



GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 847 / 2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 04/09/2013 - 165ª SESSÃO ORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/1459/2011

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201102977

AUTUANTES: MAYKON TAVEIRA ECCARD – MAT.: 497.622-1-6,

MARIA IVANY GOMES ARAÚJO – MAT.: 035.660-1-3

ALOÍSIO NOGUEIRA DE SOUSA – MAT.: 105.803-1-5 e

ANTÔNIO TORQUATO AUGUSTO GONÇALVES – MAT.: 497.621-1-9.

RECORRENTE: CIEN COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

**EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ENERGIA ELÉTRICA – AQUISIÇÃO INTERESTADUAL – ILEGITIMIDADE DO SUJEITO PASSIVO - EXTINÇÃO.** Versa o presente Auto de Infração sobre falta de recolhimento do ICMS-ST, incidente sobre operações interestaduais de venda de energia elétrica, no período de janeiro a agosto de 2006. Processo Administrativo Tributário julgado **EXTINTO** por Ilegitimidade Passiva da Empresa Autuada, haja vista a Legislação Tributária Estadual possuir normas que atribuem a responsabilidade ao contribuinte substituído, desde que não cumprida a obrigação tributária pelo contribuinte substituto, caso dos presentes autos. Decisão, por maioria de votos, amparada no art. 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/1996, no art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal e nos artigos 431, § 3º, cumulado com 437, § 1º, ambos do Decreto nº 24.569/97. Recurso Voluntário conhecido e provido, contrariamente ao Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

## RELATÓRIO

Trata o processo “*sub examen*” de Auto de Infração lavrado sob a acusação fiscal de “*Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares*”. Aduz, o Agente do Fisco, no Relato da Infração, que a Empresa “*CIEN – Contribuinte Substituto deixou de recolher o ICMS devido nas operações interestaduais de venda de energia elétrica para a TBM S/A Indústria Têxtil e Santana Têxtil S/A, conforme detalhamento apresentado na informação complementar anexa*”, no período de janeiro a agosto de 2006.

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 73, 74, 2º, inciso V, alínea “c”, 3º, inciso IX, 25, 29, 431, 432, 435 todos do Dec. nº 24.569/1997, arts. 2º, inciso V, alínea “c”, 3º, inciso VIII, 14, 18, 19, 28, 32, 44, 45 todos da Lei nº 12.670/9696 e como penalidade sugere o art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

O processo administrativo tributário encontra-se instruído com os seguintes documentos: Informações Complementares, Portaria nº 888/2010, Ordem de Serviço nº 2010.37698, Termo de Intimação nº 2010.30860 e seu respectivo anexo, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.30860 datado de 20/12/2010, Ordem de Serviço nº 2010.06045, Termo de Intimação nº 2010.04708 e seu respectivo anexo, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.04708 datado de 20/04/2010, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.04708 datado de 12/05/2010, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.04708 datado de 17/05/2010, Despacho prolatado de prorrogação de prazo referente ao Termo de Intimação nº 2010.04708 datado de 22/04/2010, Instrumento Particular de Mandato, Cópia da Identidade Civil da Sra. Tatiane Silva Moreira Monteiro, AR referente ao envio do Termo de Intimação nº 2010.04708, Ordem de Serviço nº 2010.23942, Termo de Intimação nº 2010.18926 e seu respectivo anexo, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.18926 datado de 03/09/2010, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.18926 datado de 13/09/2010, E-mail datado de 30/09/2010, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.18926 datado de 15/10/2010, Cópia do Mandado de Segurança nº 2006.0005.2966-4 da empresa Santana Têxtil Ltda, Cópia do Mandado de Segurança nº 2006.0012.7040-0 das empresas TBM Têxtil Bezerra de Menezes S/A e TBM S/A Indústria Têxtil, Termo de Intimação nº 2010.32243 e seu respectivo anexo, Manifestação da empresa sobre o termo de intimação nº 2010.32243 datado de 07/01/2011, Cópia do Mandado de Segurança nº 2006.0005.2966-4 da empresa Santana Têxtil Ltda, Cópia do Mandado de Segurança nº 2006.0012.7040-0 das empresas TBM Têxtil Bezerra de Menezes S/A e TBM S/A Indústria Têxtil, Planilha Eletrônica com listagem de Notas Fiscais emitidas para Santana Têxtil S/A e TBM S/A Indústria

Têxtil anteriores à data da concessão da liminar sem destaque de ICMS sem qualquer amparo legal, Notas Fiscais de saída diversa, todos acostados às fls. 3/114.

As fls.115 do autos, a Empresa Autuada, solicita prorrogação de prazo para apresentação de impugnação.

Impugnação e documentos tempestivamente apresentados, às fls. 116/333, na qual argumenta a Autuada: (I) Preliminarmente a decadência de parte do crédito tributário no período de janeiro, fevereiro e março de 2006. (II) Ilegitimidade passiva, vez que a CIEN é terceira substituta e a responsabilidade é do destinatário (substituído). Alega que as liminares encontravam-se em pleno vigor, que o ICMS deixou de ser retido tendo em virtude do ajuizamento do Mandado de Segurança impetrado pela Santana Têxtil. De igual modo, a empresa TBM S/A Indústria Têxtil obteve junto à 5ª Vara da Fazenda Pública o reconhecimento da não incidência do ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica no mercado livre (Proc. nº 62590-61.2006.8.06.0001), onde fora prolatada sentença ratificando a liminar concedida em 31/08/2006. (III) No mérito, sustenta a improcedência do Auto de Infração sob o argumento de que: (i) - A Constituição Federal prevê a imunidade do ICMS, nas operações interestaduais de energia elétrica, o que impede a cobrança do tributo, pelo Fisco Cearense, da Impugnante; (ii) - As operações realizadas pela Impugnante não se sujeitam ao ônus do ICMS, uma vez que a Constituição Federal assegura imunidade a estas operações, sendo inconstitucional o fato gerador previsto na LC 87/1996; (iii) - Que a energia elétrica tem como destino a industrialização, não incidindo ICMS na operação.

Despacho de encaminhamento dos autos ao Contencioso Administrativo Tributário, às fls. 334.

O Julgamento de 1ª Instância, às fls. 335/343, decidiu pela Procedência da autuação. Entendeu, o julgador monocrático, que o Auto é Procedente, vez que restou configurada a falta de recolhimento do ICMS incidente nas operações interestaduais de venda de energia elétrica para contribuintes sediados neste Estado, em razão do disposto nos arts. 2º, inciso V, c e 3º, inciso VIII, da Lei nº 12.670/97; Que a impugnante é a responsável pelo pagamento do ICMS incidente nas operações interestaduais com energia elétrica, devendo dar-lhes pleno cumprimento, inclusive, em relação às obrigações acessórias. Intima a Autuada a recolher aos cofres públicos o valor de R\$ 2.155.142,68 (dois milhões cento e cinquenta e cinco mil cento e quarenta e dois reais e sessenta e oito centavos) a título de ICMS e multa.

Intimação da decisão de Primeira Instância e seus respectivos AR's, fls.344/353.

Comunicação e Edital de Intimação nº 143/2012, fls. 354/355. AR de comunicação do sócio da empresa, fls. 357.

Devidamente cientificada da decisão de 1ª Instância, a Empresa Autuada, solicita prorrogação de prazo para apresentação de Recurso Voluntário, às fls. 361/363.

Recurso Voluntário interposto, às fls. 365/374, pela Autuada. Nesta peça, a Recorrente reitera basicamente todos os argumentos contidos em sua Impugnação, requerendo, ao final, a reforma da decisão singular, a fim de que seja o Auto de Infração julgado nulo de pleno direito, sucessivamente, a total improcedência, com a devida extinção do respectivo crédito tributário lançado, bem como, o arquivamento do respectivo processo.

A Consultoria Tributária, mediante Parecer de nº 50/2013, às fls. 381/387, apresenta o seu entendimento, opinando pelo conhecimento do Recurso Voluntário interposto, negar-lhe provimento, no sentido de manter a decisão de Procedência, proferida em 1ª instância, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado, às fls. 388.

Juntada do Substabelecimento e cópia da OAB, fls. 391/392.

Ata da 057ª Sessão Extraordinária, de 13 de junho de 2013, às fls. 393/394, cujo teor da decisão:

*“A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, resolve por unanimidade de votos, conhecer do recurso interposto, para afastar, a preliminar de extinção processual, em razão de decadência para o período de janeiro a março de 2006, com base no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Preliminar de extinção afastada, por voto de desempate da Presidência, com base no disposto no art. 173, I, do CTN, considerando o lançamento de ofício, conforme disposto no parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencidos os votos dos Conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, Pedro Eleutério de Albuquerque, Anneline Magalhães Torres e José Gonçalves Feitosa que acataram a preliminar de extinção arguida pela recorrente. Contrários à extinção*

*suscitada, os Conselheiros: Ana Mônica Menescal, Francisco José de Oliveira Silva, Alexandre Mendes de Sousa e Manoel Marcelo Augusto Marques Neto. Em seguida, na forma regimental, a Sra. Presidente concedeu vista do processo ao Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque.”*

Ofício nº 199/2013 informando da data e hora do julgamento de 2ª Instância.

É o Relatório.



**VOTO DA RELATORA**

Conforme relatado, trata a inicial da acusação de falta de recolhimento do ICMS, devido por substituição tributária, nas operações interestaduais de venda de energia elétrica, no valor de R\$ 1.077.571,34, no período de janeiro a agosto de 2006.

No caso *sub examen*, da análise das peças processuais que substanciam os autos, verifica-se, a existência de questões prejudiciais ao exame de mérito, as quais diz respeito à decadência do crédito tributário lançado, e à ilegitimidade do sujeito passivo da obrigação tributária, em questão.

Em princípio, no que concerne a preliminar de extinção processual em razão da decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores de janeiro a março de 2006, cumpre ressaltar, tal matéria já foi objeto de apreciação e votação, por este Colegiado, na 57ª Sessão Extraordinária, de 13 de junho de 2013, na qual esta 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários afastou a preliminar de extinção processual, por voto de desempate da Presidência, com base no disposto no art. 173, I, do CTN.

No que tange à ilegitimidade passiva, arguída pela Recorrente, entendo, totalmente pertinentes os argumentos expendidos em sua peça recursal.

*In casu*, consoante se verifica, a Empresa CIEN, deixou de destacar, em suas Notas Fiscais de venda de Energia Elétrica, o ICMS cobrado sobre a aquisição interestadual, por força das liminares obtidas pelas empresas adquirentes de tais mercadorias, isto é, TBM S/A Indústria Têxtil e Santana Têxtil S/A.

Com efeito, no período objeto da autuação (01/2006 a 08/2006), as empresas, supramencionadas, ingressaram com ações judiciais (Mandado de Segurança), obtendo liminares, fls. 43 e 55, com o seguinte teor:

**Proc. 0084941-28.2006.8.06.0001 – Santana Têxtil**

*“DETERMINANDO que o COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARA suspenda a exigibilidade incidente sobre as aquisições que a autora efetue de energia elétrica oriunda de outros Estados. Requer, ainda, que a autoridade impetrada se abstenha de praticar ou suspenda quaisquer atos de cobrança dos valores que cuida este processo, bem como, para que forneça Certidões Negativas, quando requeridas, até ulterior decisão deste juízo.*

**Oficie-se à CIEN - COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA S/A, no endereço constante da fl. 69, no sentido de que a mesma tome conhecimento de todos os termos da presente decisão."**

Note-se, em petição com pedido de urgência, datada de 10/04/2006, a Santana Têxtil requereu ao douto juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública que "seja determinada a imediata urgente notificação da CIEN, para que seja informada de que o tributo não pode ser exigido, tudo com o intuito de que a medida liminar tenha sua eficácia garantida". Sendo, prontamente, deferida a liminar requestada.

Na presente questão, concordo com o entendimento proferido pela Recorrente, às fls. 370, de que:

*"Com efeito, se a medida liminar – ainda em vigor – determinou expressamente que a SEFAZ-CE SUSPENDESSE E/OU SE ABSTIVESSE de empreender qualquer espécie de cobrança relativa à incidência de ICMS nas operações de venda de energia elétrica interestadual, a CIEN, na qualidade de substituta tributária, JAMAIS poderia faturar o ICMS oriundo da venda de energia elétrica referente ao contrato, posto que estaria infringindo decisão judicial!!*

*(...)Percebe-se, em verdade, e com a devida vênia do ilustre auditor fiscal responsável pela autuação ora combatida, que o que houve foi um equívoco na interpretação da medida liminar em vigor, porquanto se ter entendido que esta só geraria efeitos a partir da data da sua concessão quando, todavia, a decisão judicial suspendeu expressamente a exigibilidade de cobranças pretéritas relacionadas ao ICMS sobre venda interestadual de energia elétrica".*

Por sua vez, no que concerne ao Mandado de Segurança impetrado por TBM - Têxtil Bezerra de Menezes S/A e TBM S/A Indústria Têxtil, fls. 274/281, conforme infere-se da Certidão de fls. 102, este fora sentenciado nos seguintes termos:

***"CERTIFICA ainda que foi concedida a segurança requestada, através da Sentença de fls. 193/201, ratificando a liminar de fls. 153/156, com o fim específico de determinar à autoridade impetrada que se abstenha de cobrar das impetrantes o ICMS sobre a entrada de energia elétrica adquirida de outros estados, determinando a autoridade impetrada que assim proceda de forma definitiva"***

*In casu*, como visto, de igual modo, a Recorrente encontrava-se impedida de reter e recolher o ICMS da TBM S/A INDÚSTRIA TÊXTIL, sobretudo, como bem ressaltou, “à luz do Direito Penal (art. 330/331, do CP –desobediência e desacato)”.

Na espécie, entendo, que a aquisição de energia elétrica proveniente de operações interestaduais destinadas às operações de industrialização e comercialização não sofrem a incidência do ICMS, conforme preceitua o art. 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, abaixo transcrito:

*“Art. 3º - O imposto não incide:*

...

*III – operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização”*

Destaque-se, tal matéria possui amparo legal na Constituição Federal em seu art. 155, § 2º, inc. X, alínea b. Veja-se, *in verbis*:

*“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

*§2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte (...)*

*X – não incidirá: (...)*

*b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e **energia elétrica**”.*

Da leitura do dispositivo legal, supratranscrito, infere-se com clareza, que todas as empresas, que mediante operações interestaduais, adquirem energia elétrica para utilização como insumo em seu processo de industrialização, como é o caso das empresas TBM S/A Indústria Têxtil e Santana Têxtil S/A, adquirentes da CIEN, têm direito ao mesmo benefício da não incidência do ICMS.

Contudo, apesar de toda a legislação favorável ao entendimento de que o ICMS, nestes casos, não pode ser cobrado, pois amparado pelas normas supracitadas, a Autoridade Fiscal decidiu lavrar o presente Auto de Infração, elegendo como sujeito passivo, a empresa CIEN, ora Recorrente e terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária.



No caso vertente, por tudo que consta dos autos, extraio o entendimento, de que a Recorrente não pode figurar no polo passivo do presente processo.

Note-se, ainda, a Legislação Tributária Estadual possui normas que atribuem a responsabilidade ao contribuinte substituído, desde que não cumprida a obrigação tributária pelo contribuinte substituto, conforme se verifica do disposto no § 3º do art. 18 da Lei nº 12.670/96:

*Art. 18. (...)*

**§ 3º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, além de outras hipóteses previstas na legislação, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição exigido pela legislação tributária.**

O artigo anterior foi reproduzido no Dec. nº 24.569/1997 (RICMS), em seu art. 431, § 3º:

*Art. 431. (...)*

**§ 3º Além de outras hipóteses previstas na legislação, a substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição, ou quando o imposto não houver sido retido.**

Por fim, vem o artigo 437, § 1º do RICMS ratificar o entendimento:

Art. 437. O imposto devido por substituição tributária será recolhido nos seguintes prazos:

**§ 1º Na entrada de mercadoria oriunda de outro Estado, sem que haja sido feita a retenção do ICMS pelo estabelecimento remetente, caberá ao destinatário o pagamento do imposto devido, por ocasião da passagem no primeiro posto fiscal de entrada neste Estado.**

Na hipótese dos autos, impende salientar, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST é do próprio contribuinte, neste caso, da TBM S/A Indústria Têxtil e Santana Têxtil S/A, sendo, portanto, totalmente ilegítima a exigência tributária sobre a Recorrente.



*In casu*, considerando que da documentação constante do processo em apreço, observa-se, que as liminares deferidas foram todas no sentido de reconhecer o direito das impetrantes a não serem oneradas pelo ICMS, por estarem adquirindo energia elétrica da CIEN, face à não incidência do referido imposto na operação.

Considerando que, ao conceder a segurança para afastar a incidência do ICMS, as referidas decisões o fizeram não só para fatos geradores futuros, mas para todos os fatos geradores relativos aos objetos dos respectivos mandados de segurança.

Por fim, considerando o disposto no artigo 431, § 3º, cumulado com o art. 437, § 1º, todos do RICMS.

No caso concreto, entendo, que, sob o limiar da legislação processual vigente, art. 54, da Lei nº 12.732/97, há que se declarar a extinção do processo por ilegitimidade da parte, por entender que houve erro na eleição do sujeito passivo.

Eis a dicção do dispositivo acima indicado, *in verbis*:

*Art. 54. Extingue-se o processo:*

*I – Sem julgamento de mérito:*

*b) quando não ocorrer à possibilidade jurídica, a legitimidade da parte e o interesse processual;*

Em face do acima exposto, **VOTO**, pelo conhecimento do Recurso Voluntário interposto, dar-lhe provimento para modificar a decisão de Procedência, proferida em 1ª Instância, para declarar a **EXTINÇÃO** processual por ilegitimidade passiva, da Empresa Autuada.

É o Voto.



**DECISÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **CIE N COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA**, e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

**RESOLVEM** os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, para por maioria de votos, dar-lhe provimento, e em grau de preliminar, declarar a **EXTINÇÃO** processual, em razão de ilegitimidade passiva da Autuada, tendo como fundamento o que emana do § 1º do art. 437 do Decreto nº 24.569/1997, o qual dispõe com clareza que na hipótese da empresa remetente não ter efetuado a retenção do ICMS caberá ao destinatário o pagamento do imposto devido, nos termos do voto da Relatora, contrariamente ao Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Vencido o voto do Conselheiro Manoel Marcelo Augusto Marques Neto que se manifestou contrário à extinção, com base nos art. 14 e 19 da Lei nº 12.670/1996, conforme entendimento da Procuradoria Geral do Estado. A preliminar de extinção processual, em razão de decadência para o período de janeiro a março de 2006, com base no art. 150. parágrafo 4º do CTN, fora afastada, por voto de desempate da Presidência, na 57ª (quingüagésima sétima) Sessão Extraordinária, de 13 (treze) de junho de 2013 (dois mil e treze). Presente, para apresentação de defesa oral, o representante legal da autuada, Dr. Marcelo Ribeiro Cavini.

**SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 23 de dezembro de 2013.

Francisca Maria de Sousa  
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa  
Conselheiro

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto  
Conselheiro

Monica Figueiras Menescal  
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva  
Conselheiro

Annelme Magalhães Torres  
Conselheira

José Gonçalves Feitosa  
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente  
Conselheira Relatora

Pedro Eleutério de Albuquerque  
Conselheiro

Matteus Viana Neto  
Procurador do Estado