

**RESOLUÇÃO Nº: 221/ 2022**

**53ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08.12.2022**

**PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/280/2019**

**AUTO DE INFRAÇÃO: 201816506-6**

**AUTUANTE: MARLUZETE SAMPAIO DE OLIVEIRA**

**RECORRENTE: SAINT GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**

**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

**CONSELHEIRO RELATOR: HAMILTON GONÇALVES SOBREIRA**

**EMENTA: ICMS – CREDITO INDEVIDO DE ICMS REGIME ST DE TRIBUTAÇÃO - PERÍODO DE 03, 07,09 e 12 de 2014 e 03, 07, 10 e 12 de 2015. 1 – Crédito indevido proveniente de lançamento em conta gráfica apuração ST. 2 – Infração materializada no Art. 49,52 E 53 Lei 12.670/96. 3 – Imposta a penalidade prevista no Art. 123, II, a da Lei 12.670/96. 4. Recurso ordinário conhecido, dado provimento para reformar a decisão exarada no julgamento singular, para julgar **IMPROCEDENTE** a acusação fiscal, a acusação fiscal nos termos do voto do relator, por entender que a infração não ficou delimitada em sede de auto de infração.**

**PALAVRAS-CHAVE: ICMS APURAÇÃO REGIME ST – CRÉDITO INDEVIDO – AUTUAÇÃO IMPROCEDENTE.**

## **01 – RELATÓRIO**

Trata-se o presente Auto de Infração, lavrado em 19/10/2018, referente a crédito indevido, proveniente do lançamento na conta gráfica do em desacordo com a legislação. No montante de R\$ 14.583,59 de ICMS a crédito nos exercícios de 2014 e 2015 referente a devoluções através de Nfe emitidas pelo contribuinte sem a comprovação dos requisitos, e trata de mercadorias em regime ST de tributação, sendo aplicada a multa no mesmo montante.

O autuante aponta como infringidos o Arts. 49,52 e 53 da Lei 12.670/96. A penalidade aplicada foi a prevista no Art. 123, II, a da Lei 12.670/96.

**Nas informações complementares** ao auto de infração, o autuante informa que:

Que se trata de uma empresa com segmento de indústria CNAE 2399199 categoria do estabelecimento filial, recebendo termo de início de fiscalização de nº . 201807134 no

qual solicitado os documentos para realização da fiscalização comparando os dados de controle da Sefaz com os dados fornecido pelo contribuinte a base da Sefaz através do Sped- escrituração fiscal digital se constata crédito indevido de notas fiscais emitidas pelo contribuinte lançadas no código 1410 devoluções no montante de R\$ 14.583,59 por não preencher todos os requisitos de validade jurídica previsto na legislação do ICMS para os casos de devoluções

A empresa ingressa com tempestiva impugnação alegando em resumo:

Nulidade da infração por vício insanável de motivação alegando que o fiscal apenas anexou Notas sem que haja prova da infração cometida;

No mérito alegou:

Idoneidade dos documentos fiscais aduz que o fiscal não indicou qual ou quais das diversas irregularidades; Caráter confiscatório da multa. Requer a conversão do julgamento em diligencia e improcedência do auto.

O **jugador singular** proferiu decisão pela **procedência** do auto de infração, afastando as nulidades arguidas, mantendo a autuação motivando no sentido que o Decreto nº 24.569/97 prescreve que o crédito tributário somente poderá ser aproveitado nas operações de devoluções se forem observados os requisitos descritos no artigo 673.

As exigências previstas na legislação tributária são claras e precisas e consistem basicamente em: discriminar a mercadoria devolvida, informar o motivo da devolução e o número e data de emissão da nota fiscal originária, bem como efetuar a devolução no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data efetiva da entrega da mercadoria.

No procedimento de devolução, o direito ao crédito somente é assegurado quando a mercadoria tiver sido anteriormente onerada pelo imposto e quando for objeto de devolução na forma e nos prazos previstos no artigo anteriormente mencionado

A empresa autuada apresenta **recurso ordinário alegando e requerendo**:

- A recorrente aduz a necessidade de diligencia afim de verificar as operações, os DANFES, Nfes colacionando elementos que justificam tal pleito, concluindo o pedido de reforma da decisão nos termos da impugnação..

**A Assessoria Processual Tributária**, manifestou-se pela necessidade de realização de perícia considerando os vários elementos e circunstâncias colacionadas pelo recorrente no sentido de responder aos quesitos a seguir apresentados:

- 1-**Identificar os documentos fiscais relacionados no arquivo CREDITO INDEVIDO CFOP 1410, no CD de fls. 20, em que consta no campo "Documentos Fiscais Referenciados", no site da Nota Fiscal eletrônica, a indicação da respectiva nota fiscal de saída.
- 2-**Identificar os documentos fiscais relacionados no arquivo CREDITO INDEVIDO CFOP 1410, no CD de fls. 20, em que o período de tempo entre a emissão da nota fiscal de saída e da nota fiscal de entrada foi igual ou inferior a trinta dias.
- 3-**Excluir do Auto de Infração os documentos fiscais que atenderem simultaneamente aos dois itens anteriores.
- 4-**Informar o valor da base de cálculo do Auto de Infração após a exclusão solicitada no item 3.
- 5-**Acrescentar quaisquer informações que entenda necessárias ao deslinde da questão.

O laudo pericial em resposta aos quesitos afirmou:

Resposta ao primeiro quesito:

As notas fiscais relacionadas na planilha da autuação " CRÉDITO INDEVIDO DEVOLUÇÕES DE NFE EMITIDAS PELO CONTRIBUINTE SEM COMPROVAÇÃO DE MERCADORIA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ". Das 72 (setenta e duas) notas fiscais autuadas, todas possuíam referência das Notas Fiscais de Venda.

Resposta ao segundo quesito:

Dentre as 72 (setenta e duas) notas fiscais autuadas, apenas 10(dez) foram emitidas após trinta dias das Notas Fiscais de Venda.

Resposta ao terceiro quesito:

Excluiu do levantamento fiscal o montante de R\$ R\$ 12.583,75 referente às 62 (sessenta e duas) notas fiscais autuadas, onde nos arquivos XML foram verificadas as informações de referências das notas fiscais de origem e cujas emissões ocorreram no prazo de 30 dias, intervalo entre as emissões das notas fiscais de vendas e devoluções.

Resposta ao quarto quesito:

Com as exclusões das notas fiscais que foram devolvidas antes dos 30 dias permaneceu o crédito indevido de R\$ 1.999,84 (hum mil, novecentos e noventa e nove reais e oitenta e quatro centavos)

Não acrescentando mais nada após as respostas apresentadas.

Em manifestação acerca da perícia o recorrente, não obstante a redução requerer que todas as notas sejam desconsideradas face inexistência de exigência de prazo para realização do creditamento do ICMS.

É o relato.

## **02 - VOTO DO RELATOR**

Trata-se o presente processo acerca de crédito de ICMS regime ST durante o período de 2014 e 2015, conforme relatório acima.

A situação do presente auto em muito se assemelha ao **Auto de Infração nº201816509-2 - Processo de Recurso Nº: 1/279/2019**, sendo o fundamento semelhante para ambos os casos em conformidade com o que fora debatido em sessão de julgamento

Passemos a decisão:

Preliminarmente a autuada argui a Nulidade da autuação por vício insanável, uma vez motivação alegando que o fiscal apenas anexou Notas sem que haja prova da infração cometida.

Verifica-se que as nulidades serão afastadas, pois confunde-se com o mérito conforme a seguir delineado em tópico próprio, cabendo aqui ressaltar a Lei Nº 18.185/2022 – Art. 90, §9º e Decreto Nº 35.010/ 2022 Art. 120, §11º, respectivamente:

### **Lei Nº18.185/2022**

**Art. 90.** São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

**§ 9º** Quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite, a autoridade julgadora não pronunciará a nulidade.

### **Decreto Nº 35.010/ 2022**

**Art. 120.** São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

**§ 11.** Quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite, a autoridade julgadora não pronunciará a nulidade.

Devendo ser afastada para adentrarmos diretamente ao mérito.

Quanto ao mérito:

Ao analisar o lançamento constituído pelo auto de infração, percebe-se que, em nenhum momento ao agente autuante informa quais requisitos o contribuinte autuado deixou de cumprir, resumindo nas informações complementares a dizer: “(...)por não preencher todos os requisitos de validade jurídica previsto na legislação do ICMS”

Pergunta-se: quais requisitos dentre vários que a legislação impõe?  
Vejamos o que reza o artigo 673 do RICMS:

**Art. 673.** Será permitido, também, o aproveitamento do crédito quando a devolução for feita por pessoa física ou jurídica não obrigada à emissão de nota fiscal, devendo a mercadoria ser acompanhada de declaração expedida pelo comprador, contendo:

I - a discriminação da mercadoria devolvida;

II - o motivo da devolução;

III - o número e data de emissão da nota fiscal originária, exceto quando a declaração for prestada na própria nota fiscal.

Em nenhum momento há menção a nenhum descumprimento destes requisitos, apenas em sede de julgamento de 1ª instância que a julgadora menciona que não seria devido o aproveitamento de crédito em razão do descumprimento ao parágrafo 3º do artigo 673, suso mencionado:

**§ 3º** O direito ao aproveitamento do crédito de que trata este artigo somente será reconhecido se a devolução ocorrer no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data efetiva da entrega da mercadoria

Mais uma pergunta vem a baila: de onde a julgadora percebeu que seria esse o impeditivo ao aproveitamento do crédito?

E mais: fez parte da infração esse requisito?

A resposta é que tal ponto não fez parte da infração e não havia como perceber tal ponto acusatório por parte do(a) julgador(a) de instancia de piso, tanto o é que se comprova pela análise do laudo pericial, onde de 72 Nfe apenas 10 estariam faltando referido requisito.

Por, sequer constar em sede de lançamento, especificamente, tal requisito; há de ser reconhecida a improcedência e não apenas nulidade por “cerceamento ao direito de defesa”.

Utilizando da literatura para dizer o que ocorreria se a autuação fosse procedente, ainda que em parte, nos traz a mente o livro mais importante de **Franz Kafka chamado: O Processo** que trata de uma narrativa que segue sem que se conheça quem teria denunciado Josef K.(o personagem principal) às autoridades e **o motivo de estar sendo preso.**

Por tal fato insólito, o personagem central se vê obrigado a lutar o tempo todo para descobrir do que estava sendo acusado, quem o acusava e que lei justificava tal situação. Em determinado momento, passasse a acreditar que ele mesmo (personagem principal) teria cometido algum crime e passa a se defender. Semelhante, a meu ver, o que ocorreu no presente processo, sem a devida acusação o contribuinte passa a se defender do que poderia ser, mesmo que sequer fizesse parte da acusação, não se tratando apenas de ausência de elementos que cerceasse a defesa, mas elemento necessário a constituição válida do processo, qual seja: o próprio elemento acusador e sua fundamentação jurídica – concatenação entre fato e norma.

Em um contexto e guardadas as devidas proporções e situações próprias da vida real aqui exposta no presente processo (esse da vida real), temos que assegurar não somente e a efetividade da tutela “jurisdicional” para que não haja violação são princípios pela sistemática judiciária descrita por Kafka: os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da presunção de inocência, são garantias formais que na prática do processo em análise foram suprimidas pelo sistema.

Esta colenda câmara tem decisão semelhante no sentido do impedimento de autuação por presunção não cabendo ao julgador modificar ou tentar ajustar o objeto do lançamento fiscal; a qual, faço um paralelo que de igual forma não justificaria a defesa por presunção por parte do atuado o qual tenta adivinhar por qual motivo teria sido atuado, a luz do que ocorre com a narrativa de Kafka, o que torna, de fato o auto improcedente, ainda que por suposições e a sorte possa vir o atuado a acertar qual infração estaria sendo acusado.

“RESOLUÇÃO 011/2020 – 1ª CÂMARA - NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS FISCAIS. PRESUNÇÃO DE INEXISTÊNCIA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Acusação de inexistência de livro fiscais. Artigos infringidos: Art. art. 262 do Decreto 24.569 /97. Com penalidade apontada: art 123, V, "a" da Lei 12.670/96, modificado pela Lei 13.418/03. A falta de entrega de livros fiscais, pelo contribuinte, não implica na presunção de inexistência dos mesmos. A falta de entrega dos livros fiscais poderia

caracterizar embargo a fiscalização; contudo, **é vedado ao julgador modificar o objeto do lançamento fiscal. Decisão, por maioria de votos, para dar provimento ao recurso ordinário, para reformar a decisão exarada em 1ª instância de Parcial Procedência, para julgar IMPROCEDENTE a acusação fiscal.” Grifo nosso.**

Por tais razões que o auto de infração deve ser julgado IMPROCEDENTE.

Quanto a alegação de inconstitucionalidade, embora superada em razão do reconhecimento da improcedência, apenas a título de *obiter dictum*, especificamente em relação ao confisco da multa, forçoso recordar que deste não podemos conhecer, pois vedado pelo atual Decreto Nº35.010, de 14 de novembro de 2022 em seu artigo 78:

**Art. 78.** Fica vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade.

Supedaneado na Lei Nº18.185, de 29 de agosto de 2022, em seu artigo 62:

**Art. 62.** Fica vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade.

Em consonância com a Súmula 11 do CONAT:

**Súmula 11** – É vedado aos órgãos de julgamento do contencioso administrativo tributário – CONAT afastar ou reduzir multa sugerida em auto de infração sob o fundamento de apresentar natureza confiscatória por implicar indevido controle de constitucionalidade da Lei Nº 12.670/96.

Isso posto, **Voto** pelo conhecimento do recurso ordinário, dando-lhe provimento, para reformar a decisão de **primeira instância IMPROCEDÊNCIA** da autuação nos termos do voto acima delineado.

### **03 - DECISÃO**

---

Visto e Discutido o presente auto, em que é Recorrente SAINT GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA e recorrido a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, “A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve preliminarmente em relação aos argumentos trazidos pela recorrente: 1) Nulidade do auto de infração e inidoneidade dos documentos da fiscalização afastadas por unanimidade de votos. Alegação de multa confiscatória superada em razão da decisão de improcedência da autuação. Em relação ao mérito, resolve, por maioria de votos, dar provimento para



reformular a decisão exarada no julgamento singular, para julgar **IMPROCEDENTE** a acusação fiscal, nos termos do voto do conselheiro relator, tendo o representante da Procuradoria Geral do Estado se manifestado pela improcedência da acusação fiscal.”

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, no dia 08 de dezembro de 2022.

Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior  
**PRESIDENTE DA 1ª CÂMARA**

Hamilton Gonçalves Sobreira  
**CONSELHEIRO**