

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

RESOLUÇÃO Nº 126 /2021

30ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL: 10/11/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

RECORRIDO: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

PROCESSO Nº: 1/3710/2017 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 201702331/4

CONSELHEIRO RELATOR: RAFAEL PEREIRA DE SOUZA

EMENTA: 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 2. ICMS-ST com agregações previstas em operações de transferência de 30% sobre a base de cálculo (§ 4º do art. 2º do Dec. 29.560/2008) e adicional para compensar incentivos fiscais concedidos em desacordo com a regra da LC 24/75 (inciso III do § 1º do Dec. 29.560/2008). 3. Nulidade não reconhecida, pois a existência de pendência judicial com decisão liminar revogada não tem seus efeitos reprimidos em razão de recurso posto no processo judicial (STJ Súmula 405 e CPC art. 1.021 § 1º, V). 4. Apuração do tributo com metodologia consistente quanto a identificação das operações de transferência e aplicação dos critérios de agregação e adicionais. 5. Cabimento de multa e juros ao lançamento decorrente de créditos realizados após a revogação de medida liminar (CTN art. 161). 6. Requalificação da multa nos termos do art. 123, I, “d”, tendo em vista que ocorreu a escrituração regular das operações. 7. **Auto de Infração parcialmente procedente.** Decisão em acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e da Procuradoria Geral do Estado.

Palavras chave: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LIMINAR.

Relatório

O processo versa sobre a infração de falta de pagamento de ICMS modalidade substituição tributária. A conduta narrada no Relato da Infração é a seguinte:

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

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER R\$ 106.461,06 DE ICMS DEVIDO EM VIRTUDE DA CASSAÇÃO DOS EFEITOS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0051241-56.2009.8.06.0001 CONFORME DETERMINA O ART. 2º DO DECRETO Nº 29.560/2008. (VIDE INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES)

Constam nos autos, Mandado de Ação Fiscal nº 2016.17831, Termo de Início de Fiscalização nº 2016.19694, resposta do contribuinte ao Termo de Notificação nº 2016.34381. Há um CD arquivos sobre o processo judicial de Mandando de Segurança nº 0051241-56.2009.8.06.0001, e planilha.

O estabelecimento autuado é dedicado ao comércio varejista (supermercado), e recebia transferências de outro estabelecimento da mesma empresa, localizado em outro Estado, submetido ao regime de pagamento de tributo previsto no Decreto 29.560/2008.

Nas informações complementares consta a descrição de que o contribuinte questionou o adicional da base de cálculo da ST previsto no § 4º do art. 2º do Decreto 29.560/2008, bem como o acréscimo nas situações nas quais a transferência fosse oriunda de situação relacionada no inciso III do § 1º. Assim escrito:

Em 2009, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança - Processo nº 0051241-56.2009.8.06.0001, alegando que a Lei nº 14.237/2008 e, consequentemente, o Decreto nº 29.560/2008, que veio a regulamentá-la, estavam em desacordo com os preceitos constitucionais. O Mandado de Segurança preventivo ataca o artigo 2º, em seus § 1º, inciso III, e § 4º, do Decreto nº 29.560, a seguir transcritos:

Art. 2º O imposto a ser retido e recolhido na forma do art. 1º será o equivalente à carga tributária líquida resultante da aplicação dos percentuais constantes do Anexo III deste Decreto, sobre o valor do documento fiscal relativo às entradas de mercadorias, incluídos os valores do IPI, frete e carreto, seguro e outros encargos transferidos ao destinatário.

§ 1º O recolhimento do ICMS efetuado na forma do caput deste artigo não dispensa a exigência do imposto relativo;

(...)

III - 5% (cinco por cento) quando das entradas de mercadorias oriundas de contribuintes de outras unidades da Federação relacionados em ato normativo expedido pelo Secretário da Fazenda, a título de neutralização dos benefícios fiscais, obtidos em desacordo com a Lei Complementar nº 25/75, ou ainda, quando por qualquer motivo o imposto não tenha sido recolhido ao Estado de origem, no todo ou em parte. (grifo nosso)

(...)

Coassinado digitalmente por: UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE em 13/08/2021 às 11:42:30

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



§ 4º A base de cálculo praticada pelo estabelecimento que receber em transferência mercadorias sujeitas a presente sistemática será a definida no caput deste artigo acrescida do percentual de 30% (trinta por cento). (grifo nosso)''

Há a narrativa de que ocorreu a princípio uma suspensão dessa obrigação por ordem judicial, a qual foi revogada. Assim narrado nas informações complementares:

O Excelentíssimo Juiz do processo acatou as alegações do contribuinte e emitiu liminar a favor do contribuinte. Em 23/04/2015, o Procurador José Gomes de Paula Pessoa Rodrigues comunicou a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ-CE) que a medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 0051241-56.2009.8.06.0001 teve seus efeitos cassados (Pasta: PROCESSO MS 0051241-56.2009.8.06.0001).

Bem assim, o auto de infração visa ao recolhimento dos valores não recolhidos em durante o tempo da vigência da decisão judicial, entre 01/01/2012 até 31/12/2015.

Consta das planilhas a informação sobre as diferenças de apuração. Transcrevemos por amostragem o mês de janeiro de 2014:

A partir dos registros de entradas interestaduais, extraímos apenas os códigos de receita 1031 (ICMS_ST - ENTRADAS INTERESTADUAIS) juntamente com as raízes dos CNPJ's dos remetentes - 47.508.411/XXXX-XX (ou seja, apenas transferências do estabelecimento). Nesse sentido, verificamos os valores lançados de ICMS e valores FECOP, que para melhor compreensão, resolvemos juntá-los numa conta específica chamada ICMS_TOTAL (Lançado + FECOP). A partir das unidades federadas de origem, definimos a região do remetente, conforme determina o Anexo II do Decreto nº 29.560/2008, para obtenção da alíquota a ser utilizada. Os códigos utilizados no lançamento das notas fiscais no Sistema COMETA/SITRAM (Cod. Prod.) também foram essenciais para determinarmos as alíquotas a serem utilizadas (Arquivo CIA_BRAS_DISTR_-_CGF_062933752).

O ICMS_TOTAL (Lançado + FECOP) significa então, o valor lançado no Sistema e pago pelo contribuinte. A partir deste valor e através da origem da mercadoria (Anexo II do Decreto nº 29.560/2008) e do código do produto, calculamos o imposto devido sem agregação e com agregação (30%). Os ajustes (Frete/CST/Glosador) referem-se a inclusão do frete na nota fiscal e/ou a origem da mercadoria (caso seja importada) e/ou a origem de estabelecimentos com benefícios fiscais em desacordo com a Lei Complementar nº 24/75 (art. 2º, §1º, inciso III, do decreto nº 29.560/2008). Do valor do imposto encontrado, diminuimos o valor já recolhido (ICMS_TOTAL), onde chegamos ao ICMS A RECUPERAR.

É importante observar que, a diferença a recolher vai ser entre o valor do imposto com agregação menos o valor já recolhido (ICMS_TOTAL), para que não seja cobrado do contribuinte valores indevidos. Para melhor compreensão, o arquivo

Coassinado digitalmente por UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE em 13/08/2021 às 11:42:30

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

O auto de infração descreve a cobrança de ICMS ao valor de R\$ 106.461,06 e multa de 100% sobre o valor do imposto decorrente da falta de pagamento, com base na regra prevista no art. 123, I, "c" da Lei Estadual nº 12.670/96, de seguinte teor:

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

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

(...)

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto;

O contribuinte apresentou defesa tempestiva contendo os seguintes argumentos:

- a) De que não se deve indicar as pessoas físicas diretores da empresa como co-responsáveis em razão do AI não descrever razões que sugiram a aplicação do art.135, III do CTN;
- b) O recurso para a instância judicial causaria a subsistência dos efeitos da medida liminar, situação que implicaria na nulidade do lançamento;
- c) O fato de ter existido vigência de decisão judicial impossibilita a cobrança de multa e juros.

O processo foi objeto do Julgamento pela Célula de Julgamento de Primeira Instância nº 274/2019 (fls. 70-82) no sentido da procedência do auto de infração. Quanto a inclusão de pessoas físicas como co-responsáveis, indica que para fins de determinação da sujeição passiva tributária, apenas a pessoa jurídica é a atuada. Quanto a possibilidade de lançar o tributo, destaca a possibilidade do fisco realizar o lançamento, inclusive para evitar a decadência. Quanto a cobrança de multas e juros, destaca que há previsão legal.

A atuada interpõe recurso, aduzindo as razões semelhantes às alocadas em defesa.

A Assessoria Processual Tributária opinou no Parecer 97/2020 (fls. 122-127) pelo conhecimento do recurso, e pela decisão de procedência do auto de infração. Essa conclusão vem nos seguintes argumentos:

- a) A menção a nomes de pessoas físicas que são responsáveis legais de um estabelecimento atuado é apenas informativa, de forma que não há sujeição tributária passiva;
- b) Descreve que o fisco pode promover o lançamento de tributos sujeitos a litígios judiciais para prevenir a decadência, que eventual suspensão de exigibilidade deve ser expressa, e que a liminar que suspendia a cobrança de tributos foi suspensa;
- c) Quanto ao mérito, aprova a metodologia posta na ação fiscal;



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

- d) Quanto a aplicação de multa punitiva descreve uma discordância quanto a lançamento original, pois entende que deva ser aplicada a hipótese de multa de 50% do valor do imposto (alínea “c” do art.123, I da Lei 12.670/96), tendo em vista que as operações que serviram de base para o cálculo dos tributos encontram-se regularmente escrituradas nos registros fiscais da empresa.

É o relatório.

Coassinado digitalmente por UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE em 13/08/2021 às 11:42:30

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

Voto

I – Exclusão de nome de co-responsáveis

Os sócios, diretores e responsáveis legais não fazem parte do polo passivo do auto de infração, de sorte que contra eles nada é cobrado.

A indicação dos nomes dos sócios, diretores e responsáveis legais nas Informações Complementares tem caráter meramente informativo, dados esses que, caso necessário, podem ser considerados ao momento da inscrição em dívida ativa – ressalvando que nesse momento o interessado poderá pleitear a exclusão de responsabilidade.

Pedido indeferido.

II – Preliminar de nulidade em razão da pendência judicial

A regra sobre nulidade posta na Lei 15.614/14, art. 83, descreve a nulidade nas situações de ato praticado por autoridade incompetente ou preterição de garantias relativas a defesa:

Lei 15.614/14

Art. 83. 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.

Ao caso concreto o tema é diverso, acerca da possibilidade, ou não, de ser lavrado o auto de infração, tendo a parte suscitado a (ainda) vigência de decisão judicial.

E conta que a medida judicial foi revogada, como se vê do CD com as páginas do processo, fls. 381, conferida também por esta relatoria no site do TJCE:

fls. 381



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ

Comarca de Fortaleza

10ª Vara da Fazenda Pública

Rua Desembargador Floriano Benevides Magalhães, Edson Queiroz - CEP 60811-690, Fone: (85) 3492 8000.
Fortaleza-CE - E-mail: for10fp@tjce.jus.br

Diante do exposto, considerando os elementos do processo e tudo o mais que dos presentes autos consta, bem como atenta aos dispositivos legais orientadores da matéria em tablado, **DENEGO A SEGURANÇA** pretendida, revogando-se a liminar deferida às fls. 266/269.

A parte alega que interpôs nos autos judiciais o recurso de apelação, o qual foi recebido com efeitos processuais suspensivo e devolutivo. Termos esses da ciência do direito, os quais a parte tem a interpretação descortinada em recurso, a qual será tratada ao tópico seguinte sobre mérito.

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

Sabe-se que se fosse mesmo o caso da decisão estar em vigor, ela apenas causaria o efeito da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previsto no CTN, art. 151, VI. Nessas condições, a jurisprudência consagra a possibilidade do fisco promover o lançamento para evitar a decadência tributária.

O que temos como premissa é que o fisco pode realizar o lançamento. E então há duas hipóteses:

a) se a medida judicial estiver em vigor, o valor não pode ser cobrado em razão da suspensão da exigibilidade, e quando o processo finalizar:

a1) Se a decisão judicial final for favorável ao contribuinte, o lançamento deverá ser cancelado;

a2) Se a decisão judicial final for desfavorável ao contribuinte, o lançamento deverá ser validado;

b) se a medida judicial não estiver em vigor, o fisco pode realizar o lançamento e sobre esse não se aplicará uma suspensão de exigibilidade decorrente de decisões judiciais;

b1) Se a decisão judicial final for favorável ao contribuinte, o lançamento deverá ser cancelado e o contribuinte terá um direito de reaver o valor pago.

b2) Se a decisão judicial final for desfavorável ao contribuinte, não produzirá efeitos quanto ao lançamento.

De forma que é indeferido o pedido de extinção do lançamento em razão da nulidade suscitada pela parte.

III – Preliminar de nulidade em razão da pendência judicial – Mérito, cobrança de multa por infração e juros de mora

A parte alega que o ato judicial de recebimento do recurso de apelação com efeito suspensivo e devolutivo, na forma do Código de Processo Civil.

O efeito suspensivo se dá quando as sentenças determinam alguma modificação quanto aos direitos das partes. Ao caso concreto, a sentença de improcedência não determinou a qualquer das partes uma conduta diversa da prevista na norma – a qual determina a cobrança.

A regra do Código de Processo Civil prevê, inclusive em seu art. 1.012 § 1º, V, que, a despeito do efeito suspensivo, a sentença produz efeitos imediatos no caso de revogação de tutela provisória:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

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

§ 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

Depois de revogada uma liminar, é reestabelecida a situação original, de aplicação das normas jurídicas questionadas.

É como sumulou o E. STJ:

SÚMULA 405. Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária

Assim, uma vez revogada a decisão judicial, cabe ao fisco exercer seus direitos de cobrança de tributos.

Quanto ao mérito, a metodologia aplicada no auto de infração é condizente com a apuração dos acréscimos de base de cálculo do ICMS-ST (§ 4º do art. 2º do Dec. 29.560/2008) e adicional para compensar incentivos fiscais concedidos em desacordo com a regra da LC 24/75 (inciso III do § 1º do Dec. 29.560/2008). A narrativa posta nas informações fiscais revela a preocupação em segregar as operações de transferência, como se vê dessas colunas da planilha:

A	B	C	D	E	F
ChNFe	Nº Selo Nota Fiscal	Nº Nota Fiscal	Data Emissao	CFOP	Cód. Emitente
351231247508411083264551000084606561196594152	201242763752	8460656	21/12/12	6152	47508411083264

E as colunas finais com o cálculo:

E2 fx $=(AC2*AB2)*1,3$

AC	AD	AE	AF
210,23	28,17	36,62	6,58

Como há a possibilidade de cobrar o valor do tributo, da mesma forma é válida a cobrança de multa de juros, nos termos do art. 161 do CTN.

IV – Capitação de multa e juros reduzida.

Os dados coletados na planilha são oriundos de sistemas da Secretaria da Fazenda. Nestes casos o CONAT editou a Súmula 06 que determina a aplicação de multa de 50% do valor do imposto (prevista no art. 123, III, “d” da Lei Estadual 12.670/96).



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

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para não acatar a nulidade apresentada. Quanto à alegação de impossibilidade de lançamento da multa por infração e de juros de mora, voto por afasta-las, tendo em vista que a liminar foi cassada, operando efeito *ex tunc*, ou seja, uma vez revogada a liminar, retroagem os efeitos a decisão contrária. Quanto ao mérito, voto pela validação do lançamento em parte, para, para reformar em parte a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, aplicando a penalidade do art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, nos termos da Súmula 6 do Conselho de Recursos Tributários e que as operações estavam escrituradas.

É o voto.

Coassinado digitalmente por UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE em 13/08/2021 às 11:42:30



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

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para não acatar a nulidade apresentada. Quanto à alegação de impossibilidade de lançamento da multa por infração e de juros de mora, voto por afasta-las, tendo em vista que a liminar foi cassada, operando efeito *ex tunc*, ou seja, uma vez revogada a liminar, retroagem os efeitos a decisão contrária. Quanto ao mérito, voto pela validação do lançamento em parte, para, para reformar em parte a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, aplicando a penalidade do art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, nos termos da Súmula 6 do Conselho de Recursos Tributários e que as operações estavam escrituradas.

É o voto.

Coassinado digitalmente por UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE em 13/08/2021 às 11:42:30

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

DECISÃO:

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para deliberar sobre as seguintes questões apresentadas pela parte: 1. Com relação ao pedido de exclusão dos nomes das pessoas físicas do documento “Informações Complementares ao Auto de Infração”, como corresponsáveis – O pedido foi rejeitado por unanimidade de votos, considerando que os sócios, diretores e responsáveis legais não fazem parte do polo passivo do auto de infração e que o pedido de exclusão dos sócios, diretores e responsáveis legais da empresa, deverá ser pleiteado junto à Procuradoria Geral do Estado, quando da inscrição em Dívida Ativa, se for o caso. Ademais, a presença dos nomes dos sócios, diretores e responsáveis legais nas Informações Complementares tem caráter meramente informativo, não tendo o condão de atribuir-lhes responsabilidades. 2. Com relação à preliminar de nulidade suscitada pela parte, sob o argumento de que a exigibilidade do lançamento estaria suspensa em virtude de pendência definitiva de decisão judicial – Foi afastada por unanimidade de votos, sob o entendimento de que a suspensão alcança a prática de atos, contra o contribuinte, objetivando a cobrança do crédito, mas não impossibilita o Fisco de proceder o seu direito de constituição do crédito tributário, evitando, assim, a decadência do direito de lançar. 3. Quanto à alegação de impossibilidade de lançamento da multa por infração e de juros de mora – Foi afastada, por unanimidade de votos, tendo em vista que a liminar foi cassada, operando efeito extunc, ou seja, uma vez revogada a liminar, retroagem os efeitos a decisão contrária. Considerando-se, ainda, a emissão de Termo Notificação para que o contribuinte recolhesse espontaneamente o ICMS devido. 4. No mérito, também por unanimidade de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve dar parcial provimento ao Recurso interposto, para reformar em parte a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, aplicando a penalidade do art. 123, I, “d” da Lei nº 12.670/96, nos termos da Súmula 6 do Conselho de Recursos Tributários e que as operações estavam escrituradas. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado, em sessão, pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da Recorrente, Dr. José Maia Júnior. **SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos de junho de 2021. Resolução lida na forma da Portaria CONAT nº 158/2020, arts. 14 e 15.

FRANCISCO JOSE DE OLIVEIRA SILVA:29355966334

Assinado de forma digital por FRANCISCO JOSE DE OLIVEIRA SILVA:29355966334
Dados: 2021.06.17 14:46:44 -03'00'

Francisco José de Oliveira Silva

Presidente

Rafael Pereira de Souza

Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade

Procurador do Estado

Ciente: ____/____/____