



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RES. 515/11

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 27/06/2011 - 45ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4495/2009

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200913050

AUTUANTES: MARIA CRISTINA MOREIRA DIAS – MAT. 032.302-1-X,

MARIA ALDA ESTANISLAU – MAT. 064.535-1-1, e,

CLAUDIA MARIA CHAVES BEZERRA – MAT. 106.671-1-9

RECORRENTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – ENERGIA ELÉTRICA – ESTORNO PARCIAL – PROCEDÊNCIA. A Empresa, acima identificada, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, ao efetuar o estorno parcial dos créditos por aquisição de energia elétrica para comercialização, o fez em desacordo com a norma legal aplicável. Auto de Infração julgado PROCEDENTE . Artigos infringidos: 60, I e 66, I, ambos do Dec. nº 24.569/1997. Penalidade: art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/1996, alterada pela Lei nº 13.418/2003. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Decisão, por unanimidade de votos, conforme Parecer adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

A peça inicial do presente processo acusa a Empresa Autuada de "LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS, EM DECORRÊNCIA DA NÃO REALIZAÇÃO DE ESTORNO EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA". Aduz a Autoridade Fiscal que "A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA, NO EXERCÍCIO DE 2005, AO EFETUAR O ESTORNO PARCIAL DOS CRÉDITOS POR AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA COMERCIALIZAÇÃO, O FEZ EM DESACORDO COM A NORMA LEGAL APLICÁVEL, RESULTANDO RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS NO VALOR DE R\$ 6.379.170,67".

A Autoridade Fiscal indica o art. 54, I, da Lei nº 12.670/1996 e os arts. 60, I e 66, I, ambos do Dec. nº 24.569/1997 como dispositivos legais infringidos. Como penalidade sugere o art. 123, II "a", c/c parágrafo 5º, I, do mesmo artigo da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Instruindo a peça vestibular encontram-se Informações Complementares, Ordem de Serviço nº 2008.26116, Termo de Início nº 2008.24484, Portaria nº 181/2009, Ordem de Serviço nº 2009.09786, Termo de Início nº 2009.07454, Termo de Intimação nº 2009.09163, Termo de Intimação nº 2009.16353, Resposta ao Termo de intimação nº 2009.09163, Termo de Conclusão nº 2009.19589 e Recibo de Entrega de Documentos, às fls. 03/47.


A Contribuinte apresenta sua Defesa, às fls. 62/96, na qual, inicialmente, concorda com o Fisco quanto à necessidade de estornar dos livros fiscais os créditos de ICMS proporcionais à energia elétrica fornecida com isenção do imposto, todavia, não concorda com a forma como o estorno foi calculado pela fiscalização.

O Julgador de 1ª Instância, às fls. 123/132, decidiu pela procedência da ação fiscal em vista a materialidade do ilícito fiscal.

Inconformada com a decisão condenatória, a Empresa Autuada, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 139/184, no qual ratifica todos os termos expendidos em sede de Defesa.

A Consultoria Tributária, em Parecer de nº 01/2011 apresentou o seu entendimento, às fls. 186/190, pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento no sentido de manter a decisão condenatória exarada pela 1ª Instância, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o Parecer às fls. 191.

É o Relatório.



VOTO DA RELATORA

Conforme relatado, o Auto de Infração *sub examen* acusa a Empresa Recorrente de lançar crédito indevido de ICMS, assim considerado por não haver realizado o estorno exigido pela legislação tributária. Aduz, a Autoridade Fiscal, que a Contribuinte não estornou o ICMS decorrente de faturamento para a Classe de Consumo 06-Residencial, Subgrupo B1-Residencial Baixa Renda 08, com consumo de até 140 KW, alcançado pela não incidência.


De início, antes de adentrar nas questões de mérito, cumpre analisar preliminar de nulidade, suscitada pela Recorrente, concernente à **nulidade da decisão recorrida**, tendo em vista à omissão da instância *a quo* em apreciar os fundamentos suscitados na Impugnação relativos à “*llegitimidade de computar juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde a data de vencimento da obrigação principal*” e “*à Inaplicabilidade da multa de ofício de 100%*”.

Da análise dos autos, verifica-se, que, mencionados temas da impugnação da Recorrente, de fato, deixaram de ser abordados no julgamento de primeira instância. Contudo, *in casu*, não vejo a falta de exame de tais razões de defesa como fato caracterizador de cerceamento de direito de defesa.

Quando analisa a matéria de mérito, o julgador, não está obrigado a contestar, item por item, os argumentos expendidos pela parte, conforme decisão do STJ – Resp 652.422(2004/0099087-0), *in verbis*:

“5691 – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA AUTORIZAÇÃO PARA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS – DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA – PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA – ART.170, PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SÚMULA No. 547 DO STF – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – NORMA LOCAL – RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR – 1. Inexiste ofensa ao artigo 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão (...) 6. Recurso não conhecido.”(g.n)

Portanto, padece de fundamento a tese de preterição do direito de defesa, por falta da análise individualizada pela Autoridade Julgadora de 1ª Instância.



Quanto às alegações, levantadas pela Recorrente, concernentes à **“Ilegitimidade de computar juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde a data de vencimento da obrigação principal”** e **“à Inaplicabilidade da multa de ofício de 100%”**.

No caso presente, afastos tais arguições, pois ambas estão previstas na Lei nº 12.670/1996, nos artigos 62 e 123, abaixo transcritos, o qual determinou a aplicação de juros de mora e as multas. *In casu*, sendo uma imposição legal, não cabe a este órgão julgador administrativo questionar sua constitucionalidade.

Art. 62. 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.

§ 1º Os juros moratórios incidirão a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito.

--

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

Quanto ao mérito do litígio, esclareça-se, a energia elétrica, para efeitos de incidência de ICMS, é tratada como mercadoria. Esta é a previsão do Parágrafo Único do art. 2º do Dec. nº 24.569/1997, abaixo transcrito:

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

(...)

Parágrafo único. Para efeito da incidência do ICMS, a energia elétrica é considerada mercadoria.

Portanto, aplicável os artigos 60 e 66 do RICMS à energia elétrica quanto ao crédito de ICMS:

 4

Art. 60. Para fins de compensação do ICMS devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à mercadoria recebida para comercialização;

Art. 66. Salvo disposição da legislação em contrário, o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento ou o serviço tomado:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributadas ou isentas, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada ou da utilização do serviço;

No Recurso interposto, a Recorrente limitou a controvérsia ao cálculo do estorno efetuado pela fiscalização, concordando sobre a necessidade de realização de estorno quanto ao fornecimento de energia elétrica para consumidores de baixa renda.

Conforme infere-se das informações complementares, os agentes do Fisco analisaram as operações do exercício de 2005, por classe de consumo, realizadas pela Recorrente quanto ao fornecimento de energia elétrica, e detectaram que a mesma manteve o crédito indevido decorrente do não estorno proveniente de operações isentas ou sob o regime de não incidência, mais precisamente, das saídas realizadas aos consumidores na faixa abaixo de 140 KW, aqueles que estão no campo da não incidência, conforme Dec. nº 24.569/1997, *in verbis*:

Art. 4º O ICMS não incide sobre:



III - operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

XVI - operações de fornecimento de energia elétrica para consumidor:

a) da classe residencial com consumo mensal igual ou inferior a 50 KWh;

b) da classe de produtor rural.

c) enquadrado na classe "Residencial Baixa Renda", com consumo mensal de 51 a 140 kWh, na forma e condições definidas pelo órgão Federal Regulador das Operações com Energia Elétrica.

  5

No hipótese dos autos, a Recorrente, na entrada da mercadoria (energia elétrica) tem direito ao crédito integral do imposto, já o débito toma por base as faixas de consumo.

Da análise das peças processuais, penso que não merece reparos a decisão de 1ª Instância recorrida, a qual, adoto como razões de decidir, passando a transcrevê-la a seguir:

"No caso em tela, conforme delineado no parágrafo único do artigo segundo do RICMS, a energia elétrica é considerada mercadoria, sendo que o estorno de créditos de ICMS, decorrentes de sua comercialização, não possui metodologia específica detalhada na legislação tributária. Trata-se de operação envolvendo mercadoria destinada a diversos consumidores, comercializada a preços variáveis, com aplicação de subsídios e não incidência para a faixa residencial de baixa renda, além de isenções previstas na legislação, e que somente após o consumo realiza-se o faturamento, através da Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, nos termos do Inciso V, artigo 127 e 189 do RICMS e posterior pagamento. A base de cálculo do imposto é o valor da operação de saída da mercadoria, que neste caso em particular identifica-se pelo consumo demandado.

A concessionária distribuidora, credita-se integralmente do imposto pelo registro de entrada da mercadoria e debita-se realizando o cálculo do imposto devido, tomando por base as faixas de consumo, conforme demonstrado nas fls. 06. Na apuração e escrituração do ICMS aplica-se o disposto nos artigos 721 a 723 do RICMS que concede regime especial à COELCE.

De forma bastante resumida, para realização do estorno dos créditos previstos pelo artigo 66, já citado, após o faturamento do consumo mensal total são identificadas as operações de saídas destinadas a consumidores isentos ou nas faixas de não incidência do ICMS e calcula-se a fração que este valor representa em relação ao total das saídas realizadas no período (tributadas ou não). A seguir extrai-se essa fração do valor do crédito lançado pelas entradas naquele período e obtém-se o valor do estorno a ser lançado.

Consta do relato dos auditores fiscais, responsáveis pela ação, que parte da receita subsidiada, relativa aos consumidores de baixa renda, àqueles com consumo até 140KW; no valor de R\$ 127.938.457,49, foi contabilizada na receita de energia, mas não foi incluída na receita fiscal, causando a manutenção indevida de crédito de ICMS.

(...)

A defendente alega que os valores questionados na ação fiscal, aqueles relacionados aos consumidores de baixa renda,

  6

foram contabilizados, ou, melhor dizendo, alocados às classes de maior consumo.

Em seu argumento, cita a Lei 10.762, de 11 de novembro de 2003, que em seu artigo 13 criou a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), visando o desenvolvimento energético dos Estados e a garantia de recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda.

Afirma que os valores devidos pelos concessionários distribuidores de energia elétrica e recolhidos à conta da CDE, além dos demais custos, constituem valores que se incorporam às tarifas, de forma proporcional ao consumo, e, portanto, integram o faturamento de fornecimento feito a todos os consumidores, nos termos da Lei 10.438/2002.

Todavia, ressalta-se que, para manter o equilíbrio econômico-financeiro das empresas concessionárias de serviço público de distribuição de energia foi criada a Lei 10.604, de 17 de dezembro de 2002, que em seu artigo 5º determina:

Art. 5º Fica autorizada a concessão de subvenção econômica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda a que se refere a Lei nº 10.438, de 2002, com efeito a partir da data de sua publicação.

Posteriormente foi editado o Decreto 4.538, de 23 de dezembro de 2002, regulamentando a remuneração dessa subvenção, que assim dispõe:

Art. 1º O atendimento de consumidores integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda, decorrente dos novos critérios estabelecidos no art. 10 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, será custeado através da subvenção de que trata o art. 5º da Lei nº 10.604, de 17 de dezembro de 2002 e o art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002, utilizando recursos financeiros oriundos: (Redação dada pelo Decreto nº 5.029, de 31.3.2004)

I - do adicional de dividendos devidos à União pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, associado às receitas adicionais auferidas pelas concessionárias geradoras de serviço público, sob controle federal, com a comercialização de energia elétrica nos leilões públicos de que trata o art. 27 da Lei nº 10.438, de 2002 e,

II - na insuficiência dos recursos previstos no inciso I, com recursos a fundo perdido da Conta de Desenvolvimento Energético - COE, instituída pela Lei nº 10.438, de 26 de



abril de 2002. (Redação dada pelo Decreto nº 5.029 de 31.3.2004)

§ 1º A subvenção de que trata o caput restringir-se-á à diferença, exclusive o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, se positiva, entre o subsídio estabelecido na Lei 10.438, de 2002 e o subsídio estabelecido antes da vigência da mesma Lei.

Art. 5º Fica autorizada a concessão de subvenção econômica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica.

*Percebe-se que as concessionárias receberão subsídio para **contribuir** com o custeio da modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda sempre que ocorra diferença positiva entre o faturamento que decorreria da aplicação dos critérios vigentes, para cada concessionária ou permissionária, na data imediatamente anterior à inidêneoia da Lei nº 10.438, de 2002, e aquele verificado em conformidade com os novos critérios. O valor desse subsídio deve ser calculado nos termos do § 2º do artigo acima citado, in verbis.*

§ 2º O montante da subvenção corresponderá à diferença, se positiva, entre o faturamento que decorreria da aplicação dos critérios vigentes, para cada concessionária ou permissionária, na data imediatamente anterior à incidência da Lei nº 10.438, de 2002, e aquele verificado em conformidade com os novos critérios estabelecidos pelo art. 10 da mesma Lei. (Redação dada pelo Decreto nº 5.029, de 31.3.2004)

Em resumo, os valores que foram recolhidos à conta da CDE e que segundo a defendente são custos que se incorporaram às tarifas de consumo, integrando o fornecimento feito a todos os consumidores, não se confundem com a subvenção ora mencionada, visto que esta é calculada após o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final, nos termos do §2º, e é repassada posteriormente à concessionária pelo Governo Federal.

Essa subvenção constitui-se como complemento do faturamento de energia elétrica fornecida aos consumidores de Baixa Renda, abrangidos pela não incidência de ICMS, e integra a receita contábil da autuada e deveria, portanto, compor sua receita fiscal. Dessa forma, seu valor deve compor a proporção utilizada para calcular o estorno de crédito de ICMS, conforme bem demonstrou a equipe de auditores nos autos do processo.

Destarte, cogitar-se na ausência da referida Subvenção Econômica acarretaria, inevitavelmente, o repasse do



respectivo valor às tarifas cobradas dos demais consumidores, às quais se integra o montante do ICMS sobre elas incidente”.

Na espécie, como bem concluiu o Julgador Singular, a subvenção integra o faturamento de energia elétrica fornecida aos consumidores de baixa renda, aqueles albergados pela não incidência de ICMS (e submetidos ao estorno de crédito posterior), e integrando a receita contábil da autuada, deve compor também sua receita fiscal, e ser levada em consideração quando da realização do estorno.

Na presente questão, entendo, que a Recorrente não atendeu às determinações legais, infringindo a legislação do ICMS.

Desta forma, cabível a cobrança da multa prevista no art. 123, II, “a”, da Lei nº 12.670/1996, *in verbis*:

Art. 123. ...

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

Em face do exposto, VOTO pelo conhecimento do recurso voluntário, negando provimento para que seja mantida a decisão de procedência de primeiro grau, conforme Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o Voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 6.379.170,69

Multa: R\$ 6.379.170,69

TOTAL: R\$ 12.758.341,38



DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE**, e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

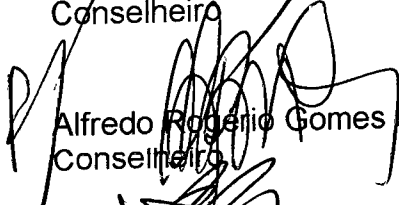
RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para após afastar as preliminares de nulidade argüidas pela recorrente, confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora, conforme Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 25 de outubro de 2011.


81 Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTE


Lúcio Flávio Alves
Conselheiro


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro

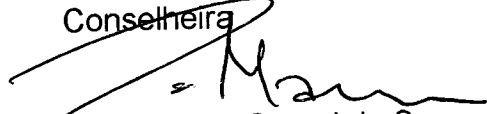

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira relatora


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira

Ana Maria Martin Timbó Holanda
Conselheira


Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro


Matheus Viana Neto
Procurador do Estado