



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
3ª CÂMARA**

RESOLUÇÃO Nº: 80 / 2016
32ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 19.10.2016
PROCESSO DE RECURSO nº 1/747/2016
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201601293
RECORRENTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE.
RECORRIDO: CEJUL.
RELATOR: CONS. RICARDO VALENTE FILHO

EMENTA: CRÉDITO INDEVIDO, ESTORNO A MENOR EM RAZÃO DE ERRO QUANDO DA RELAÇÃO ENTRE AS RECEITAS ISENTAS/NÃO TRIBUTADAS E A RECEITA TOTAL. Não procede a decadência do crédito relativo ao mês de janeiro de 2011 com base no § 4º do art. 150 do CTN. A apuração e o lançamento do ICMS. Mês como período-base para o momento da ocorrência do fato gerador. Extinção após o último dia do mês de janeiro de 2016. Desacerto lógico e jurídico utilização em duplicidade dos valores das operações com energia elétrica para consumidor residencial baixa renda. Maior beneficiária seria a própria concessionária (o autuado). Custos não são repassados para demais classes de consumidores. A subvenção recebida do governo federal, se por um lado é uma receita financeira, por outro, é um dado econômico ligado ao valor de cada operação. Esta não pode ser fragmentada, em razão dos aspectos financeiros envolvidos de forma que parte estaria sob a égide da regra-matriz de incidência do ICMS; parte, não. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. Defesa tempestiva. PARECER DA ASSESSORIA PROCESSUAL TRIBUTÁRIA SUGERE A CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO de 1º GRAU. Procuradoria do Estado pela procedência da Ação Fiscal. POR UNANIMIDADE A CÂMARA VOTA CONFORME DECISÃO DO CONSELHEIRO RELATOR, CONHECENDO DO RECURSO, MAS NEGANDO-LHE PROVIMENTO, MANTENDO INALTERADA A DECISÃO DO 1º GRAU.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração contra a empresa COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE, cujo Relato transcreve-se a seguir:

CRÉDITO INDEVIDO CONSIDERA-SE TODO AQUELE ESCRITURADO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO OU DECORRENTE DA NÃO REALIZAÇÃO DE ESTORNO, NOS CASOS EXIGIDOS PELA LEI.

A empresa estornou créditos a menor em razão de erro no cálculo para efeito de manutenção de créditos decorrentes da relação entre as receitas isentas/não tributadas e a receita total, no exercício de 2011, conforme Informações Complementares.

As agentes do Fisco elegeram como infringidos os artigos 54, I, 60 e 67 do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123, II, "a", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Informações Complementares às fls. 03/17.

Eis o crédito tributário resultante da ação fiscal:

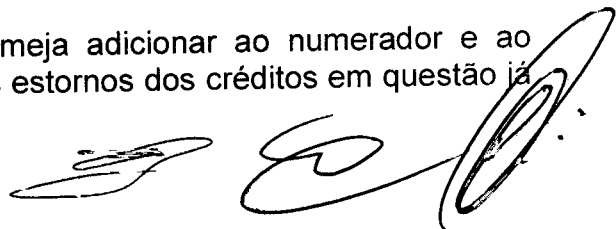
ICMS:.....	R\$ 6.381.388,92
Multa:.....	R\$ 6.381.388,92
TOTAL:.....	R\$ 12.762.777,84

A empresa autuada apresentou Impugnação às fls. 53/94.

O Julgador Singular decidiu pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal por entender que a infração está devidamente demonstrada nos termos da legislação que norteia a matéria. (fls. 122/130).

Insatisfeita com a decisão singular, a empresa autuada apresenta Recurso Ordinário alegando o seguinte: (fls. 134/179).

1. Que houve extinção de parte do suposto crédito tributário autuado pela ocorrência da decadência do direito de lançar o ICMS relativo ao período de 01.01 a 27.01.2011, nos termos do Art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.
2. Que, no mérito, o único ponto no qual reside a controvérsia entre Fiscalização e Recorrente é no que se refere aos valores lançados como descontos nas notas fiscais destinadas aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa renda que consumira, até 140 kwh.
3. Que os valores que a fiscalização almeja adicionar ao numerador e ao denominador da fórmula de cálculo dos estornos dos créditos em questão já



foram nele computados, de modo que as adições pretendidas implicam computá-los em duplicidade.

4. Que o ICMS incide sobre o consumo de energia elétrica, por isso, sua base de cálculo é o valor da operação cobrado do consumidor, donde, valores não cobrados do consumidor que constituam objeto de relação jurídica de natureza distinta, da qual o consumidor não seja parte, são estranhos à relação jurídico-tributária em questão e à composição de fórmula de cálculo de estorno de crédito do ICMS.
5. Que, se os subsídios concedidos aos consumidores de baixa renda revestem a natureza de descontos incondicionais é imperioso não incluí-los no valor da operação de fornecimento de energia elétrica a esses consumidores e, conseqüentemente, na fórmula de determinação de créditos do ICMS a serem anulados.
6. Que o fato de as subvenções recebidas pela Recorrente integrarem a sua receita bruta e, por isso, as bases de cálculo do Imposto de Renda, PIS e da COFINS, não implica computá-las na fórmula de determinação do valor do estorno dos créditos do ICMS, pois as definições legais das bases de cálculo daqueles tributos federais são diferentes da definição da base de cálculo deste imposto estadual.
7. Que é ilegítimo calcular juros de mora sobre multa de lançamento de ofício desde a data do vencimento do imposto.
8. Que a penalidade imposta à Recorrente não se coaduna com a própria descrição da infração que lhe foi imputada.
9. Que a multa equivalente a 100% do valor do tributo é de natureza confiscatória.

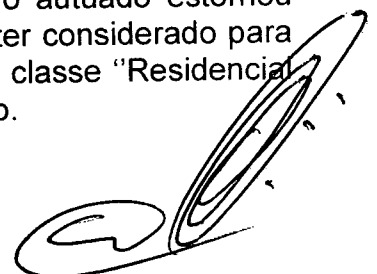

Por sua vez a Assessoria Processual Tributária entendeu em suas razões que o caso não se tratava de aplicação do Art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional o que acabou por divergir do entendimento deste julgador.

A Procuradoria do Estado adotou o entendimento da Assessoria Processual Tributária.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

A situação concreta do auto de infração é de que o autuado estornou crédito do ICMS em valor menor do que o devido em razão de não ter considerado para efeito do cálculo as saídas de energia elétrica para consumidores da classe "Residência de Baixa Renda", custeada pelo governo federal a título de subvenção.



O referido auto de infração não comporta reparo.

No meu entendimento não procede a decadência do crédito relativo ao mês de janeiro de 2011 com base no § 4º do art. 150 do CTN.

Trata o dispositivo da extinção do crédito, nas condições em que prescreve, após cinco anos contados do fato gerador, que, no caso concreto, não pode ser considerado extinto senão após o último dia do mês de janeiro de 2016, que é quando efetivamente se perfaz o período para a extinção.

O caput do art. 47 da Lei nº 12.670/96. In verbis:

Art. 47. O mês será o período considerado para efeito de apuração e lançamento do ICMS, com base na escrituração em conta gráfica.

Segundo o dispositivo supramencionado, apuração e o lançamento do ICMS (como é no caso concreto) têm o mês como período-base para o momento da ocorrência do fato gerador.

Os fatos geradores de todas as operações ou prestações havidas são reunidos no último dia de cada mês a partir do que são feitos a apuração e o lançamento com base na escrituração em conta gráfica.

Considerando que a lavratura no auto de infração ocorreu em 28/01/2016, afastada restou a extinção do crédito do mês de janeiro de 2011.

Antes de adentrar ao mérito do auto de infração, devemos observar, de imediato, à leitura do art. 54, I da Lei nº 12.670/96;

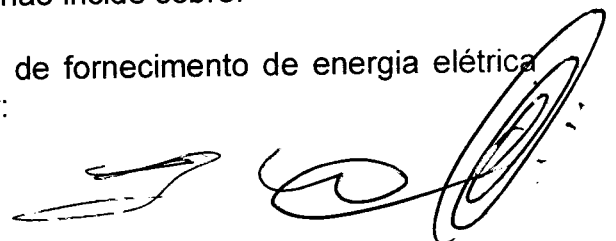
Art. 54. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

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

Importante ainda a leitura do Art. 4º, XVI, "a", "b" e "c", do RICMS, Dec. nº 24.569/97. Verbis:

Art. 4º - O ICMS não incide sobre:

XVI - operações de fornecimento de energia elétrica para consumidor:



c) enquadrado na classe "Residencial Baixa Renda", com consumo mensal de 51 a 140kwh, na forma e condições definidas pelo órgão federal regulador das operações em energia elétrica.

Após as leituras combinadas dos dispositivos expostos, forçoso concluir que se o autuado adquiriu a mercadoria energia elétrica e parte das saídas se deu sem a incidência do ICMS, de fato, haveria de fazer o estorno na mesma proporção da não incidência.

Desta feita, não me parece ter qualquer acerto lógico e jurídico a alegação da utilização em duplicidade dos valores das operações com energia elétrica para consumidor residencial baixa renda no cálculo do coeficiente para efeito do estorno do crédito fiscal.

O desacerto lógico reside no fato de que, em último caso, a maior beneficiária do modelo tarifário do setor elétrico seria a própria concessionária (o autuado), que estaria sendo remunerada duplamente pelas operações; uma vez, por conta do rateio dos custos entre os consumidores das demais classes; outra, por meio da subvenção do governo federal.

Os integrantes das demais classes, por sua vez, seriam os maiores prejudicados.

Este absurdo na realidade não acontece.

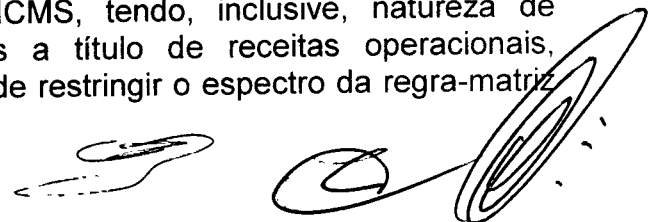
O desacerto jurídico pode ser visto a partir do que ficou exposto ao longo das informações prestadas pelos agentes fiscais com base na legislação de regência.

Não tenho dúvida que os custos relativos à aquisição de energia elétrica e a contratação de capacidade de geração e potência são rateados entre todas as classes consumidoras, proporcionalmente ao consumo individual, mediante adicional tarifário específico, que, no entanto, estão excluídos do custo último (contratação de capacidade de geração e potência) os consumidores da classe residencial baixa renda, sendo custeados pelo Governo Federal na forma de subvenção.

A legislação, logicamente, não poderia corroborar com o absurdo anunciado.

Está claro que os custos relativos à contratação de capacidade de geração e potência, não aplicados aos consumidores da classe residencial baixa renda, não são repassados às demais classes de consumidores, mas ao Governo Federal que, por sua vez, reembolsa a concessionária em forma de subvenção.

As outras alegações do autuado no sentido de que os recebimentos da subvenção não refletem relação tributária do ICMS, tendo, inclusive, natureza de descontos incondicionais, e que são recebidos a título de receitas operacionais, claramente refletem, num plano amplo, tentativas de restringir o espectro da regra-matriz



de incidência do imposto estadual.

Transparece que o autuado pretende limitar o alcance da regra-matriz de incidência do ICMS a custa de lei que tratou de questões do setor elétrico do país, mas que, rigorosamente, não tratou da matéria discutida no auto de infração e nem muito menos seguiu o previsto no plano constitucional em matéria do ICMS.

Devo dizer que a regra-matriz de incidência do ICMS tem como elemento identificado do imposto uma realidade econômica manifesta no valor de cada operação ou prestação ali contemplada e não o aferimento ou recebimento da receita em cada transação.

A subvenção recebida do governo federal, se por um lado é uma receita financeira, por outro, é um dado econômico ligado ao valor de cada operação.

Nessa condição, é, juntamente com o valor assumido pelos consumidores de classe residência baixa renda, manifestação econômica da operação em cada caso para os efeitos da regra-matriz de incidência do ICMS.

Esse tipo de operação não pode ser fragmentada em razão dos aspectos financeiros envolvidos, como parece ser o objetivo do impugnante, de forma que a parte estaria sob a égide da regra-matriz de incidência do ICMS; parte, não.

Concluo que o valor correspondente à subvenção recebido do governo federal não escapa ao espectro da regra-matriz de incidência do ICMS e, nessa condição, deve fazer parte do cálculo do coeficiente para efeito do estorno do crédito fiscal.

Em relação à legitimidade ou não do cômputo de juros de mora sobre o valor da multa a partir da data de vencimento da obrigação, a meu ver não se trata de questão que tenha relação direta com as situações que dão causa à lavratura de autos de infração.

Quanto a alegação de um eventual caráter confiscatório da multa, fica evidente que a questão é de natureza constitucional e, como tal, impossível de exame por esta instância administrativa.

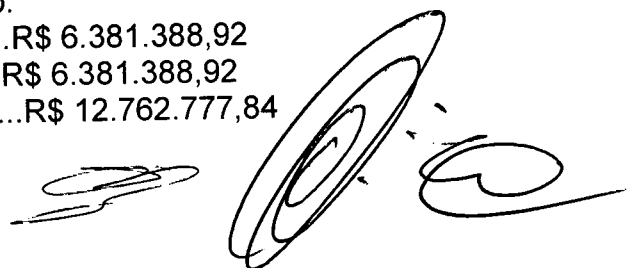
Em nosso sistema jurídico o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário.

O fato de que a atividade do lançamento tributário é vinculada e obrigatória donde não pode o agente fiscal deixar de aplicar a lei por entender ser a mesma – ou mesmo alguns de seus preceitos – ilegal ou inconstitucional.

Logo que não comporta reparo o auto de infração, sendo aplicada no caso a penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, concomitante ao lançamento do imposto devido.

Eis o demonstrativo do crédito:

ICMS:.....	R\$ 6.381.388,92
Multa:.....	R\$ 6.381.388,92
TOTAL:.....	R\$ 12.762.777,84



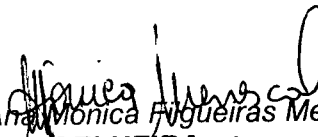
Diante de todo o exposto, adotando fielmente as razões apresentadas pelo julgador do 1º Grau, firme de meu convencimento, concluo meu voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário negando-lhe provimento, mantendo inalterada a Decisão exarada pela primeira instância administrativa, qual seja, pela PROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL.


DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/0747/2016 – Auto de Infração: 1/201601293. Recorrente: COMPANHIA ENERGETICA DO CEARÁ - COELCE. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relator: Conselheiro RICARDO VALENTE FILHO. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário interposto, decidindo, em relação aos pedidos nele formulados: **1. Com relação à preliminar de decadência, arguida em grau de recurso, referente ao direito de lançar o ICMS, do período de 01-01 a 27-01-2011**, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN – Por unanimidade de votos, a 3ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, afasta a Decadência reclamada. Os Conselheiros Ricardo Ferreira Valente Filho (relator originário), Ana Mônica Figueiras Menescal e Osvaldo Alves Dantas, foram contrários a decadência, por entenderem que o ICMS é apuração mensal, e o recolhimento do referido tributo, seria devido no mês de fevereiro de 2011. Os Conselheiros Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto e Michel André Bezerra Lima Gradvolhl, se pronunciaram contrários a decadência, por motivação diferente, com base no que dispõe o art. 173, I, do CTN. **2. No mérito**, também por unanimidade de votos, resolve, negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente, para proceder sustentação oral da razões dos recursos, a representante legal da recorrente, Dra. Mônica Pereira Coelho de Vasconcelos.

Sala das Sessões da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, na data de 21 de NOVEMBRO de 2016.

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Presidente


Ana Mônica Figueiras Menescal
CONSELHEIRA



Michel André Bezerra L. Gradvolhl
CONSELHEIRO


Teresa Helena Carvalho R. Porto
CONSELHEIRA


Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO RELATOR


Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO


Osvaldo Alves Dantas
CONSELHEIRO


André Gustavo Carneiro Pereira
Procurador do Estado
Em: 21/11/16