 2017.

Em resposta, sustentou que o layout da conta de energia elétrica definido pela legislação *"não possuiu campo exclusivo para o ICMS-ST, ou seja, a linha em que consta o destaque deste imposto contempla a somatória do ICMS "próprio" e do ICMS devido pela Companhia por substituição tributária ("ICMS-ST")"*. Além disso, a contribuinte apresentou planilhas com a indicação de todas as notas fiscais (contas de energia elétrica) emitidas no período em análise para clientes do ambiente de contratação livre (ACL) onde se apontaram os valores referentes ao ICMS-ST. Os totais mensais de valores de ICMS-ST informados nas planilhas estavam coerentes com os valores efetivamente reduzidos das bases de cálculo do PIS/PASEP e da Cofins declarados nas EFD-Contribuições retificadoras.

Adicionalmente, a empresa apresentou amostras de contas de energia elétrica e planilha com as memórias de cálculo do ICMS-ST relativo a tais amostras. Por fim, ela se dispôs a disponibilizar todos os documentos fiscais, caso o Auditor julgasse necessário, alertando tratar-se de aproximadamente 50.000 (cinquenta mil) documentos.

Pelas amostras de contas de energia elétrica fornecidas pela contribuinte na resposta ao Termo de Intimação nº 082/2017 a autoridade tributária verificou que nesses documentos não há qualquer menção ao ICMS-ST. Há apenas o destaque do ICMS total com a respectiva base de cálculo e alíquota. Além disso, na descrição dos itens da fatura é feita referência ao "Regime Especial - ICMS ACL" com os respectivos valores.

Além disso, constatou que a Eletropaulo incluía nas faturas (contas de energia elétrica) diversas informações além daquelas mínimas exigidas pela legislação. Por exemplo: são indicados a categoria da tarifa, a classe do consumidor (industrial / comercial) e o número do Código Fiscal de Operações e Prestações das entradas e saídas de mercadorias (CFOP), dados que não são obrigatórios pela legislação vigente. Entretanto, a contribuinte não se preocupou em explicitar nas contas de energia elétrica, o valor do ICMS-ST apurado bem como a sua base de cálculo e alíquota.

Por todo o exposto, o Auditor-Fiscal concluiu que a contribuinte Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. não cumpriu a condicionante estipulada na Solução de Consulta Cosit nº 104, de 2017, e na Solução de Consulta SRRF06/Disit nº 6.018, de 2017, qual seja, o destaque do ICMS-ST na nota fiscal (conta de energia elétrica), razão pela qual rejeitou as retificações de DCTFs listadas no item 1 do TVF.

Cientificada do Despacho Decisório de não homologação de Declaração Retificadora de fls. 428/431 em 19/02/2018, a empresa protocolou a impugnação de fls. 275/281 em 20/03/2018, mediante a qual apresentou os seguintes argumentos:

h) como se verifica do TVF de fls. 243/252, essa negativa de retificação se deu unicamente pelo fato de que nas notas fiscais/contas de energia elétrica por ela emitidas constaria o destaque do ICMS-ST e do ICMS próprio no mesmo campo, e não do ICMS-ST de forma segregada, o que não seria permitido pela Solução de Consulta emitida sobre o assunto.

i) todavia, essa exigência de segregação dos valores de ICMS-ST e ICMS próprio nas notas fiscais foi feita unicamente pela D. Fiscalização, visto que em nenhum momento a SC nº 6.018, de 2017, faz menção à necessidade de que esse destaque seja efetuado de forma segregada. Pelo contrário, a SC nº 6.018, de 2017 apenas determina o destaque do imposto, o que foi por ela cumprido.

j) a requerente comprovou documentalmente à D. Fiscalização que, apesar dos valores de ICMS e ICMS-ST não estarem segregados nas notas fiscais emitidas, uma vez que não há campo disponível para essa informação, é possível segregar os dois montantes de tal forma que a retificação se deu apenas com relação aos valores de ICMS-ST.

(...)

m) o ÚNICO requisito indicado pela SC para permitir essa exclusão é o destaque do imposto em nota fiscal, sem fazer qualquer menção expressa à necessidade de que esse destaque seja efetuado de forma segregada.

n) ao contrário do que alega a D. Fiscalização, a ausência de segregação dos valores devidos a título de ICMS próprio e ICMS-ST na nota fiscal emitida contra o adquirente não prejudica a possibilidade de retificação dos valores de PIS e Cofins informados em DCTF.

o) na prática, sequer é possível efetuar essa segregação de valores na nota fiscal, visto que existe apenas um campo disponível para destaque do ICMS, que se refere ao valor total do ICMS incidente na operação, ou seja, o valor referente ao ICMS próprio e ao ICMS-ST.

A 3ª Turma da DRJ - Fortaleza (DRJ-FOR), em sessão datada de 18/10/2018, por unanimidade de votos, **decidiu não reconhecer o direito creditório**. Foi exarado o Acórdão nº 08-44.740, às fls. 458/475, assim ementado:

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUTO. POSSIBILIDADE. DESTAQUE INDIVIDUALIZADO NA NOTA FISCAL.

O valor do ICMS auferido pela pessoa jurídica na condição de substituto tributário pode ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, tanto no regime de apuração cumulativa quanto no regime de apuração não-cumulativa, desde que destacado em nota fiscal de forma individualizada, para fins de controle.

O valor do ICMS auferido pela pessoa jurídica na condição de substituto tributário pode ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, tanto no regime de apuração cumulativa quanto no regime de apuração não-cumulativa, desde que destacado em nota fiscal de forma individualizada, para fins de controle.

PRODUÇÃO DE PROVAS. PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

A realização de diligência tem por finalidade o esclarecimento de questões que ensejam dúvidas para o julgamento da lide, sendo indevida sua determinação para suprir encargo do sujeito passivo, o que configuraria indevida inversão do ônus da prova, ou quando os elementos dos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia.

PROVA DOCUMENTAL. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO.

A prova documental será apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, exceto se o sujeito passivo demonstrar, mediante requerimento à autoridade julgadora, a ocorrência das condições previstas na legislação para apresentação de provas em momento posterior.

O contribuinte, tendo tomado ciência do Acórdão da DRJ-FOR em 14/11/2018 (conforme “Termo de Ciência por Abertura de Mensagem” à fl. 481), **apresentou Recurso Voluntário em 12/12/2018**, às fls. 484/492, repetindo, basicamente, as mesmas alegações da Manifestação de Inconformidade, deixando em especial evidência o fato de que existe apenas um campo disponível para destaque do ICMS, que se refere ao valor total do ICMS incidente na operação, ou seja, o valor referente ao ICMS próprio e ao ICMS-ST. Além disso, reitera o pedido para realização de diligência.

A Turma 3401 deste CARF, em sessão datada de 22/10/2019, resolveu converter o julgamento em diligência, nos seguintes termos:

Nesse contexto, e considerando que, à vista dos documentos apresentados a Fiscalização poderia ter aprofundado a sua análise, voto por converter o julgamento em diligência, para que a unidade preparadora da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), à vista dos documentos apresentados e de outros que julgar necessários, bem como de eventuais circularizações, se manifeste conclusivamente, mediante relatório circunstanciado, acerca: **(i)** do valor devido pelo recorrente a título de ICMS-ST na qualidade de substituto tributário, quantificando-o; **(ii)** da comprovação do valor efetivamente recolhido a título de ICMS-ST; **(iii)** da comprovação de que o valor do ICMS-ST apurado foi devidamente escriturado na EFD do contribuinte, tendo em vista sua alegação de tais informações constarem nos blocos M e F, nos registros M220, M620 e F100; e **(iv)** da necessidade de oficiar representação fiscal à Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo em caso de identificação de irregularidades na apuração e recolhimento do ICMS-ST. Após, cientifique o Recorrente para, querendo, manifestar-se em trinta dias, retornando-se os autos a este CARF após esgotado esse prazo.

Em resposta à diligência solicitada, foi elaborado o Relatório de Diligência Fiscal anexado às fls. 2992/3000, com as seguintes respostas para os quesitos formulados:

4) Manifestação acerca do que foi solicitado pelo CARF

4.1) Do valor devido pelo recorrente a título de ICMS-ST na qualidade de substituto tributário, com a devida quantificação

Conforme exposto no presente relatório, o contribuinte Eletropaulo não realizou o destaque dos valores de ICMS-ST nos documentos fiscais (contas de energia elétrica) nem nas declarações de apuração do tributo (EFD-ICMS IPI).

Assim, partindo-se de tais documentos, não há como se calcular o valor devido pelo recorrente a título de ICMS-ST na qualidade de substituto tributário. Esse foi, inclusive, o principal motivo do despacho de não homologação das DCTFs retificadoras.

4.2) Da comprovação do valor efetivamente recolhido a título de ICMS-ST

Com base nos documentos apresentados pelo contribuinte é possível comprovar os valores recolhidos a título de ICMS total, mas sem detalhamento acerca do ICMS-ST.

Conforme descrito no item 3.3, nas Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIA) apresentadas pelo contribuinte, os campos correspondentes a ICMS-ST estão todos zerados. Essa informação está coerente com as EFD-ICMS IPI transmitidas que também apresentam zerados os campos relativos ao ICMS-ST.

Conforme descrito no item 3.4, o contribuinte apresentou documentos emitidos pela Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo intitulados “Conta Fiscal por

Mês de Referência” (Fls. 1480 a 1493) indicando a liquidação dos valores de “ICMS a recolher” apurados nas GIAs mensalmente.

4.3) Da comprovação de que o valor do ICMS-ST apurado foi devidamente escriturado na EFD do contribuinte, tendo em vista sua alegação de que tais informações constarem nos blocos M e F, nos registros M220, M620 e F100

Primeiramente, deve-se ressaltar que os mencionados registros M220, M620 e F100 pertencem à Escrituração Fiscal Digital – EFD Contribuições, obrigação acessória para apuração do PIS/Pasep, Cofins e CPRB.

A escrituração do ICMS-ST deveria ter sido realizada na Escrituração Fiscal Digital – EFD ICMS IPI na qual os contribuintes devem apurar o ICMS e o IPI. Como já mencionado anteriormente nesse relatório e no Termo de Verificação Fiscal, o contribuinte transmitiu as EFD-ICMS IPI como os campos correspondentes ao ICMS-ST zerados.

Os campos M220 (Ajustes da Contribuição para o PIS/Pasep Apurada) e M620 (Ajustes da Cofins Apurada) da EFD- Contribuições permitem que o declarante realize ajustes a crédito ou a débito da apuração do PIS e da COFINS devendo indicar no campo de texto aberto “descrição” a que se refere o ajuste.

Por sua vez, o registro F100 (Demais Documentos e Operações Geradoras de Contribuição e Créditos) da EFD-Contribuições deve ser utilizado para informar operações que, em função de sua natureza ou documentação, não sejam passíveis de serem escrituradas em outros registros. As métricas vinculadas a tal registro não apresentam relação com o ICMS ou com o ICMS-ST. Ali registra-se apenas o valor da operação, bases de cálculo (PIS/PASEP e Cofins), alíquotas (PIS/PASEP e Cofins) e valores dos tributos (PIS/PASEP e Cofins). Portanto, descabida a alegação do contribuinte de que ele considerava o valor do ICMS-ST nesse registro.

(...)

5) Conclusão

O contribuinte Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo teve quatro oportunidades de manifestação (Termos de Intimação Fiscal EQMAC/DRF/BRE nº 075/2017, 076/2017 e 082/2017 e Termo de Intimação Fiscal Semac/06 nº 001/2020) acerca do ICMS-ST excluído das bases de cálculo do PIS e da Cofins por meio de ajustes nas EFD-Contribuições e retificações de DCTFs.

Em nenhuma dessas oportunidades logrou êxito em comprovar a existência de destaque do ICMS-ST nos documentos fiscais (contas de energia elétrica) de modo cumprir a condicionante estabelecida na Solução de Consulta Cosit Nº 104/2017 e na Solução de Consulta SRRF06/Disit Nº 6.018/2017 para o pleno gozo do direito de excluir o ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Pelo contrário, em todos os documentos oficiais apresentados onde poderia haver destaque de ICMS-ST, os campos correspondentes estavam zerados.

Importante ressaltar que o direito do contribuinte à exclusão do ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS é incontroverso.

O que se questionou ao longo de todo o procedimento fiscal foi que a empresa não realizou os devidos registros do tributo seja por destaque dos valores nos documentos fiscais (contas de energia elétrica) seja pelo preenchimento dos campos pertinentes nas obrigações acessórias (EFD ICMS IPI e GIAS) o que inviabiliza que a administração tributária possa calcular os valores envolvidos.

Conforme bem destacou em seu voto o Conselheiro Relator do processo no CARF (Fls. 504 a 507), as planilhas de cálculo do ICMS-ST apresentadas pelo contribuinte “por si só, não conferem liquidez e certeza à redução de tributos contida nas DCTFs retificadoras, sendo necessário o cotejo dos valores apresentados com a escrituração contábil e fiscal do recorrente, bem como com os documentos que lhe dão suporte, como as notas fiscais”. Em todas as oportunidades de manifestação que teve, o contribuinte foi incapaz de apontar na sua escrituração contábil e fiscal dados que permitissem à administração tributária realizar tal cotejo de valores.

Por todo o exposto, essa fiscalização mantém seu entendimento, já exarado anteriormente no Termo de Verificação Fiscal lavrado em 15/02/2018 (FL. 243 a 252), no sentido de rejeitar as retificações das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) transmitidas pelo contribuinte referentes aos períodos de apuração de agosto de 2012 a maio de 2017.

O contribuinte apresentou manifestação se opondo ao resultado da diligência, às fls. 3006/3013, dentro do prazo concedido. Entretanto, não trouxe a escrituração fiscal/contábil que pudesse comprovar os valores utilizados na sua reapuração dos tributos, muito menos as notas fiscais que lhe dão suporte. **Em memoriais entregues aos conselheiros durante a sessão de julgamento em 28/09/2022**, o recorrente apresentou as seguintes ponderações:

4. No curso da diligência, a Recorrente apresentou extratos de débitos de ICMS, com a inclusão do valor devido de ICMS-ST, que foram declarados e recolhidos ao Estado de São Paulo no período, bem como o apontamento das contas contábeis em que o ICMS-ST fica registrado e, na “planilha 4”, o razão contábil de cada conta que compõe exatamente o valor em discussão:

(...)

5. Também foram apresentados os documentos decorrentes de obrigações acessórias solicitados pelo Fisco, os quais possuem ICMS-ST com valores zerados porque – e apenas porque – são reflexos das NF, nas quais não se segregam os valores do ICMS-ST, discussão já superada por este CARF.

6. Por fim, e mais importante, foram juntados os documentos referentes ao Convênio nº 115/2003, que é obrigatoriamente entregue pela Recorrente ao Estado de São Paulo e no qual consta, especificadamente no campo: “REGIME ESPECIAL ACL”, o valor exato de ICMS-ST recolhido.

7. No entanto, a Fiscalização simplesmente desconsiderou estes documentos por supostamente estarem bloqueados por senha e, quando requisitada a conceder prazo adicional para reorganização e entrega dos arquivos em CD-ROM, em vista de possivelmente se tratar de incompatibilidades dos arquivos em formato “.ZIP.TED”, negou o pedido ante a alegação de “intuito protelatório” da Recorrente. Mais grave ainda, a D. Fiscalização retorna à discussão já superada pelo CARF, insistindo que as NFs não contêm destaque de ICMS-ST.

(...)

9. Por fim, entendeu o Relatório de Diligência que não era cabível oficial a SEFAZ/SP e que, por estarem zeradas as informações de ICMS-ST apresentadas nas obrigações acessórias, não haveria que se falar em exclusão de valores.

Acontece que estes campos estão zerados apenas porque, como dito, o cumprimento das obrigações acessórias decorre da NFCEE modelo 6 de energia, que não têm campo específico para o ICMS-ST. Logo, se a informação não está na NFCEE, apesar do ICMS-ST ter sido devidamente recolhido, não conterà também nas obrigações acessórias.

10. Além disso, se a Fiscalização não pôde abrir os arquivos que segregam os valores de ICMS-ST, deveria no mínimo diligenciar o saneamento dessa situação, até mesmo oficiando a SEFAZ/SP para que os forneça os dados em formato diverso ou, ainda melhor, que ela própria informasse ao Fisco Federal qual o valor efetivamente recolhido no período. O que não se pode admitir é que seja frustrada a capacidade de a Recorrente fazer sua prova mais importante nos autos.

11. Portanto, deve essa C. Turma determinar que seja efetivamente cumprida a diligência fiscal, inclusive com intimação formal à SEFAZ/SP, sob pena de flagrante desrespeito à busca da verdade material e do devido processo legal como um todo.

12. Alternativamente, cabe desde logo reconhecer os créditos de PIS/COFINS à luz da recente decisão do C. STF, em repercussão geral, que decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS. É dizer, como a Recorrente está respaldada em direito superveniente que abrange um valor superior ao valor do ICMS-ST, e tendo em vista que há liquidez e certeza dos valores de ICMS, dado que está contido nas Notas Fiscais, não haveria qualquer outro empecilho reconhecimento dos valores:

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE, RECONHECIDA PELO STF, COM REPERCUSSÃO GERAL. Conforme decidido pelo STF, com Repercussão Geral, no RE nº 574.706/PR, o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição, decisão esta que, no julgamento de Embargos de Declaração, determinou que o valor a ser excluído é o destacado nas notas fiscais, bem como teve seus efeitos modulados, a partir de 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e procedimentos/ações administrativas protocolados até aquela data, dentre os quais se enquadram a Impugnação e o Recurso Voluntário do Decreto

nº 70.235/72, conforme Parecer SEI Nº 14483/2021/ME, da PGFN. (Ac 9303-013.269, de 14/04/22)

Após os debates realizados em sessão, com opinião unânime dos conselheiros de que poderia ser concedida mais uma oportunidade para se encontrar a chamada “verdade material”, o julgamento do Recurso Voluntário foi novamente convertido em diligência à unidade preparadora para a adoção das seguintes providências por parte da Autoridade Fazendária:

- (i) encaminhar ofício à Administração Tributária do Estado de São Paulo (SEFAZ/SP) solicitando que sejam apresentados documentos que possam comprovar se houve, efetivamente, recolhimento de ICMS-ST pelo recorrente nos períodos de apuração objetos deste processo, quantificando o tributo por nota fiscal ou, ao menos, por período de apuração, de forma que possibilite a solução desta lide;
- (ii) elaborar Relatório de Diligência com planilhas de apuração do ICMS-ST (caso prestadas as informações pelo Fisco paulista) e com as conclusões obtidas sobre os pedidos de retificação das DCTF's, bem como com a apresentação de quaisquer informações que julgar relevantes para o deslinde do feito.

O resultado desta diligência consta em Relatório de Diligência Fiscal às fls. 3041/3042, nos seguintes termos:

2) Ofício à Secretaria de Fazenda e Planejamento

Tendo em vista a solicitação do CARF, foi enviado o Ofício Nº 001/2023 – Semac/06/RFB (anexo 1) à Secretaria de Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo em 08 de fevereiro de 2023.

A resposta foi apresentada por meio do Ofício DIFIS Nº 18/2023 de 17 de maio de 2023 (anexo 2).

O fisco paulista informou que:

a) De acordo com a legislação vigente à época dos períodos de apuração objetos do ofício, em relação às operações com energia elétrica destinadas a consumidores livres ou especiais estabelecidos no Estado de São Paulo (Decreto 54.177/09), todo o ICMS incidente era, para fins de simplificação, declarado pelo contribuinte em “Apuração do ICMS – Operações Próprias” da GIA, sendo o recolhimento do imposto devido efetuado mensalmente e em conjunto com o valor do imposto incidente nas demais operações praticadas pela concessionária;

b) Por isso, aquela Secretaria Estadual não tem como fornecer os valores efetivamente recolhidos de ICMS ST no período de agosto de 2012 a maio de 2017, pois não dispõe “dessa informação de maneira individualizada, tendo em vista que, para o período compreendido entre 1º de setembro de 2010 e 1º de julho de 2017, a legislação impunha às empresas distribuidoras a obrigatoriedade de informar na NFCEE apenas a soma de todos os valores e encargos inerentes à disponibilização da energia elétrica para consumo. A Eletropaulo, por exemplo,

apresentava um item na NFCEE com a descrição “Energia”, englobando tudo que era tributado pelo ICMS”;

c) Somente para documentos fiscais emitidos a partir de 1º de julho de 2017, seria possível o levantamento dos dados requeridos pela RFB, tendo em vista a alteração da legislação que implementou melhorias no controle e fiscalização desses casos;

d) Por fim, sugere que o próprio contribuinte Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. poderia apresentar à RFB o detalhamento capaz de individualizar o ICMS-ST recolhido no período objeto do ofício.

3) Conclusão

Por todo o exposto, verifica-se que restou infrutífera a tentativa de buscar junto ao Fisco do Estado de São Paulo o detalhamento do ICMS-ST recolhido pelo contribuinte no período compreendido entre agosto de 2012 e maio de 2017, pois aquela Administração Tributária Estadual não dispõe de tais informações de maneira individualizada.

A sugestão do fisco paulista de buscar o deslinde do caso em documentação fornecida pelo contribuinte já foi exaustivamente tentada por essa fiscalização, sem sucesso, conforme histórico constante nos autos.

(...)

Em todas as oportunidades de manifestação que teve, o contribuinte foi incapaz de apontar na sua escrituração contábil e fiscal dados que permitissem à administração tributária realizar tal cotejo de valores.

Dessa forma, essa fiscalização mantém seu entendimento, já indicado anteriormente, no sentido de rejeitar as retificações das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) transmitidas pelo contribuinte referentes aos períodos de apuração de agosto de 2012 a maio de 2017.

O contribuinte apresentou manifestação em relação às conclusões desta diligência fiscal, conforme documento juntado às fls. 3059/3080, cujos fundamentos serão analisados ao longo do voto.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares, Relator.

Conforme se depreende da leitura do relatório, o recorrente retificou diversas DCTFs, reduzindo seus débitos originalmente declarados de PIS/COFINS, tendo em vista sua alegação de que realizou os pagamentos destas contribuições com a inclusão indevida do ICMS-ST na base de cálculo.

O cerne da questão reside na comprovação dos valores efetivamente retidos pelo contribuinte a título de ICMS-ST, uma vez que estes valores somente passaram a ser individualizados nas contas de energia elétrica a partir de 06/2017. Antes deste período, os valores estavam destacados juntamente com os valores do ICMS da própria ELETROPAULO, sem segregação.

No julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 574.706/PR, relatoria da Min. Carmen Lucia, que tratou da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, julgado em 13/05/2021, o STF decidiu modular os efeitos do julgado, cuja produção haverá de se dar desde 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocolizadas até a data da sessão na qual proferido o julgamento. Como não há notícia de tais ações que tenham repercussão no presente julgamento, o recorrente não tem direito à exclusão do ICMS total, apenas do ICMS-ST.

Logo tal segregação de valores faz-se imprescindível para conferir a certeza e liquidez necessárias às retificações, como exige o art. 147, § 1º, do CTN:

Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

§ 1º A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, **só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde**, e antes de notificado o lançamento.

Apesar das três tentativas realizadas durante o procedimento fiscal, e mais duas diligências determinadas por este Conselho, não foi possível determinar, com base em provas documentais, o efetivo valor recolhido a título de ICMS-ST, conforme se depreende do relatório.

O contribuinte, entretanto, se insurge contra o resultado da última diligência, com as seguintes alegações (fls. 3059/3080), *verbis*:

4. Por ocasião de julgamento do Recurso Voluntário, o E. CARF superou a questão jurídica de fundo, já que a SC ampara o pedido de retificação, sob o prisma jurídico. Além disso, a Turma também deu por irrelevante a ausência da segregação do ICMS-ST em NF, à luz do Princípio da Verdade Material, desde que a ELETROPAULO pudesse comprovar a liquidez e certeza dos valores por outros meios de prova, que deveriam ser cancelados por terceiro desinteressado.

5. Assim, o processo foi convertido em diligência por duas ocasiões, sendo esta última para que a SEFAZ/SP fornecesse os valores recolhidos de ICMS/ST em cada mês, de modo a pôr justo fim à contenda. Confira-se a Resolução 3402-003.434, de 28/09/22, naquilo que interessa à presente manifestação:

(...)

6. Em resposta, o setor de Assistência de Dados da SEFAZ/SP afirma que dispõe das informações apenas a partir de jul/17, quando fora implementado em SP o

modelo de NF com segregação do ICMS-ST, e que a própria ELETROPAULO dispunha das variáveis de cálculo que lhe permitiria liquidar o tributo em apartado:

(...)

7. Ora, desde o início deste processo a ELETROPAULO afirmou que dispõe das variáveis de cálculo que lhe permitem a segregação do ICMS-ST, tanto assim que produziu a prova que estava a seu alcance, apresentando a memória de cálculo e a planilha com aplicação da fórmula a cada uma das NF para isolar o ICMS-ST.

8. Nesse sentido, a ELETROPAULO demonstrará a seguir que (1) a diligência não foi cumprida a contento e (2) não foi respondida pelo setor especializado em energia elétrica. De toda sorte, caso assim não se entenda, (3) a ELETROPAULO entende que a SEFAZ/SP validou a fórmula de cálculo do ICMS-ST utilizada, de forma a reconhecer a liquidez e certeza dos números apresentados. Vejamos.

II. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO AO SETOR CORRETO DA SEFAZ/SP

9. Antes de mais nada, cumpre apontar que a Resposta ao Ofício – fls. 3.050/3.052 – foi proferida por setor da DIFIS que não é especializado em energia elétrica. O documento foi analisado pelo Setor de Dados e Controle, tendo sido assinado pela Diretora Adjunta de Fiscalização.

10. A bem da verdade, acabou não sendo direcionado ao departamento especializado nos assuntos pertinentes à atividade da ELETROPAULO, que é próprio da fiscalização da atividade de geração, distribuição e aquisição de energia elétrica – Supervisão Executiva Telecom e Energia Elétrica.

(...)

16. A rigor, a SEFAZ poderia, mas preferiu não calcular o ICMS-ST recolhido pela ELETROPAULO. Assim o fazendo, restou descumprida a diligência fiscal, na medida em que a própria SEFAZ/SP afirma que é possível a obtenção do ICMS-ST, caso seja promovida a reversão do cálculo, mas se nega a fazê-lo, sem maiores explicações sobre o tema.

(...)

18. Nestes termos, a ELETROPAULO pleiteia a devolução ao setor adequado da SEFAZ/SP, que é a Supervisão Executiva Telecom e Energia Elétrica, para que dê efetivo cumprimento à diligência determinada pelo CARF e calcule o valor do ICMS-ST no período ou, pelo menos, que valide os cálculos efetuados pela ELETROPAULO, conforme será demonstrado adiante.

III. COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO

19. Caso se entenda pela não renovação de intimação da SEFAZ/SP, a ELETROPAULO entende que houve validação, ainda que de forma indireta, dos cálculos por ela promovidos nota a nota. Isso porque, como se vê do item 7 do trecho supracitado, a SEFAZ confirma que a maneira adequada de segregar o

ICMS-ST seria apresentar o ICMS total constante do CFOP 5.125, da GIA, descontado o ICMS incidente sobre todos os outros valores cobrados na Nota Fiscal/ Conta de Energia Elétrica (NFCEE), inerentes ao fornecimento de energia elétrica, como aqueles cobrados a título de uso do sistema de distribuição (TUSD), por exemplo.

(...)

24. Abaixo a ELETROPAULO apresenta o demonstrativo do fluxo de cobrança do ICMS-ST, utilizando uma de suas faturas como exemplo, para que a SEFAZ/SP ou o Fisco Federal possam atestar o método de cálculo do ICMS-ST não destacado em NF, considerando as seguintes obrigações legais determinadas à época:

(...)

35. Com o objetivo de demonstrar a sistemática de faturamento e cálculo do ICMS-ST, relacionamos a fatura 7709, também relativa ao mês de maio/2014 e emitida em 16/06/2014 para o cliente HP (Hewlett-Packard).

Nesse contexto, voto por converter o julgamento do recurso em diligência para que a Unidade Preparadora da Receita Federal adote as seguintes providências:

1 - Encaminhe Ofício à “Supervisão Executiva Telecom e Energia Elétrica”, setor especializado da SEFAZ/SP, solicitando que informe se contabiliza separadamente o ICMS-ST do ICMS total e, assim, se seria possível informar, mês a mês, qual o valor do ICMS-ST retido pela Eletropaulo S/A no período fiscalizado;

2 – No mesmo Ofício, solicite, subsidiariamente, caso a resposta ao pedido anterior seja negativa, que o referido setor “Supervisão Executiva Telecom e Energia Elétrica” analise a proposta de cálculo para segregação do ICMS-ST em relação ao ICMS total, informando se a metodologia proposta permite a correta apuração do valor efetivo de ICMS-ST recolhido pela Eletropaulo S/A e, caso discorde desta, quais as correções a serem feitas para a correta apuração ou, ainda, informe se seria impossível realizar, com precisão, a segregação de valores;

3 – Caso ambas as respostas da SEFAZ/SP não sejam conclusivas, a Autoridade Fiscal deverá nomear perito para realizar a apuração do valor do ICMS-ST, segregando-o do ICMS total, e avaliar os resultados da perícia, informando se concorda com a metodologia proposta. Em caso de rejeição pelo Auditor-Fiscal, os motivos da recusa deverão ser explicitados e informado se há possibilidade de se propor um outro método ou se entende pela total impossibilidade de apurar o real valor retido, sempre com a devida fundamentação para as conclusões expostas;

4 - Elaborar Relatório de Diligência com planilhas de apuração do ICMS-ST e emitir novo Despacho Decisório, caso se conclua pela possibilidade de segregação, bem como apresentar quaisquer informações que julgar relevantes para o deslinde do feito.

O contribuinte deverá tomar ciência de toda a documentação produzida na diligência, sendo-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para, caso deseje, se manifestar, após o qual o processo deverá ser remetido a este Conselho para prosseguimento.

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares