



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
*Contencioso Administrativo Tributário*  
*Conselho De Recursos Tributários*  
*1ª Câmara De Julgamento*

Resolução Nº 140/03  
SESSÃO: 9ª Ordinária de 24 de janeiro de 2003  
Processo de Recurso: 1/0297/2002  
Auto de Infração: 1/200113308  
Recorrente: Companhia Energética do Ceará.  
Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância  
Conselheiro Relator: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

**EMENTA:** ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO. Auto de Infração PARCIAL PROCEDENTE. Decisão amparada no artigo 2º, inciso XIII, § 3º, incisos II, III e § 4º e arts. 66 e 68 do Dec.nº 21.219/91. Penalidade excluída em observância ao parágrafo único do artigo 100 do CTN. Preliminares de Nulidade rejeitadas. Recurso voluntário conhecido e provido parcialmente. Decisão unânime

**RELATÓRIO**

Consta do *Auto de Infração*, lavrado contra a empresa: **Companhia Energética do Ceará**.

*“Falta de recolhimento do ICMS relativo à operação, prestação e imp. a recolher. Regularmente escriturados.*

*A empresa deixou de recolher o ICMS referente às operações de venda de Energia Elétrica, efetuados no período de janeiro a dezembro de 1996, no valor de R\$ 1.519.970,84 conforme Informação Complementar e anexos ““.*

Base de Cálculo:	R\$ 7.599.854,20
ICMS (20%):	R\$ 1.519.970,84
Multa	R\$ 759.985,42

199

Os autuantes apontam como dispositivos legais infringidos os arts. 66 e 68 do Dec.nº 21.219/91 e sugerem como penalidade o art. 767, inciso I, alínea "d" do mesmo diploma legal.

Nas informações complementares ao Auto de Infração os autuantes demonstram o valor do imposto devido mês a mês e esclarecem os procedimentos adotados para o cálculo do ICMS devido. (fls. 03 a 64)

Formalizado o expediente necessário, o atuado, regularmente intimado, impugna o feito fiscal. (fls.67 a 152).

O processo foi encaminhado ao *Contencioso Administrativo Tributário* e submetido a julgamento. Na instância singular, resultou na *decisão de Procedência* do feito.(fls.157 a 162).

Nos autos, consta à *juntada* do **recurso** voluntariamente interposto pelo atuado, doravante *recorrente*, alegando, resumidamente, o seguinte: (fls.166 a 185).

1. Vício de nulidade absoluta na ação fiscal.

1.1 - Por falta de notificação no processo administrativo, ou seja, não foi cientificado da prorrogação da ação fiscal que teve início em 18 de outubro de 2001 e encerrou-se dia 28 de dezembro de 2001, com 90 dias ininterruptos, contrariando a lei vigente a época da fiscalização, que determinava a ação com prazo de 60 dias podendo ser prorrogável esse prazo por mais 30 dias, a critério e autorização da autoridade competente, art. 821, § 2º do RICMS;

1.2 Ausência dos dispositivos legais infringidos no Termo de Conclusão de fiscalização nº 2001.16909.

1.3 O valor total do crédito tributário devido não corresponde ao efetivamente existente. O levantamento fiscal realizado desprezou informações fornecidas pela impugnante.

2. Esclarece que no período citado no Auto de Infração - 1996, vigia entre o recorrente e a Fazenda Pública Estadual do Ceará o Termo de Acordo nº 035/91, o qual estabeleceu com base no art. 100, I do CTN, **Lex Legum** Tributária, na Constituição Federal de 1998 e na Legislação Estadual pertinente, que o ICMS seria recolhido em moldes diferenciados, alterando-se o prazo de recolhimento do tributo;

3. Dentre as hipóteses de incidência relacionados no aludido Termo de Acordo, "o prazo de recolhimento contar-se-i-a não do fornecimento da energia elétrica (fato econômico gerador da obrigação tributária), mas do recebimento pelo contribuinte das faturas/contas de energia emitidas contra os consumidores de sua mercadoria".

195  



4. Que o Fisco não poderia fazer retroagir o Ato declaratório nº 02/98 sob a alegativa de que ocorrendo o fato gerador, haveria incidência do ICMS, mesmo sem a realização do pagamento do tributo pelos consumidores;
5. Que o ato de revogação do termo de Acordo nº 035/91 nada diz acerca dos fatos geradores que ocorreram sob as regras especiais ali descritos;
6. Que a COELCE vem fazendo o recolhimento do imposto devido referente ao período de vigência do Termo de Acordo na medida em que essas contas vêm sendo quitadas, indicando esses valores em separado dos valores recolhidos mensalmente, referente ao recolhimento normal a partir de abril de 1998, quando o Termo de Acordo nº 35/91 foi revogado pelo Ato Declaratório nº 02/98.
7. Lembra que por ocasião da assinatura do citado Termo de Acordo, foi ponderado que não haveria como determinar o momento que ocorreria o efetivo recebimento das contas de energia, no entanto, mesmo assim o termo de Acordo foi assinado. Nesse sentido, argüi o autuado: pode o Estado determinar regras específicas para determinado fato gerador de obrigação tributária (in casu, regras de prazo de recolhimento), o qual ocorreu inteiramente, para depois o agente fiscal impor o lançamento de tributos invocando outras regras, em clara afronta aos artigos 100, I e 144 do CTN?
8. Que o Fisco não pode falar em débito do ICMS ou coagir o contribuinte a recolher o imposto de modo diferenciado, em razão do regime de recolhimento determinado no termo de Acordo 035/91, referir-se a fatos geradores ocorridos em regime de caixa, ou seja, de efetivo ingresso dos valores nos cofres da empresa, afastando o regime de competência, que voltou a vigor para a recorrente somente com o Ato Declaratório de revogação, após 31/03/1998. Portanto, seus efeitos serão relativos a atos futuros, ou melhor, dizendo ad futurum;
9. Que a Lei não pode retroagir para prejudicar o contribuinte, cita o art. 5º, XL da Constituição Federal, que assim diz:  

*“Art. 5º - (Omissos)”.*  
*(...).*  
*XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”*“
10. Que o agente do Fisco usou de presunções, fazendo acusações de dolo ao Erário, fato que não ocorreu. Que não houve falta de recolhimento do ICMS devido ao Estado e que tem cumprido o repasse normalmente, de acordo com o Termo nº 035/91, não havendo justificativa para a autuação.
11. Requer perícia contábil para a verificação dos fatos alegados e ao final, a Improcedência do auto de infração.



186  


O *Parecer* circunstanciado, de lavra do eminente representante da D. Procuradoria Geral do Estado conhece o Recurso Voluntário, dar parcial provimento, sugerindo a cobrança do imposto devido pelo seu valor nominal, excluindo a penalidade, com base no parágrafo único do artigo 100 do CTN, reformando a decisão proferida pela 1ª Instância, declarando a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal. (fls.188 a 192).

É o relatório 

### VOTO DO RELATOR

Tratam os autos de falta de recolhimento do ICMS referente à venda de energia elétrica efetuada no período de janeiro a dezembro de 1996.

#### Exame da Preliminar de Nulidade.

No caso sub examen torna-se necessário analisar inicialmente as nulidades suscitadas pelo contribuinte, através da peça recursal:

O argumento de nulidade absoluta, quanto à ação fiscal, por falta de notificação do Termo de Prorrogação. A Lei nº 13.082 de 28 de dezembro de 2000 alterou o dispositivo da Lei nº 12.670/96, que dispunha sobre o assunto. O artigo 88 § 1º e 2º passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 88. (...)”.

**§ 1º Lavrado o Termo de Início de Fiscalização, o agente do fisco terá o prazo de 90 (noventa) dias para a conclusão dos trabalhos, contado da data da ciência ao sujeito passivo.**

**§ 2º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, sem que o sujeito passivo seja cientificado da conclusão dos trabalhos, será obrigatoriamente emitido novo ato designatório para continuidade da ação fiscal.”**

Constata-se que no período da fiscalização, 18 de outubro a 28 de dezembro de 2001, a Lei 13.082/00 de 28/12/2000, já estava em vigor. A ação fiscal teria o prazo de (90) noventa dias para ser realizada a contar da data da ciência do sujeito passivo. Portanto, indispensável à lavratura do Termo de Prorrogação para a presente ação fiscal.



197  


No processo administrativo tributário, a peça primordial na constituição do crédito tributário é o auto de infração. O Decreto 25.468/99, que trata sobre o processo administrativo, em seu artigo 33, inciso IV, §2º, dispõe que o auto de infração não será nulo pela ausência de indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos, desde que o relato do auto seja claro e preciso. Portanto, a ausência dos dispositivos legais infringidos no Termo de Conclusão de fiscalização nº 2001.16909, não ensejará nulidade do feito fiscal.

*Art. 33. O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:*

(...)

*XIV - indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária;*

(...)

*§ 2º A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso.*

O recorrente alega ainda, que o valor total do crédito tributário devido não corresponde ao efetivamente existente e que o levantamento fiscal realizado desprezou informações fornecidas pela impugnante. Requer perícia contábil, entretanto, não formula os quesitos necessários para a sua realização, o que poderia ensejar baixar o curso do processo em diligência/perícia e não a nulidade da ação.

Ficam, portanto, rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas.

#### Análise do Mérito.

O Decreto nº 21.219/91 em seu artigo 68, inciso II, alínea "g", estabelece o prazo de recolhimento para as empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público de energia elétrica. **In verbis:**

*Art. 68. Ressalvados os prazos especiais previstos na legislação tributária, o recolhimento far-se-á:*

(...).

*II - até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, os estabelecimentos enquadrados como:*

(...).

*g) - concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica;*

No período citado no Auto de Infração - 1996, vigia entre o recorrente e a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, o Termo de Acordo nº 035/91, o qual estabeleceu com base no art. 100, I do CTN e na Legislação Estadual pertinente, que o ICMS seria recolhido de forma diferenciada, alterando-se o prazo de recolhimento do tributo, nos seguintes termos:



198  


*“Cláusula primeira – O ICMS recebido dos consumidores relativo à utilização e/ou aquisição de energia elétrica será recolhido a SEFAZ pela acordante com a observância dos períodos e prazos estabelecidos”:*

- a) *Recebimentos no período do dia 1º ao dia 10: recolhimento até o 20º(vigésimo) dia do mês;*
- b) *Recebimentos no período do dia 11 ao dia 20: recolhimento até o 5º(quinto) dia útil, após o término deste período; e*
- c) *Recebimentos no período do dia 21 ao último dia do mês: recolhimento até o 15º(décimo quinto) dia do mês subsequente.”*

O Decreto 21.219/91 em seu artigo 2º, inciso XIII, § 3º, incisos II, III e § 4º identifica os casos em ocorrem o fato gerador do imposto, **in verbis**.

*Art. 2º Ocorre o fato gerador do Imposto:*

*XIII – (omissos)*

*§ 3º A incidência do imposto independe:*

*I – (...);*

*II - do cumprimento de quaisquer exigências legais, regulamentares ou administrativas referentes aos serviços prestados;*

*III - do resultado econômico-financeiro obtido pela prestação do serviço.*

*§4º Para efeito de incidência do imposto, a energia elétrica considera-se mercadoria.*

O Termo de Acordo nº 035/91 modificou o prazo de recolhimento, previsto na legislação à época. Durante o período de vigência do referido termo, o prazo de recolhimento contar-se-ia não do fornecimento da energia elétrica (fato econômico gerador da obrigação tributária), mas do recebimento pelo contribuinte das faturas/contas de energia emitidas contra os consumidores de sua mercadoria.

O Ato Declaratório nº 02/98 revogou o Termo de Acordo nº 035/91, submetendo o autuado as regras estabelecidas na legislação tributária em vigor, passando a produzir efeitos a partir de 01 de abril se 1998, não fazendo referência aos fatos geradores que ocorreram sob as regras do referido termo.

Os agentes fiscais ao lavrarem o presente auto de infração, asseguraram ao Fisco o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, no caso, contra a COELCE, pelo ICMS devido nas operações de fornecimento de energia elétrica, no período de janeiro a dezembro de 1996. Conforme o artigo 173 do Código Tributário Nacional, que trata da extinção do crédito tributário pela decadência. **In verbis**:

*Art.173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

*II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*



Conforme citado nas informações complementares, (fls 03 a 06). À época da revogação do termo de Acordo nº 35/91, existiam contas de energia elétrica a receber e conseqüentemente ICMS incidente sobre este saldo. A partir de 1º de abril de 1998, a empresa passou a recolher o ICMS devido sobre estas contas a medida em que vinham sendo quitadas. Ocorre que a empresa vem efetuando a baixa de Provisão para Devedores Duvidosos, contabilizando como perdas os direitos referentes às contas a receber que considera incobrável. Com esta medida, o imposto incidente nestas operações não será repassado aos cofres do Estado.

Considerando que no período citado no Auto de Infração – 1996, a Secretária da Fazenda do Estado do Ceará, firmou com a recorrente o Termo de Acordo nº 035/91, estabelecido com base no artigo 100, inciso I do CTN e posteriormente o revogou, submetendo o autuado as regras estabelecidas na legislação tributária em vigor.

Considerando o disposto no parágrafo único do artigo 100 do CTN, que traz uma norma que preserva a segurança jurídica no âmbito das relações tributárias.

Considerando o princípio “*nemo potest venire contra factum proprium*”. A Administração “não pode punir ou onerar alguém por ter seguido as instruções ou orientações ainda que o fisco as venha repudiar”.(Ruy Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, 14º edição, Ed. Saraiva, 1995, p.66).

Entendo, que apesar do autuado não ter recolhido o ICMS por conta da inadimplência dos seus clientes/consumidores, o serviço foi efetivamente realizado. A incidência do imposto independe do resultado financeiro obtido pela prestação do serviço, como preceitua o §3º, inciso III do artigo 2º do Decreto nº 21.219/91.

**VOTO:**

Pelas razões expostas é que voto: Rejeito as preliminares de nulidade argüidas pela recorrente, conheço do Recurso Voluntário, dou-lhe parcial provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando PARCIAL PROCEDENTE a acuação fiscal, devendo o autuado, recolher o ICMS devido pelos valores nominais aos cofres do Estado, excluídos a penalidade e os juros de mora, com base no parágrafo único do artigo 100 do CTN, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

*Art. 100 – São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções e dos decretos:*

(...).

*parágrafo único – A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidade, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.*

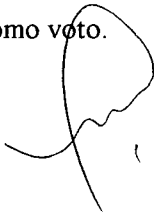
200  


**DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

**BASE DE CÁLCULO**      **RS**    **7.599.854,20**

**ICMS**                      **RS**    **1.519.970,84**

É como voto.





201

**DECISÃO:**

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **Companhia Energética do Ceará** e recorrido: **Célula de Julgamento de 1ª Instância.**

**RESOLVEM** os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve: Após rejeitar as preliminares de nulidade argüidas pela recorrente, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando *PARCIAL PROCEDENDE* a infração, nos termos do voto do conselheiro relator e parecer da douda Procuradoria Geral do Estado. Absteve-se de votar a conselheira Vanda Ione de Siqueira Farias, por questão de foro íntimo. Ausente o conselheiro Fernando Airton Lopes Barrocas.

Sala das Sessões da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em Fortaleza, aos 13 de março de 2003.

Francisco Paixão Bezerra Cordeiro  
PRESIDENTE

Manoel Marcelo Augusto M. Neto  
CONSELHEIRO RELATOR

Alfredo Rogério Gomes de Brito  
CONSELHEIRO

Fernando Airton Lopes Barrocas  
CONSELHEIRO

Vanda Ione de Siqueira Farias  
CONSELHEIRA

PRESENTES:

Mateus Maria Neto  
PROCURADOR DO ESTADO

Verônica Gondim Bernardo  
CONSELHEIRA

Fernando Cezar C. A. Ximenes  
CONSELHEIRO

Luiz Carvalho Filho  
CONSELHEIRO

Cristiano Marcelo Peres  
CONSELHEIRO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO