



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

CÂMARA SUPERIOR

RESOLUÇÃO nº 037 /2018

20ª SESSÃO ORDINÁRIA DE: 29.8.2018

PROCESSO Nº 1/2986/2015 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2015.15322

RECORRENTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: VALTER BARBALHO LIMA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **1.** As operações com mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, os serviços de transporte e embalagens a elas relativos, assim como as destinadas a uso e consumo não dão direito a crédito fiscal. **2.** O Recurso Extraordinário foi admitido somente em relação a paradigma que versa sobre a penalidade relativa a atraso e não falta de recolhimento. **3.** Conhecido e provido ao Recurso Extraordinário, uma vez acatada a resolução paradigma, que resultou na PARCIAL PROCEDÊNCIA, em face da mitigação da penalidade sugerida, para a inserta no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96. **4.** Decisão por maioria de votos e contrária à manifestação oral proferida em sessão pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Infringência aos arts. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade aplicada: art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. TRIBUTAÇÃO ORDINÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. PARCIAL PROCEDENTE.

RELATO

Cuidam os presentes autos da irregularidade falta de recolhimento do ICMS em face da apropriação indevido de crédito oriundo de materiais de embalagens, materiais de consumo e embalagens, mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária por carga líquida prevista no Decreto nº 29.560/2008 e conhecimento de transportes (fretes) de mercadorias cujas saídas ocorreram sem débito do imposto, relativamente aos exercícios de 2011 a 2014.

A pretensão foi impugnada sob o argumento:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

- ilegitimidade passiva dos representantes legais da sociedade para figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária;
- nulidade por cerceamento ao direito de defesa em virtude da incerteza do lançamento tributário;
- no mérito argumenta a legitimidade dos créditos relativos ao frete de transporte de mercadorias sujeitas a substituição tributária, embalagens e material de uso de consumo, com fulcro na CF de 88.
- argui efeito confiscatório da multa e pugna, objetivamente, apenas pela improcedência da autuação.

No julgamento singular foram refutadas as nulidades suscitadas, assim como os argumentos na matéria de fundo, com fundamento nas normas de regência, em especial nas disposições dos incisos II, V e VI o artigo 65 do Decreto nº 24.569/97, dentre outros, em que restou decidido pela procedência da autuação fiscal.

No recurso ordinário reitera a ilegitimidade passiva dos representantes legais da autuada, com esteios no artigo 134 e 135, argui a nulidade da decisão singular, por falta de fundamentação, fato que teria acarretado cerceamento ao direito de defesa, assim como incerteza do lançamento, por falta de prova, em afronta ao artigo 333 do CPC, que atrairia a observância do inciso XI do artigo 33 do Decreto nº 25.468/99, por remeter a pretensão ao bojo do artigo 53 do mesmo diploma normativo, que dispõe sobre a nulidade e acrescenta ser detentor do direito ao crédito fiscal relativo a todos as rubricas indicado no auto de infração. Reclama de erro no cômputo dos juros moratórios e alega efeito confiscatório da multa, para ao final requerer, objetivamente, a improcedência a ação fiscal.

A assessoria Processual Tributária se manifestou e acorde com o julgamento singular, em que colacionou ao arrazoado os dispositivos normativos nos quais se funda para opinar pelo conhecimento do recurso voluntário, nega-lhe provimento com vistas a que seja mantida a decisão condenatória proferida em primeira instância, parece com qual anuiu representante da douta Procuradoria Geral do.

Na apreciação em segunda instância, realizado em 24 de outubro de 2017, pela terceira Câmara de Julgamento, restou decidido pela procedência da autuação, por unanimidade de votos.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Cientificado da decisão de segunda instância, o recorrente interpôs Recurso Extraordinário, em que apresentou, a título de paradigmas, as Resoluções nº 118/2003 da 2ª Câmara, 709/2013 da 1ª Câmara e 77/2017 da 1ª Câmara.

O recurso extraordinário foi admitido por meio do Despacho tombado sob o nº 101/2018, da lavra da Presidência do Conat, com fulcro no artigo 106 da Lei nº 15.614/2014, ao vislumbre da existência de nexo de identidade entre a decisão recorrida e a resolução nº 77/2017, instrumento móvel da admissibilidade, ocasião que rejeitou as demais, por lhes faltar tais pressupostos.

É o relato.

VOTO DO RELATOR

Cuida-se do exame do recurso extraordinário interposto pela sociedade empresária identificada no timbre, cuja admissibilidade pela Presidência do Conselho de Recursos Tributários – CRT se deu por intermédio do Despacho tombado sob o nº 101/2018, que o fez no uso de suas atribuições legais, com fundamento nas disposições do artigo 106 da Lei nº 15.614/2014.

A decisão recorrida, materializada na Resolução de nº 202/2017 da 3ª Câmara de Julgamento, em que restou decido pela procedência da imputação, tem por móvel do lançamento a falta de recolhimento do ICMS, infração sancionada com a pena prevista na alínea “c” do inciso I do artigo 123 da Lei nº 12.670/96, e as paradigmas apresentadas são as Resoluções nº 118/2003 da 2ª Câmara, 709/2013 a 1ª Câmara e 77/2017 da 1ª Câmara, estas com decisões de improcedência e parcial procedência a última, por mitigação da pena para a prevista na alínea “d” do dispositivo legal supra.

Urge consignar que as duas primeiras resoluções trazidas a título de paradigmas não foram acolhidas por ocasião do exame de admissibilidade, logo, não há que expender digressões sobre elas, senão a última, que deu azo à providência, cuja ementa se reproduz em seguida a da decisão recorrida. Vejamos:

Resolução recorrida nº 202/2107 – 3ª Câmara de Julgamento

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. O crédito tributário exigido decorre da acusação de falta de recolhimento do ICMS conforme demonstrado nas contas gráficas refeitas nos exercícios de 2011 a 2014 em razão da utilização de crédito indevido do imposto proveniente de operações com materiais de embalagens, materiais de



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

consumo, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por carga líquida - Dec. nº 29.560/2008 - e fretes de mercadorias já tributadas através do regime de substituição tributária. Recurso ordinário não conhecido por maioria de votos, no tocante à preliminar de ilegitimidade passiva dos representantes da empresa. E nos pontos que o recurso foi conhecido as nulidades foram afastadas. No mérito o Auto de Infração foi Julgado Procedente, por unanimidade de votos, conforme § 1º art. 20 c/c art. 21 ambos da LC 87/1996 e art. 65, incisos V e VI e art. 60, inciso IX, "b" do Decreto nº 24.569/97. Penalidade: art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96 c/ NR dada pela Lei nº 13.418/2003. Confirmada a decisão exarada em 1ª instância, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Resolução paradigma nº 77/2017 – 1ª Câmara de Julgamento:

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DECORRENTE DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS. OPERAÇÕES SUJEITAS AO DECRETO Nº 29.560/2008. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIAL PROCEDENTE. 1. Acusação de falta de recolhimento de ICMS decorrente do aproveitamento indevido de créditos de ICMS sobre frete de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, embalagens e materiais de uso e consumo. 2. O contribuinte está sujeito ao regime de substituição tributária previsto no Decreto nº 29.560/2008, motivo pelo qual suas saídas ocorrem sem destaque do imposto, situação em que há vedação ao direito do crédito sobre as operações apontadas pela fiscalização em razão do que dispõe o art. 65, do RICMS/CE. 3. Reenquadramento da penalidade para aquela prevista no artigo 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, tendo em vista que as operações foram devidamente escrituradas pelo contribuinte o que atrai a aplicação da penalidade por atraso. 4. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido, por unanimidade de votos. 5. Decisão de acordo com o Parecer da Procuradoria Geral do Estado.

Sem dúvida, ambas as hipóteses versam sobre matéria semelhante e as decisões nelas plasmadas divergem na interpretação relativa à conduta praticada, que resultou na aplicação de apenações distintas, posto que na decisão recorrido infligiu-se a sanção previsto na alínea "c" do inciso I do artigo 123 da Lei nº 12.670/96, que comina pena equivalente a uma vez o valor do imposto não recolhido, ao passo que, na resolução paradigma, decidira-se por aplicar a consignada na alínea "d" do mesmo dispositivo legal, cuja multa corresponde a 50% da mesma base.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Nesse contexto, cumpre assinalar que a decisão divergente admitida, tem por fundamento a compreensão que foram satisfeitas as exigências procedimentais relativas ao cumprimento dos deveres acessórios a que alude alínea "d" do inciso I do artigo 123 da Lei nº 12.670/96 e na recorrida não.

A propósito, convém trazer a lume os literais termos expressos no dispositivo legal sancionador em comento. Vejamos:

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:

(...)

d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, **quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido;**

Com feito, à luz da literalidade insculpida no excerto legal supra, dá margem a sustentar a decisão recorrida, cognição margeada pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, na qual se fundou para sugerir o afastamento da resolução paradigma acatada por ocasião da admissibilidade.

Sob a ótica de se delinear, sinoticamente, os contornos fundamentais inerentes aos preceptivos legais sancionadores em questão, não sobeja aduzir que ambos os tipos infracionais reportam falta de recolhimento do imposto, entretantes, a sanção mais branda assente na alínea "d" decorre da iniciativa do sujeito passivo em declarar as informações relativas aos atos negociais praticados, que importem em obrigações tributárias, ao contrário das hipóteses em que tal situação não ocorre, ou seja, quando as omite e são identificadas por ação do Fisco.

Nesse diapasão, é imperioso atentar que providência adotada por este órgão judicante, no uso de suas atribuições legais, na 5ª Sessão Plenária realizada em 29.7.2014, resultou na aprovação do enunciado da Súmula nº 6, cujo teor se reproduz a seguir. Vejamos:

Caracteriza, também, atraso de recolhimento, o não pagamento do ICMS apurado na Sistemática de Antecipação e Substituição Tributária pelas entradas, quando as informações constarem nos Sistemas Corporativos de dados da Secretária da Fazenda, aplicando-se o art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Da leitura que se faz no enunciado da súmula sobredita, extraia-se a percepção que gravita órbita com feições, em dado grau, de flexibilidade ao caráter de tipicidade cerrada a priori expressa na alínea "d" do inciso I do artigo 123 da Lei nº 12.670/96, na medida em que dá como caracterizada e, por conseguinte, autoriza a extensão dos efeitos da norma consignada no dispositivo legal em alusão, aos casos em que tão somente o Fisco tenha tomado conhecimento das operações e realize as rotinas de estilo, sem vinculação a qualquer outra providência, o que não implica, obviamente, exclusão ou dispensa dos procedimentos inerentes à hipótese.

Posto isto, impõe-se trazer a lume o fundamento da decisão esposada na Resolução paradigma nº 77/2017, que admitiu a aplicação da penalidade ínsita na alínea "d" do inciso I do artigo 123 da Lei nº 12.670/96, consoante excerto que se reproduz a seguir. Vejamos:

Já no que se refere à penalidade aplicada, entendo pelo reenquadramento para aquela inserta no art. 123, inciso III, alínea "d", da Lei nº 12.670/1996, **tendo em vista que as operações da Recorrente encontram-se devidamente escrituradas**, tanto que o fiscal autuante lavrou o presente auto de infração com base nas operações registradas na EFD da própria Recorrente. (dn)

Como visto, a percepção que se formula é que o aspecto nuclear da mitigação da penalidade sugerida na autuação, para a inserta na alínea "d" do dispositivo legal multicitado, plasmada na resolução paradigma, tem por fundamento o fato de as operações estarem escrituradas, independente de outra providência, cognição que, a meu sentir, amolda-se ao relativo viés de flexibilização trazido ao ordenamento jurídico tributário, a teor da Súmula nº 6 em comento.

Sob esse prisma, vejamos os expressos termos manifestados pelo agente autuante, no caso de que se cuida.

Todos os dados que serviram de base para este levantamento de mercadorias foram disponibilizados pelo próprio contribuinte através do envio mensal de seus arquivos (EFD) para a base de dados da SEFAZ.

No período fiscalizado, de janeiro de 2011 a dezembro de 2014, o contribuinte declarou ao Fisco os valores relativos às operações de entradas e saídas, prestação de serviço de comunicação e de transporte, valores do correspondente imposto normal, substituição tributária, antecipação, importação, débitos e créditos, imposto a recolher, como



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

também, os documentos utilizados e cancelados no período, dentre outros, através da EFD.

Registre-se que a inserção supra, tem por finalidade evidenciar a similitude que as hipóteses apresentam nesse particular, isto é, no que tange a escrituração das informações econômico-fiscais relativas ao movimento real tributável.

Posto isto, é dizer que o aspecto que assume proverbial relevo ao deslinde da questão, cinge-se à análise das circunstâncias materiais que permitiram identificar a conduta infracional, visto que a suscitada falta de registro do imposto a recolher decorre da própria forma de escriturar os documentos fiscais, na medida em que os créditos apropriados indevidamente resultaram na supressão de valores do quantum a recolher, objeto da autuação, entretanto, sob a égide que a premissa fundamental à caracterização do fato que atrai a incidência da hipótese prevista na alínea "d" tem por suporte a ação volitiva do administrado em declarar as informações econômico-fiscais, a ocorrência de um fato isolado decorrente do registro dos documentos fiscais, que resultou na omissão do referido dado de forma não proposital, mas em face do evento sobredito, não se vislumbra razoável admitir que reúna pressuposto a se sobrepor a observância dos demais requisitos atendidos, logo, não permite cogitar que assumo o condão de óbice intransponível ou excludente à incidência do dispositivo em tablado.

Enfim, com arrimo no todo declinado e à luz do relativo grau de flexibilidade agregado ao desiderato que verte do dispositivo sancionador (alínea "d" do inciso I do artigo 123 da Lei nº 12.670/96), por força do enunciado da Súmula nº 6 deste Conat, peço máxima vênua para dissentir da manifestação oral proferida em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado e do voto discordante que o seguiu.

Em face de todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário, com vistas acatar a decisão paradigma materializada na Resolução nº 77/2017 e decidir, por maioria de votos, pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do auto de infração, por aplicabilidade da sanção prevista na alínea "d" do inciso I do artigo 123 da Lei nº 12.670/96, hipótese que implicou redução do crédito tributário, contrariamente ao entendimento manifestado oralmente em sessão, pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$ 2.100.236,68
MULTA	R\$ 1.050.118,34
TOTAL	R\$ 3.150.355,02

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é **RECORRENTE**: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO e **RECORRIDO**: ESTADO DO CEARÁ. **Decisão**: A Câmara Superior do Conselho de Recursos Tributários, deliberando sobre o Recurso Extraordinário admitido pela Presidência com base no que dispõem os Artigos 5º, inciso II e 107 da Lei nº 15.614/14, Resolve, por maioria de votos, dar provimento ao recurso Ata da 20ª Sessão Ordinária da Câmara Superior de 29 de agosto de 2018 – 8:30 h. interposto para reformar a decisão condenatória proferida pela Câmara recorrida, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente acusação fiscal, aplicando ao caso o disposto no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, em conformidade com a resolução paradigma, nos termos do voto do Conselheiro Relator, contrariamente à manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, que em Sessão, manteve o entendimento de procedência da acusação fiscal. Vencido o voto do Conselheiro Francisco Wellington Ávila Pereira que votou pela manutenção da decisão recorrida. Ausentes os Conselheiros: José Gonçalves Feitosa e Renan Cavalcante Araújo. Ausente, para apresentação de sustentação oral do recurso, o representante legal da autuada, Dr. Ricardo Malachias Ciconelo.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA SUPERIOR DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, aos 19 de setembro de 2018.

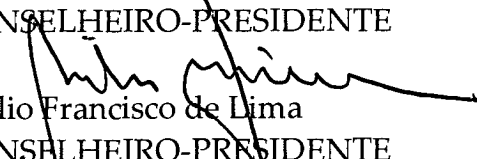
Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE DA CÂMARA SUPERIOR


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRA-PRESIDENTE

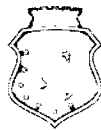

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA-PRESIDENTE


Maria Elineide Silva e Souza


Antônia Helena Teixeira Gomes
CONSELHEIRO-PRESIDENTE


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO-PRESIDENTE


Renan Cavalcante Araújo



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

~~CONSELHEIRA~~

~~Francisco Wellington Ávila Pereira~~

~~CONSELHEIRO~~

Lúcio Flávio Alves

CONSELHEIRO

Valter Barbalho Lima

CONSELHEIRO

José Wilame Falcão de Souza

CONSELHEIRO

Ana Moníca Figueiras Menescal

CONSELHEIRA

Matheus Viana Neto

PROCURADOR DO ESTADO

André Gustavo Carreiro Pereira

PROCURADOR DO ESTADO

CONSELHEIRO

José Gonçalves Feitosa

CONSELHEIRO

Filipe Pinho da Costa Leitão

CONSELHEIRO

Diogo Moraes Almeida Vilar

CONSELHEIRO

Ricardo Valente Filho

CONSELHEIRO

Fernanda Dourado Aragão Sá Araújo

CONSELHEIRA

Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade

PROCURADOR DO ESTADO

Rafael Lessa Costa Barboza

PROCURADOR DO ESTADO