



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 350/2022

49ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23/11/2022

PROCESSO Nº: 1/2297/2019

AI: 1/201902104

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A

CONSELHEIRO RELATOR: LEON SIMÕES DE MELLO

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - RELATO DE INFRAÇÃO COM DESCRIÇÃO CLARA E PRECISA DO FATO QUE MOTIVOU A AUTUAÇÃO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE FOI PRATICADO – OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 41 DO DEC. Nº 32.885/2018 – AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO NULO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – DECISÃO REFORMADA – RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO

1. Trata da acusação de que de que o contribuinte utilizou crédito indevido de mercadoria sujeita a substituição tributária não enquadrada no art. 6º do Dec. n. 29.560/2008, no período de 02/2014 a 12/2015, no valor de R\$ 47.579,07 (quarenta e sete mil quinhentos e setenta e nove reais e quinze centavos). 2. Penalidade aplicada: art. 123 I “c” da Lei 12.670/96 alterado pela Lei n. 13.418/03. 3. Auto de Infração julgado nulo em primeira instância por ausência de uma comprovação material incontestável e irrefutável do ilícito apontado na peça inicial. 4. Documentação inserida nos autos nos leva a aceitá-las como verídicas e incontestáveis, pois as provas concretas e identificáveis foram anexadas aos autos e a planilha trazida pelo auditor fiscal revela-se contundente e com detalhamentos suficientes para a elucidação correta do caso. 5. Atendimento ao artigo 41 do Dec. nº 32.885/2018, em que se demonstra clara e precisa o relato da infração, acompanhado de documentos indispensáveis a comprovação do ilícito narrado. 6. Decisão Reformada.

PALAVRA-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – ARTIGO 41 DO DEC. Nº 32.885/2018 – DECISÃO REFORMADA

RELATÓRIO:

O presente processo trata da acusação de que o contribuinte utilizou crédito indevido de mercadoria sujeita a substituição tributária não enquadrada no art. 6º do Dec. n. 29.560/2008, no



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

período de 02/2014 à 12/2015, no valor de R\$ 47.579,07 (quarenta e sete mil quinhentos e setenta e nove reais e quinze centavos). Considerado infringido os arts. 73, 74, 65 inc. VI do Dec. n. 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123 I “c” da Lei 12.670/96 alterado pela Lei n. 13.418/03.

Assim descreve o relato da Infração:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS NO VALOR DE R\$ 47.579,07 PROVENIENTE DE CRÉDITO INDEVIDO DE MERCADORIA ST EM OPERAÇÕES DE ENTRADA NA SUA OPERAÇÃO MENSAL, CONFORME INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES EM ANEXO”.

Desta forma, em impugnação apresentada pelo contribuinte às fls.18/38 dos autos, este alegou, preliminarmente, a nulidade do auto de infração em razão da inobservância dos requisitos fundamentais e obrigatórios ao lançamento, bem como do cerceamento de defesa e da violação ao princípio da motivação dos atos administrativos. Alegou, ainda em preliminar, a decadência parcial do crédito tributário. No mérito, aduziu, em síntese, que as mercadorias indicadas pelo Auditor Fiscal não se sujeitam ao regime de substituição tributária, sendo possíveis de creditamento de ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, buscando, desta forma, a verdade material dos fatos, além de que, em relação a penalidade, houve erro na capitulação da penalidade, diante de norma mais benéfica ao contribuinte, além da desproporcionalidade da multa.

O julgador singular, ao analisar os pedidos, proferiu decisão pela nulidade da presente ação fiscal, conforme se extrai da ementa abaixo:

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO. Toda a ação fiscal deve basear-se em fatos concretos cuidadosamente demonstrados e comprovados, para que à luz do Direito se verifiquem as suas implicações tributárias. **LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO NULO** em



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

face da ausência de documentação que comprove efetivamente a ocorrência da ilicitude ao fato jurídico tributário, preterindo ao contribuinte o direito pleno de defender-se, maculando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa assegurados constitucionalmente. Ausência de uma comprovação material incontestável e irrefutável do ilícito apontado na peça inicial. **DEFESA TEMPESTIVA. REEXAME NECESSÁRIO.**

Assim, em razão da decisão ser contrária aos interesses da Fazenda Pública Estadual, fora interposto Reexame Necessário ao Conselho de Recursos Tributários, conforme disposto no §3º, inciso I, do art. 104 da Lei nº 15.614, de 29 de maio de 2014.

Parecer Fiscal pelo conhecimento e provimento do reexame necessário, para anular a decisão singular e sugerindo seu retorno a CEJUL (Célula de Julgamento) de 1ª Instância, para emissão de novo julgamento.

É o Relatório.

Voto do Relator:

Como é sabido, o auto de infração é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública, que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, pois produz efeitos jurídicos e, como tal, exige que seja lavrado seguindo as exatas prescrições da lei.

Nesse sentido, tem-se que a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação são elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, na qual os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Portanto, o vício material, por sua vez, por macular a substância do lançamento, norma individual e concreta, prejudica a validade da obrigação tributária, sendo imprescindível nesses casos a realização de um novo ato administrativo de lançamento.

Pois bem. Da análise do caderno processual, constata-se que o auditor fiscal responsável pela autuação concluiu que *“o contribuinte se creditou indevidamente na apuração do imposto do ICMS de mercadoria de substituição tributária por protocolo como por exemplo leite em pó, lâmpada e de mercadoria não enquadradas no art 6 do Decreto 29.560/2008, conforme demonstrado em relação aos itens de crédito indevido por mês e ano em anexo”*

Ora, sabe-se que, nos termos do Dec. n. 29.560/2008 que regulamenta a Lei 14.237/2008, o qual determina o regime de substituição tributária nas operações realizadas por contribuinte atacadista que é o caso da autuada, levando em consideração o seu código de atividade, tem-se que estes são responsáveis tributário pelo ICMS – ST, devido nas operações subsequentes, até o consumidor final, quando da entrada ou da saída da mercadoria ou da prestação de serviço de comunicação, senão vejamos:

Art. 1º Os estabelecimentos enquadrados nas atividades econômicas indicadas nos anexos I e II deste Decreto ficam responsáveis, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, devido nas operações subsequentes, até o consumidor final, quando da entrada ou da saída da mercadoria ou da prestação de serviço de comunicação, conforme o caso.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput deste artigo, será considerado apenas a Classificação Nacional de Atividade Econômico-Fiscal (CNAE-Fiscal) principal do estabelecimento.

Acrescenta-se a existência no mandato legal previsão em seu art. 6º de determinadas operações em que não se aplica o regime tributário de que trata o decreto, *in verbis*:



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

Art. 6º Salvo disposição em contrário, na forma que dispuser a legislação, o regime tributário de que trata este Decreto não se aplica às operações:

I -com mercadoria ou bem destinados ao ativo imobilizado ou consumo do estabelecimento, as quais estão sujeitas apenas ao recolhimento do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas;

II -com mercadoria isenta ou não tributada;

III –sujeitas ao regime de substituição tributária específica, às quais se aplica a legislação pertinente, exceto em relação às disposições do inciso IX do caput deste artigo, e aos seguintes produtos:

a) pneus e câmaras de ar para motos, motonetas, motocicletas, triciclos, quadriciclos, ciclomotores e bicicletas;

b) peças e acessórios para veículos;

IV -com equipamentos e materiais elétricos, hidráulicos, sanitários, eletrônicos, eletroeletrônicos, de telefonia, eletrodomésticos e móveis, produtos de informática, ferragens e ferramentas;

V -com artigos de vestuário e produtos de cama, mesa e banho;

VI -com jóias, relógios e bijuterias;

VII -com mercadoria já contemplada com redução da base de cálculo do ICMS ou com crédito presumido, ou que, por qualquer outro mecanismo, tenha a sua carga tributária reduzida, exceto os produtos da cesta básica;

VIII – com produtos sujeitos à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), exceto álcool com finalidade não combustível, desde que acondicionado em embalagem que não ultrapasse 1000 (mil) mililitros.

IX –com produtos sujeitos à alíquota de 28% (vinte e oito por cento), exceto vinhos, sidras e bebidas quentes.

Ou seja, excluindo as operações indicadas nesse dispositivo em que legislador estabelece as exceções para não se aplicar o regime de substituição tributária pelas entradas amparadas pelo decreto que rege a atividade da autuada, toda mercadoria que adentrar no estabelecimento da autuada estar sob as regras do Dec. n. 29.560/2008, sujeitas ao regime de substituição tributária.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

Assim, no caso em comento, o CD acostado pelo auditor fiscal, detalhando a relação dos itens de crédito indevido de mercadorias por documento, discriminou as mercadorias, na qual se verifica produtos sujeitos ao regime de substituição tributário, quer seja pela existência de legislação específica, como o leite em pó (ST por Protocolo), por exemplo, quer seja pela atividade (atacadista) desenvolvida pela autuada.

Da análise da planilha acostada pelo auditor fiscal, ao contrário do decidido pelo julgador de primeira instância, verifico que há como identificar, por exemplo, as mercadorias as quais estariam sujeitas ao recolhimento de ICMS.

Não restou configurada a “nulidade”, alegada pela julgadora singular, uma vez restar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da autuada tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Desta forma, *data maxima venia*, ao contrário da decisão singular, a documentação inserida nos autos nos leva a aceitá-las como verídicas e incontestáveis, pois as provas concretas e identificáveis foram anexadas aos autos e a planilha trazida pelo auditor fiscal revela-se contundente e com detalhamentos suficientes para a elucidação correta do caso.

Assim, conforme disposto no artigo 41 do Dec. nº 32.885/2018, o relato da infração deve ser clara e precisa, acompanhado de documentos indispensáveis a comprovação do ilícito narrado, senão vejamos:

Art. 41 O auto de infração a que se refere o artigo anterior será gerado por meio de sistema eletrônico corporativo e deve conter os seguintes elementos:

§2º O relato de infração deverá conter a descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado, fazendo-se acompanhar dos relatórios, planilhas, demonstrativos e demais levantamentos



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

indispensáveis à comprovação do ilícito narrado produzidos em meio digital inclusive.

No caso concreto, verifica-se que os documentos apresentados pelo fiscal são suficientes para a comprovação do ilícito narrado, ou seja, que o contribuinte comercializava mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e, sua posterior saída teria supostamente ocorrido sem débito do imposto.

Como a planilha que ampara a acusação consta todas as mercadorias plenamente identificadas sujeitas ao regime tributário de que trata o Dec. n. 29.650/2008 (não estão enquadradas no art. 6º do Dec. n. 29560/2008), não tem amparo legal os argumentos da julgadora singular de: “a acusação fiscal está vaga e imprecisa” ou “as provas concretas não foram acostadas aos autos”.

Assim, a descrição do fato infringente, bem como os elementos que possibilitem o contribuinte extrair as informações necessárias para compreender, de forma plena, a acusação que pesa contra ele, corrobora com o direito ao contraditório e à ampla defesa a ser exercido, em sua totalidade, quando, ao sujeito passivo, é dada a possibilidade de saber, com segurança, de que está sendo acusado.

Ante o exposto, com base nas demais informações dos autos e em entendimento ao parecer tributário, conheço do Reexame Necessária para dar-lhe provimento, para anular a decisão singular, determinando o retorno destes autos à CEJUL (Célula de Julgamento) de 1ª Instância para emissão de novo julgamento.

É O VOTO.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

DECISÃO:

Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, dar-lhe provimento para afastar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, tendo em vista que o agente autuante anexou aos autos, CD contendo planilha onde há detalhamento das notas fiscais, como número de ID, data de emissão, código do produto, descrição e valores de ICMS, elementos suficientes para o deslinde da matéria em discussão. Ato contínuo, resolvem determinar o retorno do processo à 1ª Instância para a realização de novo julgamento, tal como estabelece o artigo 123 do Decreto nº 35.010/2022. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 05 de dezembro de 2022.

Maria Elineide Silva e Souza
PRESIDENTE

Leon Simões de Melo
Conselheiro – Relator