



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

**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 024/2023

51ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 07/12/2022

PROCESSO Nº: 1/198/2020 - AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201918533

RECORRENTE: SANTA MARIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: THYAGO DA SILVA BEZERRA

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. REGIME ESPECIAL. PROCEDÊNCIA.

1. Contribuinte acusado de se aproveitar indevidamente de créditos de ICMS, conforme estabelecido em Regime Especial. 2. Pedido de Perícia indeferido, por ausência de elementos que a justifiquem e pertinência dos quesitos em relação aos fatos imputados na autuação. 3. Reenquadramento da penalidade para o art. 123, VIII, "d" da Lei nº 12.670/96 afastada tendo em vista que há na legislação penalidade específica aplicável à infração. 4. Infringência aos artigos 49, 52 e 53, da Lei 12.670/96 e penalidade prevista no art. 123, Inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. 5. Recurso ordinário conhecido e não provido. Decisão pela **PROCEDÊNCIA**, nos termos do Parecer da Assessoria Tributária do CONAT e de acordo à manifestação oral do Procurador do Estado.

Palavras chaves: ICMS. Crédito Indevido. Regime Especial. Procedência.

RELATÓRIO

A presente demanda versa sobre o **Auto de Infração nº 1/201918533**, lavrado em função do seguinte relato:

“CRÉDITO INDEVIDO, PROVENIENTE DO LANÇAMENTO NA CONTA GRÁFICA DE ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. ANALISANDO AS INFORMAÇÕES DOS SISTEMAS CORPORATIVOS DA SECRETARIA DA FAZENDA SEFAZ COMETA - SITRAN, RECEITA, SPED FISCAL E PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA - RECEITA FEDERAL, VERIFICAMOS QUE O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DE ICMS NORMAL NO VALOR DE R\$ 18.810,11, CONFORME PLANILHAS E INFORMACOES ANEXAS”

De acordo com o auditor fiscal, houve a infringência aos artigos 49, 52 e 53 da Lei nº 12.670/96, sugerindo a penalidade inserta no artigo 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003.

Constam no caderno processual os documentos alusivos ao procedimento de fiscalização e comprobatórios da acusação fiscal. O contribuinte depois de intimado do auto de infração apresentou impugnação conforme documento que dormita às fls. 22/26 dos autos.

Na Instância prima o auto de infração teve o Julgamento nº 1549/2021 pela **PROCEDÊNCIA** da autuação.

Inconformada com a decisão singular, a empresa interpôs Recurso Ordinário ao Conselho de Recursos Tributários, abordando os seguintes pontos:

- i. Improcedência do auto de infração, tendo em vista que não se trata de um crédito de ICMS, mas um ajuste de valores de débitos anteriormente pagos em duplicidade, motivo pelo qual imposto lançou os valores pagos a maior no campo "outros créditos";
- ii. Requer a realização de perícia, para comprovar as suas alegações acerca dos ajustes efetuados em sua escrituração fiscal;
- iii. Em caso de manutenção da autuação, requer o reenquadramento da penalidade aplicada para a prevista no art. 123, VIII, “d”;

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer nº 156/2022, se manifesta pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento e confirmar a decisão de primeira instância de PROCEDÊNCIA.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso ordinário interposto pela empresa acima citada contra decisão singular de procedência do auto de infração.

A acusação fiscal tem como motivo o fato da contribuinte ter se creditado indevidamente de ICMS nos períodos de maio, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2018, em desacordo ao regime especial do qual é optante, que veda o aproveitamento de créditos nas aquisições, contrariando especificamente, os artigos art. 763, §6º do Decreto nº 24.569/97.

Por sua vez, os argumentos trazidos em sede de Recurso Ordinário não merecem prosperar. Explica-se.

É certo que tanto a Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º, quanto o Decreto nº 24.569/97 (RICMS/CE), nos artigos 57 a 59, vigentes na época dos fatos, reconhecem a não-cumulatividade deste tributo. Dessarte, o imposto de cada operação pode ser compensado com ICMS cobrado na anterior.

Entretanto, referido princípio não é absoluto, podendo o legislador infraconstitucional estabelecer condições nas quais é vedado o crédito do ICMS.

Conforme destacado pelo Julgador de 1ª instância, as operações realizadas por restaurantes, bares, lanchonetes, hotéis e assemelhados estão devidamente estabelecidas e previstas nos artigos 763 a 766-A do Decreto nº 24.569/97.

A Recorrente é optante do referido regime especial, motivo pelo qual cumpre destacar as disposições do artigo 763, §6º do Decreto nº 24.569/97 sobre a impossibilidade de creditamento nas operações de aquisições:

Art. 763. Em substituição à sistemática normal de tributação, fica facultado aos estabelecimentos que exerçam atividade de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em sistema coletivo ou em restaurante, churrascaria, pizzaria, lanchonete, bar, pastelaria, confeitaria, doçaria, bomboneria,

sorveteria, casa de chá, loja de "delicatessen", serviço de "buffet", hotel, motel, pousada e assemelhados, a opção por regime de tributação simplificado, que consistirá na identificação do imposto devido mediante a aplicação do percentual de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) incidente sobre o total do faturamento bruto relativo à saída de alimentação e outras mercadorias fornecidas individualmente ou em pacote contratado pelo adquirente

(...)

§6º A opção por este regime de tributação ensejará vedação de qualquer crédito fiscal, devendo ser estornado qualquer outro escriturado na conta gráfica do estabelecimento, exceto o presumido decorrente da aquisição de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) e Solução de Transferência Eletrônica de Fundos (TEF), cujo valor poderá ser abatido do valor do imposto devido de que trata o caput deste artigo.

Na análise dos autos, vê-se que o contribuinte infringiu a vedação legal ao realizar o crédito de mercadorias na rubrica “outros”, sendo essa situação de conhecimento da empresa. Quando intimada pela fiscalização para manifestar-se sobre a natureza dos créditos, ficou-se inerte.

Por sua vez, o argumento da Recorrente de que os valores em verdade tratam-se de ajustes de débitos de períodos anteriores em virtude do pagamento a maior não encontra guarida na legislação e sequer restaram minimamente demonstrado nos autos.

O contribuinte não logrou êxito em demonstrar o alegado em seu Recurso Ordinário, já que não apresentou nenhuma prova neste sentido, nem mesmo planilhas com os ajustes que originaram os créditos apurados, operações envolvidas, períodos aos quais se referem os “ajustes de débitos”, dentre outras.

Outrossim, a legislação é clara quando elenca as situações ou procedimentos a serem adotados pelo contribuinte para que seja solicitada a restituição dos valores indevidamente recolhidos, especificamente nos artigos 89 a 91 do Decreto nº 24.569/97, o que não fora observado pela Recorrente.

Ademais, o contribuinte não pode adotar procedimento individualizado e diferenciado de apuração do imposto sem o amparo da legislação. A infração ocorreu no momento em que o contribuinte se creditou indevidamente, já que essa circunstância era conhecida quando do lançamento dos créditos no campo “Outros”.

Assim, não pode a Recorrente se beneficiar de erro a que deu causa, uma vez que a responsabilidade por infração independe da intenção, nos termos do artigo 877 do Decreto nº 24.569/97.

Sobre o pedido de perícia, não pode ser acolhido por absoluta ausência de documentos que comprovem a real necessidade desse procedimento, tendo a Recorrente se limitado à apresentação de um pedido com a apresentação de quesitos, contudo, sem quaisquer elementos de contraprovas. Assim, o contribuinte autuado tem o dever de comprovar suas alegações, com a anexação de provas documentais, haja vista que alegar sem comprovar não traz efeito jurídico algum à análise processual.

Além disso, constata-se que a perícia não seria útil ao deslinde da questão, em virtude do apontado anteriormente, quanto ao descumprimento das normas que regem a restituição de valores indevidamente recolhidos.

Portanto, afastado o pedido de trabalho pericial com fulcro no art. 87, §3º incisos II, III e VII, da Lei nº 18.185/22:

Art. 87. A autoridade julgadora determinará, de ofício ou a requerimento, a realização de perícia tributária ou diligências, quando necessária à solução do litígio, em despacho que conterá os motivos que as justifique.

(...)

§ 3º A autoridade indeferirá, de forma fundamentada, o requerimento de realização de perícia tributária ou de diligências quando:

(...)

II - não for observada a pertinência dos quesitos em relação aos fatos imputados na autuação;

III - os fatos forem incontroversos, e os elementos contidos nos autos forem suficientes à formação de seu convencimento;

(...)

VII - a prova necessária ao deslinde da questão não for apresentada pelo sujeito passivo.

Portanto, como a infração apontada na peça inicial persiste, fica a Recorrente sujeita a sanção prevista no art. 123, inciso II, alínea "a", da Lei nº 12.670/96, **por ser mais específica**, o que impede, *per si*, a possibilidade de reenquadramento solicitado, em obediência aos Princípios da Legalidade e da Tipicidade fechada.

Do exposto, pelas linhas traçadas anteriormente decide-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário para lhe negar provimento decidindo-se pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, confirmando a decisão condenatória de 1ª Instância nos termos deste voto, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

PERÍODO (2018)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	TOTAL (R\$)
MAIO	2.718,68	2.718,68	5.437,36
JULHO	5.821,32	5.821,32	11.642,64
AGOSTO	4.254,09	4.254,09	8.508,18
OUTUBRO	937,08	937,08	1.874,16
NOVEMBRO	958,83	958,83	1.917,66
DEZEMBRO	4.120,11	4.120,11	8.240,22
VALOR GLOBAL	18.810,11	18.810,11	37.620,22

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **SANTA MARIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. **Decisão:** A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve: **1. Quanto ao pedido de conversão do julgamento em realização de perícia, para identificar o montante das operações com sorvete, água e refrigerante que compuseram a base de cálculo da tributação do contribuinte e se o valor do ICMS a ser ressarcido equivale ao valor que foi informado na rubrica “outros créditos”:** votaram por afastar o pedido de perícia os Conselheiros Thyago da Silva Bezerra, Dalcília Bruno Soares e Gerusa Marília Alves Melquíades de Lima, entendendo que a perícia não seria útil ao deslinde da questão; votaram pelo acatamento da perícia, principalmente no que concerne à busca da verdade material, os Conselheiros: Francisco Wellington Ávila Pereira, Nelson Bruno do Rego Valença e Carlos Mauro Benevides Neto. Verificado empate na votação, o Presidente da Câmara, por voto de desempate, afasta o pedido de conversão do julgamento em realização de perícia, entendendo que a mesma não seria útil, tendo em vista que o contribuinte não pode, sem requerer um regime especial, exercer um direito de forma diversa àquela prevista na legislação. **2. Quanto à improcedência da acusação, requerida pela autuada entendendo que não há violação à legislação tributária, tendo em vista que não tomou crédito, tendo apenas realizado um ajuste na base de cálculo da tributação de suas operações, excluindo delas as operações que já haviam sido tributadas pela ST:** resolve a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, afastar a improcedência requerida, tendo em vista a ausência de provas de que o crédito tomado, apontado no auto de infração, corresponde ao ressarcimento da ST sobre as operações de sorvete, refrigerante e água. Os conselheiros Francisco Wellington Ávila Pereira, Nelson Bruno do Rego Valença e Carlos Mauro Benevides Neto também votaram pela improcedência, no entanto, justificaram seus votos com fundamento no fato de que não houve perícia e não houve condições de apurar o alegado pela recorrente. **3. Quanto ao pedido de reenquadramento da penalidade**

para a prevista no art. 123, VIII, “d” da Lei nº 12.670/96: resolve a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, afastar o pedido por haver penalidade específica para a irregularidade apontada no auto de infração. Em conclusão, resolve a 4ª Câmara por unanimidade de votos, confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em conformidade com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Presente para sustentação oral, o advogado representante da recorrente, Dr. Schubert de Farias Machado. A 51ª (quinquagésima primeira) Sessão Ordinária da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará foi realizada sob a Presidência do Dr. Michel André Bezerra Lima Gradvohl. Presentes à Sessão os Conselheiros Francisco Wellington Ávila Pereira, Dalcília Bruno Soares, Gerusa Marília Alves Melquiades de Lima, Carlos Mauro Benevides Neto, Thyago da Silva Bezerra e Nelson Bruno do Rego Valença. Presente à sessão o Procurador do Estado, Dr. Rafael Lessa Costa Barboza. Presente, secretariando os trabalhos da 4ª Câmara de Julgamento, a Secretária em exercício Ana Paula Figueiredo Porto. Também presentes, na condição de ouvintes, as Sras. Eliene Cavalcante Félix, Jozileia Oliveira Costa e Nivanda Vasconcelos.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 09 de FEVEREIRO de 2023.

Thyago da Silva Bezerra
CONSELHEIRO RELATOR

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA