

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

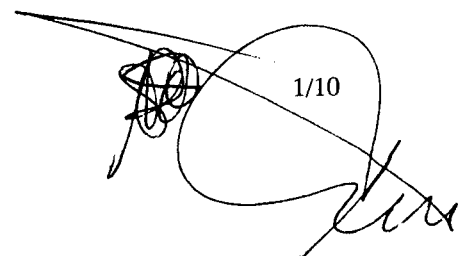
RESOLUÇÃO Nº. 160/2014
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
40ª SESSÃO AORDINÁRIA EM: 26/05/2017
PROCESSO Nº. 1/3258/2014
AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/201407253-4
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: TINTAS HIDRACOR S/A
AUTUANTES: ANTÔNIO ERIVAN MAIA DE ANDRADE E OUTRO
MATRICULA: 105815-1-6 E 032344-1-X
RELATORA: Conselheira Mônica Maria Castelo

EMENTA: 1. AI – CRÉDITO INDEVIDO DO IMPOSTO, decorrente da apropriação integral do ICMS, referente à energia elétrica, quando deveria ter efetuado o estorno, proporcional entre as saídas totais e as saídas para a ZFM. **2. Afastada preliminar de decadência,** com fundamentos na Súmula nº555 do STJ, devendo ser aplicado ao caso concreto, artigo 173, I c/c 149, IV e V do CTN. **3. Decisão amparada com base nos artigos 2º, &1º; 49, &2º,c; 54,I da Lei 12.670/96; artigos 111; 173,I,c c/c 149,IV,V do CTN; artigos 66,I; 698,&2º do Decreto 24.569/97. Penalidade prevista no art.123,II, “a”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03. 4. Defesa tempestiva. 5. Autuação PROCEDENTE nos termos do julgamento singular, ratificado pela PGE.**
PALAVRAS-CHAVES: ICMS INDEVIDO – CRÉDITO ENERGIA ELÉTRICA - ZFM .

RELATÓRIO

A presente autuação refere-se à LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS em decorrência da não realização de estorno. A fiscalização, durante o procedimento de auditoria fiscal, referente ao exercício de 2009, constatou que o contribuinte aproveitou créditos

1/10



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

de ICMS, referente à aquisição de energia elétrica, sem o devido estorno, na proporcionalidade entre as saídas totais e as saídas para a Zona Franca de Manaus.

Principal no valor de R\$30.237,96 e Multa de R30.237,96, perfazendo um crédito tributário no montante de R\$60.475,92.

Nas INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES ao AI, os auditores relataram que o contribuinte, TINTAS HIDRACOR S/A, CGF: 06.822.956-9, deu saídas de produtos destinados a Zona Franca de Manaus, operações estas beneficiadas com isenção, conforme determina artigo 698 do Decreto nº 24.569/97, e que referido artigo assegura a manutenção de crédito apenas de matéria-prima, materiais secundários e de embalagem, não contemplando, portanto, a manutenção do crédito de entradas de energia elétrica, devendo o mesmo ser estornado com base no artigo 66 do RICMS. Foram considerados infringidos os artigos 57,65,66,I e 698 do Decreto nº 24.569/97, com a penalidade prevista no artigo 123,II,"a", da Lei nº12.670/96, atualizada pela Lei nº13.418/2003.

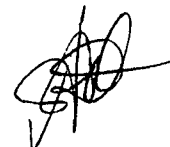
Encontram-se anexadas aos autos os documentos descritos na Informação Complementar e relacionados às fls 76 do julgamento monocrático.

Tempestivamente, a empresa apresentou IMPUGNAÇÃO, alegando, preliminarmente a DECADÊNCIA, nos termos do artigo 150, &4º do CTN, referente ao período de 01/01/2009 a 27/08/2009; que haja a suspensão da exigibilidade do montante discutido no curso do julgamento do processo; que a Zona Franca de Manaus tem tratamento equiparado às exportações, conforme jurisprudências anexadas; que, com base no princípio da eventualidade a penalidade a ser aplicada, caso a autuação seja procedente, seria a do artigo 878, II, a do RICMS/CE. Por fim, requer a improcedência, ou a redução da penalidade para 1% e provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, inclusive por diligências e perícias.

A julgadora de 1ª Instância, após analisar cada pleito feito pela defesa, entendeu pela procedência da ação fiscal.

Em sede de Recurso Ordinário, a Recorrente solicitou intimação prévia para proferir sustentação oral e renovou todos os pedidos feitos em sua peça impugnatória.

A Assessoria Processual Tributária acatou parcialmente o entendimento singular e, com a devida fundamentação entendeu pela parcial procedência do feito fiscal.



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

O Douto Procurador discordou parcialmente do Parecer da Assessoria por entender que o mesmo está em desacordo com a Súmula 555 do STF, devendo ser aplicado no caso em tela o artigo 173, I do CTN c/c artigo 149 do mesmo diploma legal.

Na apresentação de seus Memoriais, a defesa do contribuinte argumentou no sentido de renovar as teses da decadência; do tratamento equiparado às exportações, quando da venda de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, permitindo o aproveitamento do crédito e, do princípio da eventualidade, pela cobrança de penalidade mais branda.

Na 40ª Sessão Ordinária, no dia 26/05/2017, no início da sessão, após efetuado o relato do processo, foram apresentadas as conclusões decorrentes do pedido de vista do Conselheiro José Diego Martins de Oliveira e Silva, feito na 23ª sessão ordinária, de 05/04/2017 e ouvidas as partes processuais. Em ato contínuo, a 2ª Câmara de Julgamento do CRT, resolveu, deliberar nos seguintes termos, ficando assim decidido, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e, com relação às matérias discutidas:

Com referência ao pedido de decadência do direito do Fisco de constituir crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2009 a 27/08/2009, nos termos do art. 150, § 4º do CTN – Afastado, por voto de desempate da Presidência, com fundamento na Súmula 555 do STJ, devendo no caso concreto, se aplicar o art. 173, I, do CTN, combinado com o art. 149 do mesmo diploma legal. Foram votos vencidos, favoráveis a decadência, os Conselheiros José Diego Martins de Oliveira e Silva, Anneline Magalhães Torres e Agatha Louise Borges Macedo.

Em relação ao pedido de reenquadramento da penalidade aplicada para a prevista no art. 126, caput, da Lei nº 12.670/96 – Foi afastado por unanimidade de votos, considerando que não se aplica o art. 126, da Lei 12.670/96, para as infrações decorrentes de crédito indevido.

Por ocasião da votação relativa ao mérito, foi verificado empate e a Senhora Presidente, na forma do art. 59, § 4º do Regimento Interno do Conselho de Recursos Tributários, sobrestou o julgamento do processo, a fim de proferir voto de desempate no prazo que lhe é conferido. Foi apurada a seguinte votação: Os Conselheiros Mônica Maria Castelo (relatora), Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior e Francisco Wellington Ávila Pereira votaram pela procedência da autuação, confirmando a decisão singular, tendo em vista que não existe previsão legal na legislação estadual, para a manutenção dos créditos de energia elétrica nas saídas para a Zona Franca de Manaus, visto que o art. 698, §2º do RICMS só permite a manutenção do crédito para matéria-prima, material de secundário e material de embalagem, e conforme o entendimento do representante da Procuradoria Geral do Estado, que concordou com os fundamentos do Parecer da



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Assessoria Processual Tributária, exceto em relação a decadência. Os Conselheiros José Diego Martins de Oliveira e Silva, Deyse Aguiar Lobo e Agatha Louise Borges Macedo votaram pela improcedência do feito fiscal, sob o entendimento de que a Zona Franca de Manaus deve ser equiparada à exportação, com base no Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 6.759/2009 e que a energia elétrica é considerada material secundário, nos termos do art. 698, §2º do RICMS.

Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Sávio Mourão de Oliveira. Ressaltamos que **o representante da parte abdicou do pedido de perícia** constante dos autos por considerá-lo desnecessário, tendo em vista que o processo trata de questão de direito. Ressaltamos ainda, que todos os argumentos trazidos nos memoriais apresentados pela parte, foram apreciados em sessão. Referido memorial, foi juntado aos autos, por determinação da Presidente da Câmara.

Na 51ª Sessão Ordinária do dia 03 de julho de 2017, a Sra Presidente leu os fundamentos do seu voto de desempate e decidiu pela PROCEDÊNCIA da autuação.

É o relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO

O Recurso Ordinário preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

O contribuinte, TINTAS HIDRACOR S/A, CGF: 06.822.956-9, foi autuado, referente ao exercício de 2009, por lançar crédito indevido de energia elétrica, em razão da não realização de estorno em operações de vendas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, no montante de R\$60.475,92 .

A defesa do contribuinte arguiu, preliminarmente, com base no artigo 150, §4º e 156 do CTN a decadência do direito do Fisco de lançar o crédito do ICMS do período de 01/01/2009 a 27/08/2009, posto que o auto de infração nº201407253-4 foi lavrado no dia 20/08/2014.

No intuito de dar maior robustez a sua linha de defesa, trouxe tanto doutrina, quanto jurisprudência nesse sentido, além de mencionar dispositivo do Decreto-lei nº288/67, regulamentado pelo artigo 454 do Decreto nº4.543/2002 (Regulamento Aduaneiro).



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A discussão referente ao tema decadência, que traz o questionamento sobre qual dispositivo do CTN aplicar, se o artigo 150, &4º e 156, ou se artigo 173, inciso I, fez com que o STJ uniformizasse sua jurisprudência sobre o tema, por meio da Súmula nº 555, publicada em 15/12/2015, nos seguintes termos:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma 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.

Apesar da publicação da citada Súmula, que, certamente foi editada com o intuito de afastar as controvérsias existentes, quando da aplicação das diferentes regras de contagem do prazo de decadência previstas no Código Tributário Nacional para a formalização do lançamento tributário, os posicionamentos não foram de todos modificados e a discussão acerca da temática permanece.

No caso em tela, em que o contribuinte fez sua apuração do imposto devido, com base em seus lançamentos de crédito e débito, interpretando equivocadamente a legislação, pois que no mérito saíu vencido, conforme iremos detalhar mais a frente, entendemos que não cabe a tese da aplicação do artigo 150, &4º e 156 do CTN.

No artigo 149, inciso IV do citado diploma legal, consta a determinação de que o lançamento do imposto é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa, o Fisco, portanto, quando se comprove qualquer OMISSÃO quanto a qualquer elemento de declaração obrigatória; ou ainda, nos termos do inciso V, quando se comprove qualquer omissão ou inexatidão, por parte do contribuinte, no exercício da atividade de lançamento por homologação, prevista no artigo seguinte, 150, portanto.

Quando o contribuinte é obrigado, nos termos dispostos em lei, a exercer a atividade de apuração do imposto devido e não o faz corretamente, está incorrendo em omissão ou inexatidão de informações e valores que resultarão em recolhimento a menor do imposto devido.

Cabe, portanto, à autoridade administrativa, nos termos do artigo 173, inciso I, o direito de constituir o crédito tributário que foi omitido, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não foi. Assim, como se trata de fiscalização do exercício de 2009, o direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário se iniciou em 1º de janeiro de 2010, finalizando em 31 de dezembro de 2014. Portanto, como o auto de infração nº 201407253-4 foi lavrado em 20/08/2014, permanece o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário.



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

No momento da votação dessa preliminar, por parte dessa Câmara, ocorreu o empate, levando a Presidente reter o processo para proferir seu voto posteriormente.

A Sra Presidente votou no sentido de afastar a decadência, aplicando a Súmula nº555 do STJ e, por conseguinte o artigo 173, I do CTN.

Com relação ao mérito, determinou o artigo 698 do Decreto nº24.569/97 que as saídas de produtos industrializados, seja para comercialização, seja para industrialização na Zona Franca de Manaus, serão isentas de ICMS. Vê-se, portanto que o RICMS, nos termos dispostos, tornou as saídas para a Zona Franca de Manaus em operações sem débito do imposto.

De acordo com a regra contida na Lei nº12.670/96, artigo 54, inciso I, o sujeito passivo deverá realizar o estorno do ICMS, de que tiver se creditado, sempre que a mercadoria entrada for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada. Portanto, mesmo naquelas situações previstas na legislação tributária, onde se admite, com base no princípio da não cumulatividade, bem como no da legalidade, que o contribuinte se credite do imposto, este deverá ser estornado, como exceção a regra, nos casos explicitados pela própria lei.

Os comandos legais transcritos acima parecem ser muito claro, não comportando grandes dificuldades de entendimentos. Quando ocorrerem saídas não tributadas, o imposto ao qual o contribuinte se creditou deverá ser estornado.

Com relação a ZFM, o entendimento do contribuinte é que essas saídas se equiparam às saídas para o exterior, assim poderia se valer da previsão contida na Lei nº 12.670/96, artigo 49, &2º, inciso I, letra 'c', que admite o crédito de energia elétrica, quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais.

Novamente nos valendo do CTN, artigo 111, cujo dispositivo dispõe acerca da literalidade na interpretação da legislação tributária, quando: I- ocorrer suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção e III- dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Este artigo contém uma exceção às regras de hermenêutica, onde o legislador determinou o uso da literalidade, ou da interpretação gramatical para se conceder, por exemplo, a isenção. Dessa forma, quando a lei não determinar expressamente uma isenção de obrigações tributárias, não será possível, nem aceitável o uso da analogia ou interpretação extensiva do conteúdo da norma.

É como base nesse preceito que entendemos que a norma contida na Lei nº 12.670/96, artigo 49, &2º, inciso I, letra 'c', incorporado ao Decreto nº 24.569/97, no artigo



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

60, &11, que admite o crédito de energia elétrica, é taxativa para os casos ali dispostos. Não comportando, portanto, a inclusão de um item a mais, por critério de equiparação, que no nosso entendimento só seria possível com o exercício da interpretação extensiva.

Entendemos que de fato esse foi o desejo do legislador: não admitir o creditamento do ICMS energia elétrica nas saídas para a ZFM, posto que o artigo 698 , &2º do Decreto nº 24.569/97, assegurou a isenção do ICMS nas saídas de mercadorias para a ZFM e restringiu a manutenção dos créditos referentes exclusivamente às entradas das matérias-primas, materiais secundários e de embalagem. Não contemplou, portanto, a manutenção dos créditos das entradas da energia elétrica, devendo os mesmos serem estornado com base no artigo 66,I desse mesmo diploma legal.


Vejamos que o legislador abriu a exceção na manutenção dos créditos referentes aos insumos, devidos nas categorias matérias-primas, materiais secundários e de embalagem. A energia elétrica não se enquadra em nenhuma dessas categorias, posto que é, em termos contábeis custo indireto de fabricação. Para efeito de incidência do ICMS, é mercadoria, nos exatos termos do artigo 2º, &1º da Lei nº 12.670/96. A legislação tributária tem, portanto um tratamento diferenciado com relação a energia elétrica, não se enquadrando nas hipóteses previstas no artigo 698, &2º do Decreto nº 24.569/97.

Com relação ao pedido da parte de reenquadramento de penalidade para o artigo 126, parágrafo único da Lei nº 12.670/96, entendemos não ser cabível sua aplicação ao caso em tela, posto que não se enquadra em nenhuma das operações e prestações descritas em seu Caput e por conseguinte, no parágrafo único.

Para as infrações decorrentes de creditamento indevido há penalidades específicas previstas na Lei nº 12.670/96, artigo 123, II, 'a'; e que, no entendimento dessa Câmara foi corretamente o utilizado pela autuação.

Quanto ao pedido de perícia, conforme já registrado na ATA da 40ª Sessão Ordinária, de 26/05/2017, o representante legal da parte abdicou desse direito, considerando a perícia desnecessária, por se tratar de questões de direito.

Ex positis, voto por conhecer do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, confirmando a decisão proferida em 1ª Instância, pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal, com a qual concordou o representante da Procuradoria Geral do Estado, contrário, portanto ao Parecer da Assessoria Processual Tributária, que entendeu pela parcial procedência. Tudo nos termos desta relatoria.

 7/10

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

É o VOTO.

DEMONSTRAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS R\$30.237,96

MULTA R\$30.237,96

TOTAL R\$60.475,92

DO VOTO

DA DECISÃO

VOTO DE DESEMPATE: (Processo nº 1/3258/2014 - AI: 201407253 - TINTAS HIDRACOR S/A - Relatora: MÔNICA MARIA CASTELO) - Aos 03 (três) dias do mês de julho do ano 2017 (dois mil e dezessete), às 8h 30min. (oito horas e trinta minutos), foi aberta a 51ª (quingüagésima primeira) Sessão Ordinária da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, sob a Presidência da Dra. Antônia Helena Teixeira Gomes. Presentes à Sessão os Conselheiros representantes da Secretaria da Fazenda: Mônica Maria Castelo, Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior e Francisco Wellington Ávila Pereira; os Conselheiros representantes das classes empresariais: Agatha Louise Borges Macedo, Deyse Aguiar Lobo e Pedro Jorge Medeiros. Também presente, o representante da Procuradoria Geral do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade. A Sra. Presidente, nesta data, sintetizou os fundamentos de sua decisão pela procedência da autuação e fez a entrega do voto de desempate referente ao processo em epígrafe, para que passe a integrar a respectiva resolução, que grafará a seguinte **Decisão: Deliberações ocorridas na 23ª Sessão Ordinária, de 05 de abril de 2017:** "A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para decidir nos seguintes termos: 1. Com referência ao pedido de decadência do direito do Fisco de consti-



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT


tuir crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2009 a 27/08/2009, nos termos do art. 150, § 4º do CTN - Afastado, por voto de desempate da Presidência, com fundamento na Súmula 555 do STJ, devendo no caso concreto, se aplicar o art. 173, I, do CTN, combinado com o art. 149 do mesmo diploma legal. Foram votos vencidos, favoráveis a decadência, os Conselheiros José Diego Martins de Oliveira e Silva, Anneline Magalhães Torres e Agatha Louise Borges Macedo." Deliberações ocorridas em na 40ª Sessão ordinária, em 26 de maio de 2017 - Efetuado o relato do processo, apresentadas as conclusões decorrentes do pedido de vista do Conselheiro José Diego Martins de Oliveira e Silva (23ª sessão ordinária, 05/04/2017) e ouvidas as partes processuais, a 2ª Câmara de Julgamento do CRT, resolve, deliberar nos seguintes termos: 1. Em relação ao pedido de reenquadramento da penalidade aplicada para a prevista no art. 126, caput, da Lei nº 12.670/96 - Foi afastado por unanimidade de votos, considerando que não se aplica o art. 126, da Lei 12.670/96, para as infrações decorrentes de crédito indevido. 2. No mérito, por voto de desempate da Presidente, lido na 51ª Sessão Ordinária (03/07/2017), a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o entendimento do representante da Procuradoria Geral do Estado. Foi apurada a seguinte votação: Os Conselheiros Mônica Maria Castelo (relatora), Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior e Francisco Wellington Ávila Pereira votaram pela procedência da autuação, confirmando a decisão singular, tendo em vista que não existe previsão legal na legislação estadual, para a manutenção dos créditos de energia elétrica nas saídas para a Zona Franca de Manaus, visto que o art. 698, §2º do RICMS só permite a manutenção do crédito para matéria-prima, material de secundário e material de embalagem, e conforme o entendimento do representante da Procuradoria Geral do Estado, que concordou com os fundamentos do Parecer da Assessoria Processual Tributária, exceto em relação a decadência. Os Conselheiros José Diego Martins de Oliveira e Silva, Deyse Aguiar Lobo e Agatha Louise Borges Macedo votaram pela improcedência do feito fiscal, sob o entendimento de que a Zona Franca de Manaus deve ser equiparada à exportação, com base no Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 6.759/2009 e que a energia elétrica é considerada material secundário, nos termos do art. 698, §2º do RICMS. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Sávio Mourão de Oliveira. Ressaltamos que o representante da parte abdicou do pedido de perícia constante dos autos por considerá-lo desnecessário, tendo em vista que o pro-

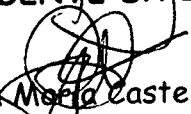


CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

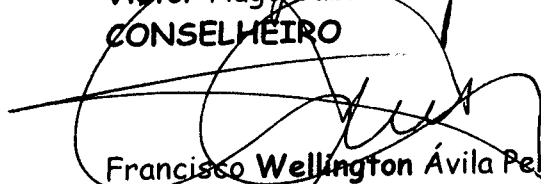
cesso trata de questão de direito. Ressaltamos ainda, que todos os argumentos trazidos nos memoriais apresentados pela parte, foram apreciados em sessão. Referido memorial, foi juntado aos autos, por determinação da Presidente da Câmara.

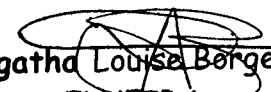
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 22 de 08 de 201 .

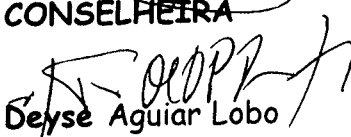

Antônia Helena Teixeira Gomes
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA



Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA


Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior
CONSELHEIRO

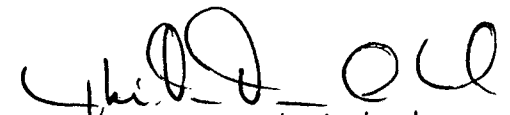

Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Agatha Louisa Borges Macêdo
CONSELHEIRA


Deyse Aguiar Lobo
CONSELHEIRA


José Diego Martins de Oliveira e Silva
CONSELHEIRO

Ciente: _____


Ubiratã Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADOxz