



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
Conselho de Recursos Tributários - CRT
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 809 /2015

158ª SESSÃO ORDINÁRIA DE: 13/10/2015

PROCESSO Nº 1/3967/2013 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2013.14999

RECORRENTE: VINILEX DO NORDESTE PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: SERGIO RICARDO A. SISNANDO

CONSELHEIRO RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO. Lançar crédito indevido de ICMS em decorrência da não realização de estorno exigido pela legislação. Auto de Infração julgado **PROCEDENTE**, quanto a preliminar de nulidade suscitada por insuficiência de provas, afastada. Pedido de Extinção Processual com base no art. 150, § 4, CTN, afastada por unanimidade de votos. Infringência aos artigos 60, II, 65, V e 66, II do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123, II, "a", da Lei nº 12.670/96. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acusa contribuinte acima identificado de lançar em sua escrita fiscal, crédito indevido de ICMS resultante da falta de estorno proporcional de créditos lançados quando parte das operações de saídas não são tributadas, no período de 08/2004 a 12/2004.

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos os arts. 60, 65 e 66 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como penalidade a inserta no art. 123, II, "a" Lei nº 12.670/96.

Nas Informações Complementares ao Auto de Infração agente fiscal esclarece que a ação fiscal tem por objetivo a recuperação de créditos tributários lançados por meio do Auto de Infração nº 2008.02646-8, julgado nulo com base no que dispõe a

Instrução Normativa nº 06/2005, por tratar-se de norma específica para o reinício de fiscalização. Que a decisão encontra-se consubstanciada na Resolução nº 037/2013 da 1ª Câmara de Julgamento.

Informa ainda que constatou que nos meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro/2004, o contribuinte não realizou estorno de créditos de ICMS de insumos aplicados nas prestações de serviços de industrialização por encomenda para terceiros, originalmente adquiridos e escriturados como matérias primas, material secundário destinados a industrialização do próprio estabelecimento (CFOP's 1.101 e 2.101) o que configura hipótese de estorno de créditos prevista no art. 66, inciso I do Decreto nº 24.569/97.

Tempestivamente contribuinte comparece aos autos apresentando impugnação ao feito fiscal utilizando como defesa os seguintes argumentos:

- Que não foi anexado aos autos os livros e documentos fiscais e contábeis originais, ou suas cópias autenticadas em cartório competente, de sorte a comprovar o suposto lançamento de crédito indevido de ICMS;
- Que para sustentar a acusação o fiscal utilizou dados constantes do processo oriundo de Auto de Infração lavrado anteriormente e que foi anulado pelo CONAT por vício formal;
- Que não se trata sequer de prova emprestada, vez que não são documentos originais;
- Que pela teoria dos frutos da árvore envenenada, entende-se que a ineficácia da prova ilegalmente obtida afeta as provas que embora sejam lícitas, se basearam em dados obtidos de forma ilícita, pois o vício da planta se transmite a todos os seus frutos;
- Que o fato gerador do ICMS ocorreu no exercício de 2004, sendo que a Fazenda Pública não efetuou o lançamento do crédito até a presente data;
- Como o Auto de Infração foi anulado por vício formal consequentemente está anulado o lançamento do crédito;
- Como fato gerador foi de 2004 sem efetivação do seu lançamento, sua constituição faz impossível, face decadência do crédito, pois decorreu 9 anos e por isso decaiu o direito da Fazenda Pública consoante previsão do art. 150, parágrafo 4º do CTN;
- Que o processo seja julgado extinto pela decadência;
- Caso não seja reconhecida a decadência não pode haver a cobrança do presente tributo, uma vez que se encontra prescrito;
- Se a Fazenda não consegue julgar a impugnação e o recurso antes de cinco anos, deve proceder ao protesto judicial para interromper a prescrição, ao teor do inciso II, do parágrafo único do art. 174 do CTN;
- Que a prescrição é matéria de reserva legal prevista em Lei Complementar (art. 146, II, b, da CF);

- Que seja reconhecida e declarada a prescrição quinquenal no caso em comento, extinguindo-se o presente processo.

O Julgador Singular após analisar as peças processuais pugna pela procedência da acusação fiscal. Afasta o pedido de extinção pela decadência citando o art. 173, II do CTN e a prescrição com fundamento no art. 174, também do CTN. No tocante a provas serem derivadas de outro auto de infração julgado nulo, afirma que as mesmas são lícitas e foram obtidas na forma do que dispõe o art. 2º da Instrução Normativa nº 28/2000. Quanto ao mérito ressalta que o contribuinte deixou de estornar créditos de ICMS pelas entradas de matérias primas e insumos utilizados em operações de saídas na prestação de serviços de industrialização por encomenda para terceiros e nesse caso, não poderia se apropriar, conforme determina o art. 60 do RICMS.

Insatisfeita com a decisão condenatória proferida na Instância Singular contribuinte interpõe recurso alegando em grau preliminar a nulidade do procedimento fiscal, argumentando que a acusação fiscal não foi fundamentada em documentos fiscais e contábeis originais, mas xerocópias não autenticadas, extraídas de auto de infração julgado nulo pelo Contencioso Administrativo Tributário.

Informa que incinerou em 2010, quando ainda tinha sido julgado em definitivo o auto de infração da ação fiscal anterior, todos os livros fiscais e contábeis relativos ao exercício 2004, uma vez que já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Por esse motivo, entende não ser possível concluir que os créditos fiscais glosados são indevidos se não houver os livros e documentos fiscais relativos às operações com ICMS efetuados durante o período fiscalizado. Que sem os documentos originais na há como atestar a veracidade de suas informações.

A Assessoria Tributária emite parecer confirmando o julgamento singular. Quanto as provas serem emprestadas de auto de infração julgado nulo, ressalta a Assessoria que o procedimento fiscal teve como objetivo recuperação desses créditos tributários, razão pela qual o agente fiscal tomou emprestada a prova utilizada no processo anterior em conformidade com que estabelece o art. 2º da Instrução Normativa nº 28/2000.

Em relação ao mérito verifica que a empresa agiu em desacordo com o art. 687, inciso I e II, § 2º do RICMS uma vez que não estornou os créditos de ICMS referente as mercadorias utilizadas na prestação de serviço de industrialização, cuja saída se deu com diferimento do ICMS.

Quanto ao fato da empresa não ter mais os documentos por tê-los incinerados, entende a Assessoria que o procedimento da empresa foi errado, vez que o processo ainda estava pendente de uma decisão definitiva, conforme art. 195 do CTN.

As considerações feitas pela Assessoria no parecer são acatadas pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado, conforme despacho as fls. 324 dos autos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração ora em julgamento acusa o contribuinte acima identificado de lançar em sua conta gráfica créditos de ICMS em desacordo com a legislação. Os agentes fiscais constataram que nos meses de agosto/2004 a dezembro/2004 contribuinte acima identificado não realizou o estorno de crédito do ICMS dos insumos aplicados nas prestações de serviços de industrialização por encomenda para terceiros, originalmente adquiridos e escriturados como matérias primas, material secundário, destinados à industrialização do próprio estabelecimento (CFOP'S 1.101 e 2.101) o que configura hipótese de estorno de crédito previsto no art. 66, inciso I, do Decreto nº 24.569/97.

No Recurso Ordinário interposto a empresa refuta a decisão condenatória proferida na Instância Singular requerendo preliminarmente a nulidade do feito fiscal, argumentando que a acusação fiscal não foi fundamentada em documentos fiscais e contábeis originais, mas xerocópias não autenticadas, extraídas de auto de infração julgado nulo pelo Contencioso Administrativo Tributário.

Informa que incinerou em 2010, quando ainda tinha sido julgado em definitivo o auto de infração da ação fiscal anterior, todos os livros fiscais e contábeis relativos ao exercício 2004, uma vez que já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Por esse motivo, entende não ser possível concluir que os créditos fiscais glosados são indevidos se não houver os livros e documentos fiscais relativos às operações com ICMS efetuados durante o período fiscalizado. Que sem os documentos originais não há como atestar a veracidade de suas informações.

Pois bem, inicialmente convém destacar que o procedimento fiscal em análise tem como objetivo a recuperação de créditos tributários lançados por meio do Auto de Infração nº 2008.02646-8 julgado nulo pelo Contencioso Administrativo Tributário - CONAT, referente ao período de 01/01/2004 a 31/12/2004, cuja ação fiscal se iniciara em 2007. A decisão encontra-se consubstanciada na Resolução nº 037/2013, fls. 247/252 dos autos.

No recurso interposto contribuinte requer a nulidade do lançamento alegando que a acusação fiscal não foi fundamentada em documentos fiscais e contábeis originais, mas xerocópias não autenticadas, extraídas de auto de infração julgado nulo.

O argumento não tem com se sustentar visto que o procedimento fiscal fora efetuado em conformidade com o art. 2º da Instrução Normativa nº 28/2000 que dispõe sobre a constituição de crédito tributário que tenha sido objeto de lançamento anterior declarado nulo por vício formal, que é o caso, senão vejamos:

Art. 2º. Na hipótese de procedimento administrativo visando a constituição de crédito tributário que tenha

sido objeto de lançamento anterior declarado nulo por vício formal, ou cujo processo tenha sido extinto por erro na eleição do sujeito passivo, poderão ser utilizados como meios de prova os mesmos documentos que fundamentaram a lavratura do auto de infração nulo ou cujo processo foi declarado extinto, não sendo vedado a produção de novas provas.

Por tais considerações afastou a preliminar de nulidade requerida pela recorrente relativa a insuficiência de provas, por verificar a luz da legislação processual serem as provas lícitas para formalização do crédito administrativo em questão.

Contribuinte afirma ainda em seu recurso que a ausência dos documentos originais não daria para atestar a veracidade da acusação, visto que os mesmos foram incinerados em 2010, quando ainda tinha sido julgado em definitivo o auto de infração da ação fiscal anterior, todos os livros fiscais e contábeis relativos ao exercício 2004, uma vez que já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Com relação a incineração dos documentos por parte da autuada observo que a empresa não poderia ter adotado tal procedimento, vez que a documentação fiscal relativa ao processo ainda estava pendente de uma decisão definitiva, conforme prevê o parágrafo único do art. 195 do CTN, *in verbis*:

Art. 195 (...)

Parágrafo Único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos documentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se referam.

Em relação ao prazo decadencial observo que de acordo com o Código Tributário Nacional, quando um lançamento é considerado nulo por vício formal, o prazo decadencial de cinco anos começa a fluir após a data em que foi considerada definitiva a decisão que anulou o lançamento do crédito tributário, ou seja, se inicia um novo prazo de cinco anos para a constituição desses créditos.

Desse modo, o presente lançamento atende ao disposto no inciso II, do artigo 173 do CTN que assim determina:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal o lançamento anteriormente efetuado.

O procedimento fiscal refere-se ao exercício 2004 relativo a recuperação de crédito tributário iniciada em 2007 e seu lançamento se deu em 2008, no qual o auto de infração fora julgado nulo por vício formal pelo Conselho de Recursos Tributários - CONAT. Como se pode constatar o lançamento do crédito tributário se deu dentro do prazo decadencial, não podendo falar em decadência desse crédito tributário.

No tocante ao mérito a empresa, de acordo com relato do auto de infração a empresa deixou de estornar créditos de ICMS pelas entradas de matérias primas e insumos para serem empregados/utilizados no processo de industrialização por encomenda de terceiros, o que nesse caso, o procedimento adotado pela autuada é contrário ao que prevê a legislação tributaria em seus artigos 65, V, 66, II, do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

V - entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebida para integrar o processo de industrialização ou de produção rural ou neles ser consumida e cuja ulterior saída do produto dela resultante ocorra sem débito do imposto, sendo esta circunstância conhecida na data da entrada;

Art. 66. Salvo disposição da legislação em contrário, o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento ou o serviço tomado:

II - for integrada ao processo de industrialização ou produção rural ou neles consumida, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do ICMS;

O que se conclui após análise das provas acostadas aos autos é que houve flagrante violação a legislação tributária. De acordo com levantamento fiscal, a empresa adquiriu mercadorias que em princípio seriam utilizados em sua atividade como matéria prima ou material secundário, conforme qualificação feita nos registros fiscais por meio dos CFOPS 1.101 e 2.101, mas que posteriormente foram utilizados nas prestações de serviços de industrialização por encomenda de terceiros, conforme cópias das notas fiscais de saídas anexas as fls. 100/213.

Como restou configurada a infração fica a empresa autuada sujeita sanção prevista no art. 123, inciso II, alínea "a", da Lei nº 12.670/96:

Art. 123. (...)

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS.....R\$ 12.905,67
Multa(75%)....R\$ 12.905,67
Total.....R\$ 25.811,34

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, para confirma a decisão PROCEDÊNCIA da acusação fiscal declarada em 1ª Instância, nos termos do julgamento singular e parecer da Assessoria Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente **VINILEX DO NORDESTE PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, resolvem:

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve em relação às preliminares arguidas pela recorrente: 1. nulidade por insuficiência de provas; 2. extinção em razão de decadência e prescrição do crédito tributário lançado. Preliminares afastadas, por decisão unânime, com base nos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Tributária. No mérito, por unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 07 de 12 de 2.015.

Francisca Santa de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro Relator

Anneline Magalhães Torres
Conselheira

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Francisco Waniildo Almeida de França
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheiro

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Mateus Viana Neto
Procurador (visto em 07/12/15)