



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº. 351 /2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

50ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 18.03.2009

PROCESSO Nº. 1/1089/2005 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 200413882

RECORRENTE: MOINHO SANTA LÚCIA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DA 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: Francisco José Vale Matos

MAT: 062140-1-0

RELATORA: Conselheira Maria Elineide Silva e Souza

EMENTA – ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO, Ação Fiscal Específica para verificação do ICMS Substituição Tributária. **AUTO DE INFRAÇÃO NULO** por cerceamento ao direito de defesa, o levantamento constante nos autos não aponta de forma precisa a base de cálculo para o lançamento do ICMS. Decisão amparada no artigo 53 do Dec.25.468/99. Recurso voluntário conhecido e provido. Decisão por maioria de votos e contrário ao Parecer do Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado que se manifestou pela Extinção Processual.

RELATÓRIO

Conforme descrito no Auto de Infração, acima mencionado, a autuada é acusada de recolher ICMS s menor nos meses de fevereiro, março e abril de 2004 no valor de R\$ 1.290.495,08 (um milhão duzentos e noventa mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oito centavos).

Foram anexados aos autos Ordem de Serviço nº. 2004.32418, Termo de Início nº.2004.25127 e Termo de conclusão nº. 2004.26267 fls.8/10 todos emitidos conforme determina a legislação do ICMS e relatórios fls.11/260.

Na Informação Complementar ao Auto de infração o agente do fisco informa que:

Processo Nº. 1/1089/2005

Auto de Infração nº 1/200413882 MOINHO SANTA LÚCIA LTDA.

Relatora Ma. Elineide S e Souza



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

1. O contribuinte opera simultaneamente nas atividades de moagem de trigo e fabricação de derivados desde 26/07/1999.
2. Pela prática de aquisição de trigo em grão o Protocolo ICMS 46/00 atribui à condição de responsável pelo pagamento do ICMS decorrente das operações subseqüentes promovidas pelos estabelecimentos de panificação, massa alimentícias, biscoito e bolachas e derivados de farinha de trigo.
3. Que de acordo com o Protocolo ICMS 46/00 a ocorrência do fato gerador ocorre quando da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, quando proveniente de unidades não signatárias.
4. Que de acordo com a lei Complementar 114/02 autoriza a descarga direta, por se tratar de despacho antecipado, quando a mercadoria é proveniente do exterior.
5. Para as operações de entrada de trigo em grão ou farinha de unidade da Federação signatária do Protocolo, proveniente do Exterior ou de unidades não signatárias o valor total da carga tributária é de 33% (trinta e três por cento), alcançando todo o ciclo econômico da cadeia, desde a entrada do produto até a fase de consumo dos produtos derivados da farinha de trigo.
6. A base de cálculo do ICMS das operações de entrada de trigo, farinha ou sua mistura é composta de duas partes: uma relativa à importação, ICMS NORMAL e outra relativa às operações subseqüentes devidas por Substituição Tributária.
7. A base de cálculo do ICMS normal está definida no artigo 13 da Lei Complementar 87/96.
8. A base de cálculo do ICMS-ST está definida no artigo 2º do Decreto 26.738/02 que estabelece a margem de agregação: 61,12% (sessenta e um vírgula doze por cento) nas importações e 94,12% (noventa e quatro vírgula doze por cento) quando proveniente de Estados não signatários do Protocolo.
9. O autuado é beneficiário do Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Industrial – PROVIN.
10. Nesta qualidade, fica diferido o ICMS próprio no percentual de 60% (sessenta por cento) PERÍODO DE 01/04/2001 A 31/03/2004, a partir desta data aplicou o percentual de 71% (setenta e um por cento).
11. O ICMS total devido e a pagar é obtido pelo somatório das parcelas do ICMS normal, deduzido do ICMS diferido e do ICMS ST e ressarcimentos.

Inconformado com a autuação o contribuinte vem aos autos apresentar sua defesa nos seguintes termos:



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

1. No mérito aduz em um erro cometido no levantamento, qual seja o ICMS referente a um mês é pago no décimo dia do segundo mês subsequente. Portanto as operações realizadas em DEZEMBRO DE 2003 têm vencimento em **10/02/2004**.
2. Outro erro cometido pelos agentes do fisco foi quanto ao percentual de diferimento que segundo a resolução CEDIN 052/2003 passou para 71% (setenta e um por cento) desde setembro de 2003.

Considerando as alegações do acusado, a julgadora monocrática solicitou perícia para averiguar as alegações.

A perícia concluiu que:

1. O auto de Infração foi lavrado pelos auditores da Célula de Execução da Substituição Tributária - Nesut, responsáveis pelo acompanhamento do segmento do trigo, homologando inclusive os ressarcimentos deste segmento.
2. A empresa autuada atua cumulativamente na importação de trigo em grão, fabricação de farinha de trigo e produção de derivados de farinha de trigo.
3. Que a legislação estadual atribui à condição de contribuinte substituto relativa às operações próprias e subsequentes promovidas pelos estabelecimentos de panificação.
4. Foi diligenciado junto ao Nesut e obteve a Informação Fiscal anexa ao presente laudo.
5. Da análise das fls. 06 dos autos, pode constatar que o agente do fisco para apuração do ICMS Substituição Tributária do período de janeiro a junho de 2004 considerou todos os recolhimentos do ICMS efetivado no período, bem como os ressarcimentos homologados.
6. Quanto à alegativa de erro na forma do cálculo do imposto a recolher considerando a forma de recolhimento, entende que não há prejuízo para o contribuinte, pois apuração alcança todas as operações de entradas e saídas no período sujeitas ao regime de tributação de ICMS - ST, posição está ratificada pela Informação prestada pelo Nesut.

A Informação Prestada pelos agentes do fisco tem o seguinte teor:

1. A tabela meses da Informação Complementar do Auto de Infração refere-se aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a abril 2004. Consideram-se fato gerador os seguintes parâmetros: data da emissão da nota fiscal emitida por fornecedor nacional e a data do despacho antecipado.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

2. A afirmativa do contribuinte de que a cobrança do ICMS se refere a dezembro de 2003, na verdade nada tem a ver com o período questionado. Nesse período houve somente entrada de trigo de origem nacional, conforme tabela anexa.
3. No período da autuação, como se observa no anexo houve tanto entrada nacional como do exterior.
4. Observando-se os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, constata-se apenas quatro relativos aos períodos de março a maio de 2004, cujos vencimentos ou data de pagamento ocorreram no prazo estipulado no decreto nº. 26.155/01.
5. Em março de 2004 o contribuinte recolheu ICMS, decorrente de entrada nacional e exterior. Segundo os documentos de entrada constata-se que houve somente entrada nacional (MG) neste período. A entrada do exterior mais recente ocorreu em fevereiro de 2004.
6. Constata que não existe correlação entre os recolhimentos e as entradas de trigo, no que diz respeito aos fatos geradores, para efeito de cobrança do ICMS sujeito ao regime ST.

Considerando o resultado do laudo pericial e da informação complementar o julgador monocrático decide pela procedência da autuação, por considerar configurada a infração apontada na pela inicial do processo.

O contribuinte também apresenta recurso nos mesmos termos da defesa ratificando o pedido de IMPROCEDÊNCIA.

A consultoria tributária solicita novamente a realização de perícia para aclarar os seguintes pontos:

1. Definir como os fiscais autuantes chegaram aos valores do ICMS tido como devido pelo contribuinte, fls. 06, informando se foram obedecidas as regras do Decreto nº. 26.155/01.
2. Verificar se foi considerado no cálculo do imposto os valores do benefício Provin.
3. Aplicar o percentual de 71% de diferimento do imposto.
4. Aponta a nova base de cálculo do ICMS.

O novo Laudo pericial ressaltou que novamente foi realizada diligência fiscal junto ao nesut e que os fiscais autuantes enviaram uma Informação Fiscal apontando um novo valor de base de cálculo.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

A consultoria Tributária através do Parecer 752/2007 sugeriu o conhecimento do Recurso voluntário, dar-lhe provimento para declarar em grau de preliminar a extinção processual sob os seguintes fundamentos:

1. Não obstante a redução do crédito tributário através do Laudo Pericial, alguns pontos continuam sem explicação.
2. São relativamente ao recolhimento do Icms que persistem dúvidas.
3. O contribuinte afirma em sua manifestação ao laudo pericial que não foi considerado o valor correto de ressarcimento, pois tinha saldo remanescente não considerado.
4. O agente do fisco deixou de expressamente manifestar-se sobre se foi considerado todas as fases de produção da empresa.
5. O conjunto de provas não manifesta com clareza o lançamento do crédito tributário.

O nobre Procurador do Estado, Dr. Mateus Viana Neta, acatou com os mesmos fundamentos de fato e direito o Parecer emitido pela Célula de Consultoria.

É o relatório.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

VOTO DO RELATOR

Versa o presente processo da acusação de recolher ICMS a menor nos meses de fevereiro, março e abril de 2004 relativamente às operações de aquisição de trigo em grão.

O Auto de Infração é objeto de duas perícias que foram realizadas a partir de informações fornecidas pelos agentes autuantes. Apesar do zelo com que foram realizadas, não conseguiram elucidar todos os questionamentos levantados, sobretudo quanto aos aspectos do recolhimento do ICMS, considerando que o ICMS sobre o trigo referente a um mês é pago no décimo dia do segundo mês subsequente.

Observando-se os relatórios anexados pela fiscalização não há como definir com certeza que o recolhimento apontado como efetuado e deduzido em um determinado mês encontra-se dentro da regra acima mencionada, nem tal fato foi elucidado de forma clara pela perícia e/ou pelas informações fornecidas pelas autoridades autuante,

Outro aspecto relevante refere-se à formação da base de cálculo. Na segunda perícia realizada, o auditor fiscal apresenta uma tabela fls. 426 contendo os períodos e valores de ICMS, sem, contudo apresentar a base de cálculo referente a estes valores, considerando que tais valores são distintos dos fornecidos para o primeiro valor de autuação fls. 06.

Diante de tais incongruências a Célula de Consultoria Tributária sugere através do Parecer nº.725/2007 à extinção do feito por falta de elementos probatórios do ilícito apontado na peça inicial do presente processo. Entretanto ousamos discordar da nobre consultora quanto a estes efeitos. De fato existem diversos elementos dentro do caderno processual, entretanto os mesmos não são concisos quantos aos fatos apresentados.

De fato, muitas questões ficaram pendentes, tais como qual a base de cálculo utilizada para a cobrança do ICMS, foram respeitadas as regras de recolhimento do ICMS referente às operações com trigo, as importações apresentadas nos relatórios referem-se às entradas do mês ou as devidas para aquele mês.

A ausência destes elementos impede a parte de exercer em sua plenitude o direito de defesa constitucionalmente garantido, inclusive impossibilitando o julgador de formar seu convencimento acerca dos fatos apresentados.

Não se trata aqui de investigar o ônus da prova no processo tributário de acordo com o tipo de infração, mas de instrução processual. O fisco não pode olvidar de apresentar o



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

mínimo de prova capaz de demonstrar a infração apontada, exatamente em função dos Princípios que regem a atividade administrativa, sob pena de ver seus atos eivados de vícios.

Em recente palestra no IV Congresso Ibero Americano de Direito Tributário, o professor Hugo de Brito Segundo ressaltou que no processo administrativo tributário o fisco deve sempre apresentar as provas da ocorrência do fato gerador e das circunstâncias que o originaram.

Desta forma, podemos concluir que não pode o fisco acusar sem carrear aos autos um mínimo de provas acerca dos fatos denunciados. A presunção de legitimidade dos atos administrativos não exige o agente do fisco de produzir as provas necessárias ao exame da lide. Em matéria de fato não basta alegar, é necessária a prova para que a parte possa fornecer de forma hábil a sua defesa e o julgador formar sua convicção, sob pena de nulidade por cerceamento ao direito de defesa.

Considerando o exposto acima, voto para que o recurso voluntário seja conhecido, dando-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida em primeira instância declarando a NULIDADE processual, nos termos deste voto e contrário ao Parecer da Célula de Consultoria Tributária que se manifestou pela Extinção Processual, adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

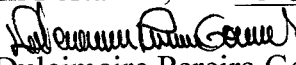


ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS


DECISÃO

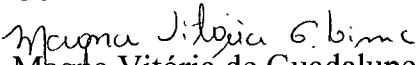
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente MOINHO SANTA LÚCIA LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA resolvem os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, para por maioria de votos, negar-lhe provimento, reformando a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar e por decisão unânime a NULIDADE da presente ação fiscal, contrariamente ao parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pela extinção processual. Contrários à preliminar de nulidade os conselheiros João Fernandes Fontenelle e Camila Borges Duarte. Presente, para apresentação da defesa oral, o representante legal da recorrente, Dr. Carlos César Cintra, acompanhado do Sr. Alexandre Sales.

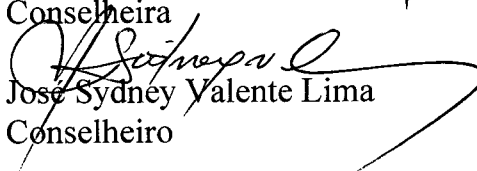
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 08 de junho de 2009.


Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTE



Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro



Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira Relatora

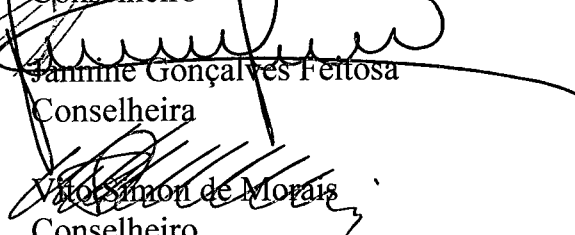

Magna Vitória de Guadalupe L Martins
Conselheira


José Sydney Valente Lima
Conselheiro


Camila Borges Duarte
Conselheira


João Fernandes Fontenelle
Conselheiro


Janinne Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vítor Simon de Moraes
Conselheiro

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO