

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**  
**Conselho de Recursos Tributários**

Resolução Nº	Câmara	Sessão de julgamento	Data
113/2024	3ª CÂMARA	19ª SESSÃO ORDINÁRIA	18/04/2024

Processo nº	Auto de Infração nº	CGF/CNPJ/CPF
1/0824/2021	1/202106998	04.601.165/0014-94

<b>Tipo de Recurso</b>	RECURSO ORDINÁRIO
<b>Recorrente</b>	MWN COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
<b>Recorrido</b>	CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
<b>Conselheiro Relator</b>	ANDRÉ SALGUEIRO MELO

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. contribuinte recolheu o ICMS usando alíquota reduzida, à época, de 22% (vinte e dois pontos percentuais). Decadência afastada. Recurso provido. Modificada a decisão singular de procedência da acusação para improcedência com esteio na decisão do STF proferida sob a sistemática de repercussão Geral - Tema 745, onde ficou determinada a limitação para incidência de ICMS aos serviços e mercadorias reconhecidamente essenciais, tal qual, é o que se caracterizaria a *mercadoria* energia elétrica, ficando limitado a incidência do imposto ao percentual de 17% (dezessete por cento) incidentes sobre a base de cálculo do tributo. empresa detinha decisão judicial transitada em julgado favorável a ela e intentada em 2005, logo, albergada pela ressalva constante da modulação dos efeitos, posto que anterior a 05.02.2021. Decisão por unanimidade em consonância com a manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado.

## 1. RELATÓRIO.

### 1.1. Relato do auto de infração.

Trata-se de auto de infração lavrado para assegurar a cobrança de crédito tributário devido por substituição tributária em razão de ter o contribuinte recolhido ICMS usando alíquota reduzida, à época, de 22% (vinte e dois pontos por cento), que conforme relatado na peça de acusação, estaria tal redução assegurada por medida judicial precária, onde reduziria a alíquota de 27 para 22 ponto percentual.

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**  
**Conselho de Recursos Tributários**

Desta feita, servindo o lançamento de ofício para assegurar e evitar a decadência do crédito tributário em questão, que na ocasião, referiu-se do período de janeiro a dezembro de 2016, no valor total de R\$ 48.748,74.

Seguindo os autos o curso regular, intimado para impugnar o crédito tributário, alegou, em síntese, o Contribuinte:

- a) Que com relação à medida judicial que asseguraria a redução da alíquota utilizada, esta já estaria com decisão advinda do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos do processo 0023690-46.2005.8.06.0000, onde restou declarada a “inconstitucionalidade” da alíquota de 25% para a energia elétrica;
- b) Por seguinte, alega já na formação do auto de infração, de que a auditoria não forneceu nenhum detalhamento dos valores tidos como não recolhidos, tal qual a comprovação por meio de documento com relação ao tributo ora lançado, cuidando-se apenas de juntar uma planilha que revelaria a falta de recolhimento do crédito tributário;
- c) Aduziu ainda a decadência do crédito tributário até a competência de junho do ano de 2016, já que a lavratura do auto de infração ocorreu apenas em 22 de junho de 2021.
- d) Ao fim, requereu a suspensão do processo administrativo fiscal em razão da tramitação de processo judicial nº 0023690-46.2005.8.06.0000.

Desta forma, seguiram os autos julgamento de primeira instância, ocasião em que foi julgada totalmente procedente o auto de infração em tela.

Naquela oportunidade, o julgador monocrático reconheceu a liquidez e certeza do crédito tributário em razão da farta documentação e comprovação acostadas aos autos e que o contribuinte, por todo curso do processo, tivera acesso às informações e dos dados dos itens correspondentes aos documentos fiscais, assim afastando a alegação de falta de provas da acusação fiscal e de documentos que pudessem implicar à nulidade do lançamento.

Já com relação à alegação acerca da decadência, restou também plenamente rechaçada; pois conforme fundamentação, a leitura do lançamento subsume-se à regra geral do art. 173, inciso I, do CTN. Assim como reforça que tal posicionamento está em consonância com a Súmula nº 555 do STJ, ou seja, pela aplicação do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

No que tange ao pedido de suspensão do processo administrativo, também restou afastado, fundamentando tal decisão no poder dever da administração pública de deixar de constituir o crédito, mesmo que este esteja sob discussão judicial, à luz do art. 142 do CTN.

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**  
**Conselho de Recursos Tributários**

Com a definição da manutenção do auto de infração, seguiram os autos para intimação da decisão acerca da procedência do auto de infração, bem como para intimar a Parte para, caso entenda, interposição de Recurso Ordinário.

Desta feita, o contribuinte interpôs o respectivo Recurso Ordinário objeto desta análise, e que de forma sucinta, trouxe as alegações contidas na Impugnação assim como reforçou a peça recursal utilizando a argumentação referente à formação de Repercussão Geral da matéria e da adoção de TEMA afetado, com o número 745, no STF, onde ficou determinada a limitação para incidência de ICMS aos serviços e mercadorias reconhecidamente essenciais, tal qual, é o que se caracterizaria a *mercadoria* energia elétrica, ficando limitado a incidência do imposto ao percentual de 17% (dezesete por cento) incidentes sobre a base de cálculo do tributo.

Nesse ínterim, ao passo que trouxe o Tema do STF em tela, abordou-se também em sede recursal a modulação dos efeitos desta decisão sob o regime de repercussão geral, que tal repercussão e a sua sujeição se daria a partir do exercício financeiro de 2024, ficando excepcionadas as ações ajuizadas até a data de início do julgamento do mérito no STF, ou seja, até a data de 05/02/2021.

Na oportunidade, frisou que o assunto que se observa no auto de infração foi discutido em sede judicial desde o ano de 2005, por meio de ação própria, onde é representada, e que assim, estaria dentro do bojo do que foi decidido a nível de STF e com as exceções determinadas no julgamento da modulação do Acórdão paradigma.

Por fim, requereu, com base na tese acima ventilada, a improcedência do auto de infração ante à repercussão geral decorrente do RE 714.139-SC.

Assim, avançada esta fase recursal, vieram os autos a julgamento nesta Egrégia Terceira Câmara do Contencioso Administrativo Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará.

É o relatório.

## **2. VOTO DO RELATOR.**

Trata-se de Recurso Ordinário interposto em face de decisão monocrática que julgou procedente o auto de infração lavrado para assegurar a cobrança de crédito tributário devido por substituição em razão de ter o contribuinte recolhido ICMS usando alíquota reduzida, à época, de 22% (vinte e dois pontos percentuais), que conforme relatado na peça de acusação

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**  
**Conselho de Recursos Tributários**

estaria tal redução assegurada por medida judicial precária, onde reduziria a alíquota de 22 para 27 ponto percentual.

O recurso, conforme já aduzido acima, não foi diferente das alegações tidas em sede de Impugnação, todavia, em parte, inovou-se quanto ao estado do julgamento relativo à ação e decisão obtida a partir do precedente afetado com Repercussão Geral no STF.

Neste tópico, discorreu no Recurso acerca dos efeitos do Instituto Processual da Repercussão Geral e do Tema derivados do julgamento e da definição advinda do RE 714.139-SC, bem como reforçou de que a sua decisão judicial, da qual a contribuição é representada por meio de uma associação, está com o devido trânsito em julgado, permitindo-se a dita redução da alíquota ante a essencialidade do produto ora discutido.

*En passant*, a decisão advinda de ação própria, o que é imperioso de tal análise é o efeito decorrente do RE 714.139 do STF, bem como a modulação dos efeitos desta decisão e em um paralelo sucinto, observa ao Recorrente o direito de fazer jus à redução da alíquota, ora objeto daquele Recurso Paradigma no STF, e em um rápido cotejo, naquele RE ficou determinado que o ICMS incidente nas operações decorrentes da venda de energia elétrica, cuja alíquota estava gravada a 27%, teria que ser limitada a 17% em vista do princípio da seletividade, contido no art. 155, 2º, inciso III, da CF/88.

Por outro lado, a lavratura do auto de infração, seu objeto, fora o lançamento desta respectiva diferença, naquele momento, do recolhimento do ICMS incidente, na forma legal, a 27% e cuja decisão judicial concederia o direito, ainda que em sede de liminar ao contribuinte, à redução a 22%.

Ora, vê-se a clarividente singularidade de objeto e matéria então tratada, uma vez que o Recurso objeto de análise pelo Supremo cingiu-se acerca da inconstitucionalidade das alíquotas do ICMS sobre as operações envolvendo energia elétrica em patamar superior ao previsto para as operações em geral, o qual foi resolvido em favor dos contribuintes, em sede de repercussão geral, com a declaração de inconstitucionalidade da instituição de alíquota diferenciada de ICMS em percentual superior a 17%, em razão do princípio e regra da essencialidade em desfavor da seletividade aplicada por alguns estados da federação.

Assim, deste feito judicial, restou assentada a seguinte tese capitulada pelo Tema 745:

“Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**  
**Conselho de Recursos Tributários**

ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços”. Modulando os efeitos da decisão, a Corte estipulou que os seus efeitos devem ser produzidos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21) naquela Corte Suprema.

No caso em análise, e como bem frisado pelo contribuinte, está se discutindo a tese por meio de ação da qual a Contribuinte é uma representada, desde o ano de 2005, o que guarda guarida judicial com relação ao “direito” de se ter a alíquota reduzida com relação ao ICMS dentro deste período em discussão e do que foi efetivamente lançado por meio do auto objurgado.

Igualmente, e não menos importante do que a decisão judicial, é a observância ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Contencioso Tributário, o que cita-se o art. 48, § 2º, da Lei estadual nº 15.614, de 29 de maio de 2014, consoante transcrição abaixo:

§ 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.

Muito embora não se tenha a literalidade com referência às decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal a nível de Repercussão Geral, quando afetado e originado por via ordinária processual, qual seja derivada de Recurso Extraordinário em rito processual que não seja o controle concentrado, a legislação processual assim como a própria Constituição asseguram a aplicação do entendimento às instâncias administrativa e judiciais, mesmo nestas hipóteses já que a via de declaração de inconstitucionalidade advém do Supremo Tribunal Federal, e ao sentir, o próprio legislador estadual fez-se recepcionar decisões afetadas por este regime como observáveis a nível do Contencioso Administrativo deste Estado quando lhe afetam o mérito da discussão e necessário ao deslinde do caso concreto.

Logo, não há como imiscuir-se deste instituto processual uma vez que não há dúvida do interesse subjetivo da causa em tela e o que foi decidido em âmbito de STF, bem como da ação coletiva trazida pelo contribuinte, por meio do processo 0023690-46.2005.8.06.0000, cuja origem é o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**  
**Conselho de Recursos Tributários**

Portanto, por tudo que foi exposto, voto, inicialmente, por conhecer do Recurso Ordinário, visto que tempestivo, para dar-lhe provimento, assim modificando a decisão proferida em primeira instância, decidindo-se pela improcedência da ação fiscal com esteio na decisão proferida pelo STF sob o Tema 745, afetado pela Repercussão Geral.

Ressalto ainda que a empresa detinha decisão judicial já com trânsito em julgado favorável no momento da sessão de julgamento deste recurso.

**3. DECISÃO.**

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE: MWN COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA e RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

RESOLVEM os membros da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, DECIDIR da seguinte forma: por unanimidade de votos conhecer do recurso ordinário, posto que tempestivo, dar provimento, modificando a decisão proferida em instância singular de procedência da autuação, decidindo pela improcedência, com esteio na decisão proferida pelo STF sob o Tema 745, de repercussão geral, que determinou a aplicação da alíquota geral de 18% para o ICMS sobre a energia elétrica, em razão da sua essencialidade. Ressalte-se ainda que a empresa detinha decisão judicial transitada em julgado favorável a ela e intentada em 2005, logo, albergada pela ressalva constante da modulação dos efeitos, posto que anterior a 05.02.2021. Decisão nos termos do voto do conselheiro relator. Participou da sessão para sustentação oral o representante legal da atuada Dr. Lucas Pinheiro.

Presentes à Sessão os Conselheiros Francisco Albanir Silveira Ramos, Francisco Wellington Ávila Pereira, Caroline Brito de Lima Azevedo, Eduardo Martins de Mendonça Gomes, André Salgueiro Melo e Mikael Pinheiro de Oliveira. Presente, ainda, secretariando os trabalhos, a Secretária Wlândia Maria de Oliveira Alencar.

SALA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA TERCEIRACÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIO, em Fortaleza/CE, aos 17 de junho de 2024.

André Salgueiro Melo  
CONSELHEIRO RELATOR

Antônia Helena Teixeira Gomes  
PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA