



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 79/2019

17ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 10/04/2019

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/2308/2017

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201626875

RECORRENTE: GMS INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA

CGF: 06.386.714-1

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EM OPERAÇÕES DE REMESSA E RETORNO PARA INDUSTRIALIZAÇÃO – PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO 1 – Contribuinte deixou de recolher o ICMS devido em operações de remessa e retorno para industrialização, nos meses de 02/2011 e 03/2011. 2 – Apontada infringência aos arts. 73 e 74 do Decreto 24.569/97, com penalidade preceituada no art. 123, I, 'c' da Lei nº. 12.670/96. 3 – Afastada preliminar de mérito relativa à decadência do crédito tributário por aplicação do art. 173, inciso I, do CTN, em voto de desempate da Presidência. 4 – Indeferimento dos argumentos de defesa por restarem ausentes elementos probatórios aptos a afastar a infração preceituada. 5 – Impossibilidade do julgador afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, a teor do art. 48, §2º da Lei nº. 15.614/2014, no que se relaciona a ofensa aos princípios da vedação ao confisco. 6 - Recurso ordinário conhecido e não-provido – confirmada a decisão proferida em 1ª Instância, pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal. 7 – Decisão à unanimidade de votos, em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo douto representante da PGE.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO REFERENTE A OPERAÇÕES DE REMESSA E RETORNO PARA INDUSTRIALIZAÇÃO – PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO FISCAL – CONTRIBUINTE NÃO LOGROU ÊXITO EM PROVAR A REGULARIDADE DAS OPERAÇÕES.

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

“Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte não atendeu os termos de intimação de números 2016.18538, 2016.18541, 2016.19204, 2016.19205, com ciência por AR no dia 21/10/2016 e 2016.19204, 2016.19205 com ciência por AR no dia 01/12/2016, decorrido o prazo legal, lavramos o presente AI, conforme informação complementar”.

Apontada infringência aos arts. 73 e 74 do Decreto 24.569/97, foi-lhe imposta penalidade preceituada no art. 123, I, 'c' da Lei nº. 12.670/96:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	-
ICMS	461.768,03
Multa	461.768,03
TOTAL	923.536,06

Segundo dos autos consta, a fiscalização teria identificado falta de recolhimento do ICMS em operações de remessa e retorno de mercadorias para industrialização, que não teriam obedecido aos ditames previstos no Decreto nº. 24.569/97, cujos fatos geradores teriam ocorrido em 02/2011 e 03/2011, exigindo-se não somente o ICMS dessas operações, mas multa de igual valor do tributo.

Anexo à exordial do auto de infração, seguem Mandado de Ação Fiscal nº. 2016.15200; Termo de início de fiscalização de nº. 2016.16447, diversos Termos de Intimação, dentre eles o de nº. 2016.18538 e 2016.19204, em que o contribuinte fora intimado para apresentar as NFE's de remessa para industrialização da matriz (PE) para a filial (CE), bem como o de nº. 2016.18541 e 2016.19205, para que fossem apresentadas as NFE's de venda relativas às remessas destinadas ao Ministério da Integração e Mídia Digital (fls. 59).

A empresa foi intimada do feito e apresentou defesa, alegando a insubsistência da acusação fiscal, sob os seguintes argumentos:

- a) Decadência do lançamento fiscal, com base no art. 150, §4º do CTN, considerando que os fatos geradores referem-se a 02 e 03/2011, quando a lavratura do auto de infração somente teria ocorrido em 13/12/2016;
- b) Nulidade do auto de infração em razão da ofensa ao princípio da impessoalidade, pela parcialidade demonstrada pelos agentes autuantes na condução do procedimento fiscalizatório;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

c) Que teria atendido aos termos de intimação da fiscalização, tendo inclusive os representantes da empresa se dirigido pessoalmente à SEFAZ/CE para dirimir dúvidas e prestar esclarecimentos aos agentes fiscais;

d) Que a operação seria regular, uma vez que: a matriz da empresa estava situada em Pernambuco, porém a industrialização dos produtos ocorria na filial do Ceará, em uma operação de venda a ordem prevista no art. 705 do RICMS/CE; a compra ocorria com o faturamento dos fornecedores diretamente a matriz, sendo a entrega na filial; e após a industrialização, a filial remetia os produtos a serem comercializados para a matriz, porém emitia também, de forma errônea, uma NF para o órgão contratante, situação que não acarretaria inidoneidade, ocorrendo o pagamento somente com as NFs de venda emitidas pela matriz;

e) Que a multa de 100% sobre o valor do principal teria nítido caráter confiscatório, afrontando o art. 150, inciso IV da Constituição Federal, merecendo ser afastada;

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, conforme ementa a seguir:

EMENTA: ICMS – Auto de Infração. Falta de recolhimento do ICMS. Infração aos Artigos 73 e 74 do Decreto nº. 24.569/97. Sanção prevista no art. 123, I, “C” da Lei nº. 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº. 13.418 de 30/12/03. Inocorrência do instituto da decadência com base nos Arts. 150, §4º c/c Art. 173, I da Lei nº. 5.172/66 (CTN). REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. NÃO ATENDIMENTO AOS TERMOS DE INTIMAÇÕES. NÃO DEMONSTRADO EFEITO CONFISCATÓRIO DE MULTA. CONVENÇÕES PARTICULARES NÃO PODEM SER OPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, nos termos do art. 123 CTN. DEFESA TEMPESTIVA. Autuação PROCEDENTE.

Inconformada com a decisão singular, a empresa autuada apresentou Recurso Ordinário, reforçando os mesmos argumentos da sua impugnação.

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela manutenção da decisão recorrida, isto é, pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

É o relatório.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

02 – VOTO DA RELATORA

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado contra decisão de procedência da acusação fiscal proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Aduz a Recorrente, em sede preliminar, a decadência do crédito tributário lançado, relativamente aos fatos geradores de 02/2011 e 03/2011, ocorridos nos 5 (cinco) anos antes à própria lavratura do auto de infração, que se deu em 13/12/2016. Em que pese meu entendimento pessoal de que assistiria razão à Recorrente, por aplicação do comando inserto no art. 150, §4º do Código Tributário Nacional, a alegação de decadência do direito do Fisco lançar o crédito tributário, foi afastada por voto de desempate da Presidência, transcrito da ata de julgamento, a seguir:

“1 - Quanto à alegação de decadência do direito de constituição do crédito tributário, a 2ª Câmara resolve afastá-la, por voto de desempate da Presidência, sob o entendimento de que se aplica ao caso em questão, a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I, combinado com o art. 149, incisos II e VI, ambos do CTN. Foram votos vencidos os conselheiros Alice Gondim Salviano de Macedo, Filipe Pinho da Costa Leitão e Marcus Mota de Paula Cavalcante que acataram o pedido de declaração de decadência do crédito tributário em razão da aplicação do art. 150, § 4º do CTN e Súmula 555 do STJ considerando que se trata de lançamento por homologação e ocorreu pagamento do imposto no período da infração.”.

Quanto à alegação de nulidade do auto de infração por ofensa ao princípio da impessoalidade, cumpre destacar que os agentes fiscais realmente se excederam no relato dos fatos que deram ensejo ao auto de infração, ao se utilizarem de expressões e afirmações que não guardavam relação direta com a infração propriamente dita. Tal conduta, muito embora mereça ser rechaçada, em nada distorceu a conclusão da auditoria fiscal, a qual, por sua vez, trouxe a prova objetiva do cometimento do ilícito tributário, consubstanciada na falta de recolhimento do ICMS em operações de remessa para industrialização sem a observância do regramento específico.

Mesmo demonstrando que teria atendido a alguns dos termos de intimação lavrados pela fiscalização, a Recorrente, por sua vez, não logrou êxito em comprovar o atendimento aos Termos de Intimação nºs 2016.18538 e 2016.19204, para apresentar as NFE's de remessa para industrialização da matriz (PE) para a filial (CE), bem como o de nº. 2016.18541 e 2016.19205, para que fossem apresentadas as NFE's de venda relativas às remessas destinadas ao Ministério da Integração.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Como resultado, a fiscalização concluiu que as operações praticadas pela Recorrente seriam irregulares, culminando na falta de recolhimento do ICMS para os meses de 02/2011 e 03/2011, pois uma vez enquadradas como operações de remessa para industrialização, competia a GM5 no Ceará a emissão de notas fiscais com o retorno das mercadorias já industrializadas, contemplando o respectivo destaque do ICMS, na forma do art. 702 do Decreto nº. 24.569/97:

SEÇÃO XXVI

Das Operações de Remessa para Industrialização

Art. 702. Na operação em que um estabelecimento mandar industrializar mercadorias, com fornecimento de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos de outro, os quais, sem transitar pelo estabelecimento adquirente, forem entregues pelo fornecedor diretamente ao industrializador, observar-se-á o disposto neste artigo.

§ 1º O estabelecimento fornecedor deverá:

I - emitir nota fiscal em nome do estabelecimento adquirente, constando, além das exigências previstas na legislação, nome, endereço e números de inscrição estadual e no CGC, do estabelecimento em que os produtos serão entregues, bem como a circunstância de que se destinam à industrialização;

II - efetuar, na nota fiscal referida no inciso anterior, o destaque do ICMS, quando devido, que será aproveitado como crédito pelo adquirente, se for o caso;

III - emitir nota fiscal, sem destaque de imposto, para acompanhar o transporte das mercadorias ao estabelecimento industrializador, mencionando, além das exigências previstas na legislação, número, série e data da nota fiscal referida no inciso I e nome, endereço e números de inscrição estadual e no CGC, do adquirente, por cuja conta e ordem a mercadoria será industrializada.

§ 2º O estabelecimento industrializador deverá:

I - emitir nota fiscal, na saída do produto industrializado com destino ao adquirente, autor da encomenda, constando, além das exigências previstas na legislação, nome, endereço e números de inscrição estadual e no CGC, do fornecedor e número, série e data da nota fiscal por este emitida, bem como o valor da mercadoria recebida para industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda, destacando destes, o valor das mercadorias empregadas;

II - efetuar, na nota fiscal referida no inciso anterior, sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, o destaque do ICMS, se exigido, que será aproveitado como crédito pelo autor da encomenda, se for o caso. (grifou-se)



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

A Recorrente argumenta que, no entanto, tratar-se-iam de operações de remessa para entrega futura, previstas no art. 705 do RICMS/CE, mas não traz em seu recurso qualquer elemento concreto que pudesse afastar as conclusões dos auditores fiscais, deixando de desincumbir-se do ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Fisco constituir o crédito tributário, a teor do que prescreve o art. 373 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[...]”

Não há, portanto, outros elementos que possam afastar a conduta tipificada, permanecendo a infração aos arts. 73, 74 do Decreto 24.569/97, com sanção prevista no Art. 123, I, ‘c’ da Lei nº. 12.670/96.

Por fim, a Recorrente alega ainda o caráter confiscatório da multa imposta, equivalente a 100% do valor do imposto lançado.

Nesse ponto, vale lembrar que a este Órgão Julgador não compete a apreciação de inconstitucionalidade de normas que não tenham sido assim declaradas pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Súmula Vinculante, na forma do art. 48, §2º da Lei nº. 15.614/2014, que rege o processo administrativo tributário, *in verbis*:

“Art. 48. Omissis.

[...]

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal”.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Ex positis, voto para que se conheça do presente recurso ordinário, negando-lhe provimento para confirmar a decisão proferida em 1ª instância pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal.

É como VOTO.

03 – DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Base de Cálculo	-
ICMS	461.768,03
Multa	461.768,03
TOTAL	923.536,06

04 – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/2308/2017 – Auto de Infração: 1/201626875. Recorrente: **GM5 INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA**. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância.

Decisão: "Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e tomar as seguintes deliberações: 1 - Quanto à alegação de decadência do direito de constituição do crédito tributário, a 2ª Câmara resolve afastá-la, por voto de desempate da Presidência, sob o entendimento de que se aplica ao caso em questão, a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I, combinado com o art. 149, incisos II e VI, ambos do CTN. Foram votos vencidos os conselheiros Alice Gondim Salviano de Macedo, Filipe Pinho da Costa Leitão e Marcus Mota de Paula Cavalcante que acataram o pedido de declaração de decadência do crédito tributário em razão da aplicação do art. 150, § 4º do CTN e Súmula 555 do STJ considerando que se trata de lançamento por homologação e ocorreu pagamento do imposto no período da infração. 2 - quanto à preliminar de nulidade suscitada por ofensa ao princípio da impessoalidade - foi afastada, por unanimidade de votos, por entenderem os senhores conselheiros que a infração constatada pelos agentes fiscais fora devidamente comprovada nos autos; 3. Em referência a alegação do caráter confiscatório da multa aplicada, foi afastada, por unanimidade de votos, em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/2014. No mérito, também por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância. Decisão nos termos do voto da Conselheira Relatora e conforme o Parecer da Assessoria Processual Tributária."



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

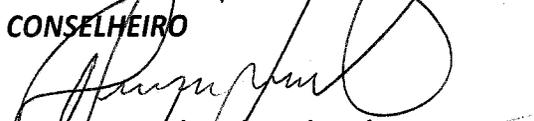
adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Registre-se que o representante legal da recorrente, Dr. Francisco José Rodrigues Alves Júnior, não compareceu para sustentação oral, embora regularmente intimado, conforme solicitado nos autos."

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS,
em Fortaleza, 14 de maio de 2019.


Maria Elineide Silva e Souza
PRESIDENTE

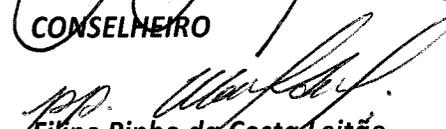

Leilson Oliveira Cunha
CONSELHEIRO


Carlos Raimundo Rebouças Gondim
CONSELHEIRO


Henrique José Leal Jereissati
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Marcus Mota de Paula Cavalcante
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA RELATORA