



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº. 188/2019

62ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 19 DE SETEMBRO DE 2019 – 13h 30 min.

PROCESSO DE RECURSO nº 1/1094/2017

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201701567

RECORRENTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

INSCRIÇÃO ESTADUAL: 06.105848-3

CONSELHEIRA RELATORA: IVETE MAURÍCIO DE LIMA

EMENTA: ICMS – Crédito indevido de ICMS em decorrência da não-realização de estorno, por erro no cálculo para efeito de manutenção de créditos decorrentes da relação entre as receitas isentas/não tributadas e a receita total no exercício 2012. Decisão de Primeira Instância PROCEDENTE. Infração aos artigos infração ao art. 54, inciso I da Lei nº 12.670/96 c/c art. 60 e 66 do Decreto nº 24.569/97. Recurso Ordinário Conhecido e Provido, por unanimidade de votos, para declarar nula a decisão singular tendo em vista que questão de mérito abordada na impugnação não foi apreciada, e determinar o retorno do processo à 1ª Instância para que se proceda a novo julgamento.

PALAVRAS CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO – ESTORNO PROPORCIONAL– SAÍDAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS - ENERGIA ELÉTRICA - CONSUMO RESIDENCIAL DE BAIXA RENDA – MERCADO DE CURTO PRAZO – NULIDADE DA DECISÃO - RETORNO À PRIMEIRA INSTÂNCIA

RELATÓRIO:

Versa a peça basilar que o sujeito passivo se creditou indevidamente de ICMS em decorrência da não-realização de estorno, por erro no cálculo para efeito de manutenção de créditos decorrentes da relação entre as receitas isentas/não tributadas e a receita total no exercício 2012.

Complementarmente, o agente fiscal esclarece que ao efetuar o estorno parcial dos créditos por aquisição de energia elétrica para comercialização com vistas ao cumprimento do art. 66, I, do Decreto nº 24.569/97, o contribuinte procedeu em desacordo com a norma aplicável, resultando na manutenção de crédito indevido de ICMS no valor de R\$ 12.207.498,96 (Doze milhões, duzentos e sete mil, quatrocentos e noventa e oito reais e noventa e seis centavos).

Segundo a autoridade lançadora, tal fato infringiu o artigo 54, I, da Lei nº 12.670/96, art. 60 e 66 do Decreto nº. 24.569/97, o que gerou a aplicação da penalidade prevista no art. 123, II, “a”, da Lei nº. 12.670/96, alterada pela Lei nº.

13.418/03, que estabelece a multa de 1 (uma) vez o valor imposto creditado indevidamente.

Descreve o arcabouço legal que embasa a autuação e a metodologia aplicada no levantamento fiscal, que teve como base, o recebimento de subvenção federal destinada à subclasse “Residencial Baixa Renda” e as saídas de energia relativas às liquidações no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que foram acrescidas às operações de saídas isentas/não tributadas, em conformidade com o art. 66, I do Decreto nº 24.569/97.

Expõe que ao analisar a planilha apresentada pela COELCE em resposta ao Termo de Intimação nº 2016.07770, constatou que a empresa não computou nas saídas isentas/não tributadas tais operações (subvenção e CCEE), sendo necessário proceder aos devidos ajustes, conforme demonstrado na Planilha 02 (Arquivo 01) – Apuração da Nova Receita de Energia.

Faz suas considerações acerca da classe de consumo Residencial de Baixa Renda, concluindo em síntese que, essa parcela de receita, quer seja bancada pelos consumidores, quer seja bancada por subsídio do governo federal, 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 dispõe a legislação tributária vigente.

Procede da mesma forma em relação às saídas realizadas no Mercado de Curto Prazo, demonstrando minuciosamente a sua operacionalização e a legislação que trata da matéria. Sobre esse ponto, conclui que em caso de situação credora, a saída de energia destinada ao mercado ocorre sem tributação, cuja liquidação financeira se dá na CCEE, sendo registrada contabilmente como receita, mas não consideradas para fins de estorno de crédito de ICMS.

Explica detalhadamente como procedeu os ajustes para identificar os valores de receitas tributadas e não tributadas e chegar ao cálculo do estorno demonstrado na Planilha 01 – Arquivo 01 – letra I, identificando um crédito mantido indevidamente no valor de R\$ 12.207.498,96.

Observa que a partir de maio de 2015, a COELCE passou a considerar como receita não tributada a subvenção baixa renda.

Destaca as Resoluções nº 76/2016 e nº 80/2016 (3ª e 4ª Câmara), nos julgamentos do AI nº 2015.01046 e 2016.01293, decidiu pela PROCEDÊNCIA.

Na Primeira Instância, a autoridade julgadora afasta a preliminar de decadência aclamada pela impugnante no período de janeiro de 2012, pois não houve declaração e nem pagamento no período de apuração, conforme Súmula 555 do STJ.

Sobre a redução da multa, diz que o ato de lançamento é vinculado, destacando o art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014, que estabelece não ter o julgador administrativo competência para afastar a aplicação da norma sob o fundamento da inconstitucionalidade.

Denega o pedido de perícia por entender que os fatos imputados na inicial estão provados e as provas são inequívocas e ainda que não observa pertinência dos quesitos formulados com os fatos narrados.

No mérito, sobre os valores lançados a título de SUBSÍDIOS destinados a consumidores que consomem até 140 Kwh (baixa renda), a legislação do ICMS do Estado do Ceará enquadra no campo da NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS, portanto, deve compor a receita isenta e/ou não tributada, para fins de cálculo do percentual de estorno de ICMS decorrente dos créditos de entrada da energia elétrica.

Destaca a Resolução nº 076/2016 da 4ª Câmara e de nº 80/2016 da 3ª Câmara, que são paradigmas ao seu entendimento.

Julga válida e eficaz a ação fiscal em todos os seus termos, pois configurada está a infração ao art. 54, inciso I da Lei nº 12.670/96 c/c art. 60 e 66 do Decreto nº 24.569/97.

O sujeito passivo no Recurso Ordinário (fls. 163/214), após sintetizar os fatos da autuação e da decisão recorrida, questiona a decisão singular sob os seguintes fundamentos:

1. PRELIMINAR – Decadência do crédito tributário em relação ao mês de janeiro de 2012, conforme regra básica delimitadora da competência da função pública, inscrita no § 4º do art. 150 do CTN, aplicável ao ICMS, tributo sujeito ao lançamento por homologação;
2. Reclama que o julgamento de Primeira Instância deixou de apreciar os argumentos do item 4 e subitens da IMPUGNAÇÃO, não tecendo uma linha sequer e ainda indeferindo o pedido de prova pericial exatamente em relação às operações do Mercado de Curto Prazo, uma clara ofensa ao direito de petição, ao princípio do duplo grau de jurisdição e às garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa;
3. MÉRITO – defende que os subsídios concedidos aos consumidores de baixa renda se revestem da natureza de descontos incondicionais, não devendo ser incluídos na fórmula da determinação de crédito de ICMS a serem anulados;
4. As autoridades fiscais concluíram que toda a energia vendida teria sido adquirida internamente, entretanto, houve aquisição de usinas geradoras estabelecidas fora do Estado do Ceará, que não foram tributadas pelo ICMS, conseqüentemente não há que se falar em estorno de crédito;
5. Protesta pela realização de diligência para produção de provas que se fizerem necessárias, conforme os quesitos formulados às fls. 203, 204, indicando o assistente técnico para acompanhar os trabalhos periciais;
6. Entende que é ilegítimo cobrar juros de mora sobre multa de lançamento de ofício, ainda mais desde a data de vencimento do imposto;
7. Afirma que a multa de 100% é confiscatória e inconstitucional;

No Parecer nº 203/2019 (fls. 220/225), a Assessoria Processual Tributária ratifica os fundamentos do julgador de Primeira Instância para afastar a decadência suscitada (janeiro/2012), por entender como cabível a regra do art. 173, I do CTN.

No tocante ao pedido de NULIDADE do julgamento de Primeira Instância, por falta de apreciação de questão de mérito suscitada pela impugnante, sugere não acatá-la, pois a seu ver, a decisão proferida está motivada com fundamentos teóricos e legais. Opina pelo indeferimento do pedido de perícia, visto que considera irrelevante para a determinação do cálculo da proporcionalidade do estorno do crédito, que tem como base as operações de saídas. Conclui que resta comprovada a infração ao art. 66, I do Decreto nº 24.569/97, devendo ser aplicada a penalidade indica na peça inicial.

É o RELATÓRIO.

VOTO DA RELATORA:

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado pelo sujeito passivo contra decisão de PROCEDÊNCIA da acusação fiscal proferida em 1ª Instância.

Em síntese, a denúncia fiscal reclama que em razão de não ter o contribuinte incluído na parcela das saídas isentas e não tributadas, as operações destinadas à subclasse Residencial Baixa Renda e às liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE, manteve indevidamente crédito de ICMS no exercício 2012.

O auto de infração em tela compreende o período de janeiro a dezembro de 2012, tendo sido lavrado em 30/01/2017 e cientificado pessoalmente o sujeito passivo no dia 31/01/2017.

A Recorrente requer a extinção do crédito tributário do mês de janeiro de 2012, de acordo com o artigo 150, do Código Tributário Nacional, pedido não acolhido na Primeira Instância, sob o fundamento de que não houve por parte do contribuinte a declaração de débito, sendo pertinente, portanto, a regra do art. 173 do CTN.

Outrossim, não há dúvidas de que, no presente caso, coube ao sujeito passivo declarar a autoridade administrativa as operações tributáveis, calcular o montante devido e antecipar o seu pagamento sem prévio exame do Fisco, que poderá ou não, homologar esses procedimentos no prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN.

Ocorre que, sendo o ICMS um imposto cujo lançamento se dá por homologação, cabendo ao contribuinte fornecer ao Fisco todos os elementos componentes da obrigação tributária e ainda realizar o pagamento antecipado, em cada mês de apuração, interpreta-se que somente com a entrega da declaração constitutiva do crédito tributário pelo contribuinte é que o Fisco poderá verificar a retidão do cálculo e ainda do pagamento por ele antecipado.

Também se interpreta que a apropriação e utilização dos créditos de ICMS, ainda que indevidos, está no contexto do *pagamento antecipado* condicionado a ulterior homologação pelo Fisco de que trata o artigo 150, §1º, do Código Tributário Nacional. Logo, o prazo decadencial à glosa desses créditos indevidos deve ser disciplinado pelo §4º do mesmo dispositivo.

Entretanto, cabe um breve aparte, pois apesar da regra estabelecida no artigo 150, § 4º do CTN estabelecer como marco, a data da ocorrência do fato gerador, entende-se que os fatos geradores de janeiro de 2012 e conseqüentemente a apuração do débito desse período ocorre no mês seguinte (fevereiro de 2012), ou seja, somente é possível confrontar os débitos e os créditos de

um determinado mês, quando este mês se conclui e o contribuinte declara ao Fisco na data determinada em lei.

No caso em que se cuida, afasta-se a decadência suscitada pela Recorrente, quando se constata que no dia 31/01/2017 o sujeito passivo foi cientificado do auto de infração, que tem como período inicial da infração o mês de janeiro de 2012, cuja declaração constitutiva ocorreu em fevereiro de 2012, portanto, em janeiro de 2017, não havia decaído o prazo para a atividade administrativa de homologação.

Adentrando-se no próximo ponto suscitado pela Recorrente, que reclama ter a decisão de Primeira Instância ficado silente em relação à questão de mérito atinente as operações de saída relativas às liquidações no Mercado de Curto Prazo, ou seja, não apreciou os argumentos do item 4 e subitens da Impugnação, inclusive não tecendo uma linha sequer sobre essa questão, conclui-se que merece acolhida o seu pleito.

Na matéria trazida a debate no item 4 – Mercado de Curto Prazo (fls. 70/81), a impugnante afirma que parcela considerável das operações realizadas no Mercado de Curto Prazo é efetivamente tributada ao final, de forma que exigir o estorno de crédito em relação a essa parte, representa uma séria ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

Com base nessas alegações, apresenta quesitos para fundamentar seu pedido de perícia (fls. 81). É bem verdade que o julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pela parte, entretanto, no presente caso, ao deixar a autoridade julgadora de enfrentar matéria de mérito que poderia modificar a conclusão adotada, impossibilitou a sua apreciação em grau recursal, sob pena de supressão de instância e de ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Por fim, conclui-se que merece acolhida a preliminar de nulidade da sentença de Primeira Instância, em razão de ausência na fundamentação da sentença, devendo ser decretada sua nulidade, consoante art. 489, § 1º, IV do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”

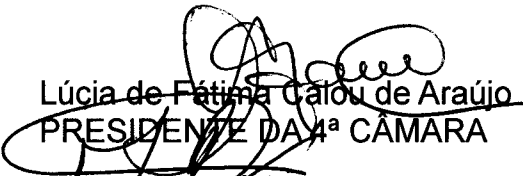
Face ao exposto, VOTO para que se conheça do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento ao recurso interposto, para declarar nula a decisão singular, tendo em vista que questão de mérito abordada na impugnação não foi apreciada, e determinar o retorno do processo à 1ª Instância para que se proceda a novo julgamento.

Eis o VOTO.

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

DECISÃO: Processo de Recurso nº 1/1094/2017 – Auto de Infração: 1/201701567. Recorrente: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relatora: Conselheira IVETE MAURÍCIO DE LIMA. Decisão: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e tomar as seguintes deliberações: **1. Em referência a alegação de decadência do período de 01 a 27 de janeiro de 2012, com base no art. 150, § 4º, do CTN – Foi afastada, por unanimidade de votos, tendo em vista que a apuração é mensal. 2. Quanto a preliminar de nulidade do julgamento singular por vício de fundamentação, sob a alegação de que não foi apreciada a argumentação relativa às operações de Mercado de Curto Prazo – Foi acatada por unanimidade de votos. Ato contínuo, a 4ª Câmara de Julgamento resolve, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso interposto, para declarar nula a decisão singular tendo em vista que questão de mérito abordada na impugnação não foi apreciada, e determinar o retorno do processo à 1ª Instância para que se proceda a novo julgamento. Decisão nos termos do voto da Conselheira Relatora e em consonância com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, mas de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da autuada, Dra. Mônica Pereira Coelho de Vasconcelos.**


Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em 30 de OUTUBRO de 2019.

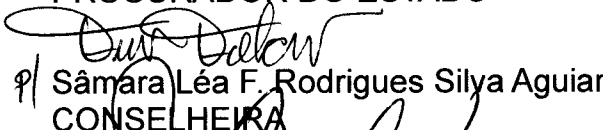

Lúcia de Fátima Caiou de Araújo
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA RELATORA


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Sâmara Léa F. Rodrigues Silya Aguiar
CONSELHEIRA


José Osmar Celestino Junior
CONSELHEIRO


Fredy José Gomes de Albuquerque
CONSELHEIRO