



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 073 /2022

95ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 22/12/2021

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: NC ENERGIA S/A

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4036/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 201809933

RELATOR: CONSELHEIRO HENRIQUE JOSÉ LEAL JEREISSATI

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DO RECOLHIMENTO DO ICMS ADICIONAL DESTINADO AO FECOP, NA FORMA E PRAZOS REGULAMENTARES. 1. A empresa é acusada de falta de recolhimento do adicional do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza – FECOP, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2017, relativo às operações interestaduais com energia elétrica, destinadas a consumidores situados no Estado do Ceará. 2. Infração aos artigos 1º, 2º e 5º do Decreto nº 27.317/2003 e artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 8º, do Decreto nº 31.894/2016. 3. Reexame Necessário, conhecido e improvido, para confirmar a decisão de improcedência da autuação exarada em 1ª Instância, mas por motivo diverso, qual seja, a edição superveniente do Decreto nº 32.904/2018 e ainda com base no art. 106 do CTN. 5. Decisão por unanimidade de votos, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria-Geral do Estado.

Palavra-chave: ICMS – Adicional ICMS FECOP – Falta de Recolhimento. Norma Superveniente. Improcedência.

Relatório

Consta do relato do Auto de Infração:



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ADICIONAL DO ICMS DESTINADO AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE A POBREZA – FECOP.

A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA DEIXOU DE RECOLHER O ADICIONAL DO ICMS DESTINADO AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE A POBREZA (FECOP), NO PERÍODO DE JAN/13 A DEZ /17, RELATIVO AS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ENERGIA ELÉTRICA DESTINADAS A CONSUMIDORES SITUADOS NO CEARÁ, CONFORME INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES.”

Foram apontados como dispositivos legais infringidos os artigos 1º, 2º e 5º do Decreto nº 27.317/2003 e artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 8º, do Decreto nº 31.894/2016. Como penalidade, foi sugerida a prevista no art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Nas Informações Complementares, o agente fiscal esclarece:

“A NC Energia S/A recusou-se a retificar os arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) e conseqüentemente deixou de recolher de forma espontânea os valores correspondentes ao Adicional do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate a Pobreza (FECOP) lançados neste auto de infração, nos termos da Lei Complementar nº 37/03, Decreto nº 27.317/03 (Vigência até 28/02/16), Decreto nº 31.894/16 e Instrução Normativa nº 13/16. Esta espontaneidade foi concedida durante a vigência do Mandado de Monitoramento Fiscal nº 2018.00677, por meio do Termo de Intimação nº 2018.10441.”

Em resposta ao Termo de Intimação, a empresa justifica que:

"No sentido de cumprir as orientações e determinações propostas pela Fazenda Pública Estadual e evitar qualquer espécie de embaraços, a NC Energia ao analisar a sua contabilidade e escrituração, observou que ao realizar tais retificações, da forma em que se encontra atualmente o sistema fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, iria gerar em seu conta corrente a rubrica 'FECOP a recolher' mesmo tendo recolhido efetivamente esse valor e de forma tempestiva.

Isso porque, inicialmente a NC Energia havia recolhido indevidamente a parcela devida a título de adicional ao Fundo de Combate à Pobreza (FECOP) na mesma guia de recolhimento do ICMS devido pela Requerente. É importante frisar que em momento algum a NC Energia deixou de recolher o FECOP, apenas não o fez em campo próprio, inexistindo qualquer prejuízo à Fazenda Estadual"



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Continua o auditor:

“A empresa alega que não recolheu o valor devido ao FECOP porque o havia realizado na mesma guia de recolhimento do ICMS, e que no seu entendimento, não existiu qualquer prejuízo à Fazenda Estadual. O entendimento desta equipe de fiscalização é contrário ao da empresa, e, conforme restará demonstrado nestas informações complementares, o não cumprimento correto das obrigações tributárias previstas na legislação provocou prejuízo ao erário.”

“Após análise dos documentos fiscais emitidos pela NC Energia S/A e documentos de arrecadação apresentados por ela, verificou-se que a empresa efetuou a retenção nos documentos fiscais dos valores correspondentes ao adicional de 2% do FECOP, porém não efetuou o recolhimento ao erário cearense, como determinam o Decreto nº 27.317/03 (vigência até 28/02/16) e o Decreto nº 31.894/16. Os referidos diplomas normativos detalham a forma de cálculo, apuração, recolhimento e escrituração do adicional do FECOP, e mesmo assim a empresa optou por não recolher de forma correta, descumprindo a legislação tributária.

O § 1º e o § 4º do art. 2º da Lei Complementar nº 37/03 determinam que os recursos do Fundo serão recolhidos em conta única e por meio de um documento específico. Já o § 2º do art. 2º, por autorização constitucional, veda a transferência de valores do FECOP aos municípios, ou seja, o Estado do Ceará fica desobrigado de repassar aos municípios cearenses 25% do produto de sua arrecadação, como é feito com os recursos do ICMS. Logo, se o contribuinte não recolhe especificamente ao FECOP, prejudica a Fazenda Pública Estadual, que se vê obrigada a repassar aos municípios recursos que constitucionalmente está desobrigada de repassar, e conseqüentemente prejudicando os programas que tentam melhorar a qualidade de vida do já sofrido povo cearense. Logo, a empresa não pode argumentar que não causa prejuízo ao Estado.”

Diz ainda, em outro ponto:

“Pela conduta praticada pela empresa, referente ao período fiscalizado, a empresa deixou de recolher ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECOP a importância de R\$ 6.239.520,53 (Seis milhões, duzentos e trinta e nove mil, quinhentos e vinte reais e cinquenta e três centavos). Frise-se aqui,



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

que, como o FECOP é um fundo vinculado a uma destinação específica, não há que respeitar a repartição de receitas previstas no inciso IV do artigo 158 da Constituição Federal. Dessa forma, não recolhendo o FECOP da maneira correta, a empresa fez com que o Estado do Ceará repassasse indevidamente aos municípios o montante de 25% desse valor, que corresponde a um prejuízo aos cofres do Estado no valor de R\$ 1.559.880,13 (Um milhão, quinhentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e oitenta reais e treze centavos).

A empresa não pode alegar que o Fisco simplesmente efetue o remanejamento dos valores correspondentes ao adicional do FECOP, pois existem normas específicas para cálculo, apuração e recolhimento ao Fundo. Também, não existe previsão legal para que possa ser realizado esse remanejamento proposto pela empresa, pois o Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECOP tem destinação própria e é desvinculado dos valores arrecadados a título de ICMS.”

O contribuinte apresenta defesa tempestiva argumentando:

1. Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, por ser o lançamento abusivo para cobrança do Adicional ao ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza - FECOP em relação à parcela já recolhida, correspondente a R\$ 6.239.520,53 (principal), uma vez que tais valores ingressaram efetivamente nos cofres do Estado, embora pagos por meio de guia e código de receita equivocados;
2. Caso se entenda determinar que o Contribuinte seja compelido a recolher tributo já recolhido, que seja afastada a multa de ofício imposta em razão da ausência de adequação do fato à norma, vez que a multa imposta é em razão da ausência de recolhimento do FECOP, o que não se adéqua ao presente Auto de Infração, pois, como confessa os Auditores nas informações complementares, a IMPUGNANTE RECOLHEU o FECOP, não sendo possível aplicar multa por AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO;
3. Mantendo-se a autuação, reconhecer o caráter confiscatório da multa por infração aplicada no patamar de 100%, ante o valor final alcançado pela penalidade, exonerando-a ou minorando-a, com espeque no art. 150, IV, da Constituição Federal.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

O julgador monocrático por entender que não foi demonstrada a falta de recolhimento do Adicional do ICMS destinado ao FECOP e nem houve violação à legislação tributária, em especial aos Decretos 27.317/2003 e 31.894/2016, não obstante reconheça ter ocorrido o recolhimento do FECOP junto com o ICMS Substituição Tributária devido pela empresa nas operações destinadas ao Estado do Ceará, no mesmo documento de arrecadação estadual; decide pela improcedência do lançamento, apresentando a seguinte ementa:

“EMENTA: ICMS E MULTA – AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ADICIONAL DESTINADO AO FECOP, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. Infração: art. 1, 2, 5 Dec. 27.317/2003 e art. 1, 2, 3, 4, 8, do De. 31.894/2016. Penalidade prevista art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. DEFESA TEMPESTIVA. REEXAME NECESSÁRIO, nos termos do art. 104, § 1º da Lei nº 15.614. Autuação IMPROCEDENTE.”

Em razão da interposição de Reexame Necessário, o processo foi encaminhado a Célula de Assessoria Processual Tributária que emitiu o parecer nº 23/2019, entendendo correta a autuação e sugerindo a procedência do auto de infração.

É o relatório.

Voto do Relator

O lançamento fiscal em apreço tem como motivo a acusação de que a empresa deixou de recolher o Adicional do ICMS destinado ao Fundo de Combate à Pobreza – FECOP, relativo ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2017, no montante de R\$ 6.239.520,53.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Em 1ª Instância, o julgador monocrático por entender que não foi demonstrada a falta de recolhimento do Adicional do ICMS destinado ao FECOP e que não houve violação à legislação tributária, em especial aos Decretos 27.317/2003 e 31.894/2016, não obstante reconheça ter ocorrido o recolhimento do FECOP junto com o ICMS Substituição Tributária devido pela empresa nas operações destinadas ao Estado do Ceará, no mesmo documento de arrecadação estadual; decide pela improcedência do lançamento e interpõe Reexame Necessário.

O contribuinte em sua impugnação aduz que recolheu o FECOP de forma tempestiva, mas com erro formal no código de recolhimento, ou seja, recolheu na mesma guia de recolhimento do ICMS Substituição Tributária devido pela autuada.

A legislação prevê a forma como deve ser recolhido o Adicional do ICMS destinado ao FECOP determinando sua escrituração em campo específico da Escrituração Fiscal Digital e que seja recolhido em DAE (Documento de Arrecadação Estadual) próprio com o código de receita 2020, a fim de permitir o controle dos ingressos destinados ao FECOP, já que tais valores não são partilhados com os municípios, e portanto, o recolhimento de forma incorreta acarreta prejuízo ao erário estadual.

No entanto, o Decreto nº 31.894/2016, que estabelece os procedimentos relativos ao cálculo e recolhimento do adicional do ICMS destinado ao FECOP, foi alterado pelo Decreto nº 32.904, publicado no DOE em 21 de dezembro de 2018, o qual acrescentou ao artigo 3º os parágrafos 2º e 3º: aqui transcritos:

Art. 3º

§ 2.º Caso o contribuinte tenha efetuado o recolhimento relativo ao adicional do ICMS destinado ao FECOP em um código de recolhimento diverso do previsto na legislação tributária, o Secretário da Fazenda poderá, a pedido ou de ofício, determinar a retificação do recolhimento e sua composição no montante do fundo, conforme disposto em ato do Secretário da Fazenda.

§ 3.º No caso de que trata o § 2.º deste artigo, não será considerado em mora o contribuinte que haja recolhido o valor devido do adicional do ICMS destinado ao FECOP em um código de recolhimento diverso do previsto na legislação tributária.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Examinando a documentação que instrui o presente auto de infração, verifica-se a planilha denominada “Planilha Demonstrativa de Falta de Recolhimento do FECOP” e observa-se nela que os valores do ICMS Substituição Tributária retidos nos documentos fiscais, correspondem ao ICMS ST efetivamente devido, somado ao valor do adicional FECOP não recolhido no código próprio.

Portanto, a própria legislação passou a prevê, mesmo que posteriormente, que não poderá ser considerado em mora o contribuinte que fizer o efetivo recolhimento do adicional do ICMS destinado ao FECOP, ainda em código de recolhimento diverso do indicado na legislação.

Desta forma, entendo que a referida norma acrescida à legislação (Decreto nº 32.904/2018) apenas esclareceu a possibilidade da correção pelo próprio Fisco, do recolhimento devido pelo contribuinte referente ao adicional FECOP, mas realizado em guia e código indevidos, como se deu no caso em análise, devendo assim, ser considerada como inexistente a mora do contribuinte em seu recolhimento e, conseqüentemente, qualquer conduta infracional a ele imputada.

Assim, com base no disposto no art. 106, inciso II, alíneas “a” e “b” do CTN, abaixo transcrito, entendo que se aplica retroativamente o estabelecido no Decreto nº 32.904/2018, pois deixou de considerar como infração a conduta do contribuinte apurada na autuação em apreço, tratando-se de lançamento não definitivamente julgado, já que os valores foram efetivamente recolhidos ao erário.

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;”

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento e confirmar a decisão de improcedência da autuação exarada em 1ª Instância, porém por motivo diverso, qual seja, a edição do Decreto nº 32.904/2018 e ainda com base no art. 106 do CTN.

É o voto.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Decisão

Vistos relatados e discutidos os autos onde é recorrente Célula de Julgamento de 1ª Instância e Recorrido N C ENERGIA S/A.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve **por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de improcedência da autuação exarada em 1ª Instância, mas por motivo diverso, qual seja, a edição do Decreto nº 32.904/2018 e ainda com base no art. 106 do CTN.** Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral das razões de defesa, o representante legal da autuada, Dr. George José Nascimento de Souza.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de 04 de 2022.

HENRIQUE JOSE LEAL Assinado de forma digital por
JEREISSATI:3623330736 HENRIQUE JOSE LEAL
8 JEREISSATI:36233307368
Dados: 2022.03.17 06:12:02 -03'00'

Henrique José Leal Jereissati
Conselheiro Relator

MARIA ELINEIDE SILVA Assinado de forma digital por
MARIA ELINEIDE SILVA E
E SOUZA:25954237387 SOUZA:25954237387
Dados: 2022.03.18 15:10:44 -03'00'

Francisco José de Oliveira Silva
PRESIDENTE

André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado