



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

RESOLUÇÃO Nº: 029/2022

86ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL DE 16.12.2021

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/0329/2020

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201918244

RECORRENTE: LOJAS AMERICANAS S/A

CGF: 06.988502-8

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL

ICMS – CRÉDITO INDEVIDO. Não houve imputação de responsabilidade a diretores da Recorrente. Penalidade não pode ser afastada por inconstitucionalidade se fundada em norma vigente. Provas suficientes nos autos e pedido de perícia genérico e desnecessário. Decisões unânimes. Crédito de operações de entradas e de devoluções de vendas em operações sujeitas a ST por entrada. Não pode o contribuinte de maneira autônoma, sem anuência da Administração Tributária, alterar regime de tributação definido na legislação. Ressarcimento de ICMS ST sem anuência da Administração Tributária. Impossibilidade. Falta de comprovação de vendas de produtos da cesta básica terem sido vendidos sem redução da base de cálculo. **Arts. Infringidos:** 65, 66 e 69 do RICMS. **Penalidade:** Art. 123, II, “a”, § 5º, I, da Lei nº 12.670/96 - LICMS, alterado pela Lei nº 16.258/2017. Recurso Ordinário conhecido, com provimento negado. Decisão por voto de desempate da presidência, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e em conformidade com a manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE

ICMS. Crédito Indevido. Regime Recolhimento por Substituição Tributária. Inalterável. Ressarcimento. Somente Quando Autorizado. Procedência.

RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Infração sobre se creditar indevidamente de ICMS, em 2015.

A Autoridade Fiscal autuante aponta como infringidos os arts. 65, 66 e 69, do Decreto nº 24.569/97 - RICMS e sugere como penalidade a prevista no art. 123, II, “a”, § 5º, I, da Lei

nº 12.670/96 - LICMS, alterado pela Lei nº 16.258/2017.

Informa, ainda, que:

1) - Após análise das EFD do contribuinte referente ao exercício de 2015 foi observado que constavam lançamentos, em OUTROS CRÉDITOS (nas contas gráficas mensais – CD fls. 18), de ICMS decorrente de ressarcimento de ICMS referente às operações com produtos sujeitos à substituição tributária. Contudo, referidos ressarcimentos não foram autorizados pela SEFAZ, como exige a legislação sobre o assunto (Art. 5º do Dec. 28.267/2006 e IN 32/2012).

- Objetivando esclarecer a situação, o contribuinte foi intimado (TI 201906247 - ciência por AR em 07/06/2019 – fls. 09/10) a apresentar documentos que comprovassem que a SEFAZ autorizou o ressarcimento do ICMS. Contudo respondeu, por e-mail, cuja cópia acompanha essa informação complementar (CD – fls. 18), que não havia solicitado o ressarcimento do ICMS junto à SEFAZ.

2) - Some-se a essa situação de aproveitamento indevido do crédito de ICMS a falta de estorno da parcela referente à redução da base de cálculo do ICMS nas saídas dos produtos elencados nos artigos 41, inciso I e II do Dec. 24.569/97.

2.1) - Ficou também evidenciado o aproveitamento do crédito de ICMS de produtos sujeitos à substituição tributária. A identificação dos produtos sujeitos à Substituição Tributária foi realizada a partir das NCM declaradas na tabela EFD PRODUTO do contribuinte.

Na apuração dos ICMS aproveitados indevidamente (produtos sujeitos a substituição tributária e falta de estorno nos casos de redução de base de cálculo) foi utilizado o Registro C170 do SPED do contribuinte (arquivo REGISTRO C170 ANALISADO 2014.xls – CD fls. 19).

- Tendo em vista que o contribuinte apresentou alguns saldos credores durante o exercício de 2015, foi preciso refazer a apuração do ICMS (fls. 04/05).

Instrui o presente processo, dentre outros documentos, com Termo de Início (fls. 07/08) e Termo de Conclusão (fls. 13/14), com ciência em 12/11/2019 (fls. 21).

Tempestivamente a Autuada apresentou defesa, a qual repousa às fls. 25 a 31 dos autos, alegando:

- Creditamento de ICMS em operações sujeitas a ST - Inexistência de prejuízo ao erário e necessidade de observância à não cumulatividade

- Creditamento de ICMS em operações canceladas, estornadas ou devolvidas

Ocorre que, pelas razões expostas no tópico anterior, a Impugnante tratou mercadorias supostamente sujeitas ao regime de ST pelo regime normal de débito-crédito, destacando o ICMS nas respectivas saídas. Por essa razão, quando da "reentrada" das mercadorias (cancelamento da operação no PDV ou devoluções) fez-se necessária a apropriação do crédito, visando anular o ICMS destacado na saída anterior.

Isto é, por ter havido tributação na saída, a Impugnante se creditou de ICMS na reentrada - originado de devoluções (CFOP 1202) e cancelamentos (CFOP 1949), neutralizando assim o débito da saída em observância ao princípio da não cumulatividade.

- Creditamento de ICMS em operações supostamente com saídas apresentando redução na base de cálculo

Como se pode verificar pelo exemplo anexo (Doc. 04 – fls. 34v/49), a Impugnante não realiza a redução da base de cálculo do ICMS das referidas mercadorias, ora elencadas no art. 41, inc. I e II, do Decreto nº 24.569/1997.

Portanto, a Fiscalização está autuando o crédito da entrada de mercadorias que não sofreram a redução da base de cálculo, por presumir que todas as saídas tiveram a redução, o que, de fato, não ocorreu.

- Direito ao ressarcimento do ICMS

Sendo inequívoca a ocorrência das operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e tendo ocorrido mero erro formal devido à ausência do pedido de ressarcimento do ICMS incidente sobre as operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, deve ser reconhecida a legitimidade do crédito de ICMS apropriado, em prestígio ao princípio da verdade material dos fatos.

- Multa ofende princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Ademais, restou demonstrada a inaplicabilidade da multa imposta ao caso em exame, configurando erro no enquadramento legal da multa aplicada, devendo ser cancelada a autuação fiscal também nesse aspecto.

Pede seja:

- Realizada perícia para comprovar os argumentos apresentados

- Julgado improcedente o feito fiscal ou

- Julgado parcial procedente com o cancelamento da multa

No Julgamento Singular, o Julgador de 1ª Instância, às fls. 63 a 70, proferiu decisão de procedência do feito fiscal, apresentando a seguinte ementa:

CRÉDITO INDEVIDO DO IMPOSTO. Aproveitamento de crédito em desacordo com a legislação. CONTRIBUINTE CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DO ICMS REFERENTE A: 1) RESSARCIMENTO DE PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO DA SEFAZ, 2) VALOR INTEGRAL DE PRODUTOS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO; 3) ENTRADA DE MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exercício 2015. Decisão amparada no art. 51 e 53, II da Lei 12.670/96, art. 5º do Decreto 28.267/06 c/c art. 66, V e art. 438 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade inserta no art. 123, II, a da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03. Precedente: Resolução 080/2018 da 1ª Câmara de Julgamento do CONAT. DEFESA TEMPESTIVA. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

Inconformada com a Decisão Singular, a Recorrente interpõe tempestivamente Recurso Ordinário (fls. 75/83), onde aduz:

- Impossibilidade de inclusão dos diretores como responsáveis solidários

Resta comprovada a ilegitimidade dos diretores figurarem como responsáveis solidários na presente autuação, visto que não há qualquer indício das hipóteses previstas no art. 135, caput, do CTN, devendo ser excluídos da autuação.

- Creditamento de ICMS em operações sujeitas a ST - Inexistência de prejuízo ao erário e necessidade de observância à não cumulatividade

Por questões operacionais relacionadas às legislações do Estado do Ceará e de alguns municípios desse estado, a Recorrente possui lojas cadastradas com o CNAE 4711302 (supermercados) e outras com o CNAE 4713001 (lojas de departamento).

Na época da ocorrência dos fatos geradores, por um erro pontual e já sanado, o sistema de cadastro fiscal de itens comercializados pela Recorrente parametrizava apenas o CNAE 4713001 (lojas de departamento) para a loja autuada, não sujeito ao regime de ST.

Em razão da parametrização do sistema da Recorrente mencionada acima, todas as remessas de mercadorias feitas a partir do Centro de Distribuição da Recorrente para a loja autuada foram tratadas como sendo remessas para "lojas de departamento", sujeitas ao regime normal de tributação (débito-crédito) nos termos do Decreto estadual 29.560/2008.

Em que pese a Recorrente tenha se apropriado de créditos de ICMS na entrada de mercadorias que deveriam ser tributadas pelo regime de ST em razão do CNAE adotado

pela loja, os registros de débitos do imposto nas saídas acabaram por perfazer a tributação regular da cadeia de circulação das mercadorias, anulando um eventual efeito fiscal indevido do crédito na entrada. Os débitos nas saídas estão demonstrados nos espelhos dos cupons extraídos do sistema gerencial interno da Recorrente (MasterSaf - Doc. 04 – fls. 93v/108).

Além de locupletamento sem causa, o procedimento pretendido pela Fiscalização viola frontalmente a regra de não cumulatividade do ICMS, determinada pela Constituição Federal.

Embora tenha ocorrido equívoco na eleição do regime de tributação do ICMS, a tributação da cadeia de circulação das mercadorias restou hígida, sem qualquer prejuízo de arrecadação ao Fisco estadual

- Ofensa ao princípio do não confisco

A exigência fiscal ora combatida incorreu em violação ao princípio da vedação da tributação com efeito de confisco, gravado no artigo 150, inciso IV, da CF/88, ao deixar de reconhecer o direito creditório da Recorrente e cominar as pesadas multas.

- Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

O que pretende a Recorrente é demonstrar que a imposição das multas de 100% sobre os valores legitimamente creditados pela Recorrente, unicamente em razão de ter se creditado na entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (ST), fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, até porque as operações foram regularmente amparadas e escrituradas

Pede seja:

- Reconhecida a ilegitimidade dos diretores e

- Realizada perícia para comprovar os argumentos apresentados e

- Julgado improcedente o feito fiscal em razão de

- cancelamento do lançamento fiscal no que toca à glosa de créditos vinculados a mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (ST), sob pena de violação da regra constitucional de não cumulatividade do ICMS e de enriquecimento sem causa do Fisco do Estado do Ceará, haja vista que houve apenas equívoco da Impugnante na eleição do regime de tributação aplicado

- reconhecer que não há creditamento indevido de ICMS no tocante às mercadorias devolvidas

- reconhecer a legitimidade do crédito de ICMS ressarcido nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária que não se realizaram

- reconhecer que a Impugnante não reduziu a base de cálculo das mercadorias elencadas no artigo 41, incisos I e II do Decreto 24.569/1997

ou

- Julgado parcial procedente com o cancelamento da multa.

A Assessoria Processual Tributária emitiu o Parecer de nº 224/2021 (fls. 106/109v), onde manifesta-se favorável ao conhecimento do Recurso Ordinário para negar-lhe provimento confirmando o julgamento de procedência exarado em Primeira Instância.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário onde é Recorrente LOJAS AMERICANAS S/A (CGF: 06.988502-8) e Recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, por meio do qual a Recorrente insurge-se contra decisão de procedência do feito fiscal proferida no Julgamento Singular.

A acusação versa sobre, em 2015, aproveitar crédito de ICMS indevidamente.

São três os fundamentos da autuação: em razão da Recorrente ter se ressarcido de ICMS ST sem adotar o procedimento definido pela legislação; ter deixado de estornar parcela de crédito de ICMS referente a produtos cuja saída tem redução da base de cálculo prevista no art. 41, incisos I e II, do Dec. nº 24.569/97 e aproveitamento de crédito de ICMS em operações com produtos sujeitos à substituição tributária.

Quanto ao primeiro ponto, a Autuada aduz que, por erro na parametrização dos seus sistemas, todas as remessas do seu Centro de Distribuição para o estabelecimento autuado eram tributadas pelo ICMS no regime normal, sem obedecer ao regime de substituição tributária por entradas imposto aos contribuintes com CNAE como o seu (4711302 - de supermercado).

Contudo, segundo a Recorrente, tal fato não teria trazido prejuízo ao erário tendo em vista que “os registros de débitos do imposto nas saídas acabaram por perfazer a tributação regular da cadeia de circulação das mercadorias, anulando um eventual efeito fiscal indevido do crédito na entrada.”

Entendo que não merece prosperar o argumento da Autuada. Não pode o contribuinte, por sua própria e exclusiva conduta, modificar o regime de tributação estabelecido pela legislação. Ainda mais quando o valor que teria sido recolhido com a incidência do ICMS ST seria maior que o recolhido pelo regime normal de tributação.

Nesse passo, constitui-se como indevido o creditamento do ICMS incidente nas operações de entradas de mercadorias que deveriam ter sido tributadas pelo regime de substituição tributária por entrada, circunstância que, além de estar em desacordo com a legislação de regência, ainda reduz o valor de ICMS a ser recolhido aos cofres públicos.

Quanto ao princípio da não cumulatividade, este não se aplica aos casos de incidência de ICMS por substituição tributária, em razão de nem mesmo ser devida a ocorrência de crédito nessas operações.

No que concerne ao segundo ponto, a Recorrente informa que apesar de ser possível reduzir a base de cálculo na venda de produtos relacionados no art. art. 41, inc. I e II, do RICMS, a mesma não efetiva tal redução, não sendo necessário dessa forma, a seu ver, qualquer estorno do crédito incidente na entrada dessas mercadorias.

Compulsando os autos, não observo que a Autuada tenha conseguido comprovar o alegado. Verifico às fls. 34v a 49, diversas versões de relatório denominado “Relatório de Nota por Item”, todos referentes a um mesmo item, onde se informa que não houve redução da base de cálculo.

Contudo, esse relatório, além de se referir a apenas um dos milhares de itens comercializados pela Autuada, não é um documento fiscal oficial. É apenas um relatório elaborado pela própria Recorrente.

Não o vejo como prova de que a redução de base de cálculo determinada pela legislação não tenha sido obedecida no caso concreto.

Tendo em vista a presunção de que o contribuinte atende ao disposto na legislação, sobretudo quando esta reduz a sua carga tributária, há de se considerar indevido o

creditamento da parte do ICMS sobre entradas que deveria ter sido estornada proporcionalmente à redução da base de cálculo nas operações de saída.

Ainda no mérito do feito fiscal, a Recorrente alega que era devido o aproveitamento de crédito de ICMS em operações com produtos sujeitos à substituição tributário, mesmo que não tenha sido seguido o procedimento disposto na legislação, tendo em vista ser esse crédito inerente à efetiva não concretização das operações de entrada de mercadorias que foram destinadas à Autuada.

Segundo a Recorrente, o “mero erro formal devido à ausência do pedido de ressarcimento do ICMS incidente sobre as operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária” não pode impedir que seja reconhecida “a legitimidade do crédito de ICMS apropriado, em prestígio ao princípio da verdade material dos fatos”.

Tem-se aqui, novamente, que o contribuinte não pode alterar por conduta própria o procedimento disposto na legislação.

No caso em análise, o art. 5º do Decreto nº 28.267/2008, em conjunto com a Instrução Normativa nº 32/2012, determina que apenas após análise da Coordenadoria de Administração Tributária – CATRI, da Sefaz, com resposta favorável a pleito de ressarcimento realizado anteriormente pelo sujeito passivo, é que seria possível a este utilizar o valor deferido pela CATRI como crédito fiscal.

Como bem reconhece a Recorrente, não foi realizado qualquer pedido à Administração Tributária, não tendo sido realizada, em decorrência, qualquer análise da pertinência dos créditos suscitados.

As regras instituídas pelos dispositivos normativos acima não existem em vão. É fundamental para defender o erário que seja verificado pelas autoridades fiscais o acerto de pleitos de ressarcimento de ICMS ST.

Impossibilitado está, portanto, o contribuinte de se ressarcir autonomamente, sem o consentimento da Sefaz, resultando em indevido o crédito tomado pela Recorrente nesse tópico da acusação fiscal.

Ademais, a Recorrente tem como indevida a inclusão de seus diretores como responsáveis solidários do crédito fiscal lançado no presente feito fiscal.

Contudo, novamente compulsando os autos, não observo que tenha havido qualquer imputação de responsabilidade a pessoa diversa da Recorrente.

Assim, entendo por prejudicado o presente pleito.

A Recorrente suscita, ainda, que a penalidade sugerida no Auto de Infração viola o disposto nos princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Porém, conforme determinado pelo art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/2014, não é possível a este órgão contencioso administrativo tributário afastar a aplicação de lei vigente sob alegação de inconstitucionalidade.

Ademais, a multa informada pelo art. 123, II, “a”, c/c § 5º, I, da Lei nº 12.670/96, na redação dada pela Lei nº 16.258/2017, é a mais adequada ao fatos expostos no feito

fiscal.

Outrossim, tenho por inafastável a penalidade sugerida pela autoridade fiscal autuante.

No que concerne a realização de perícia, tenho que toda a documentação anexa ao Auto de Infração demonstra com clareza a efetiva ocorrência de tudo o que consta na acusação fiscal.

Igualmente, não observo terem sido apresentados quesitos a serem respondidos por eventual perícia técnica.

Assim, com fulcro no art. 97, I e II, da Lei nº 15.614/2014, indefiro a realização de perícia técnica.

Isto posto, voto no sentido de que se conheça do Recurso Ordinário para negar-lhe provimento e confirmar a Decisão Singular de procedência do feito fiscal.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

MÊS	ICMS	MULTA	TOTAL
fev/15	R\$ 14.863,16	R\$ 1.486,32	R\$ 16.349,48
mar/15	R\$ 9.596,27	R\$ 959,63	R\$ 10.555,90
abr/15	R\$ 27.732,92	R\$ 2.773,29	R\$ 30.506,21
mai/15	R\$ 8.866,11	R\$ 886,61	R\$ 9.752,72
jun/15	R\$ 14.117,25	R\$ 1.411,73	R\$ 15.528,98
TOTAL	R\$ 75.175,71	R\$ 7.517,58	R\$ 82.693,29

É como voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente **LOJAS AMERICANAS S/A** (CGF: 06.988502-8) e Recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve inicialmente: **1. Quanto à nulidade arguida em razão de ilegitimidade passiva, com exclusão dos sócios do polo passivo;** Preliminar afastada, por unanimidade de votos, entendendo os Senhores Conselheiros que resta prejudicada a análise do pedido uma vez que no auto de infração não há imputação de responsabilidade. **2. Quanto a arguição de nulidade em razão do caráter confiscatório da multa e ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,** a Câmara decide, por unanimidade de votos, não acolher o argumento do recorrente, por entender que a aplicação se dá em conformidade com a legislação vigente, com base na Súmula nº 11 do CONAT e em consonância ao disposto no §2º do art. 48, da Lei nº 15.614/2014 que veda ao julgador afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade; **3. Quanto ao pedido de conversão do julgamento em realização de perícia, arguida pela recorrente,** manifestaram-se por unanimidade de votos contrários à realização da perícia, entendendo que o pedido foi formulado de maneira genérica e em razão de os elementos contidos nos autos serem suficientes ao convencimento dos conselheiros, com base no que dispõe o art. 97, I e II da Lei nº 15.614/2014. **No mérito,** apurou-se a seguinte votação: pela manutenção da decisão de procedência, votaram os Conselheiros: Michel André Gradvohl, Dalcília Bruno Soares e Ivete Maurício de Lima; pela parcial procedência, entendendo pela exclusão do crédito tributário lançado referente ao crédito

indevido por falta de estorno dos créditos referentes aos produtos sujeitos à redução de base de cálculo, os Conselheiros: Alexandre Linhares, José Osmar Celestino e Robério Carvalho. Verificado o empate na votação, o Sr. Presidente em **VOTO DE DESEMPATE**, manifestou-se pela confirmação da decisão de **PROCEDÊNCIA**, entendendo que caberia à autuada trazer as provas para demonstrar entendendo que caberia à autuada trazer as provas para demonstrar que **as saídas ocorreram sem redução de base de cálculo**, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencidos os votos dos Conselheiros: Alexandre Linhares, José Osmar Celestino e Robério Carvalho, entendem que deve ser retirado da base de cálculo os créditos lançados como indevido referente a redução da base de cálculo, pois o agente do fisco não provou que as saídas ocorreram com redução de base de cálculo. Não compareceu à sessão, para apresentação de sustentação oral, a representante legal da autuada, Dra. Jacqueline Fátima N. Sanches de Moraes.

Presentes à 86ª (octagésima sexta) SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL de 2021 o Presidente da 4ª Câmara de Julgamento Dr. JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA, os Conselheiros (as) IVETE MAURÍCIO DE LIMA, MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL, DALCÍLIA BRUNO SOARES, ROBÉRIO FONTENELE DE CARVALHO, JOSÉ OSMAR CELESTINO JUNIOR e FRANCISCO ALEXANDRE DOS SANTOS LINHARES e o Procurador do Estado, Dr. RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA. Secretariando os trabalhos a Sra. ANA PAULA FIGUEIREDO PORTO.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos de de 2022.

MICHEL ANDRE Assinado de forma digital por
BEZERRA LIMA MICHEL ANDRE BEZERRA LIMA
GRADVOHL:4304352636 GRADVOHL:43043526368
Dados: 2022.02.15 22:32:36
8 -03'00'

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
CONSELHEIRO RELATOR

FRANCISCO Assinado de forma digital por
WELLINGTON AVILA FRANCISCO WELLINGTON AVILA
PEREIRA:31939368391 PEREIRA:31939368391
Dados: 2022.02.16 11:15:48 -03'00'

José Augusto Teixeira
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

RAFAEL Assinado de forma
 digital por RAFAEL
LESSA COSTA LESSA COSTA BARBOZA
Dados: 2022.02.21
BARBOZA 14:06:44 -03'00'

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO