



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**

Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

RESOLUÇÃO Nº. 115/19

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO

031ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 10/06/2019

PROCESSO Nº. 1/5562/2017

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 2017.15135-5

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

RECORRIDO: ALBUQUERQUE E AMORIM COMERCIAL LTDA

AUTUANTE: FRANCISCO LAZARO GUIMARÃES SILVA

RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS - CREDITO INDEVIDO. Contribuinte e acusado de aproveitar indevidamente de crédito de ICMS em operações de aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária, material de consumo, Notas Fiscais canceladas e do ICMS antecipado em valores superiores aos efetivamente pagos. Infringência aos artigos 65, 66 e 69 do Decreto nº 24.569/97 e penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Auto de Infração PROCEDENTE. Recurso Ordinário conhecido e improvido. Decisão por unanimidade de votos.

PALAVRAS-CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO; MERCADORIAS SUJEITAS A ST, MATERIAL DE CONSUMO, NOTAS FISCAIS CANCELADAS E ICMS ANTECIPADO EM VALORES SUPERIORES AOS EFETIVAMENTE PAGOS;

JULGAMENTO Nº:

RELATÓRIO

O Auto de Infração Nº 2017.15135-5 lavrado contra a empresa ALBUQUERQUE E AMORIM COMERCIAL LTDA, tem o seguinte relato acusatório: "CRÉDITO INDEVIDO ICMS, NA HIPÓTESE DE TER SIDO PARCIALMENTE APROVEITADO. O CONTRIBUINTE APROVEITOU COMO CRÉDITO EM 2013, O ICMS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, MATERIAL DE CONSUMO, NFS CANCELADA E DO ICMS ANTECIPADO EM VALORE SUPERIORES AOS EFETIVAMENTE PAGOS. DETALHES NAS INFORMAÇÕES COMPLEMENTAR.

O autuante apontou como infringidos os artigos 65, 66 e 69 do Decreto nº 24.569/97 e como penalidade sugere a inserta no art. 123, inciso II, alínea "a" e § 5º, II, da Lei 12.670/96.

Apresenta a composição do crédito tributário:

ICMS	R\$ 50.920,08
MULTA	R\$ 50.920,08
TOTAL	R\$ 101.840,16

Tempestivamente a empresa comparece aos autos (fls.20/24) insurgindo-se contra o lançamento fiscal alegando em sua defesa o seguinte, em síntese:

- ➔ Legitimidade do direito aos créditos de que trata o processo;
- ➔ Que o auto de infração merece ser julgado absolutamente improcedente uma vez que a impugnante, em momento algum deixou de atender a alguma regra jurídica prevista na legislação do ICMS;
- ➔ Que a utilização do ICMS destacado nos documentos fiscais de aquisição, oriundo do pagamento do ICMS Antecipado a título de crédito fiscal, para fins de dedução de eventual débito do imposto, provém do próprio PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE;
- ➔ Que a nobre autoridade autuante laborou em manifesto equívoco ao pretenderem atribuir ilegitimidade aos créditos apropriados pela impugnante;
- ➔ Ao final de seu arrazoado pede que o auto de infração seja julgado totalmente improcedente.

Após analisar os argumentos da defesa, a julgadora singular decide pela procedência do lançamento, fundamentando sua decisão nos artigos, 57 e 65 do Decreto nº 24.569/97 e como penalidade aplica a prevista no art. 123, inciso II, alínea "a" e § 5º, II, da Lei 12.670/96.

Contribuinte é comunicado da decisão singular e em tempo hábil interpõe Recurso Ordinário, fls.38/42 dos autos, utilizando os seguintes argumentos:

Alega equívocos da decisão monocrática, em como a legitimidade do direito aos créditos de que trata este processo. Que em momento algum a recorrente deixou de atender alguma regra jurídica prevista na legislação do ICMS que disciplina a apropriação dos valores de ICMS destacado em notas fiscais.

Por fim requer que seja julgado improcedente o auto de infração. Caso não se convença, roga a realização de exame pericial na documentação fiscal e contábil da recorrente.

O processo foi enviado a Célula de Assessoria Processual Tributária, oportunidade em que o Assessor emitiu Parecer de nº 94/2019, confirmando a decisão Singular de Procedência da acusação fiscal.

O parecer da Assessoria Processual Tributária foi adotado na íntegra pelo representante da PGE, com os mesmos fundamentos fáticos e legais, fls.57.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Contribuinte foi acusado pelo Fisco Estadual de aproveitar indevidamente de crédito de ICMS, exercício de 2013, em operações de aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária, de compras de material de consumo, de Notas Fiscais canceladas e do ICMS antecipado em valores superiores aos efetivamente pagos.

Em sua defesa, alega que os créditos lançados em sua conta gráfica são legítimos e que em momento algum deixou de atender a alguma regra jurídica prevista na legislação do ICMS.

Pois bem, contra esse argumento diga-se que existem provas demonstrando a infração cometida, uma vez que o aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS indevidos, foram constados após análise da documentação fiscal da empresa transmitida via Escrituração Fiscal Digital - EFD, em conjunto com as informações fornecidas pelo Laboratório Fiscal da SEFAZ/CE, cujas as cópias das notas fiscais eletrônicas que foram objeto do presente lançamento, encontram-se inseridas no CD acostados aos autos às fls. 14.

Portanto, o argumento de que não houve infração a legislação não pode ser aceito, ante as provas acostadas aos autos.

Foram constadas as seguintes situações em que o contribuinte utilizou indevidamente os créditos de ICMS:

- 1 - Material sujeito a Substituição Tributária;
- 2 - Material de Uso e consumo;
- 3 - Notas Fiscais Canceladas;
- 4 - e, Crédito de ICMS Antecipado lançado em valor superior ao efetivamente pago no mês.

Ressalto que o direito ao crédito do ICMS encontra previsão constitucional, que adota o princípio da não-cumulatividade para o ICMS, estabelecido no art. 155, § 2º, da CF/88 que assim determina:

Art. 155 (...)

§ 2o 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;

Trazendo a situação para Regulamento do ICMS, no caso o Decreto nº 24.59/97, em seu artigo 57, que trata da não-cumulatividade do ICMS, indica que o imposto de cada operação pode ser compensado com ICMS cobrado na operação anterior.

Art. 57. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado.

No presente caso verifica-se que a autuada escriturou e aproveitou indevidamente créditos de ICMS de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, situação em que é vedado o creditamento de ICMS quando a mercadoria for recebida para comercialização e posteriormente a sua saída ocorra sem débito do imposto, que é o caso das mercadorias sujeitas a esse regime, sua saída é sem débito do imposto, art. 65, inciso VI, do RICMS/CE, senão vejamos:

Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

VI - entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebida para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito do imposto, sendo esta circunstância conhecida na data da entrada;

Convém observar que a Lei nº 14.237/2008 regulamentada por meio do Decreto nº 29.56/08, determina o regime de substituição tributária nas operações realizadas por contribuinte varejista, que é o caso da recorrente, levando em consideração o seu código de atividade.

Vejamos então, os artigos que sujeitam a recorrente as regras estabelecidas no referido comando legal.

Art.1º Os estabelecimentos enquadrados nas atividades econômicas indicadas no Anexo I (Comércio Atacadista) e Anexo II (Comércio Varejista) deste Decreto ficam responsáveis, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, 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 da mercadoria neste Estado ou no estabelecimento de contribuinte, conforme o caso.

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

É o que ocorre com a atividade desenvolvida pela recorrente, que tem como CNAE – 4781400- Comércio Varejista de Artigos de Vestuário, onde o valor a ser recolhido pelo contribuinte encontra-se estabelecido no art. 2º do referido Decreto:

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.

Assim, em decorrência do imposto já ter sido cobrado até a última operação, não gerará créditos ao adquirente das mercadorias nas operações subsequentes, excluindo os casos expressamente previstos em Lei.

Portanto, a recorrente ao receber mercadoria sujeita a substituição tributária, por conta de sua atividade, não poderia se apropriar do crédito de ICMS, do valor do imposto, haja visto já

ter sido considerado no momento da apuração do cálculo do imposto devido, por conta do regime de recolhimento.

Outro procedimento errado adotado pela recorrente refere-se ao material de uso e consumo. De acordo com inciso II, do art. 65 do RICMS/CE, é vedado o creditamento de ICMS quando a aquisição de mercadoria destina-se ao uso ou ao consumo, senão vejamos:

art.65 – Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

II – entrada de bem destinado ao uso ou ao consumo do estabelecimento, bem como os respectivos serviços de transporte, até a data prevista em Lei Complementar.

No tocante a Lei Complementar, também conhecida como Lei Kandir de nº 87/96, em seu artigo 20 assim dispõe:

Art. 20 – Para compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado à entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Já o Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020 (Redação dada pela LC nº 138, de 2010).

Ou seja, apesar da Lei Complementar nº 87/96, trazer a determinação ao direito ao crédito nas entradas de bens para uso e consumo utilizada pelo próprio estabelecimento, o faz com data pré-fixada, a qual vem sendo constantemente postergada.

Quanto as Notas Fiscais Canceladas, de acordo com a informação complementar ao auto de infração, a recorrente lançou em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, o crédito de ICMS de NF-e canceladas pelo remetente. Essa verificação foi feita através do relatório fornecido pelo Laboratório Fiscal e confirmada no sistema corporativo da SEFAZ-Receita, constante no CD anexo ao processo.

Os documentos cancelados (NF-e) são inidôneos na forma prevista no art. 131 do RICMS/CE, por não preencher os requisitos de validade e eficácia previstos na legislação. Logo a recorrente não poderia ter se apropriado do ICMS destacado em tais documentos em virtude da invalidade jurídica que nele se apresenta.

Art. 131 - Considerar-se-á inidôneo, o documento que não preencher os seus requisitos fundamentais de validade e eficácia ou que for, comprovadamente expedido com dolo, fraude ou simulação ou ainda, quando:

No que se refere aos créditos de ICMS Antecipado lançados pelo contribuinte em valor superior ao efetivamente pago no mês, observo que o ilícito foi comprovado mediante o comparativo das informações extraídas do sistema Receita da SEFAZ/CE (pagamento antecipado) com os valores lançados pela recorrente em sua Escrita Fiscal Digital – EFD, cujas as cópias dos documentos fiscais encontram-se inseridas no CD acostados aos autos.

Vale salientar que o ICMS- Antecipado tem sua previsão no art. 747, caput do Decreto nº 24.569/97, que incide sobre as aquisições de mercadorias interestaduais, que se exige o pagamento do imposto a título de antecipação, por ocasião das entradas das mercadorias neste Estado. A exceção é para os contribuintes credenciados.

O créditamento do ICMS Antecipado é permitido, desde que seja do ICMS efetivamente recolhido, conforme art. 771 do RICMS/CE, o que no presente caso não foi obedecido pela recorrente, que lançou valores superiores aos efetivamente recolhido, conforme encontra-se demonstrado no CD às fls. 15 dos autos.

Ao final do recurso, precisamente nos pedidos, a recorrente requer a realização de exame pericial, nos termos do art. 57 do Decreto nº 25.468/99, junto a documentação (livros fiscais e contábeis e notas fiscais) a fim de que fique devidamente comprovado a inexistência do ilícito apontado na peça vestibular.

Evidente que o princípio da ampla defesa e do contraditório implica a necessidade de que no processo administrativo tributário confrontem-se as provas que sustentam o lançamento com os argumentos apresentados pela recorrente, para que se obtenha a verdade dos fatos.

Cumprido salientar que a perícia se destina ao esclarecimento de questões pontuais presentes nas provas apresentadas pelo agente do fisco ou apontadas pelo contribuinte por ocasião da defesa, da interposição de recurso ou sustentação oral.

Dispõe o inciso IV do art. 80 do Decreto nº 25.468/99 (agora no incisos, I, II, III e IV do art. 84 do Decreto nº 32.885/18), que diz que, o pedido deve ser fundamentado e indicar o motivo que justifique, os pontos controversos e as provas respectivas, quando for o caso, os quesitos necessários à elucidação dos fatos e, a identificação do assistente técnico.

No presente caso, a recorrente não apresentou nenhum fato impeditivo, modificativo ou extintivo, muito menos foi apresentado prova concreta de modo a justificar a realização de exame pericial.

Assim, uma vez não tendo sido apresentado qualquer elemento que refute a acusação fiscal, não há como converter o curso do processo em realização de perícia, ante a falta destes requisitos exigidos no Decreto, motivo pelo qual indefiro o pedido.

Portanto, como restou devidamente demonstrado nos autos que os créditos aproveitados pelo contribuinte são indevidos, a sanção aplicável ao presente processo deverá ser a prevista no artigo 123, II, "a", da Lei nº 12.670/96, *in verbis*:

Art. 123 (...)

II – com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

Demonstrativo:

ICMS DEVIDO.....R\$ 50.920,08
Multa.....R\$ 50.920,08
TotalR\$ 101.840,16

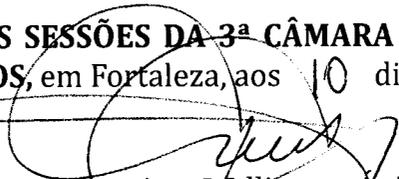
Isto posto, Voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário interposto, negar-lhe provimento, para confirmar a Procedência do feito fiscal, nos termos do julgamento singular e parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta PGE.

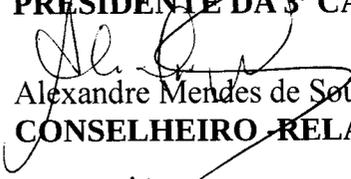
É como voto.

DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/5562/2017. Auto de Infração nº 1/201715135. RECORRENTE: ALBUQUERQUE E AMORIM COMERCIAL LTDA.. RECORRIDO: CEJUL. Decisão: A 3ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário interposto, negar-lhe provimento, para, em grau de preliminar, afastar o pedido de Perícia formulado pela recorrente e, quanto ao mérito, decide manter a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

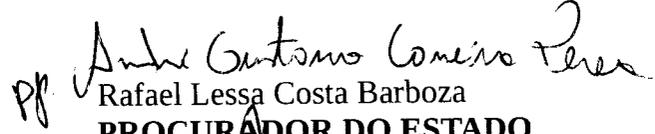
DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 10 dias do mês de julho 2019.

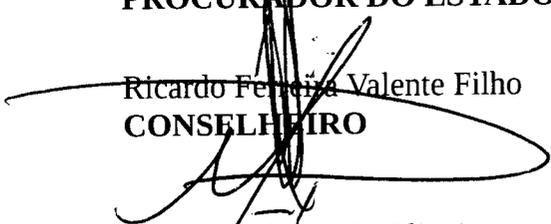

Francisco Wellington Avila Pereira
PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA

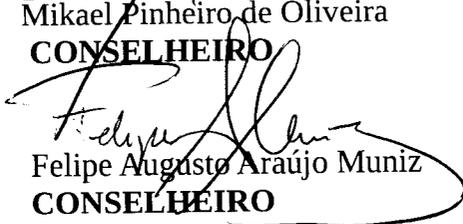

Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO-RELATOR

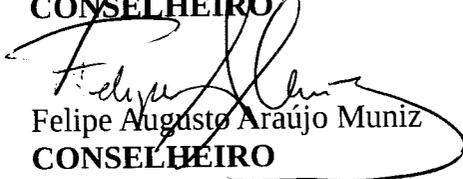

Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Teresa Helena C. Rebouças Porto
CONSELHEIRA


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Ricardo Ferreira Valente Filho
CONSELHEIRO


Mikael Pinheiro de Oliveira
CONSELHEIRO


Felipe Augusto Araújo Muniz
CONSELHEIRO