



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 211 /2016

52ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23.03.2016

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/0521/2015

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2015.01327-4

AUTUANTE: MARIA ÂNGELA MARQUES E OUTROS

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: CARMEHIL – COMERCIAL ELÉTRICA LTDA

RELATORA ORIGINÁRIA: CONSELHEIRA ANNELINE MAGALHÃES TORRES

RELATOR DESIGNADO: CONSELHEIRO FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. NULIDADE, posto que o Auditor Fiscal ao detectar que o contribuinte procedera ao crédito de ICMS-ST motivado pelo erro do agente fiscal que classificou os produtos de informática como sendo sujeitos à antecipação tributária não poderia ter promovido a autuação de plano, mas ter concedido ao contribuinte o direito à espontaneidade, constituindo-se, em exceção à regra, quando a ação fiscal tenha sido formalizada mediante Termo de Início Fiscalização. Amparo legal. Art. 53 do Decreto nº 25.468/99. Recurso de reexame necessário conhecido e não provido. Confirmada, por maioria de votos, a decisão declaratória de NULIDADE exarada em 1ª Instância. Em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Descreve a peça basilar:

CRÉDITO INDEVIDO DECORRENTE DA ENTRADA DE MERCADORIAS ISENTAS, NÃO TRIBUTADAS OU EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

A empresa lançou a crédito e aproveitou o ICMS relativo a produtos de informática sujeitos à substituição tributária, referente ao período de fevereiro/2013 a novembro/2013, conforme Informações Complementares em anexo”.

Dispositivo infringido: Art. 65, VI do Decreto nº 24.569/97 e art. 1º do Decreto nº 31.066/2012..
Penalidade: Art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Crédito Tributário: ICMS 42.282,36; MULTA R\$ 42.282,36

Nas informações complementares de fls. 03 a 12, o agente fiscal esclareceu que o contribuinte lançou a crédito o ICMS antecipado pago, tratando de forma normal, produto que, na realidade, tinha seu regime de recolhimento como substituição tributária, ou seja, aproveitou o crédito de ICMS de origem dos produtos destacados na nota fiscal, bem como o crédito do ICMS antecipado pago em relação aos produtos de informática, tratamento este em desacordo com a legislação estadual.

Instruem os autos: Mandado de Ação Fiscal nº 2014.25119 (fls. 13); Termo de Início de Fiscalização nº 2014.23538 e anexo (fls. 14/17); Termo de Intimação nº 2014.28296 e anexo (fls. 19/23); Comunicação da empresa (fls. 25 a 27); Termo de Intimação nº 2014.30055 e anexo (fls. 52/54); Mandado de Ação Fiscal nº 2014.07306 (fls. 59); Termo de Início de Fiscalização nº 2014.06302 (fls. 60) e Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2015.01400 (fls. 66).

A autuação está embasada na documentação apensada às fls. 68 a 121 dos autos.

O contribuinte apresentou tempestivamente impugnação ao lançamento pugnando pela nulidade da autuação tendo em vista que esta decorreu do entendimento do agente fiscal ao classificar os produtos adquiridos como sendo sujeitos à antecipação quando na realidade eram sujeitos à substituição tributária, conforme fls. 133 a 138 dos autos. A defesa está embasada na documentação de fls. 140 a 530 dos autos.

Em primeira Instância, o Julgador Singular declarou a **NULIDADE** do Auto de Infração com fundamento no art. 146 do CTN, que não permite a revisão do lançamento em função da modificação introduzida de ofício nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa, conforme fls. 531 a 537 dos autos.

A Consultoria Tributária por meio do Parecer nº 62/2016 (fls. 542 a 544) recomendou a manutenção da decisão singular que declarou a nulidade da autuação. A douta Procuradoria Geral do Estado adotou referido parecer, conforme despacho de fls. 545.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima nominado, lançou e se aproveitou de crédito de ICMS decorrente da aquisição de produtos de informática que estão sujeitos ao regime de substituição tributária, no montante de R\$ 42.282,36 (quarenta e dois mil duzentos e oitenta e dois reais e trinta e seis centavos), nos períodos de fevereiro de 2013 a novembro de 2013.

Os produtos de informática estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme o Decreto nº 31.066/2012, in verbis:

Dispõe sobre o regime de substituição tributária com carga líquida do ICMS nas operações com produtos de informática, na forma disposta na Lei nº 13.418, de 20 de dezembro de 2003 e Lei 14.237, de 10 de novembro de 2008, e dá outras providências.

Art. 1º. Os estabelecimentos enquadrados nas atividades econômicas indicadas no Anexo I (Indústria e Comércio Atacadista) e Anexo II (Comércio Varejista) deste Decreto, ficam responsáveis, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido nas operações subsequentes, até o consumidor final, quando da saída do estabelecimento industrial, ou, quando da entrada da mercadoria neste Estado ou no estabelecimento de contribuinte, conforme o caso.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput deste artigo, será:

a) considerado apenas a Classificação Nacional de Atividade Econômico-Fiscal (CNAE-Fiscal) principal do estabelecimento;

b) aplicado a todo estabelecimento, em relação aos produtos de informática que produza ou comercialize, relacionados em Ato do Secretário da Fazenda. (original sem destaque).

O Secretário da Fazenda em cumprimento à alínea b do parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 31.066/2012 editou a Instrução Normativa nº 04/2013 por meio da qual especificou os produtos de informática a que estarão sujeitos à substituição tributária e obrigatório para todo e qualquer estabelecimento, independentemente da atividade econômica.

No que pese a existência de regulamentação quanto à classificação de alguns produtos adquiridos pela autuada como sujeitos à substituição tributária, o agente do Fisco, equivocadamente, classificou os produtos quando da passagem pelo Posto Fiscal de Divisa como sendo sujeitos à Antecipação Tributária.

O contribuinte não questionou o procedimento adotado pelo agente, posto que efetuou o recolhimento do ICMS antecipado e levou para a apuração normal, posto que este é o procedimento que deve ser adotado, consoante disciplinado pela legislação tributária estadual, especificamente os arts. 770 e 771 do Decreto nº 24.569/97.

Vejamos os motivos da autuação que estão explicitados nas Informações Complementares:

Durante a análise dos lançamentos efetuados em relação aos produtos de



informática comercializados pela empresa, quando da entrada dos mesmos no estado do Ceará, essa equipe de fiscalização detectou, através dos Sistemas Cometa e Sitran, que alguns produtos estavam sendo classificados como sujeitos a ICMS antecipado, em detrimento ao seu correto enquadramento que seria ICMS/ST Carga Líquida, conforme o disposto no Decreto nº 31.066/2012.

Nestes casos, o contribuinte por sua vez, passava a lançar a crédito o ICMS antecipado pago, tratando de forma normal, o produto que, na realidade, tinha seu regime de recolhimento como Substituição Tributária, ou seja, aproveitou o crédito do ICMS de origem de produtos destacados na nota fiscal, bem como o crédito do ICMS antecipado pago em relação aos referidos produtos de informática, tratamento este em desacordo com a legislação estadual.

No entanto, quando a Fiscalização de Trânsito enquadrava o produto de informática como Substituição Tributária, a empresa não lançava à crédito o ICMS destacado na Nfe e nem lançava a débito, quando da saída do referido produto, ou seja, um mesmo produto, com o mesmo número de código, ora era classificado como de tributação antecipada, ora como carga líquida ST.

Pois bem! O contribuinte agiu de acordo com a classificação tributária dos produtos, realizada pelo agente fiscal quando da passagem pelo Posto Fiscal de Dívida. Na verdade, o agente fiscal induziu o contribuinte ao erro.

Assim, quando o Auditor Fiscal detectou que o contribuinte procedera ao crédito de ICMS-ST motivado pelo erro do agente fiscal que classificou os produtos de informática como sendo sujeitos à antecipação tributária não poderia ter promovido a autuação de plano.

Mesmo em se tratando de ação fiscal iniciada mediante a lavratura de Termo de Início de Fiscalização com a consequente cessação ao direito à espontaneidade, a presente hipótese pode ser classificada com exceção à regra, posto que o contribuinte não poderia ser prejudicado por ato da Administração Tributária.

Indaga-se. Onde está o erro da Administração? O erro da Administração está no momento em que o agente fiscal classificou alguns produtos como sendo sujeitos à antecipação tributária quando na realidade eram sujeitos à substituição tributária. Ora, sendo as mercadorias sujeitas à antecipação estas dão direito a crédito ao contribuinte, enquanto que na hipótese de substituição tributária não há direito a crédito. Como houve a classificação pelo fiscal no regime de antecipação com o seu consequente pagamento, nada mais justo e legal a apropriação do crédito incidente na operação. E este foi o procedimento adotado pelo contribuinte.

E como sanar a irregularidade motivada pelo agente do Fisco? A meu ver somente há uma solução justa, qual seja, a intimação do contribuinte de que houve uma classificação equivocada por parte do agente fiscal quando da passagem das mercadorias pelo Posto Fiscal de Dívida (antecipação) quando o regime tributário correto seria de substituição tributária, devendo, portanto, estornar os créditos de ICMS Antecipado lançados e aproveitados.

Caso o contribuinte não atendesse à intimação, aí sim, estaria a Administração autorizada a proceder ao lançamento com imposição de penalidade, inclusive.

No entanto, este não foi o caminho trilhado pela Auditoria Fiscal, que, mesmo reconhecendo o erro do agente fiscal no Posto de Dívida não propiciou ao contribuinte o direito de sanar

espontaneamente a irregularidade resultante do equívoco da Administração.

Esta é a causa da nulidade do lançamento.

Não há que se falar em nulidade decorrente da mudança de critérios jurídicos, pois estes decorrem mudança de interpretação da legislação tributária, podendo classificar-se como erro de direito, o que não ocorreu no presente caso.

No caso que se cuida, há uma lista expressa classificando os produtos segundo o regime de recolhimento, conforme a IN nº 04/2013, que foi inobservada pelo agente fiscal. O erro do agente público não faz surgir um direito para o contribuinte, apenas, o põe salvo da imposição de multa.

Dessa forma, como não assegurado ao contribuinte o direito de sanar a irregularidade, forma espontânea, posto a infração foi motivada por equívoco do agente fiscal, declaro nulo o presente auto de infração, conforme o §3º do art. 53 do Dec. nº 25.468/1999:

Art. 53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

Diante do exposto, voto para que se conheça do recurso de reexame necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de **NULIDADE** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do relator em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **CARMEHIL COMERCIAL ELÉTRICA LTDA**

A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, **RESOLVE**: 1. Com relação à nulidade processual com entendimento de que, *in casu*, houve mudança de critério jurídico, nos termos dos fundamentos expendidos na decisão singular. Submetida à deliberação, aderiram à nulidade os Conselheiros: Anneline Magalhães Torres, André Arraes de Aquino Martins e Vanessa Albuquerque Valente. Votos vencidos, contrários à nulidade em apreciação, trilhando na mesma linha do entendimento manifestado em sessão pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, os Conselheiros: Francisco José de Oliveira Silva, Ana Mônica Filgueiras Menescal, Alexandre Mendes de Sousa e Manoel Marcelo Augusto Marques Neto. 2. Com relação à nulidade levantada em sessão com fulcro no entendimento de que na hipótese dos autos deveria ter sido ofertado à empresa um **Termo de Intimação** para que esta pudesse gozar dos benefícios da espontaneidade. Preliminar acatada por maioria de votos, nos termos da manifestação oral em sessão do Douto representante da Procuradoria Geral do Estado e do voto do Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva, o qual ficou designado para lavrar a respectiva resolução, por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor. Registra-se que o Procurador do Estado também se manifestou no sentido de que em homenagem ao princípio da celeridade processual, nesta singular situação, em que visivelmente gravita vício formal com condão de nulificar o presente processo, não seria o caso de, após afastada a preliminar sugerida pela consultoria retornar os autos à instância “a quo”. Vencido o voto da Conselheira Anneline Magalhães Torres (Relatora Originária) que afastou a nulidade nos seguintes termos: “Afasto o fundamento da nulidade suscitada por entender que a Administração não pode promover a alteração do lançamento depois de satisfeita a obrigação com fundamento em erro de direito ou um novo critério jurídico, por isso incabível Termo de Intimação”. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro José Gonçalves Feitosa.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de 07 de 2016

Francisca Marta de Sousa

PRESIDENTE

P/R Alexandre Mendes de Sousa

CONSELHEIRO

P/R Anneline Magalhães Torres

CONSELHEIRA

Francisco José de Oliveira Silva

CONSELHEIRO RELATOR

Vanessa Albuquerque Valente

CONSELHEIRA

P/R Ana Mônica Filgueiras Menescal

CONSELHEIRA

José Gonçalves Feitosa

CONSELHEIRO

P/R Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

CONSELHEIRO

P/R André Arraes de Aquino Martins

CONSELHEIRO

Matheus Viana Neto

PROCURADOR DO ESTADO