



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO nº 147 /2010
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
127ª Sessão Extraordinária de 23/10/2009
Processo de Recurso nº 1/1118/2004
Auto de Infração nº 1/200401788
Autuante: Gilmário Pinheiro Lima - mat: 08709-1-9
Recorrente: CÉLULA DE JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA
Recorrido: CASA DO ELETRICISTA LTDA
Cons. Relator: José Rômulo da Silva

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Exigência de estorno nos termos do art. 66, IV do RICMS. Qualificação jurídica é de *crédito indevido* do imposto, e não de falta de recolhimento. Há entre o descumprimento do dever fiscal do art. 66, IV e a penalidade do art. 123, II, "a" do RICMS uma correlação jurídica necessária, ou seja, independentemente da vontade particular do agente fiscal. Embora em termos práticos o descumprimento do art. 66, IV, possa significar falta de recolhimento do imposto, por outro lado, juridicamente não foi esta a escolha do legislador ao criar a norma geral e abstrata do direito material. Princípio da legalidade. Proibição para que se aplique por *extensão* ou por *analogia* a penalidade do art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96 ao caso vertente. Recurso provido. Modificada a decisão singular de procedência do Auto de Infração. Declara a NULIDADE. Decisão por maioria de votos.

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de Primeira Instância de procedência do auto de infração por falta de recolhimento do ICMS no montante de R\$ 19.365,66 (dezenove mil trezentos e sessenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), fato ocorrido em 2001.

Nas informações complementares que seguem o agente fiscal agrega que a infração decorre do fato de que o contribuinte não estornara integralmente o imposto creditado na aquisição de mercadorias que posteriormente foram sinistradas em virtude de incêndio ocorrido no estabelecimento.

Processo n°: 1/1118/2004 /

2

Auto de infração n°: 1/200401788

Cons. Relator: José Rômulo da Silva.

Segundo o agente o valor correto a ser estornado seria de R\$ 54.637,37 (cinquenta e quatro mil seiscentos e trinta e sete reais e trinta e sete centavos), mas que o contribuinte fizera apenas de R\$ 35.271,71 (trinta e cinco mil duzentos e setenta e um reais e setenta e um centavos).

De relevo dizer que o estorno fora autorizado pelo próprio fisco cearense na forma do parecer acostado (fls. 31), em consequência do que prevê o art. 66, IV do RICMS - Dec. 24.569/97.

A decisão singular está assim ementada:

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO. Ação fiscal procedente tendo em vista que a empresa não procedeu integralmente o estorno do imposto creditado na aquisição de mercadorias que posteriormente foram sinistradas em virtude de incêndio ocorrido no estabelecimento. Infringência aos artigos 73 e 74 do Dec. 24.569/97. Penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei n° 12.670/96.

Em suas razões a recorrente alega que não há diferença de estorno, pois já o fizera na sua totalidade. Por outro lado, alega que somente, e se fosse possível, o levantamento das mercadorias sinistradas, considerando inclusive a condição de isentas, com redução de base de cálculo é sujeitas ao regime de substituição tributária se poderia ter por verdadeira a diferença lançada.

Por fim, afirma a recorrente que o mesmo fato fora objeto de fiscalização anterior.

A Consultoria Tributária emite Parecer sugerindo a manutenção da decisão de procedência de 1ª Instância, referendado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o relatório.

VOTO

Claramente se constata que o que de fato aconteceu foi a falta de estorno de crédito na forma prevista no art. 66, IV, do RICMS, que assim dispõe:

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

IV - não for, por qualquer motivo, objeto de operação ou prestação subsequente, ressalvado o disposto no art. 60.

No caso, o agente fiscal qualificou o fato como falta de recolhimento do ICMS, aplicando a penalidade do art: 123, I, "d" da Lei n° 12670/96.

Vejamos agora o que dita o art. 123, II, "a" da Lei n° 12.670/96.

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

.....
II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta gráfica do ICMS em desacordo com o artigo 53, bem como o decorrente da não realização de estorno, nos casos previstos no artigo 54: multa equivalente a 2 (duas) vezes o valor do crédito indevidamente aproveitado (grifo).

O art. 54 em destaque é o supedâneo do art. 66 retro, portanto é de fácil percepção que há entre o descumprimento deste a penalidade do art. 123, II, "a" do RICMS uma correlação jurídica necessária, ou seja, independentemente da vontade particular do agente fiscal, de modo que na hipótese de descumprimento do art. 66, IV a qualificação jurídica é de *crédito indevido* do imposto, e não de falta de recolhimento.

Portanto, num exame específico do conteúdo do lançamento, vê-se que este se revela defeituoso por não guardar conformidade com os preceitos da legislação (de direito material) vigente que fundamentam a sua validade. O legislador considerou de forma específica ou restrita que na hipótese de descumprimento do art. 66, IV, retro, o conseqüente da norma está em relação ao crédito do ICMS (art. 123, II, "a") e não com o recolhimento. Ou seja, embora em termos práticos o descumprimento do art. 66, IV possa significar falta de recolhimento do imposto, por outro lado, juridicamente não foi esta a escolha do legislador ao criar a norma geral e abstrata do direito material.

Vale então lembrar que se transpõe ao campo das sanções tributárias alguns dos princípios de ampla aplicação no campo do Direito Penal, entre o quais o da reserva legal contemplado no art. 5º, XXXIX, da CF/88 que embora consigne a expressa "crime", mas que tem sentido amplo, nesta incluindo todas as restrições de caráter penal.

Corolário do mesmo princípio consta do art. 97, V do CTN ao reservar à lei a cominação de penalidade para as ações ou omissões contrárias aos seus dispositivos, ou para infrações nela definidas, o que impede assim que se aplica por *extensão* ou por *analogia* a penalidade do art. 123, I, "d" da Lei n° 12.670/96 ao caso vertente.

Com efeito, revela-se defeituoso o lançamento, restando por infirmada a infração denunciada, pois a inobservância do art. 66, IV do RICMS contempla

uma outra qualificação jurídica (crédito indevido) e não aquela contemplada no auto de infração.

Diante do exposto, voto para que se conheça do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento para modificar a decisão condenatória proferida na Instância singular e declarar a nulidade do auto de infração, em desacordo com o parecer da Consultoria Tributária referendado pelo Representante da Procuradoria Geral do Estado.


É como eu voto.

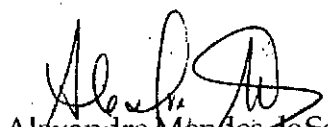
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **Célula de Julgamento de 1ª Instância** e recorrida **Casa do Eletricista Ltda.**

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário e, por maioria de votos, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a nulidade suscitada pelo relator, por erro na qualificação jurídica do fato: estorno X falta de recolhimento; em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos, contrários à nulidade, os Conselheiros Manoel Valdir Nogueira Júnior e Daniela Sousa Gouveia. O Conselheiro Relator, por ocasião do voto, ressaltou que "o lançamento é sempre atual, seus efeitos e que podem retroagir".

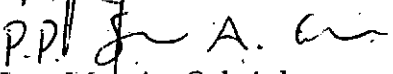
Sala das Sessões da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, em 05 de maio de 2010.


Sandra Maria Tavares Menezes de Castro
Presidente


Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro


Marcos Antônio Brasil
Conselheiro


Daniela de Sousa Gouveia
Conselheira


Jose Moreira Sobrinho
Conselheiro

Processo n°: 1/1118/2004

Auto de infração n°: 1/200401788

Cons. Relator: José Rômulo da Silva:

Manoel Valdir Nogueira Júnior
Conselheiro

Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro

José Rômulo da Silva
Cons. Relator

Jenitza Gurgem H. Rosário Dias
Conselheira

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado