



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 076/2016

22ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 13/09/2016

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/467/2015 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2/201501046

RECORRENTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. RODRIGO PÓRTELA OLIVEIRA

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – ENERGIA ELÉTRICA – ESTORNO A MENOR DO QUE O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO

1. O contribuinte foi autuado por não ter estornado crédito de ICMS decorrente de operações de saída de energia isentas e/ou não tributadas, referente a classe de Consumo Residencial Baixa Renda (consumo entre 141 e 220 kWh).

2. Preliminarmente, a Recorrente alegou decadência do período de 01.01.2010 a 29.01.2010, com base no art. 150, §4º do CTN, por ter a energia elétrica fato gerador o consumo diário. O Contribuinte foi intimado da autuação no dia 30.01.2015. Decadência afastada em razão de se tratar de crédito indevido apurado através de conta gráfica, onde o fisco somente recebeu declaração para homologação no mês de fevereiro, portanto, posteriormente a ciência do contribuinte da lavratura do AI.

3. Quanto ao mérito, restou comprovada a infração uma vez que a Recorrente não estornou crédito na forma prevista no art. 66, I, do RICMS, em se tratando de saída isenta ou não tributada, onde deve o contribuinte obrigatoriamente realizar o estorno.

4. Em relação ao argumento de que a multa aplicada tem efeito confiscatório, conforme art. 48, §2º da Lei n.º 15.614/2014, trata-se de matéria constitucional sendo o presente órgão incompetente para a análise do mérito.

5. Em relação a não incidência de juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde a data de vencimento da obrigação principal, a câmara afastou por entender que o Auto de Infração trata de valores históricos que não estão sendo aplicados no momento. Além disso, a Lei n.º 12.670/1996, em seu artigo n.º 62 prevê a aplicabilidade do juros de mora ao presente caso.

6. Por fim, a Recorrente pede que seja aplicada a multa prevista no art. 123, I, d, da Lei n.º 12.670/96, devido ter declarado todas suas obrigações ao fisco entende que deveria ter sido autuada por falta de recolhimento do imposto e não a penalidade do art. 123, II, a, da Lei n.º 12.670/96, que trata a respeito do crédito indevido. Todavia, deve ser mantida a penalidade inserta no auto de infração, por ser a penalidade específica ao presente caso.

7. Recurso Ordinário conhecido e improvido, para manter a decisão de 1ª instância de procedência da presente ação. Decisão em consonância com o entendimento do representante da Doutra Procuradoria Geral do Estado.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

01 - RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que a **COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE** teria estornado crédito a menor em razão de erro no cálculo para efeito de manutenção de créditos da relação entre as receitas isentas/não tributadas, no exercício de 2010, com a cobrança de imposto no valor de R\$ 4.537.856,58 e multa no valor de R\$ 4.537.856,58, com o seguinte relato da infração:

“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. A EMPRESA ESTORNOU CRÉDITOS A MENOR EM RAZÃO DE ERRO NO CÁLCULO PARA EFEITO DE MANUTENÇÃO DE CRÉDITOS DECORRENTE DA RELAÇÃO ENTRE AS RECEITAS ISENTAS/NÃO TRIBUTADAS E A REC TOTAL, NO EXERCÍCIO DE 2010, CONF INF COMPLEMENTARES.”

Desta forma, o Auto de infração teve como objetivo levantar e lançar ICMS não estornado decorrente de operações de saída de energia isentas e/ou não tributadas, referente a classe de Consumo Residencial Baixa Renda (consumo entre 141 e 220 kWh), entendendo os Ilmos. Fiscais Autuantes que houve erro no Cálculo do estorno de ICMS no exercício de 2010.

A infração teve como fundamento o Artigo 54, inc. I da lei n.º 12.670/96, e 139, Artigos n.ºs 60 e 66 do Decreto n.º 24.569/97, e multa aplicada a prevista no art. 123, II, A da Lei n.º 12.670/96.

A Autuada impugnou o feito tempestivamente (fls. 48 e 88), onde argumenta, em síntese, que:

- a) Requer a extinção de parte do crédito pela decadência, no que se refere ao período de 01.01.2010 a 29.01.2010, nos termos do art. 150, §4º do CTN;
- b) Não existe discordância entre o contribuinte e o fisco quanto a necessidade de estornar dos livros fiscais os créditos do ICMS proporcionais à energia elétrica fornecida com isenção do imposto;
- c) A legislação tributária não descreve de maneira precisa e detalhada como calcular o valor a ser estornado em alguns casos, como no caso da matéria-prima tributada se integra a diferentes produtos, cada um



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

deles vendido a preço distinto, uns isentos, outros não, ou, como ocorre no presente caso, em que uma mercadoria é adquirida, parte com lançamento do imposto e parte sem lançamento, e revendida a diferentes preços, sendo algumas dessas operações isentas do imposto e outras não;

- d) Que a fiscalização adicionou ao numerador e ao denominador da fórmula de estorno dos créditos em questão já foram neles computados, de modo que as adições realizadas implicam em duplicidade;
- e) O ICMS incide sobre o consumo de Energia Elétrica. Por isso, sua base de cálculo é o valor da operação cobrada do consumidor;
- f) Valores não cobrados ao consumidor, decorrentes de relações jurídicas dos quais ele não é parte, não pode constituir a base de cálculo;
- g) Os subsídios concedidos aos consumidores baixa renda revestem a natureza de descontos incondicionais e não se pode incluí-los na forma de determinação de créditos a serem anulados;
- h) O fato dos referidos valores integrarem a base de cálculo do IRPJ, PIS e COFINS se explica por serem esses tributos diferentes da definição legal da base de cálculo do ICMS;
- i) Que é ilegítimo computar juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde a data de vencimento da obrigação principal;
- j) Que a multa de ofício de 100% é confiscatória;

O lançamento tributário foi julgado procedente na 1ª Instância Administrativa, afastando a decadência alegada com base no art. 173, I do CTN; mantendo totalmente a autuação no mérito; e afastando, ainda, o argumento de inconstitucionalidade da multa aplicada.

Intimada da decisão de 1º grau, a Autuada interpôs recurso ordinário, onde reitera as razões já relatadas na impugnação apresentada anteriormente.

A Consultoria Tributária, através do parecer de n.º 40/2016, manifestou-se pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, a fim de que seja confirmada a decisão proferida na instância singular que foi pela procedência da ação fiscal. R

Encaminhado os autos a douta Procuradoria do Estado, esta adotou o parecer da assessoria tributária, conforme fls. 195 do processo.

É o relatório.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

02 - VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de infração que teve como fundamento o não estornou do crédito de ICMS decorrente de operações de saída de energia isentas e/ou não tributadas, referente a classe de Consumo Residencial Baixa Renda (consumo entre 141 e 220 kWh), no valor de R\$ 4.537.856,58, pela Autuada.

Em sua defesa a Recorrente alega que o crédito no período de 01.01.2010 a 29.01.2010 está extinto pela decadência com base no §4º do Art. 150 do CTN, uma vez que o ICMS, segundo ela, sobre *"a comercialização de energia elétrica tem como o elemento temporal o momento em que a energia elétrica é consumida, ou seja, a situação de fato que produz efeitos instantâneos..."*

Ocorre que, em que pese entender que ao presente caso aplica-se o §4º do Art. 150 do CTN, trata-se de lançamento por homologação onde, ocorrido o fato gerador, o contribuinte apura o imposto e declara ao fisco para que este tome ciência do nascimento da obrigação tributária.

E para que inicie a contagem do prazo quinquenal é necessária a apresentação da declaração, obrigação do contribuinte por se tratar de crédito indevido apurado em conta gráfica, tendo o fisco tomado ciência, em 2010, no 15º dia do mês subsequente.

Tendo em vista que a Recorrente foi intimada da autuação no dia 30.01.2015, não é o caso de alcance da decadência e extinção do crédito tributário no período alegado.

Quanto ao mérito, não merece reparo a decisão de primeira instância e o Parecer da Consultoria Tributária. Razão pela qual pede vênias para copiar as razões do Parecer da Consultoria por entender acertados os seus fundamentos:

"Quanto ao mérito, o único ponto no qual reside controvérsia entre a Fiscalização e a Recorrente é no que se refere aos valores dos subsídios destinados aos consumidores de Baixa Renda que consumiram até 140Kwh."



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Sendo assim, cabe trazer à colação o disciplinado no Art. 4º do Decreto nº 24.569/97, in 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 com energia elétrica.

Ante tal previsão legal, a empresa deveria ter observado o que determina o Art. 66 do citado Decreto que assim dispõe:

Art. 66 – Salvo disposição da legislação em contrário, o sujeito passivo deverá 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.

Em razão da empresa não ter observado tal comando legal, foi lavrado o presente auto de infração.

Nas informações Complementares os Autuantes esclarecem que a classe de consumo Residencial Baixa Renda surgiu da vontade do poder público de exercer uma política tarifaria equânime, levando em consideração as condições sócio-econômicas dos consumidores residenciais com baixo poder aquisitivo.

Ao Autuantes aduzem, ainda, que o valor da fatura de energia dos consumidores com consumo médio de até 140KWh tem parte subsidiada pelo Governo Federal e esses consumidores não sofrem tributação do ICMS no Estado do Ceará por se enquadrarem no campo da não incidência prevista no Art. 4º, inciso XVI, alínea “c”, alhures transcrito.

A COELCE, por seu turno, não incluiu esta parte da receita subsidiada em seu faturamento e, conseqüentemente, não efetuou o estorno de crédito de energia relativo a esta parte de receita não tributada.

Assim, a parte da receita subsidiada que está no campo da Não – Incidência (aqueles com consumo até 140KWh), deve ser considerada para efeitos de estorno do ICMS decorrentes das estradas da energia para fins de cumprimento do estatuído no inciso I do Art. 66 do decreto nº 24.569/97.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Portanto, a parcela da receita do fornecimento de energia dos consumidores da classe Residencial Baixa renda com consumo até 140KWh, quer seja bancada financeiramente diretamente pelos consumidores, quer seja bancada financeiramente pelo Governo Federal em forma de subsídio, por se enquadrar na legislação do ICMS do Estado do Ceará como receita não tributada, deverá compor o cálculo do estorno de créditos decorrentes de entrada de energia, conforme estabelece a legislação tributária vigente."

Razão pela qual, no mérito, não merece reparo a autuação.

Outro ponto levantado pela Recorrente, é o fato de que a multa aplicada tem efeito confiscatório, todavia, não compete as autoridades julgadoras afastar a aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme art. 48, §2º da Lei n.º 15.614/2014, a saber:

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art. 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

- I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;
- II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;
- III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal.

Desta forma, em razão da incompetência do presente órgão julgador para a análise em comento, afasta-se o presente argumento.

Outro ponto alegado pela recorrente, é o de que não deve incidir juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde a data de vencimento da obrigação principal. M

Todavia, a Lei n.º 12.670/1996, em seu artigo n.º 62 prevê a aplicabilidade do juros de mora ao presente caso, uma vez que os débitos fiscais do ICMS quando não pagos no seu vencimento, serão acrescidos de juros de mora. J



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

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 e as multas incidirão a partir do primeiro dia após o vencimento do débito.

§ 2º - O percentual de juros de mora relativo ao mês, ou sua fração, em que o pagamento estiver sendo efetuado será de 1% (um por cento).

§ 3º - O disposto no § 2º aplica-se, inclusive, às hipóteses de pagamento parcelado.

§ 4º - Para efeito da aplicação dos juros de mora previstos no caput, a SEFAZ utilizará a taxa divulgada pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º - O crédito tributário, inclusive o decorrente de multas, terá o seu valor atualizado, exceto quando garantido pelo depósito do seu montante integral.

Além disso, a incidência de juros não constitui objeto da presente controvérsia, uma vez que o lançamento em questão não faz tal exigência, tendo sido realizado com base em valores históricos.

Desta forma, a aplicação de acréscimos ao lançamento ocorre à parte do processo, de forma automatizada e segundo critérios estabelecidos na legislação estadual, cuja validade não pode ser afastada por este órgão de julgamento administrativo.

Por fim, a Recorrente pede que seja aplicada a multa prevista no art. 123, I, d, da Lei n.º 12.670/96, devido ter declarado todas suas obrigações ao fisco entende que deveria ter sido autuada por falta de recolhimento do imposto e não a penalidade do art. 123, II, a, da Lei n.º 12.670/96, que trata a respeito do crédito indevido.

Ocorre que a acusação trata de crédito indevido, decorrente de estorno a menor que o exigido na legislação, e a penalidade sugerida pela Recorrente só é cabível na hipótese de autuação por falta de recolhimento, e além disso, somente quando o imposto a recolher estiver corretamente escriturado e tenha havido apenas o atraso no seu recolhimento, conforme dispõe a própria alínea "d" do dispositivo invocado e, também, o § 1º, inciso I, do Art. 42, do decreto 25.468/99.

Portanto, não resta dúvida quanto a procedência da presente ação fiscal pelas razões expostas.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Diante do acima exposto, VOTO para que se conheça o Recurso Voluntário, para negar-lhe provimento, para confirmar a decisão CONDENATÓRIA exarada em 1ª Instância, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária.

É como VOTO.

Demonstrativo do Crédito (R\$)

| Base de Cálculo | |
|-----------------|---------------------|
| ICMS | 4.537.856,58 |
| Multa | 4.537.856,58 |
| TOTAL | 9.075.713,16 |

03 - DECISÃO

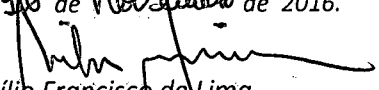
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente a **COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE** e recorrida a Célula de Julgamento da 1ª Instância: “Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e em referência às questões suscitadas pela recorrente, tomar as seguintes deliberações: **1** - Quanto à argüição de decadência relativamente ao período de 01 a 29 de janeiro de 2010, afastar por unanimidade de votos, sob o entendimento de que, não obstante seja aplicável na espécie o disposto no artigo 150, §4º do CTN, não se operou no caso em questão a decadência alegada, uma vez que a homologação a que se refere o citado dispositivo do CTN, quando se trata de ICMS, engloba períodos de apuração mensais. Ocorre que, a lavratura do auto de infração ocorreu no dia 30.01.2015, antes, portanto, de encerrar-se o quinquênio decadencial relativo ao mês de janeiro de 2010; **2** - Quanto ao argumento relativo à inconstitucionalidade da penalidade aplicada, o pleito foi rejeitado por unanimidade de votos, por entenderem os Senhores Conselheiros tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciário, não sendo competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas; **3** - Em referência ao pedido pela aplicação de juros sobre a penalidade somente a partir da lavratura do auto de infração, foi afastada por unanimidade de votos, considerando que a incidência de juros não constitui objeto da presente controvérsia, uma vez que o lançamento em questão não faz tal exigência, tendo sido realizado com base em valores históricos. A aplicação de acréscimos ao lançamento ocorre à parte do processo, de forma automatizada e segundo critérios estabelecidos na legislação estadual, cuja validade não pode ser afastada por este órgão de julgamento administrativo; **4** - Em relação ao pedido pela aplicação de penalidade mais branda, prevista no artigo 123, I, “d”, da Lei nº 12.670/96, foi indeferido, sob o entendimento de que o reenquadramento requerido só

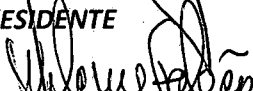


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

é cabível na hipótese de autuação por falta de recolhimento, e além disso, somente quando o imposto a recolher estiver corretamente escriturado e tenha havido apenas o atraso no seu recolhimento, conforme dispõe a própria alínea "d" do dispositivo invocado e, também, o § 1º, inciso I, do Art. 42, do decreto 25.468/99. A acusação, por outro lado, versa é sobre crédito indevido, decorrente de estorno realizado a menor que o exigido pela legislação; 5. **No mérito**, também por unanimidade de votos, resolvem negar provimento ao Recurso interposto, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** exarada em 1ª Instância, tudo 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 sustentação oral o representante legal da Recorrente, Dra. Mônica Vasconcelos."


SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, em 30 de Novembro de 2016.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE



José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Alice Gontim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Diogo Moraes Almeida Vilar
CONSELHEIRO