



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 130 /2017

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 17 de JULHO de 2017. (29ª. SESSÃO)

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2274/2016 AI.: 1/2016.11075-6

RECORRENTE: MB COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA CGF:06.888.0278

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR **ORIGINARIO**: LÚCIO FLÁVIO ALVES

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – Comprovado o pagamento parcial do ICMS NORMAL pela remetente faz juz ao crédito do ICMS na mesma proporcionalidade. Amparo Legal; § 2.º do Art. 155 da Constituição Federal, Art. 60, 65, 73, 74, 450 e 446 do Decreto nº 24.569/97 e Penalidade: Art. 123, I, "C" Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13418/03. **AUTO DE INFRAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE**, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: FALTA DE RECOLHIMENTO – COMPROVADO O PAGAMENTO PARCIAL DO ICMS NORMAL PELA REMETENTE – CREDITO LEGITIMO NA MESMA PROPORCIONALIDADE– 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.

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER O ICMS NORMAL AO LANÇAR CREDITOS INDEVIDOS DE ICMS NA EFD, QUANDO DA ENTRADA (TRANSFERENCIAS) DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA. INFORMAMOS QUE REFIZEMOS A CONTA GRAFICA DO ICMS P/ DURANTE ALGUNS MESES DE 2011 O CONTRIB APRESENTOU SALDO CREDOR."

O agente fiscal lança a título de ICMS o valor de R\$128.364,90 e a multa no montante no mesmo valor 9 R\$128.364,90), em seguida aponta como dispositivos infringidos: Art. nº 60, 65, 73, 74, 450 e 446 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.

A empresa entra com defesa tempestiva, anexado às fls. 104 a 116, com os argumentos e solicitações:

- ✓ Que as operações se referem a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa;
- ✓ Que por um equívoco do sistema, as notas fiscais de transferência foram erroneamente emitidas com destaque do imposto, muito embora as operações fosse, sujeitas à ST e o imposto devido já tivesse sido anteriormente recolhido;
- ✓ Que o ICMS foi pago em duplicidade, na entrada e novamente na saída: A atuada se creditou porque as notas fiscais foram emitidas com destaque de imposto;
- ✓ Que o creditamento impediu o enriquecimento ilícito do Fisco cearense, na medida em que o ICMS incidente sobre a mesma operação foi recolhido duas vezes;
- ✓ Que os créditos tributários referentes aos meses de abril e maio encontram-se extintos em razão da decadência;
- ✓ Que a conduta adotada pelo atuado, longe de configurar creditamento indevido, traduz-se no retorno à sistemática normal do débito/crédito:
- ✓ Que o procedimento adotado está respaldado pela RESTITUIÇÃO prevista no art. 89 do Decreto nº 24.569/97;
- ✓ Solicita PERÍCIA para demonstrar o alegado.

A julgadora monocrática, julga pela procedência da autuação, conforme ementa contida às fls.135:

"EMENTA: CREDITO INDEVIDO. O contribuinte creditou-se indevidamente do ICMS Substituição Tributária referente a operações de transferência de suas filiais. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. Decisão amparada no Art. 60, X, § 3º.; Art.65, VI; e arts 73 e 74; todos do Decreto nº 24.569/907. Penalidade prevista no Art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96. DEFESA."

Inconformada com a decisão singular, a interessada ingressa com Recurso Ordinário, acostada ao processo às fls.144 a 155, com os argumentos:

- ✓ Decadência de parte do crédito tributário, com fundamento no art. 150, §40 do Código Tributário Nacional;
- ✓ Que o crédito lançado na conta gráfica referente às operações em transferência apontadas na autuação é perfeitamente devido, pois houve o destaque e recolhimento do ICMS na saída das mercadorias;
- ✓ Que as operações se referem a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa (grupo Normatel), sendo 92% delas oriundas de seu centro de distribuição. Nas operações sujeitas à substituição tributária cujo imposto já havia sido recolhido na entrada, o CD não precisava emitir as notas fiscais de saída com destaque de ICMS. Entretanto, por uma disfunção do sistema (a empresa enfrentava o processo de migração do sistema GALILEO para o SAP) as notas fiscais de transferência eram emitidas com o destaque do imposto;
- ✓ Que a MB COMÉRCIO pagou duas vezes pelo imposto referente ao mesmo fato gerador: pelo regime da substituição tributária, enquanto substituta e pelo regime normal, na saída da mercadoria. O Estado, por sua vez, enriqueceu ilicitamente, pois uma vez pago o imposto pela sistemática da ST, nada mais é devido por qualquer outro contribuinte ao longo da cadeia;
- ✓ Que a conduta adotada pela MB COMÉRCIO retorna à sistemática normal de débito/crédito;
- ✓ Que o julgamento singular privilegiou uma interpretação absolutamente rígida da norma, sem levar em consideração os preceitos da justiça fiscal ou a proibição do enriquecimento ilícito, contrariando decisões deste Contencioso;
- ✓ Requer a realização de exame pericial, a extinção do crédito tributário relativos aos meses de abril e maio de 2011, em face da decadência, com esteio no art. 150, §4º., do CTN ou, ainda, a improcedência da autuação.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 61/2017, acostado as fls. 159 a 173, se manifesta pela PROCEDENCIA do auto de infração.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento a fim de que seja mantida a decisão proferida na instância singular de PROCEDENCIA do auto de infração.

Em 26 de maio de 2017 foi determinado pela 4ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários para verificar o recolhimento do ICMS destacado, conforme detalhes contidos às fls. 212.

A perícia constatou que houve uma diferença no montante de R\$2.344,73 (dois mil, trezentos e quarenta e quatro reais, conforme documento acostados às fls. 217.

A empresa em manifestação ao Laudo Pericial às fls. 325, se manifesta em acolher o resultado técnico apontado no Laudo Pericial.

Eis, o relatório.

VOTO:

O auto de infração versa sobre falta de recolhimento do ICMS em virtude de créditos indevidos lançados na conta gráfica da empresa.

Em nosso entendimento a empresa traz elementos que comprovam que não só houve o lançamento do ICMS na nota fiscal, mas o pagamento do valor, fato este comprovado pela perícia.

O que realmente aconteceu neste caso foi que a empresa remetente ao entrar os produtos sujeitos a substituição tributária efetuou os pagamentos de substituição tributária, e posteriormente ao transferirem efetuaram novo pagamento, desta feita sob a sistemática NORMAL, portanto o Estado do Ceará recebeu o valor pela sistemática de substituição (CODIGO 1031) e pela sistemática normal (CÓDIGO 1015). Quanto ao crédito referente a sistemática de substituição tributária a empresa realmente não faz jus, no entanto quanto ao ICMS pago pela sistemática NORMAL a empresa possui o direito ao crédito.

Se observarmos o art. 878, IV "o" do Decreto nº 24.569/1997, existe a penalidade para aquele que destaca o ICMS em operação ou prestação isentas ou não tributadas, no entanto há ressalva (salvo se o valor do imposto destacado tiver sido recolhido pelo emitente), ou seja, aceita-se o destaque desde que efetivamente ocorra o pagamento, vejamos:

"Art. 878. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

(...)

IV - Relativamente a impressos e documentos fiscais:

(...)

o) emitir documento fiscal com destaque do imposto em operação ou prestação isentas ou não tributadas, **com vedação do destaque do imposto**, e naquelas com redução de base de cálculo relativamente a parcela reduzida: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação, **salvo se o valor do imposto destacado tiver sido recolhido pelo emitente;**" (grifo nosso)

Ora, se a norma exclui a infração quando ocorrer o destaque com o efetivo pagamento, logo constatado que a exceção aconteceu é fato que não configura ilícito, portanto lícito o destaque e o débito legítimo, conclui-se que a empresa que adquire também possui o direito de se creditar.

Admitir que a empresa não faria jus ao crédito do ICMS sob o manto de uma operação de substituição tributária por produto é não ir ao âmago da situação fática, se trata de dois pagamentos um SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e outro pagamento feito como ICMS NORMAL, pe-

gando-se o princípio da não cumulatividade contido no nosso ordenamento jurídico (§ 2.º do Art. 155 da Constituição Federal), além de outros princípios, tais quais o enriquecimento sem justa causa e o princípio da verdade material, podemos com as provas trazidas ao processo entender que o Estado do Ceará recebeu dois impostos, um não compensável (ICMS SUBSTITUIÇÃO) outro compensável (ICMS NORMAL).

Vejam os § 2.º do Art. 155 da Constituição Federal:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

A Perícia efetuada constatou o pagamento parcial, ficando a descoberto o valor de R\$2.344,73 (dois mil, trezentos e quarenta e quatro reais, que efetivamente foi pago pela empresa conforme documento acostado às fls. 215 a 217.

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Recurso Ordinário, dar-lhe PARCIAL PROVIMENTO para reformar a decisão de 1ª Instância, em desacordo com o Parecer da Célula de Acessória Processual Tributária, mas em conformidade com posição da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
ICMS	MULTA
R\$2.344,73	R\$2.344,73

*****A EMPRESA APRESENTOU DOCUMENTO DE ARRECAÇÃO DO VALOR ACIMA DISCRIMINADO.**

É o voto.

2



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE MB COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA CGF:06.888.0278 e RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

DECISÃO:

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, conforme decisão registrada em ata da 23ª Sessão Ordinária, do dia 20/06/2017, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e, por maioria de votos dar-lhe provimento para modificar a decisão condenatória de 1ª Instância e, julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação fiscal, em face da redução do crédito tributário decorrente de exame pericial, conforme Laudo às folhas 215 a 217 dos autos. Decisão nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro José Augusto Teixeira, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o do Cons. Lúcio Flávio Alves (relator originário), que se pronunciou pela procedência do auto de infração, ficando designado para elaborar a Resolução o Cons. José Augusto Teixeira. Registre-se, a pedido do Cons. José Wilame Falcão de Souza, a fundamentação do seu voto: "1. Nas operações regidas pelo instituto da substituição tributária, a legislação do ICMS veda o destaque do imposto nas notas fiscais de saídas quando esse deve ser recolhido por ocasião das entradas; 2. No caso em apreço restou provado que a emitente das notas fiscais arcou com o débito do ICMS destacado nestas operações, bem como do imposto devido por substituição tributária; 3. Nesse sentido, e sendo empresas do mesmo grupo, entendo que se deva admitir o crédito em questão, lançado no auto de infração como indevido, mas persistindo no tocante a parte não comprovada, conforme registrado em laudo pericial." O advogado da empresa autuada, Dr. Daniel Landim, este-

ve presente para sustentação oral do Recurso, ocasião em que também renunciou aos pedidos de nulidade e decadência anteriormente suscitados.

Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em 21 de agosto de 2017.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Diogo Moraes Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO