



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO n.º 295 /2010

1ª CÂMARA

SESSÃO: 25/05/2010

PROCESSO Nº: 1/2251/2008

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200806379

AUTUANTE: MARCELO JOSÉ GURGEL DE AQUINO

RECORRENTE: DANIDAY SUPERMERCADOS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: LÚCIO FLÁVIO ALVES

REVISOR: CÍCERO ROGER MACEDO GONÇALVES

EMENTA: - ICMS. ATRASO DE RECOLHIMENTO. O contribuinte deixou de recolher o ICMS substituição tributária por entrada. Empresa cadastrada no CNAE 5212-4/00 – supermercado. Aplicação do Decreto n. 28.266/2006. Liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, consoante o talhado no art. 151, V, do CTN. Agente autuante apresenta provas da infração tributária, por sua vez o contribuinte não apresenta contra prova do trabalho realizado. Decisão **PARCIAL PROCEDENTE** com fulcro no art. 42, §, 1º, III, do Dec. 25.468/99. Penalidade talhada no art. 123, I, "d", da Lei n. 12.670/96, alterado pela Lei n. 13.418/03. Recurso voluntário conhecido e provido em parte, nos termos do voto do relator e manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

Processo nº 1/2251/2008

Auto de Infração nº 1/200806379

Julgamento: 25/05/2010

Relator: LUCIO FLAVIO ALVES.

DANIDAY SUPERMERCADOS LTDA

1



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RELATÓRIO

Relata o Auto de Infração que originou o presente processo que foi constatado que o contribuinte deixou de recolher o ICMS substituição tributária por entradas referente aos meses de outubro a dezembro de 2006, no valor de R\$ 32.639,82 (trinta e dois mil e seiscentos e trinta e nove reais e oitenta e dois centavos).

Nas informações complementares foi ratificado o relato do auto de infração, sendo acrescentado que os referidos valores de ICMS não recolhidos foram encontrados a partir do confronto entre os valores calculados do ICMS substituição por entradas e os valores efetivamente recolhidos presentes nos relatórios do sistema Receita Sefaz.

Aduz, ainda, que nos valores dos referentes aos cálculos do ICMS substituições por entradas estão também somadas os valores do referido ICMS calculado quando da entrada interestadual das mercadorias (presentes no sistema Cometa Sefaz), uma vez que os relatórios do sistema receita sefaz apresentam os valores arrecadados pelo total dessas duas rubricas.

Ademais, foi aditado que os valores de ICMS calculados em um mês só serão recolhidos no mês subsequente. No que se refere aos valores de ICMS calculados quando da entrada interestadual (sistema cometa sefaz) cabe esclarecer: 1- quando o contribuinte é credenciado (grafado no selo de trânsito como CRED C) o ICMS calculado só é recolhido no mês subsequente à entrada; 2. Quando o contribuinte não é credenciado (grafado no selo de trânsito como NOR IPG) o ICMS calculado é recolhido no momento da entrada interestadual; 3. Quando a transportadora é

Processo nº 1/2251/2008

Auto de Infração nº 1/200806379

DANIDAY SUPERMERCADOS LTDA

Julgamento: 25/05/2010

Relator: LUCIO FLAVIO ALVES.

2



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

credenciada (grafado no selo de trânsito como CRED T) a mercadoria só é liberada pela transportadora após o pagamento do ICMS pelo contribuinte, o que geralmente ocorre no próprio mês da entrada. Todas essas situações estão contempladas nos relatórios de cálculo anexos, uma vez que o contribuinte em alguns momentos esteve sem credenciamento junto à SEFAZ, recolhendo por isso o ICMS no momento da entrada interestadual ou mesmo através do credenciamento das transportadora.

Constam dos autos a Ordem de Serviço n. 2008.01156, o Termo de Início de Fiscalização n. 2008.01035, o Termo de Conclusão de Fiscalização n. 2008.12458, cópia do livro registro de entradas, as planilhas com os cálculos do ICMS substituição tributária por entradas, copias da consulta arrecadação total por CGF, recibo de devolução de livros e documentos fiscais.

Irresignada com a lavratura do auto de infração a empresa autuada ingressa com impugnação nos seguintes argumentos:

- A ACESU – Associação Cearense de Supermercados impetrou mandado de Segurança n. 2006.0030.5199-4 com pedido de Liminar no sentido de impor as regras tributárias estabelecidas na CF/88, desconsiderando o previsto no regulamento do ICMS – Decreto 24.569/97, onde determina que o crédito do ICMS esteja limitado ao ICMS destacado no documento de origem, ou seja, o comércio varejista só deve se creditar dos 10%(dez por cento) destacados nas NFs dos fornecedores beneficiados por Termo de Acordo, baseados na 13.025/2000;
- Ocorre que na data de 20.06.2007 o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará concedeu liminar determinando à autoridade coatora que ordene a apropriação integral do crédito de ICMS pelas substituídas tributárias, tenha ou não se aplicado a técnica da redução da base de cálculo nas operações precedentes, bem como ainda que se abstenha de adotar quaisquer reprimendas administrativas em razão desse fato;



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

- Com fulcro no art. 32 da Lei n. 12.732/97, tem-se que a autuação fiscal é nula de plano direito, não podendo gerar daí direito e obrigações, posto estar a autoridade autuante impedida por expressa e direta vedação legal, que se consubstancia na ordem de se abster em autuar a contribuinte por ter a mesma se creditado integralmente do ICMS em operações por substituição tributária;
- Por fim, requer a nulidade do processo.

O processo na Instância Singular foi decidido pelo **juízo** n. **2765/09** pela procedência da autuação.

A empresa inconformada com a decisão singular apresenta recurso voluntário alegando basicamente os mesmos pontos da peça impugnatória, com destaque para:

- Nulidade do processo em razão de liminar em mandado de segurança n. 2006.0030.5199-4, determinando à autoridade coatora que ordene a apropriação integral do crédito de ICMS pelas substituídas tributárias, tenha ou não se aplicado a técnica da redução da base de cálculo nas operações precedentes, bem como ainda que se abstenha de adotar quaisquer reprimendas administrativas em razão desse fato, devendo cada autoridade envolvida no processo adotar as medidas condizentes com suas respectivas atribuições funcionais.

O processo foi encaminhado a Consultoria Tributária onde foi emitido parecer pela **PROCEDÊNCIA** do lançamento o qual foi referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o relatório



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

VOTO

O presente processo tem como motivo à falta de recolhimento do ICMS em razão do contribuinte deixar de recolher o ICMS substituição tributária por entradas referente aos meses de outubro a dezembro de 2006, no importe de R\$ 32.639,82 (trinta e dois mil e seiscentos e trinta e nove reais e oitenta e dois centavos).

Em primeiro plano, esclareça que a empresa Daniday Supermercados Ltda, CGF 06.197075-1, tinha CNAE principal 5212400 comércio varejista de mercadorias em geral.

Convém trazer os caso o disciplinado no art. 1º, e 5ª do Dec. n. 28.266, de 05 de junho de 2006, assim expresso:

“ Art.1º.Os estabelecimentos enquadrados no elenco de Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE's-Fiscais), abaixo relacionadas, ficam responsáveis, na condição de contribuinte substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto sobre Operação relativas à Circulação de mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação(ICMS) devido sobre as operações subseqüentes, com mercadorias oriundas de operações internas, interestaduais e de importação do exterior:

- I- 5211-6/00 (Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios, com área de venda superior a 5.000 metros quadrados- hipermercados);**
- II- 5212-4/00 (Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios, com área de venda entre 300 e 5.000 metros quadrados-supermercados;**



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

- III- 5212-2/01 (Minimercados);
IV- 5213-2/02 (Mercarias e armazéns-varejista).

Art.5º- a base de cálculo do ICMS é:

- I- nas operações internas, o valor constante do documento fiscal respectivo, incluídos os valores do IPI, frete e carreto, seguro e outros encargos transferidos ao destinatário, acrescido do percentual de 18% (dezoito por cento);
II- nas operações de entradas interestaduais, o valor constante do documento fiscal respectivo, incluídos os valores do IPI, frete e carreto, seguro e outros encargos transferidos ao destinatário, acrescido do percentual de 25%(vinte e cinco por cento)".

Quanto a liminar concedida no Mandado de Segurança n. 2006.0030.5199-4, impetrado pela ACESU - Associação Cearense de Supermercados, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, importante trazer a doutrina de Ricardo Alexandre sobre o assunto:

" É possível, por exemplo, que seja concedida uma liminar em mandado de segurança mesmo antes da constituição do crédito. Nesse caso, a jurisprudência tem afirmado que a autoridade fiscal não fica impedida de realizar o lançamento, pois o que a liminar suspende é a exigibilidade do crédito e não a possibilidade de constituí-lo".(Direito Tributário Esquematizado pg. 362).

Diga que ao conceder a liminar, não pode o juiz expedir ordem impedindo que a autoridade fiscal promova o lançamento, sob pena de inverter o perigo da demora. O raciocínio é simples. A liminar não é uma decisão final, apenas suspendendo um ato com base numa análise rápida e superficial dos argumentos do impetrante, podendo ser concedida, inclusive, antes de se notificar a autoridade impetrada para prestar informações. É



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

possível que o juiz conceda a liminar, mas ao final do processo, denegue a segurança.

Em matéria tributária, com a denegação da segurança, o crédito recupera a sua exigibilidade. Se a liminar houvesse impedido a autoridade fiscal de lançar, poderia ocorrer de se esvair o prazo decadencial de forma a, mesmo com a decisão final favorável, restar definitivamente obstado o lançamento.

Merece trazer ao caso jurisprudência do STJ, conforme decisão no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 946083/SP, em que a primeira Seção do Superior tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o deferimento de mandado de medida liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário não obsta a que a autoridade fazendária proceda à sua constituição, a fim de evitar a decadência.

Assim, a concessão de medida liminar em mandado de segurança não tem o poder de suspender o andamento do processo administrativo tributário, pois somente a decisão final pode interferir no processo.

Diga que segundo o previsto no art. 142 do CTN, cabe a autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, podendo a liminar em mandado de segurança apenas suspender a exigibilidade do crédito tributária, enquanto espera a decisão de mérito do mandado.

Desta feita, o processo em examine pode ter seu trâmite de normal, enquanto espera a decisão final do mandado.

Por sua vez, impõe dizer que a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributária, conforme o previsto no art. 151, IV do CTN.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Evidencie que o agente autuante formalizou planilhas comprovando o ilícito tributário, mês a mês, com o valor da base de cálculo, base de cálculo cesta básica, ICMS substituição tributária, BC normal, ICMS substituição, crédito ICMS, e o valor a recolher, portanto, exercendo seu ônus de prova.

Segundo o ensinamento da doutrinadora Lídia Maria, “ à parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados sujeita-se às conseqüências do sucumbimento, porque não basta alegar. O Fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento do contribuinte ocorreu na estrita conformidade da previsão da hipótese legal, assim como o contribuinte deve oferecer os elementos que juridicamente desconstituam o lançamento, ao formular a impugnação.” (Processo Administrativo Tributário, pg. 185).

Neste sentido, a empresa não entra no mérito da autuação, apenas aduzindo que está beneficiada por uma liminar em mandado de segurança, autuante, mas não traz provas de que existem falhas nas planilhas feitas pelo agente fiscal, aduzindo apenas que a infração tributária não existe, portanto, carecendo o recurso de elementos que possam tornar sem efeito o trabalho do agente fiscal.

O ônus da prova existe, portanto, afetando ambas as partes litigantes. Não cabe a qualquer delas manter-se passiva, apenas alegando fatos que a favorecem sem carrear provas que os sustentem. Assim, cabe tanto ao Fisco produzir as provas que sustentem o lançamento efetuado, como ao contribuinte as provas que se contraponham à pretensão fiscal.

No tocante a penalidade, entendemos que deva ser aplicada a inserta no art. 126, I, “d”, da Lei n. 12.670/96, alterado pela Lei n. 13.418/03, com amparo no art.42, § 1º, II, do Dec. n. 25.468/99, já que a infração foi detectada pelo sistema de controle de receita e os escriturado no livro registro de entradas do contribuinte.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Assim, como a empresa deixou de recolher o ICMS substituição tributária por entrada, referente aos meses de outubro a dezembro de 2006, no valor de R\$ 32.639,82, aplicando-se a multa de atraso de recolhimento do ICMS inserta no art. 123, I, "d", da Lei n. 12.670/96, alterado pela Lei n. 13.418/03.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

ICMS	R\$	32.639,82
MULTA.....	R\$	16.319,91
TOTAL.....	R\$	48.959,73

É o voto.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente **DANIDAY SUPERMERCADOS LTDA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecerem do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento em parte, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª instância, e julgar **PARCIAL PROCEDENTE**, em razão da modificação da penalidade para a prevista no art. 123, I, "d", da Lei n. 12.670/96, com amparo no art.42, § 1º, III, do Dec. n. 25.468/99. Nos termos do voto do relator, e manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Não compareceu a Câmara, embora regularmente comunicado, o representante legal da autuada, para apresentação de defesa oral. Ausente, justificadamente, o conselheiro Cícero Roger Macedo Gonçalves.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de setembro de 2010.


Dulcimere Pereira Gomes
PRESIDENTE DA CÂMARA


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO RELATOR


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


Jannine Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento


Alfredo Rogério Gomes de Brito
CONSELHEIRO


Ana Maria M Timbo Holanda
CONSELHEIRA


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Camila Borges Duarte
CONSELHEIRA


Raul Amaral Junior
CONSELHEIRO


Cícero Roger Machado Gonçalves
CONSELHEIRO