

ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 072/2018

15ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 26 de março de 2018.

PROCESSO DE RECURSO Nº.: 1/1727/2016 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2016.07567

RECORRENTE: CEMEC CONSTRUÇÕES ELETROMECÂNICAS S.A. – CGF: 06.104.089-4

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR CONS.: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

AUTUANTE: MARCOS COSTA DE OLIVEIRA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO 1. Constatada a falta de recolhimento na forma e prazos regulamentares, pois as Operações de Saídas de mercadorias no C.F.O.P. 6102 (Venda de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros) e a sua indevida inserção na fruição do Benefício Fiscal pertinente ao Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará-FDI/PROVIN, pela mutuaría; assim, diferiu ICMS em valor correspondente a 75% do imposto dessas operações, em desacordo com a legislação fiscal do ICMS, pois o benefício do diferimento concedido pela Lei 10.367/1979 alcança somente os produtos de "fabricação própria" da empresa, sendo os demais tributados normalmente, houve infringência aos artigos 73, 74 do Decreto 24.569/1997, 2º. § 3º. do Decreto 27.206/2003 e ao Decreto 29.183/2008. Auto de Infração julgado PARCIAL PROCEDENTE, em virtude de redução do valor da multa, por aplicar-se a penalidade contida no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/1996 alterado pela Lei 13.418/2003, por estarem escriturados no SPED/EFD os valores das operações objeto da acusação e também em virtude da decadência dos meses de janeiro a março de 2011 conforme 150, parágrafo 4º. Do CTN com penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/1996 alterado pela Lei 13.418/2003. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO – DECADENCIA DOS MESES DE JANEIRO A MARÇO DE 2011– PARCIAL PROCEDENCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

INCONTESTE AS OPERACOES DE SAIDAS DE MERCADORIAS ACOLHENDO CFOP 6102 (VENDA DE MERCADORIAS ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS) E A SUA INDEVIDA INSERCAO NA FRUICAO DO BENEFICIO FISCAL PERTINENTE AO FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO CEARA, PELA MUTUARIA, NOS TERMOS DA NORMA QUE REGE A MATERIA. "

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos: Art. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, I, "c" Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13418/03.

Anexos ao Auto de Infração:

- ✓ Informações Complementares ((fls.03 a 08);
- ✓ Mandado de Ação Fiscal;
- ✓ Termo de Início de Fiscalização;
- ✓ Termo de Conclusão de Fiscalização;
- ✓ Demonstrativos da Falta de Recolhimento (fls.07, 40-CD Room e 107);
- ✓ Cópias do Contrato FDI/PROVIN NO. 33.0311- Resolução CEDIN Nº 2001/014(fl.14 a 20).

A empresa apresenta defesa às fls. 45 a 102, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que o período compreendido entre 01/2011 a 03/2011 já está fulminado pela decadência, uma vez que decorrido mais de 05 anos entre a ocorrência dos fatos geradores e a lavratura do presente Auto de Infração (art. 150, S 4º do CTN);
- ✓ Que conforme determina o art. 5º., § 1º. da Lei 10.367/1979, o benefício do PROVIN/FDI abrange todo o ICMS próprio, sendo irrelevante se o imposto decorre da revenda de mercadorias adquiridas de terceiros ou produção própria;
- ✓ Que não se mostra possível a cobrança de ICMS realizada para a maior parte do Auto de Infração, visto que este imposto já é cobrado no Auto de Infração Nº 2016.07997, que suspendeu os efeitos do PROVIN/FDI para os meses de FEV/MAR/ABR/MAI/JUL/SET/DEZ do ano de 2011 e, portanto, já realiza a cobrança do ICMS dessas competências;

O julgador monocrático julga pela PARCIAL PROCEDÊNCIA da autuação às fls. 108 a 115, conforme ementa:

"EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO na forma e prazos regulamentares, pois inconteste as Operações de Saídas de mercadorias acolhendo o C.F.O.P. 6102 (Venda de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros) e a sua indevida inserção na fruição do Benefício Fiscal pertinente ao Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará-FDI/PROVIN, pela mutuaria; assim, diferiu ICMS em valor correspondente a 75% do imposto dessas operações, em desacordo com a legislação fiscal do ICMS, visto que tem benefícios fiscais oriundos do FDI/PROVIN. Auto de Infração julgado PARCIAL PROCEDENTE, em virtude de redução do valor da multa, por aplicar-se a penalidade contida no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/1996 alterado pela Lei 13.418/2003, por estarem escriturados no SPED/EFD os valores das operações objeto da acusação; pois o benefício do Diferimento concedido pela Lei 10.367/1979 alcança somente os produtos de "fabricação própria" da empresa, sendo os demais tributados normalmente, houve infringência aos artigos 73, 74 do Decreto 24.569/1997, 2º. § 3º. do Decreto 27.206/2003 e ao Decreto 29.183/2008, com penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/1996 alterado pela Lei 13.418/2003. DEFESA TEMPESTIVA. "

Após a parcial procedência do auto de infração exarada em primeira instância, o Julgador Monocrático não interpõe reexame necessário ao Conselho de Recursos Tributários, por força do Artigo 104, § 3º., inciso I da Lei nº 15.614/2014.

A empresa apresenta recurso ordinário as fls. 122 a 135 reitera com os mesmos argumentos utilizados em sua Impugnação:

- Que não é possível a corresponsabilidade dos sócios da impugnante;
- Da decadência dos créditos decorrentes de fatos geradores ocorridos antes de 03/2011 (art. 150 § 4º. do CTN);
- Do devido aproveitamento do PROVIN/FDI sobre o ICMS Próprio;
- Ocorrência do bis in idem (AI- 2016.07997-6).
- Por fim requer a improcedência do auto de infração. Argumenta ainda caso não seja decidido pela improcedência que seja reconhecida a parcial procedência, uma vez que os meses de fev/mar/abr/maio/jul/set/dez do ano de 2011 já foram lançados no auto de infração 2016.07997.

A Célula de Assessoria Processual Tributária às fls. 140 a 148, em seu Parecer nº 209/2017, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado se manifesta pela modificação da

decisão do Julgador Monocrático de parcial procedência do auto de infração para PROCEDENCIA, conforme ementa:

"ICMS - Falta de Recolhimento. FDI. Auto de Infração Procedente. Recurso Ordinário Provido. Parecer pela Procedência da acusação infringência aos art. 73, 74 do Dec. 24.569/97, Dec. nº. 29.183/2008. Penalidade prevista no art. nº 123 I "c" 12.670/96 alterado pela Lei 13.418/03. "

E, opina pelo conhecimento do Recuso Ordinário, para dar-lhe provimento, modificando a decisão singular de parcial procedente para PROCEDÊNCIA.

Eis, o relatório.

VOTO:

Procedidas vistas no conteúdo documental dos autos, verificamos que as razões aduzidas pela recorrente têm condão para ilidir o presente feito somente em parte, conforme demonstrado adiante.

QUANTO A CORRESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

Entendo por conhecer o argumento e negar provimento, tendo em vista que é somente informativo o cadastro de sócios, o que na verdade está em julgamento de uma autuação da pessoa jurídica CEMEC Construções Eletrônicas S/A - 06.104.089-4, portanto somente após a existência do crédito consolidado, posteriormente, na fase de execução é que vai ser apreciada a responsabilidade dos sócios ou representantes legais, no tocante a responderem pelas dívidas contraídas pela empresa.

Não é de competência do Contencioso Administrativo do Estado do Ceará excluir os nomes dos sócios de corresponsabilidade do crédito, além de que em nada altera a sujeição passiva da relação tributária instaurada, que permanece na pessoa jurídica da sociedade empresária e não de quaisquer dos seus sócios, além disso, considero que a nomeação dos sócios tem caráter apenas informativo e não lhes atribuir responsabilidade fora da prevista no Código Tributário Nacional ou mesmo no Código de Processo Civil.

DA DECADENCIA

Quanto à extinção parcial do crédito, pois decaiu o direito do fisco em relação aos débitos de ICMS do período de janeiro a março de 2011, entendo que a empresa informou os valores em sua conta gráfica, tendo o Estado o prazo de 5 anos para homologar tacitamente ou por escrito, passado o período de cinco anos ocorreu a homologação tácita, portanto decaiu o direito do fisco em relação aos débitos de ICMS do período de janeiro a março de 2011, posto que o auto de infração foi lançado com ciência em abril de 2016, em conformidade com o que dispõe o art. 150, § 4º do CTN, in verbis:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

DO MERITO

Quanto a acusação de falta de recolhimento de ICMS, referente ao Exercício 2011, tendo como origem as Operações de Saídas de mercadorias acolhendo o C.F.O.P. 6102 (Venda de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros) e a sua indevida inserção na fruição do Benefício Fiscal pertinente ao Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará-FDI/PROVIN, entendo que a própria empresa confirma em sua defesa quando afirma que possui este direito que realmente diferiu ICMS em valor correspondente a 75% do imposto (R\$ 9.703 92 (nove mil setecentos e três Reais e noventa e dois centavos) dessas operações, portanto quanto ao fato específico não resta dúvida que houve a fruição do benefício, vejamos como se posiciona a empresa em seu recurso ordinário:

“41. No caso em epígrafe, a recorrente se trata de empresa beneficiária do FDI/PROVIN, nos termos do Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/CE, tendo calculado o seu benefício fiscal sobre todas as OPERAÇÕES PRÓPRIAS, exatamente como determina a LEI.

42. Entretanto, adotando a indevida restrição da base de cálculo do benefício prevista no DECRETO, o fiscal pretendeu autuar a recorrente mediante a

cobrança do valor que deixou de ser recolhido diante do suposto aproveitamento indevido do FDI sobre as operações de venda de mercadorias adquiridas de terceiros (CFOP 5102).

43. Ora, o ICMS dessas operações é sim PRÓPRIO, na medida em que decorre diretamente da circulação de mercadoria promovida pela recorrente, de modo que o aproveitamento do crédito é legítimo e atende aos preceitos dispostos na Lei 10.367/79.

44. Diante do exposto, não merece prosperar o presente auto de infração, pois o cálculo do benefício pela venda de bens adquiridos de terceiros atende aos requisitos do FDI/PROVIN. ”

Portanto a análise é se está de acordo ou em desacordo com a legislação fiscal do ICMS, o que em nossa opinião, a utilização de benefício fiscal em C.F.O.P. 6102 (Venda de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros), está em desacordo, visto que não está previsto no FDI/PROVIN Nº. 33.0311 Resolução CEDIN Nº. 2001/014 (fis.14 a 20), posto que o financiamento é para atividade de produção própria, ocasionando portanto uma Falta de Recolhimento do imposto, no prazo regulamentar.

Quanto ao argumento de a Lei nº 10.367/79 autoriza o financiamento de todas as operações da empresa, entendo que o Legislador usou a terminologia ICMS PRÓPRIO que foi explicado no Decreto Nº 29183/2008, delimitando o que era para ser financiado, além de que a empresa quando de sua instalação faz um documento de protocolo de intenções e a posterior assina o Termo de Acordo que também determina que o ICMS financiado será o de produção própria (industrialização), portanto não prospera este argumento.

DA REDUÇÃO DA MULTA

Possuo o mesmo entendimento do julgador singular, quanto ao reenquadramento da multa, tendo em vista a empresa haver lançado as notas fiscais com os valores e impostos, e somente ao financiar é que comete um equívoco e financia através do FDI parte dos valores do ICMS de revenda, in verbis:

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

d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido; ”

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Recurso Ordinário, negar provimento, e confirmar a decisão singular pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, em face do reenquadramento da penalidade originalmente aplicada (art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96) para a prevista no art. 123, I, "d" da Lei 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator, deduzindo os valores de janeiro a março de 2011, em virtude da decadência.

DEMONSTRATIVO DO CREDITO TRIBUTÁRIO			
MÊS/ANO	VALOR ICMS	VALOR MULTA	TOTAL
mai-11 Total	158,76	79,38	238,14
jul-11 Total	2.566,62	1.283,31	3.849,93
set-11 Total	938,70	469,35	1.408,05
out-11 Total	1.599,04	799,52	2.398,56
nov-11 Total	3.710,11	1.855,06	5.565,17
dez-11 Total	295,47	147,74	443,21
Total Global	9.268,70	4.634,35	13.903,05

É o voto.



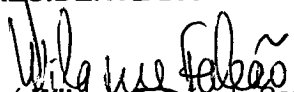
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **Recorrente:** CEMEC CONSTRUÇÕES ELETROMECÂNICAS S.A.– CGF: 06.104.089-4 e **Recorrido:** CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

DECISÃO: Resolvem os membros da 4ª 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 que o lançamento em exame configura bis in idem em relação a outros Autos de Infração lavrados contra a empresa, o advogado da autuada renunciou em sessão ao referido argumento; 2. Reconhecer a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos meses de janeiro a março de 2011, tendo em vista que a notificação do lançamento de ofício ocorreu em 28/04/2016 (folha 42 dos autos). Entendem os senhores conselheiros que por se tratar de situação em que houve pagamento de ICMS a menor do que o devido, é hipótese de aplicação da regra de contagem do prazo decadencial estabelecida no artigo 150, §4º, do CTN; 3. Quanto à alegação de ilegitimidade da atribuição de corresponsabilidade dos sócios da recorrente, afastar por maioria de votos, considerando que o lançamento foi realizado contra a pessoa jurídica, não contra seus sócios. Entendem os senhores conselheiros que eventuais discussões acerca da corresponsabilidade – ou não - dos sócios perante a Fazenda Pública, em face do crédito em questão, deverão ser feitas no âmbito do Poder Judiciário, por ocasião de eventual processo de execução fiscal. Foram votos divergentes quanto a este ponto os das Conselheiras Camila Borges Duarte e Fernanda Dourado Aragão Sá Araújo, que votaram por não conhecer do argumento, sob o entendimento de que o objeto do presente auto cinge-se à constituição da obrigação tributária, cujo polo passivo é a pessoa jurídica e não a pessoa física dos sócios. Entendem as Conselheiras que a apuração de eventual corresponsabilidade dos sócios pelo pagamento do crédito se dará em momento posterior à constituição definitiva do crédito tributário; 4. Quanto a alegação de improcedência do feito fiscal, resolvem rejeitá-la sob o entendimento de que o diferimento do ICMS no contexto do FDI diz respeito apenas às operações decorrentes da produção própria do estabelecimento do contribuinte; 5. Em decisão final de mérito, resolvem, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso interposto, e confirmar a decisão singular pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, em face do reenquadramento da penalidade originalmente aplicada (art. 123, I, “c” da Lei 12.670/96) para a prevista no art. 123, I, “d” da Lei 12.670/96. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Estiveram presentes para sustentação oral, os representantes legais da recorrente, Dr. Alexandre

Linhares e Dr. Lucas Montenegro. Esteve presente como ouvinte, a estudante do curso de Direito Bianca Passos Urano de Carvalho.


SALA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza,
aos 016 de abril de 2018.


Abilio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Wilmar Falcão de Souza
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Camilla Borges Duarte
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Fernanda Courado Aragão Sá Araújo
CONSELHEIRA