

Complementando a vestibular, o Auditor Fiscal ratifica o teor da inicial e esclarece que as notas fiscais foram emitidas pela empresa E.B.P.S Brasil Junior Construção. Ocorre que a referida empresa é cadastrada na SEFAZ, no regime especial de tributação E.P.P, razão pela qual, em seu entendimento, as empresas pertencentes a este regime não podem transferir crédito.

Em sua manifestação defensoria a autuada alega que o referido auto deveria ser julgado nulo, tendo em vista que o agente fiscal estaria impedido para a prática do referido ato. Desta forma, estaria o agente fiscal impedido para tal prática do ato, em face de que a modalidade de ação fiscal consignada no ato administrativo (Ordem de Serviço) é Diligência Fiscal Específica, portanto limita-se ao objeto ali definido para o desempenho da ação, não abrangendo a tipificação acusada na inicial.

No julgamento de primeira instância, a autoridade julgadora decidiu pela improcedência da ação fiscal, nos termos do art. 53 § 11º do Decreto nº 25.468/99. Em face desta decisão, na forma regulamentar, recorre de ofício para o Conselho de Recursos Tributários.

A Consultoria Tributária opinou pela confirmação da decisão singular condenatória de primeiro grau.

Em síntese, este é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Relatados os fatos e a versão das partes, cabe agora decidir a questão. Aduz a peça vestibular dos presentes autos que o autuado incorreu no ilícito fiscal, melhor dizendo, a empresa acima identificada creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 125.574,51 (cento e vinte e cinco mil, quinhentos e setenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), de valores consignados nas notas fiscais de empresas cadastradas na SEFAZ, sob o regime de EPP, no período de janeiro a março e junho a outubro de 2006.

De pronto cabe destacar que o art. 60, inciso II, do Decreto nº 24.569/1997, concede direito ao crédito à entrada de produto para serem utilizados no processo industrial do estabelecimento. Assim sendo, analisando os documentos que compõem o processo, verificamos que a autuada é considerada indústria estando enquadrada na CNAE Fiscal Principal com o nº 2630101 (fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto). De forma que o contribuinte na condição de industrial usa o produto cimento como parte da matéria-prima no processo de fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto, conforme sua atividade, cujo produto final está sujeito à incidência do ICMS.

Vale ressaltar que todas as notas fiscais, objeto da autuação, referem-se à compra de cimento, vale dizer, que se trata de um produto sujeito à substituição tributária (art. 480 a 483 do Dec. nº 24.569/1997), no qual, em tese, não transfere crédito ao adquirente das mercadorias nas operações subsequentes, eis que o mesmo já fora cobrado até a última operação.

Todavia, existem exceções para emissão de documento fiscal com destaque do ICMS, preconizada nos termos do § 2º, I do art. 446 do RICMS, situação em que se enquadra a empresa autuada. Estabelece o referido dispositivo que em razão do destinatário da mercadoria ser uma indústria, tais documentos fiscais deverão ser emitidos com destaque do imposto, para fins de crédito do estabelecimento destinatário.

A propósito, convém registrar que o ICMS deve necessariamente sujeitar-se ao princípio da não-cumulatividade, que, tendo sido considerado, pela Constituição, um dos traços característicos deste tributo, não pode ter seu alcance nem diminuído nem, muito menos, anulado por normas infraconstitucionais, como melhores veremos em seguida.

Os lineamentos básicos do *Princípio da Não-cumulatividade* vêm apontados no art. 155, § 2º, I e II, da Constituição Federal:

“Art. 155. (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

“I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal;

“II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

“a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

“b) acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores.”

Como facilmente podemos perceber, tal princípio está todo voltado contra os Estados e o Distrito Federal, porquanto a incidência do ICMS em cada operação ou prestação determina o surgimento de uma relação de crédito, em favor dos contribuintes.

Realmente, a dicção constitucional “compensando-se o que for devido (...)” confere, de modo direto, ao sujeito passivo do ICMS o direito de abatimento, oponível, “*ipso facto*” ao Poder Público no caso de este agir de modo inconstitucional, seja na instituição (providência legislativa), seja na cobrança (atividade administrativa) do tributo.

A regra em exame não encerra mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão seguir ou deixar de seguir. Muito pelo contrário, ela aponta uma *direção imperativa*, que dá ao contribuinte o direito subjetivo de ver observado, em cada caso concreto, o *princípio da não-cumulatividade* do ICMS.

Como sempre enfatizou Geraldo Ataliba, em conferência memorável, foi, a respeito, sobretudo enfático. Ouçamo-lo:

“É a Constituição, meus senhores, que dá a mim, cidadão que pratica operação mercantil no Brasil, o direito de me creditar do ICM relativo a operações anteriores; não é lei nenhuma. “Não é a lei complementar que dá; não é a lei ordinária do Estado, não é a doutrina: é a Constituição. Este é um direito constitucional, é um direito dado pela Constituição, é um direito público subjetivo constitucional de quem pratica operação mercantil. Portanto, a lei não pode diminuir, reduzir, retardar, anular, ignorar um direito que a Constituição deu.”

Como se vê, o “direito de abater” não pode ser limitado nem pelo Legislativo nem pelo Executivo. Neste sentido a lição lapidar de Paulo de Barros Carvalho:

“O primado da não-cumulatividade é uma determinação constitucional que deve ser cumprida, assim por aqueles que dela se beneficiam, como pelos próprios agentes da Administração Pública. E tanto é verdade, que a prática reiterada pela aplicação cotidiana do plexo de normas relativas ao ICM e ao IPI consagra a obrigatoriedade do funcionário, encarregado de apurar a quantia devida pelo “contribuinte”, de considerar-lhe os créditos, ainda que contra a sua vontade (*A Regra-Matria do ICM*, tese de livre-docência, apresentada na Faculdade de Direito da PUC/SP, 1981, inédita, p. 377.)

Diante de tudo o que escrevemos, temos por indisputável que o *princípio da não-cumulatividade* não é uma criação legal, mas, sim, *constitucional*. Decorresse de lei, poderia ser reduzido ou, até, suprimido, a qualquer tempo, pelo legislador. Como, porém, deflui da Constituição, à lei não é dado interferir em seu significado, conteúdo ou alcance.

Realmente, não há nada, no plano legal ou infralegal, que possa afetar o Direito Constitucional ao crédito do ICMS.

Portanto, como epítome de tudo o que relatamos, entendemos que apesar da emitente das notas fiscais ser enquadrada no regime de EPP, cuja norma que rege a espécie veda o destaque do imposto, mesmo assim, a autuada tem direito a se creditar do imposto. Em entendimento contrário, o Princípio da Não Cumulatividade estaria sendo vilipendiado.

Isto posto, com esteio nas razões de fato e direito ora evidenciadas voto pelo conhecimento do Recurso Oficial, negando-lhe provimento, para ~~confirmar~~ a decisão absolutória proferida em 1ª Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

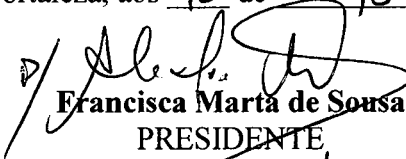
É o voto.

DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrido ELETROPOSTE INDÚSTRIA DE PREMOLDADOS LTDA.

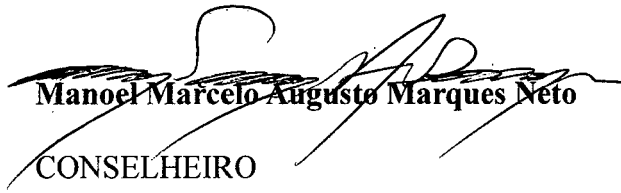
RESOLVEM, os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão ABSOLUTÓRIA proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS REUNIÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 10 de 10 de 2013

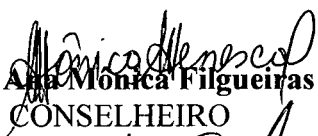

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

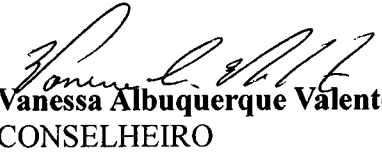
Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Annelise Magalhães Torres
CONSELHEIRA

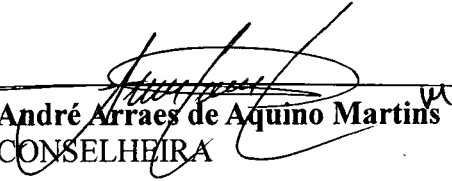

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

Jussara Dias Soares
CONSELHEIRA


Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRO


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRO


Antônio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO


André Arraes de Aquino Martins
CONSELHEIRA

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

Ana Thereza Nunes de Macedo Costa
CONSULTOR(O)A TRIBUTÁRI(O)A