

RESOLUÇÃO Nº: 111/ 2022

18ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 22.06.2022

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/551/2020

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2020.01128

AUTUANTE: MAYKON TAVEIRA ECCARD E OUTROS

RECORRENTE: COMPANHIA ENERGETICA DO CEARA COELCE e CEJUL

CGF: 06. 105848-3

RECORRIDO: COMPANHIA ENERGETICA DO CEARA COELCE e CEJUL

CONSELHEIRO RELATOR: FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL

CONSELHEIRA DESIGNADA: SABRINA ANDRADE GUILHON

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – ICMS DA PARCELA DA SUBVENÇÃO-CDE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - AUTUAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE. 1 – Contribuinte deixou de recolher o ICMS da parcela da subvenção-CDE do fornecimento de energia elétrica e/ou da utilização do sistema de distribuição por consumidores beneficiados com descontos tarifários nos termos do decreto nº 7.891/13. 2 – Infração materializada nos Arts. 73 e 74 do Dec. 24.569/97. 3 – Imposta a penalidade preceituada no Art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei 12.670/96, alterado pela lei 13.418/03. 4. Recurso ordinário e reexame necessário conhecidos. Dado parcial provimento ao recurso e recebido o reexame de ofício, para confirmar a decisão exarada no julgamento de 1ª instância, para julgar **PARCIAL PROCEDENTE, por voto de desempate da presidência, nos termos voto da conselheira Sabrina Andrade Guilhon, designada para elaborar a resolução por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, aplicando a penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/96, com os fundamentos do julgamento singular e do Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado em sessão pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado.**

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – SUBVENÇÃO-CDE – ENERGIA ELÉTRICA – PARCIAL PROCEDENTE.

01 – RELATÓRIO

Trata-se o presente Auto de Infração, lavrado em 31/01/2020, referente ao não recolhimento do ICMS da parcela da subvenção-CDE do fornecimento de energia elétrica e/ou da utilização do sistema de distribuição por consumidores beneficiados com descontos tarifários nos termos do decreto nº 7.891/13 no período de 01/2015 a 07/2015; 09/2015 a 12/2015 no valor de R\$ 17.728.797,61 de ICMS e multa de igual valor.

A Equipe de fiscalização atuante aponta como infringidos os Arts. 73 e 74 do Dec. 24.569/97. A penalidade aplicada foi a prevista no Art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei 12.670/96, alterado pela lei 13.418/03.

Nas informações complementares ao auto de infração, é informado que:

- Com o advento da Lei 10.438/2002, houve a uniformização dos critérios de classificação dos consumidores de baixa renda.
- Adveio, seguidamente, a Lei 10.604/2002, que, no seu Art. 5º, visou salvaguardar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão.
- Para regulamentar referidas leis, foi editado o Decreto 4.538/2002.
- De acordo com o art. 2º do Decreto 4.538/2002, uma parte do valor do faturamento de energia fornecida aos consumidores da classe Residencial Baixa Renda será repassada pelo governo federal em forma de subsídio, mas será obrigatoriamente discriminada nas contas de energia para os consumidores beneficiados.
- O subsídio representa uma dedução no faturamento apresentado na conta do consumidor, por determinação da ANEEL, apenas para conhecimento do consumidor da sua existência, e não deve influenciar a receita apresentada ao fisco já que as distribuidoras/permissionárias receberão esses valores do governo federal. Assim, este fato não deve interferir no faturamento da energia declarado aos fiscos, devendo as concessionárias declararem todo o valor faturado por energia fornecida a cada consumidor, independentemente de quem vai bancar financeiramente o fornecimento dessa energia.

- Os descontos concedidos não se enquadrariam no conceito de “desconto incondicional” que propiciasse a sua exclusão na base de cálculo, devendo integrá-la na forma do art. 28, §1º, da Lei 12.670/96.
- A decisão do Superior Tribunal de Justiça no RESP 1.286.705/SP, de Relatoria do Min. Humberto Martins, que estaria em consonância com a interpretação empreendida pela fiscalização. O STJ teria enquadrado a subvenção como receita alternativa prevista no art. 11 da Lei n.º 8.987/95.
- As operações envolvendo consumidores que, por força do art. 4, inciso XI, da Lei 12.670/96, estariam enquadrados no campo da não incidência de ICMS na conta de energia elétrica.
- A COELCE, entre janeiro a abril de 2015, não teria contabilizado o valor da subvenção tarifária no cálculo do valor da isenção e, conseqüentemente, não teria promovido o adequado estorno do crédito de ICMS, gerando, também nesse aspecto, ICMS adicional a ser recolhido.
- Com o advento da Lei 12.783/2013, que alterou a redação da Lei 10.438/2002, diversos outros descontos passaram a ser objeto de subvenção, constituindo a Conta de Desenvolvimento Energético.
- Destaca que, com relação aos consumidores da subclasse baixa renda, a COELCE já promove a tributação dos subsídios do consumidor com consumo superior a 140 kw, bem como, desde maio/2015, já reconhece como não tributada a subvenção de quem tem consumo inferior a 140 kw, promovendo o respectivo estorno de crédito.
- É incoerente não aplicar o mesmo raciocínio e conduta aos demais subsídios de que trata o Decreto n.º 7891/2013.

Em sua **tempestiva impugnação**, a COELCE defende-se sob os seguintes principais aspectos:

- Preliminarmente, que haja o julgamento conjunto dos autos de infração conexos de n.º 2020.01128-1 e 2020.01133-4, que possui objeto semelhante.
- Pede também, ainda em sede preliminar, decadência do período entre 01/01/2015 e 30/01/2015, tendo em vista que foi intimada do auto de infração em 31/01/2020 e aplica-se ao caso a regra do art. 150, §4º, do CTN;
- No mérito, defende que não se deve tributar o valor concernente à subvenção tarifária, defendendo que o ICMS deve incidir sobre o valor da tarifa aplicada ao consumidor final, sendo esta a relação jurídico tributária sujeita ao imposto. Por outro lado, a subvenção teria natureza jurídica diversa, destinada a fomentar a modicidade das tarifas e universalização do serviço. Logo, conquanto faça parte de seu lucro operacional, não existe nesse repasse o fato gerador do ICMS.
- Argumenta que, na linha do que dispõe o art. 1º da Lei 10.438/2002, a política tarifária leva em consideração todos os valores pagos entre os consumidores proporcionalmente, inclusive com a instituição de tarifas adicionais.
- Ou seja, a fonte de custeio do subsídio previsto na Lei, em essência, decorre da própria tarifação do serviço de forma proporcional e seletiva, de modo que o valor arrecadado para esta finalidade, que posteriormente retornará em forma de subsídio, já é devidamente tributado pelo ICMS nas faturas de consumo. Logo, cobrar novamente da contribuinte implicaria em bitributação.
- Colaciona Nota Informativa da ANEEL que corrobora tal entendimento.
- Mesmo que não se interprete que a base de ICMS deve ser o valor da tarifa aplicada ao consumidor, que considere o subsídio como desconto incondicionado.

- Com relação às penalidades acessórias, pede para que os juros somente incidam sobre a multa de ofício a partir da data do vencimento do prazo fixado no auto de infração, e não do fato gerador da obrigação principal.
- Por fim, pede a readequação da penalidade para a prevista no art. 123, I, “d”, da Lei 12.670/96, de 50%.

No **Julgamento de primeira instância**, é rejeitada a decadência por aplicar o Art. 173 do CTN, o auto é julgado **parcial procedente** para readequar a penalidade para o 123, I, “d” e remetido à **reexame necessário**.

Em sede **de recurso ordinário** a empresa autuada alega o mesmo da impugnação, resumidamente:

- Diz que é vedado à Fazenda Pública efetuar o lançamento de ofício após extintos os créditos tributários na forma do § 4º do artigo 150 do CTN;
- Subclasses de consumidores (como fonte incentivada, irrigante, serviços públicos de água, esgoto e saneamento, previstas no Decreto nº 7.891/2013);
- A ilegitimidade de computar juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde da data de vencimento do imposto;
- A inaplicabilidade da multa de ofício de 100%.

A **Assessoria Processual Tributária**, por sua vez, manifestou-se pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal mantendo a decisão singular, **emitiu o Parecer de nº 345/2020**.

É o relato.

02 - VOTO DA RELATORA

A autuação refere-se a operações com energia elétrica no período de janeiro a julho de 2015, setembro/2015 a dezembro de 2015, em que a autuada deixou de recolher o

ICMS da parcela da subvenção da Conta de Desenvolvimento Energético CDE do fornecimento de energia elétrica e/ou da utilização do sistema de distribuição por consumidores beneficiado com desconto tarifários nos termos do decreto nº 7.891/13.

Sobre a decadência alegada pela recorrente, o fato gerador refere-se a janeiro a julho de 2015 e setembro a dezembro de 2015, e o lançamento tributário foi feito em 31/01/2020, com ciência do contribuinte em 31/01/2020, dentro do prazo legal de 5(cinco) anos previsto no art. 150 § 4º do CTN.

A energia elétrica é considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS, portanto, sendo considerado como hipótese de incidência do ICMS a circulação de mercadoria. E que a base de cálculo é o valor da operação da saída da mercadoria do estabelecimento.

A Subvenção da CDE é destinada a compensar as distribuidoras pela perda de receita decorrente da concessão de descontos tarifários a determinados usuários dos serviços conforme o previsto no Decreto nº 7.891/13.

O subsídio não deve interferir no faturamento da energia elétrica declarada ao fisco, portanto, as concessionárias devem declarar todo o valor faturado por energia fornecida a cada consumidor, independentemente de quem vai bancar financeiramente o fornecimento dessa energia. Ainda, que a subvenção da CDE tem a mesma natureza jurídica da subvenção concedida pelo governo federal aos consumidores da subclasse residencial baixa renda, que é regulada pelo estado do Ceará no art. 4º, inciso, XVI, "c" do Dec. nº 24 569/97, a concessão de subvenção não implica automática isenção do montante na base de cálculo de ICMS, e que o ICMS possui como base de cálculo o valor total da operação, ainda no caso de desconto concedido sob condição conforme determinação da Lei Complementar nº 87/96, e que a subvenção foi concedida sob a condição de ser mantida a tarifa reduzida aos consumidores finais de baixa renda. A inclusão da subvenção econômica na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica é o procedimento correto porque a base de cálculo é uma só: o valor da operação de circulação da energia elétrica, o preço da operação é a retribuição total que a empresa auferir pela energia que está fornecendo.

No que se refere à ilegitimidade de computar juros de mora sobre o valor de ofício desde a data de vencimento da obrigação principal, temos a atualização monetária objetiva tão somente visa preservar o valor da moeda corroída pela inflação, sob pena de reduzir a arrecadação do tributo e propiciar enriquecimento sem causa por parte do contribuinte.

Assim, o art. 62 da Lei 12.670/96 estabelece que "os débitos fiscais do ICMS, quando não pagos na data de seu vencimento serão acrescidos de juros de mora equivalentes à

taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, acumulada mensalmente ou a qualquer outra taxa que vier a substituí-la." O recorrente alega que os juros de mora sobre as multas tributárias só poderiam incidir a partir do vencimento estipulado no Auto de Infração. Ocorre que o artigo 77, do RICMS, é claro ao dispor que: "O débito fiscal do ICMS, inclusive o decorrente de multa, quando não pago na data de seu vencimento, será acrescido de juros de mora equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), acumulada mensalmente, ou a qualquer outra taxa que vier a substituí-la. § 1º Os juros moratórios incidirão a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito.

A interpretação que se dá a esse dispositivo legal é que se tratando de débito fiscal constituído de principal e multa, os juros de mora incidem desde da data de encerramento do prazo para pagamento do principal, vez que a obrigação tributária existe desde o cometimento da infração.

Poder-se-ia deduzir o raciocínio exposto pelo recorrente nas hipóteses de multa autônoma, porém o mesmo raciocínio não se aplica às multas aplicadas juntamente com o débito principal, onde os juros de mora incidem a partir da data de vencimento do débito fiscal.

Em se tratando de dívida, os juros existem para indenizar o credor pela inexecução da obrigação no prazo estipulado. Os juros possuem natureza essencialmente indenizatória, tanto que incidem no tempo, justamente para espelhar o prejuízo do credor com a privação do seu capital.

Sobre a multa ter efeito de confisco, a multa a ser aplicada será a específica para o caso, pois a atividade de lançamento é vinculada a lei. O Superior Tribunal de Justiça examinado o Resp nº 1.286.705, proposto pelo Sindicato da Indústria da Energia no Estado de São Paulo (SindiEnergia), em que a questão tem como plano de fundo a Lei nº

10.604/2002, que definiu que o governo federal compensará as concessionárias obrigadas a reduzir os preços da energia em benefício a pessoas de baixa renda, prevalecendo a tese de que a base de cálculo deve abarcar o valor da subvenção. Assim, como a Coelce deixou de recolher o ICMS da parcela da subvenção CDE no período citado, configurando no atraso de recolhimento do ICMS, já que a Coelce tem regime especial para apuração e escrituração do imposto (art. 72I do RICMS), e as operações e o imposto que a empresa entendeu devido estavam todos informados ao Fisco, penalidade prevista no art. 123, I, "d", da Lei n. 12.670/9, alterado pela Lei n. 13.418/03.

Por esses fatos e argumentos, **voto** pelo conhecimento do Recurso Ordinário e do reexame necessário, negar-lhes provimentos, para manter a decisão singular de PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração em conformidade com teor do parecer da

Assessoria Processual Tributária, e com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

<i>Demonstrativo do Crédito Tributário:</i>			
	ICMS	MULTA	TOTAL
jan/15	R\$ 718.856,39	R\$ 359.428,19	R\$ 1.078.284,58
fev/15	R\$ 743.703,07	R\$ 371.851,54	R\$ 1.115.554,61
mar/15	R\$ 1.885.864,72	R\$ 942.932,36	R\$ 2.828.797,07
abr/15	R\$ 2.657.964,97	R\$ 1.328.982,49	R\$ 3.986.947,46
mai/15	R\$ 2.210.494,90	R\$ 1.105.247,45	R\$ 3.315.742,35
jun/15	R\$ 383.425,40	R\$ 191.712,70	R\$ 575.138,11
jul/15	R\$ 2.812.611,32	R\$ 1.406.305,66	R\$ 4.218.916,98
set/15	R\$ 1.609.592,90	R\$ 804.796,45	R\$ 2.414.389,35
out/15	R\$ 1.655.999,29	R\$ 827.999,65	R\$ 2.483.998,94
nov/15	R\$ 1.543.533,51	R\$ 771.766,76	R\$ 2.315.300,27
dez/15	R\$ 1.506.751,14	R\$ 753.375,57	R\$ 2.260.126,71
TOTAL	R\$ 17.728.797,62	R\$ 8.864.398,81	R\$ 26.593.196,43

03 - DECISÃO

Visto e Discutido o presente auto, em que é Recorrente COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ- COELCE e recorrido a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

“A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário e reexame necessário interpostos, resolve preliminarmente, por voto de desempate da presidência, afastar a decadência referente ao mês de janeiro /2015, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, considerando a data da declaração do ICMS devido, ocorrida em fevereiro 2015. Em relação ao mérito, após amplas discussões, decide por voto de desempate da presidência, dar parcial provimento ao recurso e receber o reexame de ofício, para confirmar a decisão exarada no julgamento de 1ª instância , para julgar **PARCIAL PROCEDENTE**, nos termos voto da conselheira Sabrina Andrade Guilhon, designada para elaborar a resolução por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, aplicando a penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea “d” da Lei 12.670/96, com os fundamentos do julgamento singular, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado em sessão pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos contrários ao entendimento majoritário, defendendo a improcedência da acusação fiscal, os



conselheiros Felipe Silveira Gurgel do Amaral (relator original), acompanhado pelos conselheiros Geider de Lima Alcântara e Pedro Jorge Medeiros. Presente à sessão para sustentação oral do recurso a advogada Dr.a Mônica Pereira Coelho de Vasconcelos.”

SALA VIRTUAL DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, no dia 22 de junho de 2022.

Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior
PRESIDENTE DA 1ª CÂMARA

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

Sabrina Andrade Guilhon
CONSELHEIRA