



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

RESOLUÇÃO Nº 193 /2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

57ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 27/08/2019

RECORRENTE: TP INDUSTRIAL DE PNEUS BRASIL LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO Nº: 1/5155/2017 **AUTO DE INFRAÇÃO Nº:**1/2017.14104-9

CONSELHEIRA DESIGNADA: MARIA ELINEIDE SILVA E SOUZA

EMENTA: ICMS. Falta de Recolhimento do ICMS Substituto decorrente da redução incorreta da base de cálculo referente ao Convênio 06/2009. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. Preliminares de nulidade afastadas por unanimidade de votos. Recurso ordinário Conhecido não Provido. Decisão por voto de desempate do Presidente e conforme Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado pelo Representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão amparada no arts. nºs 73 e 74 do Decreto nº 24.569/1997, Cláusula Primeira do Convênio ICMS 06/2009. Penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/2013.

Palavra-chave: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO- ICMS ST - REDUÇÃO BASE DE CÁLCULO – CONVÊNIO ICMS 06/2009 – FABRICANTE OU IMPORTADOR DE PNEUS.

RELATO

O presente processo trata da acusação de falta de recolhimento do ICMS ST em razão de utilização indevida da base de cálculo ST no período de janeiro/2016 a fevereiro/2017.

O agente do fisco esclarece que:

1. o contribuinte foi monitorado entre os meses de janeiro e junho de 2017 com relação ao período de janeiro/2016 a 06/2017;
2. por ocasião do monitoramento identificou-se que a empresa utilizou a redução da base de cálculo do ICMS ST prevista no Convênio ICMS nº 06/2009 de forma indevida;



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

3. a redução prevista na mencionada norma é exclusiva para estabelecimentos fabricantes e importadores dos produtos classificados nas posições 40.11 – Pneumáticos novos de borracha e 40.13 – Câmaras de ar de borracha ;
4. a empresa foi intimada, Termo de Intimação nº 2017.01466, a apresentar a documentação que comprovasse o enquadramento na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 06/2009;
5. em resposta, argumenta que é filial da TP Industrial que tem como finalidade atuar como centro de distribuição da fábrica;
6. que a empresa autuada tem como atividade econômica o comércio por atacado de pneumáticos e câmaras de ar, CNAE 4530702 e não se enquadra no artigo primeiro do Convênio ICMS nº 06/2009;
7. apresenta quadro demonstrativo dos valores não recolhidos e atribui a penalidade prevista no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/1996.

Constam no processo o Mandado de Ação Fiscal nº 2017.06563, Termo de Início de Fiscalização nº 2017.08173 e AR, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2017.094995 e Aviso de Recebimento, Mandado de Monitoramento Fiscal nº 2017.00619 e AR, Termo de Intimação nº 2017.01466 e AR, CD contendo os dados da fiscalização, fls.11/20.

Contribuinte apresenta defesa fls.27/54, argumentando:

1. inicialmente, requer a nulidade do auto de infração por presunção, em razão do crédito tributário ter sido apurado por amostragem;
2. requer, ainda a nulidade por violação ao princípio da legalidade dos atos da administração pública e matéria tributária;
3. interpretação equivocada do Convênio ICMS nº 6/2009;
4. quando se trata de discussão sobre o imposto devido, todos os estabelecimentos são considerados uma única pessoa jurídica;
5. necessidade de interpretação adotada pela Secretaria da Receita Federal na Consulta DISIT/SRRF04 Mº 4018/2017;
6. que preencheu os requisitos previstos no Convênio ICMS nº 6/2009;
7. impossibilidade de aplicação da multa de 100% (cem por cento) do valor do principal.

O julgador monocrático decide pela procedência do lançamento com os seguintes fundamentos, fls.497/512:

1. afasta o pedido de nulidade pois no CD- Rom que integra a presente ação fiscal o autuante indicou todas as notas fiscais que acobertaram as operações;
2. com base nas consultas realizadas nos sistemas corporativos e informações constantes nos processos, depreende-se a possibilidade de que a autuada, situada em Barueri (SP), seja efetivamente utilizada como local de armazenamento ou depósito próprio do estabelecimento industrial situado em Santo André, conforme expôs a impugnante;



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

3. a autuada estaria, desta forma, *“na categoria de “depósito fechado (ou seja, utilizada para armazenagem de mercadorias do próprio contribuinte), e, não, “armazém geral” (que se destina à armazenagem de mercadorias pertencentes a terceiros)”*, fl.506;
4. desta forma, deveriam ser seguidas as normas estabelecidas para depósito fechado, neste caso a autuada não deveria ter emitido notas fiscais com destino ao Estado do Ceará com destaque do ICMS;
5. por outro lado considerando a autuada *“não funcionar como depósito fechado, mas, sim, como comércio atacadista de pneumáticos e câmaras de ar, conforme apontou o autuante -, restaria também evidente a emissão incorreta das notas fiscais, diante da redução indevida da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária, por não se tratar de estabelecimento industrial ou importador, contrariando a Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 06/2009”*, fl.509;
6. quanto à penalidade aplicada argumenta que a multa deve impedir ou desestimular a conduta ilícita e que a mesma encontra-se em vigor;
7. ratifica a multa prevista no art. 123, I, “c” da Lei 12.670/1996, com redação da Lei nº 13.418/2003.

Intimado da decisão de primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Ordinário, fls. 467/490 onde, após fazer uma pequena sinopse dos fatos, ratifica os pedidos formulados por ocasião da defesa, enfatizando que:

1. reitera a nulidade do auto de infração por falta de preenchimento dos *“requisitos indispensáveis para a constituição do crédito tributário. Diante da violação à disposição do art 142 CTN, ante à ausência de elementos suficientes para determinação da ocorrência e a natureza da infração tributária supostamente havida”*; fls.472;
2. falta de manifestação do julgador de primeira instância quanto a apuração por amostragem, pois *“o valor objeto da autuação fiscal referente ao tributo é bastante inferior em relação ao número total de operações realizadas pela Recorrente, mesmo considerando a exclusão das operações decorrentes de importações que, no entendimento da D Autoridade Fiscal, seriam abrangidas pelo benefício previsto no Convênio ICMS nº 06/2009”*, fl. 473;
3. lançamento por amostragem somente é possível na omissão de receita, situação onde pode ocorrer o arbitramento da base de cálculo do tributo pretendido;
4. a impossibilidade de manutenção da multa de 100%(cem por cento) em caso de manutenção do crédito tributário;
5. argui que o Convênio ICMS nº 06/2009 tem como objetivo equilibrar a tributação estadual nas operações sujeitas ao regime de cobrança monofásica das contribuições do PIS e da COFINS, prevista na Lei nº 10.485/2002;
6. argumenta o descumprimento ao princípio da legalidade, *“verificada a presença dos requisitos legais para a fruição de benefício, não pode o agente fiscal, sob nenhuma hipótese, imputar penalidades ao contribuinte pelo exercício regular do seu direito ao benefício”*, fls.476/477
7. preenchimento de todos os requisitos legais para fruição do benefício da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 6/2009, quais sejam, a realização



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

- de operações interestaduais por fabricante ou importador; fabricação de produtos classificados nas posições 40.11 e 40.13 da TIPI, existência de receita bruta decorrente da venda de mercadorias tributadas pelas contribuições PIS e COFINS nos termos da Lei nº 10.485/2002;
8. o regulamento do Ceará no art. 19 determina expressamente que todos os estabelecimentos da pessoa jurídica serão considerados em conjunto;
 9. a legislação tributária autoriza a utilização de estabelecimento da mesma pessoa jurídica como local de armazenamento referente aos produtos por ela fabricados sendo a venda será considerada como ocorrida no estabelecimento do depositante, no caso, a fábrica de Santo André;
 10. a necessária aplicação da interpretação adotada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil na solução de consulta Disit/SRR04 nº 4018/2017
 11. o requisito da classificação no CNAE não se aplica para fins de conceituação de estabelecimento fabricante e industrial

O processo é encaminhado ao Célula de Assessoria Tributária, sendo emitido o parecer nº 43/2019, fls.542/545. sugerindo o conhecimento do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de procedência do lançamento, sob os seguintes fundamentos:

1. esclarece que a ação fiscal foi realizada a partir dos documentos da empresa referente ao período de 01/07/2012 a 30/06/2017 e que ficou constatado que no período de 01/2016 a 02/2017 a empresa recolheu parcialmente o ICMS, uma vez que reduziu a base de cálculo do ICMS, desta forma fica afastada a nulidade por ter sido a fiscalização por amostragem, pois a infração foi verificada no período mencionado;
2. para fruição do benefício previsto no Convênio ICMS nº 6/2009 a operação interestadual tem que ser realizada por estabelecimento fabricante ou importado e a empresa autuada tem inscrição na Sefaz/CE como comércio atacadista de pneus CNAE 4530702,
3. a empresa não se enquadra no art. 11, § 5º da Lei Complementar nº 87/96, uma vez que tem segmento de atividade econômica de contribuinte de comércio atacadista;
4. no tocante a aplicação da Súmula 166 do STJ e do Resp 1.303.176/GO não tem efeito vinculante e o art. 12 I da Lei Complementar nº 87/1996 determina que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, estando o lançamento amparado pelo princípio da estrita legalidade em matéria tributária;
5. frisa que o Convênio ICMS nº 6/2009 está em vigor e que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada à lei;
6. quanto ao Recurso Extraordinário nº 540.829, com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, trata da constitucionalidade da incidência de ICMS sobre operações de importação de mercadorias sob o regime de arrendamento mercantil internacional, não é o caso em avaliação nesse processo;



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

Voto da Relatora:

O presente processo tem como objeto a infração de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária decorrente da redução indevida da base de cálculo nas vendas de pneus e câmaras de ar em desacordo com as regras previstas no Convênio ICMS nº 85/1993.

Inicialmente, cumpre a análise da nulidade em razão da autuação fiscal ter como base amostragem, violando o art. 142 do Código Tributário Nacional. De plano afastamos o pedido considerando que as provas carreadas ao processo demonstram que o agente do fisco efetuou o trabalho a partir de toda documentação do contribuinte e, inclusive, foi anexado ao processo contendo planilha onde estão detalhados o número da nota fiscal, data da emissão, chave de acesso, CFOP, NCM, descrição da mercadorias, ICMS de origem, IPI, base de cálculo da NF, base de cálculo ST, ICMS ST, valor divergente, evidenciando, desta forma, evidenciando que a autuação decorreu da análise da documentação e não, como afirmado pelo recorrente, da presunção dos dados. Ressalte-se que foram fornecidos todos os elementos necessários a defesa do contribuinte, de acordo com o disposto no art. 142 do CTN, abaixo transcrito:

Art 142 Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível

Parágrafo único A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional

Urge ressaltar que o agente do fisco está adstrito ao cumprimento da lei, sendo atividade de lançamento vinculada e constatado a infringência de norma, o auditor deve aplicar a penalidade cabível ao caso, não podendo dispensar a aplicação da penalidade prevista e a cobrança do imposto devido.

No tocante a aplicação da Súmula 166 do STJ e do Resp. 1.303.176/GO, como bem ressaltado no Parecer nº 43/2019 da Célula de Assessoria Processual Tributária, fls. 544/545, mencionados precedentes não tem efeito vinculante, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014.

Ultrapassadas as questões preliminares, verifica-se que o mérito da acusação reside na interpretação do Convênio ICMS nº 06/2009 que prevê a redução da base de cálculo nas operações interestaduais efetuadas por estabelecimento fabricante ou importador dos produtos classificados nas posições 40.11(Pneumáticos novos de borracha) e 4013(Câmara de ar de borracha) da TIPI, cuja cláusula primeira reproduzimos abaixo:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais efetuadas por estabelecimento fabricante ou importador com os produtos classificados nas posições 40.11 - PNEUMÁTICOS NOVOS DE BORRACHA e 40.13



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

- **CÂMARAS-DE-AR DE BORRACHA, da TIPI**, em que a receita bruta decorrente da venda dessas mercadorias esteja sujeita ao pagamento das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), nos termos da Lei nº 10 485, de 3 de julho de 2002, a base de cálculo do ICMS fica reduzida do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais

No presente caso, como bem ressaltado na autuação, o estabelecimento remetente da mercadoria não é indústria, mas uma filial inscrita no Estado do Ceará sob o número 06.472583-9 e que tem como atividade o **CNAE 4530702 – Comércio atacadista de pneumáticos e câmaras de ar**.

A atuada argumenta que funciona como um depósito fechado da indústria e, como tal, faz jus ao benefício concedido pelo convênio mencionado, nos termos do art. 11, § 5º da Lei Complementar nº 87/96, abaixo reproduzido:

Art 11 O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é

()

§ 5º Quando a mercadoria for remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado, a posterior saída considerar-se-á ocorrida no estabelecimento do depositante, salvo se para retornar ao estabelecimento remetente

O depósito fechado funciona como extensão do depositante, destinando-se, exclusivamente, à armazenagem e guarda de mercadorias do próprio depositante, desta forma tem como característica a não realização de vendas.

Entretanto, observando-se as notas fiscais objeto da autuação, constata-se que são todas operações de vendas do próprio estabelecimento remetente, filial inscrita no Estado do Ceará como comércio atacadista.

Como ressaltado no julgamento monocrático, se atuada realmente fosse depósito fechado deveria ter emitido nota fiscal de venda por conta e ordem sem destaque do ICMS, cabendo ao real vendedor a emissão da nota fiscal com o destaque do ICMS.

É preciso lembrar que o depósito fechado, por ser um estabelecimento auxiliar, exerce exclusivamente atividades de apoio a outros estabelecimentos da própria empresa, não efetua vendas e, conseqüentemente, não emite notas fiscais com destaque do imposto, portanto, não procede a afirmação da atuada que tem o direito de redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS nº 06/2009 por atuar como depósito fechado da fábrica.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

Nesse diapasão, diante das provas constantes nos autos, conclui-se pela comprovação da infração, uma vez que o recorrente não se enquadra como estabelecimento fabricante ou importador dos produtos classificados nas posições 40.11(Pneumáticos novos de borracha) e 4013(Câmara de ar de borracha) da TIPI, ficando o autuado sujeito a penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/1996.

Considerando os fatos acima relatados, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário negar-lhe provimento, para afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, confirmar a decisão condenatória de primeira instância, julgando PROCEDENTE a acusação fiscal, nos termos do Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado pelo Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Este é o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$ 770.981,68
MULTA	R\$ 770.981,68

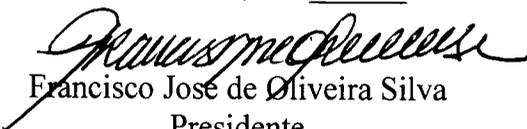


GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

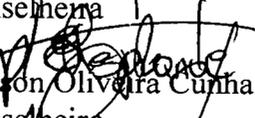
DECISÃO:

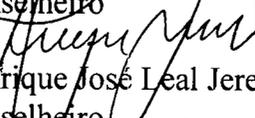
Vistos relatados e discutidos os autos onde é Recorrente TP INDUSTRIAL DE PNEUS BRASIL LTDA e Recorrido Célula de Julgamento de 1ª Instância resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e afastar as preliminares de nulidade nele suscitadas, adotando os fundamentos contidos no Parecer da Assessoria Processual Tributária. No mérito, por voto de desempate da Presidência, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pela Conselheira Maria Elineide Silva e Souza, que ficou designada para lavrar a Resolução, e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Filipe Pinho da Costa Leitão (relator originário), Marcus Mota de Paula Cavalcante e Alice Gondim Salviano de Macedo, que se pronunciaram pela improcedência, conforme manifestação constante dos autos, decorrente do pedido de vista do Conselheiro José Alexandre Goiana de Andrade.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de outubro de 2019.

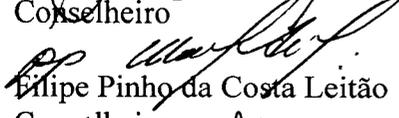

Francisco José de Oliveira Silva
Presidente

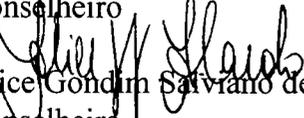

Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira


Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro


Henrique José Leal Jereissati
Conselheiro


Marcus Mota de Paula Cavalcante
Conselheiro


Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro


Alice Gondim Salviano de Macedo
Conselheira


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado
Ciente: 23/10/19