



ESTADO DO ACRE  
SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE

ACÓRDÃO Nº:	1/2015
PROCESSO Nº:	2011/81/16344
RECORRENTE:	COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ACRE
ADVOGADO:	HUMBERTO VASCONCELOS DE OLIVEIRA – OAB/AC nº 384
ADVOGADO:	CELSO COSTA MIRANDA – OAB/AC nº 1883
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADORES FISCAIS:	LUIS RAFAEL MARQUES DE LIMA e THIAGO GUEDES ALEXANDRE
CONSELHEIRO RELATOR:	ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA
DATA DE PUBLICAÇÃO:	

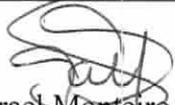
E M E N T A

TRIBUTÁRIO. ICMS. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS NOS CASOS DE PERDAS, EXTRAVIO E DETERIORAÇÃO NO PROCESSO DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ESTORNOS DE OFÍCIO. ATUALIZAÇÃO PELA TAXA SELIC. LEGALIDADE. MULTA PUNITIVA PREVISTA E APLICADA NOS LIMITES LEGAIS.

1. O sujeito passivo deverá estornar o imposto de que tiver se creditado sempre que o serviço ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se, conforme inteligência do art. 21, inciso IV, da Lei Complementar Federal 87/96 c/c o art. 48, inciso IV, do Regulamento do ICMS do Estado do Acre, aprovado pelo Decreto 8/98.
2. É correta e legal a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC, com fundamento no art. 62-A, da Lei Complementar Estadual 55/97, com nova redação dada pela Lei Complementar Estadual 113/2002.
3. A multa punitiva é a legalmente prevista e aplicada para o caso, não competindo ao Órgão Julgador Administrativo ou ao Agente Fiscal discipliná-la de forma diferente.
4. Recurso voluntário improvido. Decisão por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que é interessada COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ACRE, ACORDAM os membros do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário da supracitada contribuinte e, via de consequência, manter a decisão recorrida, tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator, que é parte integrante deste julgado. Divergente o Conselheiro João Francisco Salomão, que votou pelo provimento integral do recurso. Participaram do julgamento os Conselheiros a seguir nominados: Israel Monteiro de Souza (Presidente), Antônio Raimundo Silva de Almeida (Relator), Luiz Antônio Pontes Silva, Nabil Ibrahim Chamchoum, Nicolas Aurélio Pinto Barbosa Lima, João Francisco Salomão. Presente os Procuradores Fiscais Luis Rafael Marques de Lima e Thiago Guedes Alexandre. Sala de Sessões, Rio Branco, Capital do Estado do Acre, 15 de janeiro de 2015.

  
Israel Monteiro de Souza  
Presidente

  
Antônio Raimundo Silva de Almeida  
Conselheiro Relator

  
Luís Rafael Marques de Lima  
Procurador Fiscal



ESTADO DO ACRE  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 2011/81/16344

**RECORRENTE:** COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ACRE - ELETROACRE

ADVOGADOS: HUMBERTO VASCONCELOS DE OLIVEIRA – OAB/AC nº 384 e outro

**RECORRIDA:** FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

PROCURADOR FISCAL: JOSÉ RODRIGUES TELES

**RELATOR:** CONS. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA

## RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto pela contribuinte **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ACRE - ELETROACRE**, pessoa jurídica de direito privado, detentor da inscrição estadual de nº 01.004.141/001-46 e CNPJ/MF sob o nº 04.065.033/0001-70, contra a Decisão de nº 1311/2011, da lavra da Diretoria de Administração Tributária que ratificou o Parecer de nº 1576/2011, na qual manteve o lançamento constituído através do Auto de Infração e Notificação Fiscal de nº 04.928, no montante de R\$ 22.643.483,74 (vinte e dois milhões, seiscentos e quarenta e três mil, quatrocentos e oitenta e três reais e setenta e quatro centavos), referente ao exercício de 2009, no qual estornou de ofício os créditos apropriados do óleo diesel quando da geração de energia elétrica, no tocante as perdas e extravios.

A recorrente aduz, em síntese, o seguinte:

- a) Preliminarmente, a ilegalidade da exigência do depósito recursal para apreciação do presente recurso;
- b) Ausência de amparo legal para glosa dos créditos resultantes da utilização do óleo diesel no processo de produção/geração de energia elétrica;
- c) Inaplicabilidade da multa de revalidação, pois uma vez ausente a infração, manifestamente descabida a aplicação de qualquer penalidade;
- d) Ilegalidade da cobrança de juros SELIC, pois nos termos do artigo 161 do CTN os juros de mora somente podem incidir na taxa de 1% (um por cento) ao mês, salvo se lei da

pessoa titular da competência impositiva dispor de forma diversa. Na espécie, não existe lei estadual disciplinando a matéria;

Por fim, requer que seja recebido o presente recurso em seus efeitos legais, sendo conhecido e acolhido para reformar integralmente a decisão recorrida, a fim de declarar a nulidade do Auto de Infração, ora em análise.

Na forma do Regimento Interno deste Conselho, o Representante da Fazenda Estadual, na pessoa do Procurador José Rodrigues Teles, rebateu as alegações do recorrente, posicionando pela manutenção da decisão recorrida, através do Parecer de nº 127/2012.

Assim, a douta Representação Fiscal fundamenta, resumidamente, sua promoção nos seguintes pontos:

I) Estorno dos créditos resultantes da utilização do óleo diesel no processo de produção/geração de energia elétrica – não cumulatividade do ICMS. Art. 155, § 2º, inciso II, letras "a" e "b", da Constituição Federal. Diferimento do imposto. Art. 35, incisos IV e V, da LCE nº 55/97 c/c o art. 21, inciso IV, da LCF nº 87/96. Hiato Tributário na cadeia circulatória;

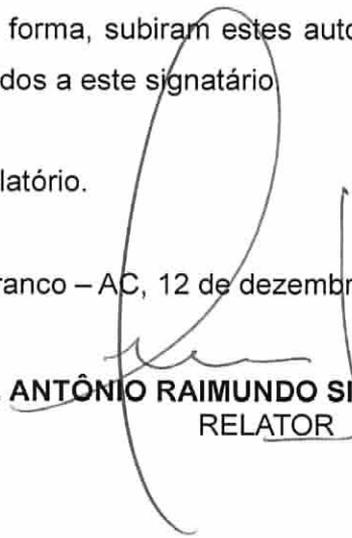
II) A inexistência de direito ao crédito e, conseqüentemente, a obrigatoriedade do sujeito passivo promover o estorno do crédito contabilizado indevidamente, também encontra guarida no art. 35, I da Lei Complementar Estadual nº 55/97;

III) Da mesma forma, deve ser mantida a aplicação da multa aplicada no termo infracional, porquanto a Recorrente não obedeceu as regras de escrituração prevista no art. 345 do Decreto 08/98.

Desta forma, subiram estes autos a este Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, sendo distribuídos a este signatário

É o relatório.

Rio Branco – AC, 12 de dezembro de 2014.

  
**Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA**  
RELATOR



ESTADO DO ACRE  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 2011/81/16344

**RECORRENTE:** COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ACRE - ELETROACRE

**ADVOGADO:** HUMBERTO VASCONCELOS DE OLIVEIRA e OUTRO

**RECORRIDA:** DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

**PROCURADOR FISCAL:** JOSÉ RODRIGUES TELES

**RELATOR:** CONS. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA

### VOTO DO RELATOR

No caso em tela, o contribuinte, ora recorrente, se apropriou dos créditos fiscais, em sua totalidade, referente às entradas de óleo diesel utilizada na produção/geração de energia elétrica, sendo que as parcelas de tais créditos referentes às perdas, extravio e deterioração foram estornados de ofício pelo ARE Damião Araújo de Castro, por intermédio no Auto de Infração e Notificação Fiscal de nº 04.928, referente ao exercício de 2009.

Inicialmente, conheço do recurso por preencher os requisitos legais para sua admissibilidade, inclusive, estando dispensado do depósito recursal, nos termos do art. 167, da Lei Complementar Estadual nº 07/82.

A presente matéria dessa autuação fiscal foi disciplinada pela Lei Complementar Federal nº 87/96, que assim dispõe:

art. 21 – O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

IV – vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se. (Lei Complementar Federal nº 87/96)

De igual modo, é a determinação contida no art. 35 da Lei Complementar Estadual nº 55/97 e no art. 48 do Decreto Estadual nº 08/98 – regulamento do ICMS/AC, *verbis*:

O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço recebido ou o bem ou mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser:

(...)

IV – objeto de perecimento, deterioração ou extravio;

Desta forma, é o mandamento da própria legislação que rege a matéria, que determina o estorno do crédito fiscal, apropriado por ocasião da entrada no estabelecimento, quando o bem ou a mercadoria vier ser objeto de perecimento, deterioração ou extravio, quando não ocorrer a operação posterior de saída.

Nesta linha, são os julgados administrativos do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, cujas ementas transcrevemos abaixo:

**ICMS – CRÉDITO DE ICMS – INDEVIDO – ESTORNO.**

O estorno de crédito, pelo perecimento, deterioração ou extravio de mercadoria entrada em estabelecimento do contribuinte, é obrigação amparada em Lei Complementar, e na legislação ordinária, constituindo, o não-estorno, infração com tipo legal perfeito, sendo exigível o ICMS mais a penalidade correspondente. (Acórdão nº 3735, do Pleno do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Cons. Sylvio de Siqueira Cunha, julgado: 18/04/2001).

**IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – CRÉDITOS INDEVIDO – ESTORNO**

É obrigatório o estorno do imposto creditado pelas entradas no estabelecimento quando a mercadoria, por qualquer motivo, for posteriormente inutilizada ou vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se. (Acórdão nº 3893, da 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Cons. Carlos Guimarães de Almeida Filho, julgado: 27/05/1999).

**ICMS – ESTORNO DE CRÉDITO DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS – PERECIMENTO.**

Restando demonstrado o perecimento das mercadorias adquiridas pelo Contribuinte, impõe-se o estorno dos créditos apropriados por ocasião da entrada das mesmas. (Acórdão nº 4.581, da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Cons. Ricardo Garcia de Araújo, julgado: 10/12/2003, publicado DOE: 24/02/2004).

No mesmo compasso, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme ementas reproduzidas, respectivamente, abaixo:

ICM. Produtos adquiridos pela executada e posteriormente destruídos por incêndio. **A obrigatoriedade do estorno correspondente à entrada não infringe o princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 23, II), uma vez que o perecimento das mercadorias, no próprio estabelecimento do comerciante, importa a ruptura das etapas de circulação que compõe o ciclo de tributação.** (RE 105.666/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado: 08/11/85, publicado: 06/12/1985) – grifamos.

**AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. ESTORNO DE CRÉDITO REFERENTE A MERCADORIAS EXTRAVIADAS, DETERIORADAS OU PERECIDAS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 2.657/96.**

Alegação de violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade e de nulidade do Auto de Infração. Sentença de improcedência. Apelação da Autora. Preliminar de nulidade da sentença por condenação superior ao valor supostamente devido que se confunde com o mérito. **Matéria tributária reservada à lei complementar de competência da União, que editou a Lei Complementar nº 87/96, a qual, em seu art. 21, IV, prevê o estorno do imposto de que se tiver creditado o sujeito passivo sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.** Inexistência de amparo legal à pretensão de que todo pagamento de ICMS deve ser compensado sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade, diante do dispositivo legal que expressamente dispõe acerca das exceções à referida compensação. Auto de Infração lavrado em respeito aos requisitos exigidos pelo Decreto nº 2.473/79, o qual regula o Processo Administrativo-Tributário no Estado do Rio de Janeiro. Alegação não comprovada de que os valores lançados no Auto de Infração encontram-se em dissonância com a realidade dos fatos. Aplicação do art. 333, I, do CPC. Não se pode falar em condenação superior ao valor supostamente devido, porque condenação não houve, apenas improcedência do pedido, mantendo-se a Apelante no *status quo ante*. Recurso ao qual se nega provimento. (Apelação Cível nº 2007.001.11120 – Relator: Desembargador Orlando Secco, Décima Sexta Câmara Cível – RJ, data do julgamento: 01/07/2008) – destacamos.

Nesta esteira, é o ensinamento de FERREIRA, abaixo transcrito:

O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

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

2 – for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

3 – vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

4 – vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se;

5 – gozar de redução da base de cálculo na operação ou prestação subsequente, hipótese em que o estorno será proporcional à redução. (Manual do ICMS do Estado do Rio de Janeiro. Ricardo José Ferreira. 2ª ed. – Rio de Janeiro : Ed. Ferreira, 2007, pág. 207) – grifamos.

Neste compasso, é o ensinamento de KOCH, conforme reproduzido abaixo:

O estorno do crédito está ligado ao conhecimento posterior da circunstância impeditiva da apropriação do crédito. Originariamente a mercadoria é adquirida para comercialização, como matéria-prima na industrialização ou então como material intermediário, prevendo a tributação normal na etapa seguinte seguinte da circulação, sendo legítima a apropriação do crédito. **Em dado momento, outro destino é dado à mercadoria que não mais legitima o crédito, devendo então o contribuinte proceder ao estorno do mesmo.** (Manual do ICMS – Comentários à Lei Complementar 87/96 atualizada. Deonísio Koch – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, pág. 229) – grifos nossos.

Transcrevemos, ainda, a lição de GASPAR a seguir:

Se a entrada gera crédito, a saída deve gerar débito. A mercadoria entrada deixa de existir (perece), deteriora-se, tornando-se inservível, ou se extravía a consequência lógica é o estorno do crédito que gerou. Um exemplo: a mercadoria entra em um estabelecimento comercial com ICMS destacado na nota fiscal. Gera o crédito correspondente. Depois, é roubada. O crédito ficou acumulado, pois a saída (via roubo) não gerou débito. O Comerciante deve, então, estornar o valor do crédito destacado das notas fiscais relativo às mercadorias roubadas. O mesmo se aplica às mercadorias vítimas de incêndio, nas doações, nas utilizadas no próprio consumo da empresa. (GASPAR, Walter. ICMS COMENTADO. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pág. 426).

Quanto a alegação de inaplicabilidade da multa de revalidação aplicada no percentual de 100% (cem por cento) incidente sobre o imposto, tal questionamento não procede, em face de que a presente exigência fiscal não feriu o princípio constitucional do não-confisco, diante da previsão no ordenamento jurídico, bem como o princípio do não-confisco integra as limitações ao poder de tributar, não alcançando a multa que, sendo sanção administrativa, não se confunde com o tributo, ou seja, este tem a natureza de ato lícito, conforme definição do art. 3º do CTN. Já a multa por ter natureza ilícita, é um tipo de penalidade pecuniária de cunho punitivo, objetivando desestimular as ações ou omissões contrárias à ordem tributária, buscando, assim, tanto compensar o dano causado pelo contribuinte ao Estado com a prática da infração, bem como impedir a concorrência desleal entre os contribuintes no âmbito das forças de mercado.

De fato, a Constituição Federal ao estabelecer os limites da competência tributária dos entes federados, veda expressamente a utilização do tributo com efeito de confisco, sem contudo estabelecer os parâmetros para caracterizar esta exação. De qualquer forma, o comando constitucional refere-se a tributo, não se imiscuindo no poder legislativo local para instituir as multas necessárias com o poder de coibir a prática de ilícitos fiscais. A majoração da multa corresponde ao grau de reprimenda com que a autoridade competente pretende coibir certas práticas incompatíveis com o convívio social. Daí a dificuldade de enquadrar a multa dentro do conceito do confisco. Aliás, a multa decorre da sanção de ato ilícito, e por isso está excluído do conceito de tributo, nos termos do art. 3º, do CTN.

Por seu turno, a criação da norma punitiva abstrata é atividade que insere no rol de competência do legislador, cabendo, apenas a ele versar sobre a proporcionalidade entre a conduta infracional e a sanção respectiva, não competindo ao órgão julgador administrativo reduzir o valor da multa prevista em lei, como pretendido pelo recorrente.

Neste sentido, é a lição de Luciano Amaro, a seguir transcrita:

É óbvio que os tributos (de modo mais ostensivo, os impostos) traduzem transferências compulsórias (não voluntárias) de recursos do indivíduo para o

Estado. Desde que a tributação se faça nos limites autorizadas pela Constituição, a transferência de riqueza do contribuinte para o Estado é legítima e não confiscatória." (Direito Tributário Brasileiro. 9ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2003, pág. 143).

Nesta linha, são os seguintes julgados:

O princípio constitucional do não-confisco pertine a tributos, inaplicando-se à multa de mora, que é encargo que tem por fundamento o inadimplemento de tributo. Ademais, é vedado ao Poder Judiciário modificar o percentual de multa fixado em lei (RE 444484-RS, Relator Ministro Cezar Peluso, **STF**, julgado em 25.02.2005 e publicado no DJ em 05.04.2005, pág. 115).

Tributário. ICMS. Multa com caráter confiscatório. Não ocorrência. Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa –que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária –, sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório. (RE 590.754-AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma do **STF**, julgado: 30-9-08, DJE de 24-10-08)

A multa reveste-se do caráter de penalidade pelo não recolhimento do tributo na época própria e os juros da mora visam a compensar o Estado pela não disponibilidade do dinheiro representado pelo crédito tributário. (TJSP, AC nº 224.017, Des. Fraga Teixeira).

(...) Quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada, não há ofensa ao artigo 150, IV, da CF, porque não se pode confundir tributo com multa.(...) (Apelação Cível nº 1.0024.03.075199-4/002, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Des. Carreira Machado, julgado: 01/07/2008, publicado: 15/07/2008).

(...) **Não é confiscatória a multa de 120%, uma vez que, na área tributária, ela não pode perder o caráter intimidativo.** (...) (Apelação Cível nº 70016552739, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Irineu Mariani, julgado: 27/06/2007, publicado: 26/07/2007) – grifamos.

No que tange a alegação de ilegalidade da cobrança de juros SELIC, alegando a inexistência de lei estadual disciplinando a matéria, a mesma não prospera em face da expressa previsão na legislação do Estado do Acre, conforme mandamento do art. 62-A, § 3º, da LCE nº 55/97 com a redação dada pela LCE nº 113/2002, *verbis*:

Art. 62-A Os débitos decorrentes do imposto de que trata esta Lei, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 2003, não pagos nos prazos previstos, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de 0,11% (onze décimos por cento) por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do 1º (primeiro) dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do débito até o dia em que ocorrer o seu pagamento efetivo.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a 10% (dez por cento).

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão ainda juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do 1º dia do mês subsequente ao do vencimento da obrigação até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de 1% (um por cento) no mês do pagamento.

§ 4º Caso o índice de que trata o § 3º deixe de ser utilizado, poderá o Estado do Acre substituí-lo, adotando os mesmos índices oficiais usados pela União para atualização dos débitos de natureza tributária. - grifamos.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto a aplicação da taxa SELIC, como índice de atualização dos débitos tributários. Assim, transcrevo as seguintes ementas:

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA COM A FAZENDA ESTADUAL. CORREÇÃO PELA SELIC. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL ADOTANDO OS CRITÉRIOS DA FAZENDA NACIONAL.**

1. No julgamento do Resp 879.844/MG, sob o rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou-se o entendimento de que, no âmbito estadual, é legítima a atualização dos débitos tributários em atraso pela taxa Selic, desde que exista lei estadual que preveja a observância dos mesmos critérios adotados pela Fazenda Nacional.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.122.548 – SP (20008/0255467-1), 2ª Turma do STJ, Relator: Min. Castro Meira, julgado: 02/02/2010, publicado DJ 18/02/2010) – grifos nossos.

**TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO - ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA - LEI ESTADUAL - TAXA SELIC - LEI 9.250/95 - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA.**

1. Desatendidas das diretrizes do art. 541 do CPC e art. 255 do RISTJ não é possível conhecer do recurso especial no tocante à alínea "c".

2. Não há ofensa ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido resolve satisfatoriamente a questão e adota fundamentação que lhe parece adequada, suficiente à solução da controvérsia.

3. Inexiste cerceamento de defesa em virtude do indeferimento de produção de prova pericial quando esta é desnecessária ou insuficiente para comprovar o direito alegado.

4. É manifestamente inadmissível o recurso na parte em que não ataca o fundamento da decisão impugnada, ante a ausência de pressuposto recursal genérico.

5. A Corte Especial do STJ, no REsp 215.881/PR, não declarou a inconstitucionalidade do art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, restando pacificado no Primeira Seção que, com o advento da referida norma, teria aplicação a taxa SELIC como índice de correção monetária e juros de mora, afastando-se a aplicação do CTN.

6. A taxa SELIC, segundo o direito pretoriano, é o índice a ser aplicado para o pagamento dos tributos federais e, havendo lei estadual autorizando a sua incidência em relação aos tributos estaduais, deve incidir a partir de 01/01/96.

7. Recurso especial da Fazenda Estadual provido.

8. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (Resp nº 691.025/MG (2004/0131305-2) - 2ª Turma do STJ, Relator: Min. Eliana Calmon, julgado: 11/04/2006, publicado DJ: 23/05/2006) - destaques nossos.

**TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. DÉBITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.**

1. É legal a aplicação da taxa SELIC na atualização dos débitos fiscais não-recolhidos integralmente no vencimento.

2. Na linha de orientação desta Corte Superior, a SELIC, além de ser utilizada

como índice de correção monetária e de juros moratórios em relação aos tributos federais (Lei 9.250/95), deve ser aplicada também na correção dos tributos estaduais, nas hipóteses em que haja lei estadual autorizando a sua incidência.

3. Precedentes da Primeira Seção e de ambas as Turmas que a compõem.

4. Embargos de divergência providos. (REsp nº 426967/MG (2005/0080285-4) - 1ª Turma do STJ, Relator: Min. Denise Arruda, julgado: 09/08/2006, publicado DJ: 04/09/2006, p. 218) – destacamos.

Quanto ao presente caso desses autos, a matéria já foi recentemente apreciada pela 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Rio Branco, tendo como partes a Recorrente e a Fazenda Pública Estadual, cuja decisão foi favorável ao Fisco. Assim transcrevo trechos da r. Decisão judicial prolatada nos autos de nº 0008753-56-2011.8.01.0001:

(...)

Ocorre que sobre a energia perdida em caso de furto, extravio, adulteração ou desvio de energia elétrica antes de chegar ao consumido final não incide o imposto em discussão (ICMS), visto não haver o consumo regular. Portanto, se sobre esta energia perdida não é possível a cobrança do ICMS, do mesmo modo não será possível a existência de crédito de ICMS sobre ela. Entendimento diverso seria conceder um duplo benefício ao contribuinte sem a respectiva contrapartida.

(...)

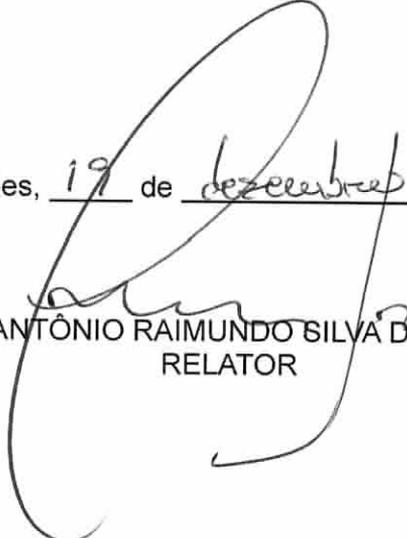
Portanto, se não é possível a cobrança de ICMS sobre a energia perdida, também não será possível haver o creditamento de ICMS sobre a mesma energia em porcentagem igual. Então o contribuinte deverá estornar o referido imposto creditado, diante do extravio da mercadoria/serviço comercializado, pois não houve o fato gerador para o recolhimento do imposto, o que daria ensejo à existência de crédito para o sujeito passivo da relação tributária ora discutida.

Portanto, acertada foi a decisão do Órgão Julgador de 1ª Instância Fazendária do Estado do Acre, não merecendo quaisquer reparos.

Diante do exposto, decido pela **improcedência** do presente recurso do contribuinte **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ACRE - ELETROACRE** e, via de consequência, mantenho a decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos.

É como voto.

Sala de Sessões, 19 de dezembro de 2014.

  
Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA  
RELATOR

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO 2011/81/16344

RECORRENTE: COMPANHIA DE ELETRECIDADE DO ACRE

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

CONSELHEIRO: JOÃO FRANCISCO SALOMÃO

**VOTO COM PEDIDO DE VISTO:**

### RELATÓRIO

No caso em tela, o contribuinte, ora recorrente, se apropriou dos créditos de ICMS referente ao óleo Diesel destinado à produção de Energia Elétrica para posterior distribuição aos consumidores das localidades listadas nos anexos do processo.

O estorno dos créditos realizados de ofício pelo ARE Damião Araújo de Castro, por intermédio do Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 04.028, referente aos créditos apurados para o exercício de 2009, foi embasado no Art. nº 21, inciso IV da Lei Complementar nº 87/96, que é de igual modo retratado na Lei Complementar Estadual nº 55/97, sob a alegação de que a energia elétrica “perdida”, na forma do cálculo apresentado no processo fiscal deveria ter o crédito de ICMS correspondente à sua geração estornado.

Pontos de relevância:

- A) Ocorre que ao examinar a documentação do processo, notou-se uma falha material no cálculo, que se baseou na tabela “SUPRIMENTO DO SISTEMA ISOLADO/GUASCOR – ANO 2009”, tendo em vista que o montante utilizado para a subtração e da venda de energia aos consumidores, foi o montante de energia contratado e não o montante de energia suprido. Este erro compromete todos os demais cálculos do processo pois a energia efetivamente produzida e injetada no sistema de distribuição foi a apresentada na coluna nomeada “ SUPRID. MWh”, onde somente no mês de janeiro de 2009, evidencia-se um diferença de MWh 16% a maior do que poderia ser cobrado caso fosse julgado procedente a cobrança ao contribuinte.
- B) Outro fato relevante não levado em conta pelo relator a respeito do assunto é que ao interpretar a legislação de forma genérica, ou seja, comparando a energia elétrica com as demais mercadorias comercializáveis, não foi levado em conta que a “mercadoria” em questão é regulada e que no preço verificado no faturamento aos consumidores, estão embutidos os percentuais de perdas regulatórias, conforme abaixo, extraído da Nota Técnica no 381/2009-SRE/ANEEL, de 17/11/2009), Fls. 10 da Superintendência de Regulação Econômica – SRE/ANEEL referente ao Processo de Revisão Tarifária nº 48500.004348/2006-11:



### III.2.4 – Tratamento Regulatório das Perdas de Energia

33. Há necessidade de se definir um tratamento regulatório para as perdas de energia elétrica. É reconhecido que **a concessionária distribuidora não possui controle sobre os custos da Parcela A**, embora se possa admitir que ela possui certa capacidade para negociar os preços de compra de energia elétrica, dadas as condições e restrições determinadas pela legislação vigente. No entanto, é lícito afirmar que concessionária possui uma forte capacidade de gestão sobre as perdas de energia elétrica, que influem na quantidade de energia elétrica comprada considerada para o cálculo da Parcela A. Com efeito, essas quantidades correspondem à soma das vendas da distribuidora com as perdas incorridas nas atividades desenvolvidas para fazer chegar a energia elétrica desde os pontos de produção até os pontos de consumo. Tais perdas podem ser separadas em: **a) perdas associadas ao transporte de energia elétrica pelas redes de transmissão e distribuição envolvidas, denominadas “perdas técnicas”;** e **b) as chamadas “perdas não técnicas”, definidas como a diferença entre as perdas totais e as perdas técnicas.** Esse segundo tipo de perda está diretamente associado à gestão comercial da concessionária distribuidora. **(grifo nosso)**

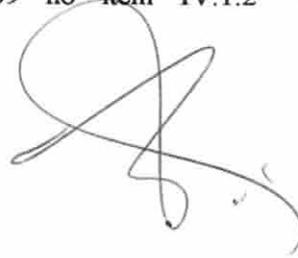
34. A regulação econômica do serviço de distribuição deve transmitir sinais de eficiência em todos os temas relacionados à sua esfera de competência. Em particular, é importante considerar que um nível elevado de perdas se traduz na necessidade de incrementar a energia elétrica disponível na atividade de geração. No âmbito mundial e, em particular, em todos os países em desenvolvimento, o custo marginal de longo prazo de geração costuma ser mais alto que os custos associados à redução de perdas técnicas e não técnicas na atividade de distribuição.

35. Assim, com a finalidade de calcular os montantes de energia que a concessionária deve comprar, o Regulador determina, para cada ano de um período tarifário, o nível máximo de perdas a serem admitidas sobre as quantidades de energia elétrica que a concessionária distribuidora prevê fornecer para atender todo o mercado de sua área de concessão. Essa determinação pode ser feita mediante a fixação de um valor único para todo o período tarifário ou mediante a definição de uma “trajetória” ou curva decrescente. **Com o valor “regulatório” de perdas determinado dessa forma adicionado ao valor das perdas de energia na rede básica, se calcula o montante de energia a ser considerado na Parcela A das tarifas da concessionária. Isso significa valorar as perdas ao preço representativo das compras de energia elétrica da distribuidora.** Do exposto, se depreende que a concessionária distribuidora tem um forte incentivo para reduzir as perdas em seu sistema elétrico a níveis inferiores ao “padrão regulatório”, já que poderá reter como benefício, durante o período tarifário, a diferença entre esse montante e o valor que possa obter na realidade, valorada ao preço de compra. **(grifo nosso)**

Assim em nosso entendimento as perdas regulatórias definidas pela ANEEL, compõem o preço final da tarifa dos consumidores, o que implica interpretar de que nos valores faturados já estão embutidos as perdas apresentadas no processo do auto de infração fiscal em tela, portanto tributado.



As perdas identificadas na Resolução Homologatória Nº 744, de 25 de novembro de 2008, cuja vigência das tarifas eram para o período de 30 de novembro de 2008 a 29 de novembro de 2009 foram de **37,29%** conforme QUADRO VI anexo à Nota Técnica nº 347/2008 - SRE/ANEEL, de 13 de novembro de 2008 - Processo nº 48500.002782/2008-72 e conforme a Resolução Homologatória nº 909, de 24 de novembro de 2009 com vigência para o período de 30 de novembro de 2009 a 29 de novembro de 2010 foram de **23,97%** conforme descrito na Nota Técnica nº 381/2009-SRE/ANEEL de 17 de novembro de 2009 no item IV.1.2 - BALANÇO ENERGÉTICO.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

**VOTO DO RELATOR**

Diante do exposto, decido pela procedência do recurso do contribuinte **COMPANHIA DE ELETRECIDADE DO ACRE.**

Caso o processo tenha prosseguimento, solicito que seja refeito os cálculos, tendo em vista que foram utilizados dados incorretos.

É como voto.

Rio Branco, AC. 15 de JANUÁRIO de 2015.



Cons. JOÃO FRANCISCO SALOMÃO