

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

RESOLUÇÃO Nº 031 /2021

21ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL: 08/10/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RECORRENTE: BTG PACTUAL COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO Nº: 1/0666/2018 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 201800370-1

CONSELHEIRO RELATOR: RAFAEL PEREIRA DE SOUZA

EMENTA: 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS-ST EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA. 2. Legislação específica descreve que o fato gerador da operação interestadual de energia elétrica adquirida no mercado livre é a entrada (RICMS/97. art. 3º, IX), ao tempo que se compreende o mês como ciclo de contagem da energia consumida (Lei 12.670/96. art. 48), o que provoca a necessidade de recolhimento do ICMS no 9º dia do mês seguinte ao consumo (Convênio ICMS 83/00, Cláusula Terceira) **2.1.** Circunstância de que a quantidade exata de energia é apurada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e informada ao contribuinte até o 9º dia do mês seguinte ao consumo. **3.** Caso em que o contribuinte substituto gerador de energia elétrica pode valer-se da emissão de nota fiscal retroativa, ou de ajustes na apuração para recolher o ICMS no prazo legal. **4.** Atraso de recolhimento configurado e determinado com aplicação dos encargos previstos no art. 61 da Lei 12.670/96. **5.** Enquadramento de multa nos termos da alínea “d” do inciso I do art. 123, tendo em vista que o lançamento se limitou a recepcionar os dados de registro das notas fiscais e apuração do mês, para aplicar os encargos sobre “o valor originário do imposto”, o que resulta de uma sequência de atos como registro de entrada/saída de operações em um determinado mês, conhecimento de eventos de geram créditos e débitos, para então se obter o saldo a pagar.

Decisão de parcial procedência do lançamento fiscal, com PARCIAL PROVIMENTO do recurso voluntário, com reforma parcial da decisão de 1ª Instância, conforme parecer da Assessoria Processual Tributária, e em desacordo com parecer emitido em Sessão pela Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. Falta de Recolhimento. Atraso de recolhimento. Multa.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

RELATÓRIO:

O processo versa sobre a infração de falta de recolhimento de ICMS, quanto ao tema específico de operações interestaduais de venda de energia elétrica. A conduta narrada no Relato da Infração é a seguinte:

RELATO DA INFRAÇÃO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS RETIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA EM DESACORDO COM O PRAZO LEGAL DEFINIDO NA LEGISLACAO TRIBUTARIA REFERENTE A OPERACOES INTERESTADUAIS COM ENERGIA ELETRICA A DESTINATARIOS LOCALIZADOS NO ESTADO DO CEARA CONFORME INFORMACOES COMPLEMENTARES A ESTE A.I.

Constam nos autos, Mandado de Ação Fiscal nº 2017.12817, Termo de Início de Fiscalização nº 2017.14674 (fls. 24).

Nas informações complementares consta a descrição da metodologia, a qual vamos escalonando à seguinte forma:

a) O modo de incidir o ICMS nas operações interestaduais de energia e na entrada:

Relembramos que o fato gerador de uma obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. No Estado do Ceará, trata-se da Lei nº 12.670/96, que define em seu artigo 3º que, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da entrada, neste Estado, de energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, e não no mês posterior ao da utilização da energia, como deseja a autuada, sem respaldo legal em norma tributária. **(grifo nosso)**

(...)

A BTG Pactual Comercializadora de Energia Ltda é responsável pelo recolhimento do ICMS nas operações interestaduais de energia elétrica que realizou com destinatários localizados no Estado do Ceará, conforme estabelecem os Art. 18 e 19 da Lei 12.670/96 e os Art 431 e 432 do Decreto 24.569/97 a seguir transcritos:

Lei 12.670/96

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Art. 19. *A responsabilidade de que trata o artigo anterior poderá ser atribuída:*

(...)

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do ICMS, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final realizada neste Estado, ao qual se assegurará o seu recolhimento.

Parágrafo único. *Será devido a este Estado e recolhido pelo remetente o ICMS incidente sobre as operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II deste artigo, quando o destinatário for consumidor final aqui domiciliado ou estabelecido.*

b) No segmento de energia elétrica há o “Ambiente de Contratação Livre”, praticado pelos comercializadores de energia, posição esta assumida pela autuada:

Já no ACL, há a livre negociação entre os agentes geradores, comercializadores, consumidores livres/especiais, importadores e exportadores de energia, sendo os acordos de compra e venda de energia pactuados através de Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre (CCEAL).

No ACL existem os seguintes tipos de Contrato:

1. Contrato de Compra de Energia Incentivada (CCEI)
2. Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre (CCEAL).
3. Contratos Bilaterais
4. Contratos de Energia de Reserva (CER)
5. Contrato de Uso de Energia de Reserva (CONUER)

c) Durante a ação fiscal houve solicitação de documentos, sendo citada e expressão “fatos geradores mensais” no item 2 do documento:

Para análise das referidas operações foram solicitados, através do Termo de Início de Fiscalização 2017.14674, os seguintes documentos, referentes ao período de 01/01/2013 a 08/11/2017:

1. Contratos bilaterais de fornecimento de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização, firmados com destinatários localizados no Estado do Ceará, devidamente registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).
2. Documentos fiscais que acobertaram o fornecimento e consumo de energia elétrica dos destinatários localizados no Estado do Ceará, correspondentes às operações interestaduais com fatos geradores mensais ocorridos nos termos do art. 12, XII da Lei Complementar Federal nº 87/96 e do art. 3º, VIII da Lei Estadual nº 12.670/96.
3. Documentos de arrecadação comprovando o recolhimento do ICMS devido ao Estado do Ceará das operações acobertadas pelos documentos fiscais do item 2 deste anexo, nos termos definidos nos Convênios ICMS 81/93 e 83/00.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

d) Descreve que há uma regra que determina a data de vencimento do imposto, após o período de apuração do imposto (que é o mês conforme art. 46 da Lei Estadual 12.670/96):

O Convênio ICMS nº 83/00, que é norma específica sobre o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização, estabelece em sua cláusula terceira que o imposto retido deverá ser recolhido até o 9º (nono) dia subsequente ao término do período de apuração em que tiver ocorrido a retenção, a crédito da unidade federada em cujo território se encontre estabelecido o adquirente da mercadoria. Entretanto, a empresa autuada fez a retenção do imposto e recolheu ao Estado do Ceará em prazo diverso, em desacordo com o que preceitua o referido instrumento legal.

e) Descreve que identificou o evento de recolhimento no mês seguinte ao que deveria ser realizado:

Em resumo, se a empresa emite um documento fiscal no dia 01/02/2013, relativo à energia que foi contratada para o mês de janeiro/2013, o ICMS é devido no mês de janeiro/2013 (mês do contrato, do consumo e da ocorrência do fato gerador) e deve ser recolhido até o nono dia do mês de fevereiro/2013, respeitando o prazo definido na legislação.

(...)

A BTG Pactual registrou na CCEE um contrato com um montante de 1.078,80 MWh, tendo como contratada a Itapuí Barbalhense Indústria de Cimento S/A. (figura 01)

A NF-e nº 8.875 que acobertou a operação foi emitida em 01/02/2013 (figura 02 - DANFE). Entretanto, deveria ter sido emitida até o dia 31/01/2013, dentro do mês do contrato, do mês do consumo e do mês da ocorrência do fato gerador. O ICMS-ST, no valor de R\$ 47.322,37 foi recolhido em 07/03/2014, quando deveria ter sido recolhido até o dia 11/02/2013, portanto com atraso de 24 dias.

f) Narra que durante a ação fiscal apurou o valor e solicitou ao contribuinte o pagamento, tendo recebido como resposta a explicação de que tem conhecimento total dos dados de consumo DEPOIS de encerrado o mês, e isso influenciaria na confecção da nota fiscal e consequente recolhimento. Assim transcrito:

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Em suas alegações de defesa, a BTG Pactual justifica que:

"2.5 Os procedimentos de medição encontram-se resumidos no documento "Procedimentos de Comercialização" (MANUAL) editado pela CCEE, na forma do módulo 2 (DOC. 03). Como se verifica no MANUAL, os dados da medição realizada são disponibilizados no mês subsequente ao do consumo da energia elétrica, no prazo máximo de nove dias úteis.

2.6 Como não poderia deixar de ser, somente após o recebimento dos dados da medição realizada é que os AGENTES tomam conhecimento do montante de energia consumida por seus clientes e, com fundamento nesses dados, podem emitir o documento de cobrança correspondente.

2.7 Verifica-se, assim, que o preço a ser pago pelos consumidores (em outras palavras, o valor da operação) somente é definido no mês subsequente ao do consumo, momento em que o relatório da medição realizada é disponibilizado aos AGENTES."

(...)

Como já mencionado anteriormente, a BTG Pactual foi notificada a recolher de forma espontânea os valores ora lançados neste auto. Entretanto, optou por não fazê-lo. Em sua resposta, com alguns trechos transcritos abaixo, alega ser incabível o termo de notificação apresentado, pelos seguintes motivos:

1. Como decorrência lógica, não há fato gerador se não houver base de cálculo, a qual, no caso das operações com energia elétrica, somente pode ser apurada após o encerramento do ciclo mensal de consumo e a subsequente aferição do montante de energia consumida.

2. Portanto, tem-se que o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica somente se materializa no mês posterior ao da sua utilização pelo cliente, momento em que o consumo é medido e nota fiscal correspondente emitida.

3. Dessa forma, e com a devida vênia, equivoca-se a fiscalização quando alega que a PETICIONÁRIA estaria postergando o momento do recolhimento do ICMS.

g) Descreve que o obstáculo narrado pelo contribuinte é resolvível nos termos da legislação, com nota fiscal no mês seguinte à circulação da mercadoria:

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

A BTG Pactual poderia conciliar seus interesses comerciais com a norma tributária, pois é possível a emissão de um documento fiscal em um mês, com data retroativa ao mês anterior, desde que não ultrapasse 30 dias. Assim, mesmo registrando o contrato até o oitavo dia do mês de fevereiro, no exemplo em questão, poderia ela emitir o documento fiscal em fevereiro com data retroativa ao mês de janeiro. É o que diz a informação do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, na seção "perguntas Frequentes", item 3 "Modelo Operacional (48 questões), subitem "Emissão e autorização da NF-e (18 questões)", de consulta pública obtida através do link: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/perguntasFrequentes.aspx?tipoConteudo=7zEQFBPObw0=#B7kL1rP5cbU=>, conforme descreve-se em sua integralidade abaixo:

É possível emitir uma NF-e retroativa para o caso, por exemplo, de apropriação de crédito do ativo permanente de um dado mês, cujo cálculo só pode ser efetuado no início do mês seguinte, após apuração dos valores?

Atualmente o limite técnico para autorização de NF-e com data retroativa é de 30 (trinta) dias ou outro limite definido pela Unidade da Federação, a contar da data de emissão. Não havendo outros impedimentos fiscais, a empresa poderá emitir a NF-e em questão no início do mês seguinte tão logo seja possível apurar os valores a serem documentados. (grifo nosso)

h) Descreve que há um atraso de recolhimento, citando o art. 61 da Lei Estadual 12.670/96, o qual incidirá sobre o valor originário do imposto:

Após exame dos recolhimentos efetuados pela BTG Pactual Comercializadora de Energia Ltda, no período de janeiro/13 a maio/17, fez-se o levantamento mensal dos valores recolhidos fora do prazo legal, demonstrando-se a diferença a ser recolhida pela empresa autuada através do cálculo do acréscimo moratório previsto no Art. 61 da Lei nº 12.670/96, a Saber:

Art. 61. O pagamento espontâneo do imposto, fora dos prazos previstos na legislação e antes de qualquer procedimento do Fisco, ficará sujeito à mora de 0,15% (zero vírgula quinze por cento) por dia de atraso, até o limite máximo de 15% (quinze por cento). (GN) Parágrafo único. O acréscimo de que trata o caput será calculado sobre o valor originário do imposto.

Consta planilha na qual descreve essas colunas, dentre outras:

8875	Referencia Janeiro/2013	01/02/13	175.268,05	47.322,37	0,27	jan-13	31/1/2013	9/2/2013	7/3/2013	26	0,15%	1.845,57
8876	Referencia Janeiro/2013	01/02/13	37.709,59	10.161,59	0,27	jan-13	31/1/2013	9/2/2013	7/3/2013	26	0,15%	397,08

O auto de infração descreve a cobrança de ICMS multa ao valor de R\$ 379.596,21, o qual corresponde ao somatório dos dados lançados na coluna "MULTA_ATRASO" da planilha,

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

com multa de igual valor, com base na regra prevista no art. 123, I, "d" da Lei Estadual nº 12.670/96, de seguinte teor:

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

(...)

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

(...)

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto;

O contribuinte apresentou defesa tempestiva contendo os seguintes argumentos:

- a) A nulidade do auto de infração, pelo fato de que nas informações fiscais há a imprecisão de ora citar a falta de recolhimento, ora citar o recolhimento em momento posterior ao previsto;
- b) Em mérito, os argumentos de que:

Deste modo, percebe-se que os argumentos genéricos utilizados pela fiscalização não merecem prosperar, uma vez que no presente caso somente após a verificação e o recebimento dos dados da medição realizados pela CCEE é que os agentes comercializadores, como a Impugnante, tomam conhecimento do montante de energia suprida pela comercializadora e conseqüentemente consumida por seus clientes e, com base nesses dados, é permitido ao agente vendedor emitir o documento de cobrança correspondente ao cliente comprador.

(...)

Portanto, tem-se que, diferentemente do que alga o auto de infração, o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica somente se materializa no mês posterior ao suprimento de energia elétrica pelo agente comercializador e/ou agente gerador, momento em que o consumo é medido e a nota fiscal correspondente emitida.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

- c) Caso não providos os argumentos anteriores, a capitulação legal foi inadequada, e deveria ter sido aplicada a regra do art. 123, I, "d", com redução da multa para 50% do valor do tributo;

O processo foi objeto do Julgamento pela Célula de Julgamento de Primeira Instância (fls. 427-438) no sentido da procedência do auto de infração. Não foram acolhidas as argumentações sobre nulidade e quanto ao mérito.

O contribuinte interpõe Recurso Ordinário aduzindo os mesmos argumentos da impugnação, com o adendo de que a edição do Decreto Estadual 32.904/2018 representaria o acatamento da tese defensiva. Nesses termos:

Por seu turno, conforme já citado acima, o próprio o Estado do Ceará, através do Decreto nº 32.904/2018, já passou a reconhecer que a data de recolhimento do ICMS, nos casos de comercialização de energia, é o 10º dia útil do mês subsequente ao mês do consumo, que é aferido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, conforme se observa abaixo:

"Art. 437-A. O prazo para recolhimento do ICMS devido pelo sujeito passivo por substituição tributária estabelecido em outro Estado e inscrito no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) será até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da saída do bem ou mercadoria com destino ao Estado do Ceará.

Parágrafo único. Excepcionalmente, nas operações interestaduais com energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre e destinadas a consumidores sediados neste Estado, o ICMS devido por substituição poderá ser recolhido até o 10.º (décimo) dia útil do mês subsequente ao do consumo. - g.n

A Assessoria Processual Tributária opinou no Parecer 129/2020 (fls.490-492v) no sentido da parcial procedência do auto de infração, especificamente quanto ao reenquadramento da multa para a prevista no art. 123, I, "d" da Lei 12.670/96. Quanto ao Decreto 32.904/2018, asseverou:

Quanto a aplicação ao caso do previsto no Dec. nº 32.904, de 20 de dezembro de 2018, que deu nova redação ao art.437-A do RICMS, consoante o previsto no art. 144 do CTN, não pode ser aplicado ao caso em tela, pois o fato gerador da autuação é de 01/2013 a 04/2017, anterior a publicação do decreto.

Este é o relatório



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

VOTO:

Nulidade

A concepção do sistema de nulidades é posta no contexto da efetividade da garantia da defesa, vale dizer, o contribuinte possa saber quais são os fatos e motivos pelos quais está sendo cobrado. Daí que o art. 41 § 2º Decreto nº 32.885/2.018 descreve que, caso ocorra emissão de auto de infração, que sejam alocados os fundamentos pelos quais o agente chegou a essa conclusão.

No mesmo sentido:

Art. 55. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

(...)

§ 3º Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa qualquer circunstância que inviabilize o direito ao contraditório e a ampla defesa do autuado.

Ao caso concreto a defesa conseguiu lançar argumentos de fato bem estruturados e direcionados aos fatos que reputou como questionáveis. Razão pela qual não se reconhece a nulidade.

Mérito

Legislação específica descreve que o fato gerador da operação interestadual de energia elétrica adquirida no mercado livre é a entrada (RICMS/97 art. 3º IX), ao tempo que se compreende o mês como ciclo de contagem da energia consumida (Lei 12.670/96 art. 48), o que provoca a necessidade de recolhimento do ICMS no 9º dia do mês seguinte ao consumo (Convênio Confaz 83/00, Cláusula Terceira).

Conforme o relato, o fato não é simples, pois, ao mesmo tempo em que a determinação do valor da operação de compra é essencial para a determinação do montante a pagar (e especificamente RICMS/97 art. 25, VII), o dado sobre o valor da operação não é totalmente gerenciável pelo contribuinte, à medida que as operações de energia elétrica são controladas nacionalmente pelo Operador Nacional do Sistema – ONS¹ e pela Câmara

¹ Que determina e autoriza às geradoras sobre a quantidade de energia que devem colocar à disposição

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, a qual registra todas as operações de compra e venda, inclusive quanto aos eventos de consumo maior ou menor que o contratado, ou oferta maior ou menor que a contratada.

E que o vendedor de energia elétrica – que é o contribuinte substituto – recebe essas informações com um prazo de nove dias úteis. São tempos que se intercalam: Nove dias úteis para saber o valor da base de cálculo (e bem assim definir o valor do ICMS a pagar) e nove dias corridos para pagar o ICMS.

Mesmo à vista dessa dificuldade operacional, devem-se buscar meios, no ordenamento jurídico, sobre a superação do problema. Isso porque as regras dos três dispositivos citados (RICMS/97 art. 3º IX, Lei 12.670/96 art. 48, Convênio Confaz 83/00, Cláusula Terceira) tema sua vigência, de sorte que o afastamento de sua aplicabilidade é matéria excepcional, nos termos do CTN, arts. 108 e 111. Especialmente no âmbito de um contencioso administrativo.

Bem assim, constou nas Informações Complementares a menção à possibilidade de emitir a nota fiscal alguns dias após o encerramento do mês:

A BTG Pactual poderia conciliar seus interesses comerciais com a norma tributária, pois é possível a emissão de um documento fiscal em um mês, com data retroativa ao mês anterior, desde que não ultrapasse 30 dias. Assim, mesmo registrando o contrato até o oitavo dia do mês de fevereiro, no exemplo em questão, poderia ela emitir o documento fiscal em fevereiro com data retroativa ao mês de janeiro. É o que diz a informação do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, na seção "perguntas Frequentes", item 3 "Modelo Operacional (48 questões), subitem "Emissão e autorização da NF-e (18 questões)", de consulta pública obtida através do link: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/perguntasFrequentes.aspx?tipoConteudo=7zEQFBPObw0=#B7kL1rP5cbU=>, conforme descreve-se em sua integralidade abaixo:

É possível emitir uma NF-e retroativa para o caso, por exemplo, de apropriação de crédito do ativo permanente de um dado mês, cujo cálculo só pode ser efetuado no início do mês seguinte, após apuração dos valores?

Atualmente o limite técnico para autorização de NF-e com data retroativa é de 30 (trinta) dias ou outro limite definido pela Unidade da Federação, a contar da data de emissão. Não havendo outros impedimentos fiscais, a empresa poderá emitir a NF-e em questão no início do mês seguinte tão logo seja possível apurar os valores a serem documentados. (grifo nosso)

A outro lado, se vê do Parecer 3195/2020 emitido pela Coordenadoria de Administração Tributária a menção a um outro modo alternativo e legal de resolver o problema:

no sistema de transmissão / distribuição.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

COORDENADORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - CATRI
CÉLULA DE CONSULTORIA E NORMAS - CECON

INTERESSADO: ABRACEEL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA

ENDEREÇO: SHS, QUADRA 6, CONJ. A, BLOCO C, SALA 1707, ED. BUSINESS CENTER TOWER – BRASIL 21, BRASÍLIA-DF, CEP 70.322-915

PROCESSO N.º 8638881/2018

(...)

7. Alguns agentes comercializadores e geradores devem conciliar seus interesses comerciais com a norma tributária vigente, visto que é possível a emissão de uma NF-e em um mês, com data retroativa ao mês anterior, desde que não ultrapasse 30 dias.

Outra forma que deveria ser utilizada pela empresa, caso não adote a emissão com data retroativa, inclusive já praticada por algumas comercializadoras e geradoras que já assumiram o erro na forma de recolhimento e retificaram todo o período pretérito, é o ajuste na própria apuração do ICMS-Substituição na EFD. O procedimento seria o seguinte, tomando como base o exemplo apresentado no item 5:

a) no mês em que a empresa emite a nota fiscal, que no exemplo é fevereiro de 2015, o débito do imposto gerado pela nota fiscal seria estornado na apuração da EFD, com a observação de que esse débito referir-se-ia ao mês de apuração de janeiro de 2015;

b) na apuração da EFD de janeiro, o ICMS-Substituição apareceria como “outros débitos”, com a observação de que a nota fiscal fora emitida em fevereiro, e a empresa faria o recolhimento normalmente até o 9.º dia de fevereiro.

Registre-se, não por acaso ocorreu uma sensibilidade do legislador cearense com a edição do Decreto nº 33.058/2019, o qual determinou a possibilidade de pagamento no mês subsequente ao consumo. A norma corrigiu um defeito, mas tem seus efeitos apenas para o período posterior à sua publicação. Como bem colocado no Parecer da Assessoria Processual Tributária, não retroage, dado que tal condição haveria de ser expressamente fixada pelo legislador.

Já quanto a multa, é bem certo que o lançamento objeto deste auto de infração refere-se somente a acréscimos moratórios, acerca do lançamento por homologação feito pelo contribuinte. Caso em que o lançamento por homologação foi revisto, sem que tenham sido alterados os dados de base de cálculo e alíquota. Vale dizer, o lançamento anterior aproveitou os dados essenciais de escrituração das operações.

Sintomaticamente, a regra utilizada para determinar o acréscimo versa sobre a aplicação de fatores de cálculo sobre “o valor originário do imposto”. Não olvidar que esse “o valor originário do imposto” é o que resulta de uma sequência de atos como registro de entrada/saída de operações em um determinado mês, conhecimento de eventos de geram créditos e débitos, para então se obter o saldo a pagar.

Dessa forma, o auto de infração limitou-se narrar o equívoco quanto a data de pagamento, apenas, sem descrever que tenha havido erro de determinação da



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

competência em que as notas fiscais foram lançadas (caso em que seria necessário inclusive reconstituir a apuração).

Nesse sentido reputamos aplicável a regra minorante de multa posta na alínea “d” do inciso I do art. 123 da Lei 12.670/96, a qual fixa a multa em 50% do valor do imposto, ao invés da regra que determina multa de 100% do valor do imposto.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso ordinário para dar-lhe provimento, tratando dos temas de: a) não reconhecimento de nulidade tendo em vista que a atuada se defende dos fatos imputados e não da capitulação legal efetuada pelo atuante e considerando que procedimento fiscal foi descrito no auto de infração, devidamente motivado e embasado em elementos de prova anexos, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa; b) em mérito, julgar **parcialmente procedente** o feito fiscal, aplicando a penalidade prevista no art. 123, I, “d”, da Lei nº 12.670/96



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

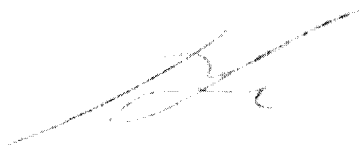
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$ 379.596,71	PERCENTUAL
MULTA	R\$ 189.798,35	50%
TOTAL	R\$ 569.395,06	

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

DECISÃO: A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e deliberar sobre as seguintes questões apresentadas pela Recorrente: **1. Com relação a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de fundamentação legal equivocada e genérica** – Foi afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que a autuada se defende dos fatos imputados e não da capitulação legal efetuada pelo autuante e considerando que procedimento fiscal foi descrito no auto de infração, devidamente motivado e embasado em elementos de prova anexos, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa. **2. No mérito**, por maioria de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve dar parcial provimento ao recurso interposto, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar **parcialmente procedente** o feito fiscal, aplicando a penalidade prevista no art. 123, I, “d”, da Lei nº 12.670/96, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro Rafael Pereira de Souza, que ficou designado para lavrar a resolução. Decisão conforme o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em desacordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, que se pronunciou pela procedência da autuação. Vencidos os Conselheiros Leilson Oliveira Cunha, relator originária e Henrique José Leal Jereissati que se manifestação pela procedência da autuação, confirmando o julgamento singular. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da Recorrente, Dr. Josef Azulay Neto. **SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos de dezembro de 2020. Resolução lida na forma da Portaria CONAT nº 158/2020, arts. 14 e 15.

29/04/2021



FRANCISCO JOSE DE OLIVEIRA
SILVA:29355966334

Assinado de forma digital por FRANCISCO JOSE DE
OLIVEIRA SILVA:29355966334
Dados: 2020.12.21 09:19:47 -03'00'

RAFAEL PEREIRA DE SOUZA

FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA

Conselheiro Relator

Presidente da Câmara