



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
CÂMARA SUPERIOR DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 041 /2018
19ª SESSÃO DA CÂMARA SUPERIOR EM: 17/08/2018
PROCESSO Nº 1/ 0354/2016
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201519455
RECORRENTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.
RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ.
CONSELHEIRO ORIGINÁRIO: VALTER BARBALHO LIMA
CONSELHEIRO RELATOR DESIGNADO: RICARDO VALENTE FILHO.

EMENTA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECORRENTE DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS. OPERAÇÕES SUJEITAS AO DECRETO N.º 29.560/2008. INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO EXERCÍCIO DE 2010. EXIGÊNCIA INDEVIDA EXTINÇÃO PARCIAL PELA DECADÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DOS PERÍODOS DE JANEIRO A NOVEMBRO DE 2010 EM RAZÃO DO QUE DISPÕE O ART. 150, §4º DO CTN. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIAL PROCEDENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS, Exigência Indevida, Parcial
Improcedência.

RELATÓRIO

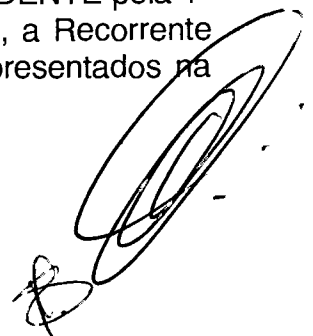
Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO deixou de recolher ICMS, restando assim relatada a infração:

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER ICMS CONFORME DEMONSTRADO NA CONTA GRÁFICA REFEITA DO ANO DE 2010, EM ANEXO, PROVENIENTE DO APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS INDEVIDOS, DE ACORDO COM INFORMAÇÕES — COMPLEMENTARES E DEMAIS DOCUMENTOS ANEXOS."

A Recorrente apresentou Impugnação Administrativa, no qual alegou:

- a) Em sede de preliminar, a ilegitimidade passiva dos representantes legais da sociedade, por conter o nome destes no corpo do auto de infração;
- b) A decadência do direito à constituição do crédito dos períodos de janeiro de 2010 a novembro de 2010;
- c) O direito de crédito sobre ICMS de embalagens e materiais de consumo, tendo em vista que grande parte das embalagens listadas pela fiscalização destina-se ao acondicionamento de produtos de fabricação própria ou de hortifrutigranjeiros;
- d) A ilegalidade da presunção como meio de prova; e
- e) O direito ao crédito do ICMS sobre fretes para transporte de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária.

Contudo, o Auto de Infração foi julgado PARCIAL PROCEDENTE pela 1ª Instância Administrativa. Inconformada com a decisão proferida, a Recorrente interpôs Recurso Ordinário, no qual repisou os argumentos apresentados na Impugnação Administrativa.



Ao apreciar o feito, a Assessoria Processual Tributária apresentou parecer n.º 169/2017 por meio do qual opinou pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe Provimento, a fim de confirmar a manutenção da decisão condenatória proferida pela 1ª Instância Administrativa, parecer este que foi adotado pela Douta Procuradoria do Estado.

Em seguida à empresa Contribuinte interpôs RECURSO EXTRAORDINÁRIO, às fls. 175 à 213 dos autos, visando obter a reforma da decisão prolatada pela 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, na Resolução n.º 034/2018, proferida na 61ª Sessão Ordinária, realizada no dia 24 de outubro de 2017, cujo teor estaria contrariando outra decisão deste órgão, ao que cita a Resolução de nº 025/2017 – (Câmara Superior).

O Recurso interposto está previsto no artigo 106, da Lei nº 15.614, de 29 de maio de 2014, vejamos:

“Art. 16. Das decisões exaradas em segunda instância pelas Cjs caberá Recurso Extraordinário para a CS, em caso de divergência entre a resolução recorrida e outra da mesma CJ, de CJ diversa ou da própria CS, quando tiveram apreciado matéria semelhante.

§ 1º O recurso de que trata o caput deverá ser instruído com cópia da decisão tida como divergente e indicando a sua origem.

§ 2º Deve o recorrente fundamentar o Recurso Extraordinário demonstrando o nexo de identidade entre a decisão recorrida e a decisão que indicar como paradigma.

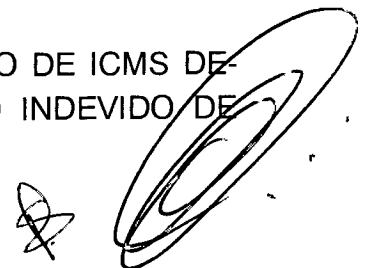
§ 3º Somente serão consideradas para fins de indicação de divergência entre as decisões a que se refere o § 1º do caput, as resoluções que tenham sido aprovadas pelo respectivo órgão de julgamento, a partir da vigências da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

§ 4º Na hipótese de ato infracional anterior à vigência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, somente serão consideradas para fins de indicação de divergência, as resoluções fundadas em norma vigente à época da ocorrência da infração.”

RESOLUÇÃO RECORRIDA

Resolução n.º 034/2018 – 1ª Câmara de Julgamento – 61ª Sessão Ordinária em 24/10/2017, fls. 163 a 170.

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DE CORRENTE 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, "" da Lei nº 12.670/96, tendo em vista que as operações foram devidamente escriturados pelo contribuinte o que atrai a aplicação da penalidade por atraso.

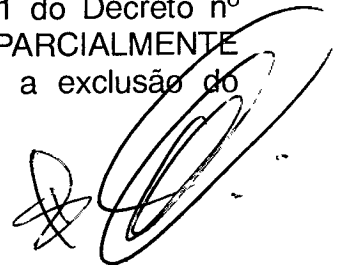
4. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido, por unanimidade de votos.

5. Decisão de acordo com o Parecer da Procuradoria Geral do Estado.

RESOLUÇÃO PARADIGMA

Resolução nº 025/2017 – Câmara Superior – Sessão Ordinária em 28/08/2017, fls 208 a 213.

“Ementa: ICMS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. CRÉDITO INDEVIDO. NÃO REALIZAÇÃO DE ESTORNO. PRODUTOS DA CESTA BÁSICA E DE INFORMÁTICA. DECADÊNCIA. 1. O contribuinte se aproveitou de crédito indevido nas entradas de material de informática e produtos da cesta básica, no exercício de 2009, em razão da não realização do estorno decorrente da redução de suas bases de cálculo. 2. Amparo legal: art. 55, I, C da Lei nº 12.670/96 c/c os artigos 41 e 641 do Decreto nº 24.569/97. 3. AUTUAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE, tendo em vista que a exclusão do



lançamento dos períodos lançados pela DECADÊNCIA, com esteio no art. 150 §4º do CTN. 4. Penalidade prevista no Art.123,II, "a" da Lei nº 12.670/96. 5 – Recurso Extraordinário conhecido e provido, em parte. 6. Reformada, por maioria de votos, a decisão CONDENATÓRIA prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento, contrariamente à manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado”.

DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Detectada a existência das condições de admissibilidade do órgão pela presidência, mediante que o poder discricionário pertencente exclusivamente a ela mediante determinação da Lei Estadual nº 15.614, autorizou por meio do despacho n.º 114/2018 fls. 217 à 221 a subida do mesmo por atender as condições de admissibilidade do Recurso Extraordinário, qual seja, a apresentação de decisões tidas como divergentes e que possuem nexos de identidade.

Menciona a recorrente que a resolução nº 034/2018, ora recorrida, possui entendimento divergente da decisão prolatada na resolução paradigma de nº 025/2017, do Conselho de Recursos Tributários, pois ambos os contribuintes relacionados nas respectivas resoluções foram autuados pela mesma infração, qual seja, crédito indevido de ICMS nas entradas de material de informática e produtos de cesta básica, no exercício de 2009, em face da não realização de estorno decorrente da redução de suas bases de cálculo.


Arguindo basicamente a decadência parcial do lançamento com base no art. 150, §4º do CTN. No RE, o Advogado apresentou diversas resoluções como paradigmas, nas quais se aplicou caso semelhante à regra estatuída pelo art. 150, §4º do CTN.

Assim, considerando que o Recurso Extraordinário tem como objetivo unificar a jurisprudência do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, quando sobre a mesma MATÉRIA e FUNDAMENTAÇÃO ocorreram manifestações divergentes, constata-se que o recurso em exame é cabível no presente caso, em face do nexo de identidade entre a Resolução Paradigma de nº 25/2017 – Conselho de Recursos Tributários e a resolução ora recorrida.

Diante de todos os argumentos acima, o presente Recurso Extraordinário foi brilhantemente parcialmente admitido pela presidência, haja vista que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade exigidos no art. 106, da Lei nº 15.614, 29 de maio 2014.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR



Examinadas as Decisões em confronto verifica-se que há, de plano, um nexo de identidade entre elas, conforme restou evidenciado no despacho de admissibilidade da Presidência do CONAT.

Porém, a despeito das semelhanças existentes entre as situações, as egrégias Câmaras de julgamento de segunda instância chegaram a conclusões distintas, como se pode ver nas ementas transcritas nos autos do processo.

Numa análise perfunctória, fundada apenas no que consta das ementas dos referidos julgados, poderia dizer que o órgão de julgamento administrativo teria dado tratamento diverso para situações idênticas.

Fato este que, com efeito, exigiria a devida correção por parte da Egrégia Câmara Superior.

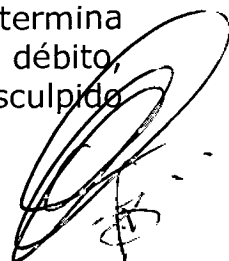
O auto de infração foi lavrado sob o fundamento de que a empresa, não teria recolhido o ICMS decorrente de créditos indevidos de materiais de embalagens, materiais de consumo, frete de mercadorias com saídas sujeitas ao Regime de Substituição Tributária e mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária por Carga Líquida, nos termos do Dec. nº 29.560/2008.

A excelsa 1ª câmara de Julgamento, quando da apreciação da lide decidiu, por unanimidade de votos, pela parcial procedência do feito fiscal, com base nos arts. 57,65,VI,435 a 437 todos do Dec. nº 24.569/1997, dessa forma aplicando a penalidade prevista no art. 123,I, "d" da Lei nº 12.670/1996, afastando por maioria dos votos, a preliminar de extinção por decadência dos períodos de janeiro a novembro 2010.

Abaixo, segue o voto presente na Resolução Recorrida dado pelo conselheiro relator, fls. 163 a 170:

"(...)

Quanto a decadência do direito à constituição do crédito dos períodos de janeiro de 2010 a novembro de 2010, com base no art. 150,§ 4º, do CTN, esta 1ª Câmara de Julgamentos entendeu, por maioria de votos, que o argumento apresentado pela Recorrente não merece prosperar em razão do que dispõe a Súmula nº 555, do Superior Tribunal de Justiça, que, conforme interpretação marjoritária dada por esta 1ª Câmara de Julgamentos, determina que quando não houver declaração do débito, deve prevalecer o prazo decadencial insculpido



no art. 173, I, do CTN, situação aplicável ao caso concreto.”

Quanto à alegação de que a Recorrente teria direito ao crédito sobre serviços de frete do transporte de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a legislação tributária é clara quanto a vedação de utilização dos créditos nesses casos, conforme se verifica no art. 65, inciso VI, do RICMS/CE, in verbis:

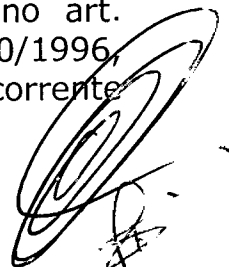
(...)

Portanto, considerando que nas operações envolvendo mercadorias sujeitas à substituição tributária não há destaque do imposto na saída, fica vedado a utilização de créditos sobre serviços de frete decorrente da aquisição dessas mercadorias, por expressa previsão legal.

Quanto à alegação de que o Recorrente teria direito ao crédito sobre aquisição de embalagens, por serem supostamente utilizados na industrialização de produtos de fabricação própria, não houve comprovação efetiva da operação de industrialização realizada pela Recorrente, apenas alegações dispersas, sem materialidade fática.

Ademais, mesmo que houvesse comprovação das referidas operações de industrialização, ainda assim não haveria o direito ao creditamento de ICMS, tendo em vista que as operações da Recorrente estão sujeitas ao que dispõe o Decreto nº 29.560/2008, ou seja, as saídas de mercadorias promovidas pela Recorrente, industrializadas por ela ou não, ocorrem sem débito do imposto, enquadrando-se na vedação ao crescimento do ICMS previsto no art. 65, inciso V, do RICMS/CE, abaixo transcrito:

Já no que se refere à penalidade aplicada, pelo reenquadramento para aquela inserta no art. 123, inciso I, alínea “d”, da Lei n.º 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 no EFD da própria Recorrente.

Na Resolução Paradigma nº 25/2017 (Câmara Superior) colacionada, versa esta sobre crédito indevido de ICMS nas entradas de material de informática e produtos de cesta básica, no exercício de 2009, em face da não realização de estorno decorrente da redução de suas bases de cálculo.

A Câmara Superior, quando da apreciação dos autos, manifestou-se pela parcial procedência do feito fiscal, por reconhecer a parte do crédito tributário constituído estaria alcançado pela decadência, decisão com base no art. 150, §4º do CTN.

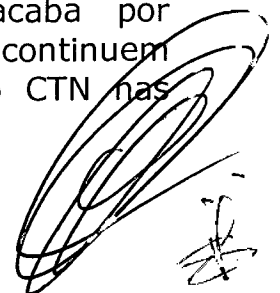
Segue voto do Conselheiro Relator (fls. 211):

Considerando que o presente lançamento se refere a todo o exercício de 2009, tendo o crédito tributário sido lançado em NOVEMBRO DE 2014;

Considerando que durante o exercício fiscalizado o contribuinte apresentou saldo devedor de ICMS e recolheu o imposto apurado, ainda que menor que o devido, configurando o pagamento antecipado do imposto;

Considerando que o ICMS é um exemplo típico de tributo sujeito a lançamento por homologação, portanto, o prazo que a administração tem para homologar é de 5 anos contados do fato gerador (art. 150, §4º CTN) nos casos de pagamento. Assim, a autoridade administrativa tem cinco anos para fiscalizar e, eventualmente, apurar as diferenças, caso o sujeito passivo não tenha realizado sua Junção corretamente.

Com relação à Súmula 555-STJ entendo que deva ser afastada na medida em que não tratou da questão do princípio de pagamento e diferença não declarada/não paga e, ao contrário disso, trouxe apenas a ideia de "tributo não declarado". Este enunciado acaba por permitir que as Autoridades Fiscais continuem aplicando a regra do artigo 173 do CTN nas



hipóteses em que o próprio STJ já pacificou a aplicação do artigo 150 do CTN.

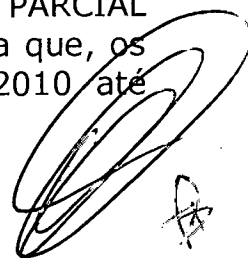
Por outro lado, o que se pretendeu demonstrar é que os acórdãos paradigmáticos e que fundamentaram a edição da súmula 555 do STJ confirmam a seguinte conclusão: A contagem do prazo decadencial prevista no artigo 173, 1, do CTN, e aplicável para as situações em que não há qualquer pagamento com relação aquele tributo/período de apuração, na hipótese de débito não declarado. Caso se trate de tributo em que houve declaração e pagamento com relação a determinado período de apuração, deve-se aplicar a regra do artigo 150 do CTN para a diferença verificada.

Dessa forma, como não houve omissão de informações, entendo que na presente hipótese há que aplicar a regra contida no art. 150 §4º do CTN, começando a contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador, estando, portanto, alcançados pela decadência os períodos de janeiro a outubro de 2009, remanescendo somente os períodos de NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2009."

Portanto, após análise comparativa entre a Resolução Paradigma e o acórdão recorrido, percebo um dissídio jurisprudencial.

Contudo, ambas as resoluções referem-se à infração tributária de crédito indevido, onde o ponto discordante repousa no entendimento acerca da decadência, a saber: enquanto na decisão paradigmática aplicou a Câmara Superior o art. 150, §4º, do CTN, considerando que o início da contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário inicia da data da ocorrência do fato gerador, na decisão recorrida entendeu o colegiado que o dispositivo aplicável na espécie seria o art. 173,1, do CTN, cujo comando determina a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ser efetuado o lançamento.

Ante o exposto, não restam dúvidas quanto a PARCIAL PROCEDÊNCIA do presente auto de infração, tendo em vista que, os créditos de ICMS, referentes aos períodos entre 01/01/2010 até



novembro de 2010 foram alcançados pela decadência, portando devidos somente os créditos do período de dezembro de 2010, os quais se encontram no processo administrativo aqui examinado.

Diante do exposto, entendo no sentido de afastar a exigência do ICMS referente aos períodos de janeiro a novembro do ano de 2010, por se tratarem de créditos extintos por ocorrência da decadência.

Ex positis, voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário, reformando em parte a decisão RECORRIDA, entendendo pela PARCIAL PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO, para determinar a extinção dos créditos de janeiro a novembro de 2010 alcançados pela decadência, mantendo a cobrança do mês de dezembro de 2010, aplicando o Art 123, I, d da Lei 12.670.

DEMONSTRATIVO DO CREDITO TRIBUTÁRIO

ICMS -----	R\$ 100.956,14
MULTA -----	R\$ 50.478,07
TOTAL -----	R\$ 151.434,21

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 interposto, para decidir pela extinção parcial, em razão da decadência, para o período de janeiro a novembro de 2010, com base no §4º do art. 150 do CTN, julgando pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, **nos termos do voto do Relator Designado para lavrar a respectiva resolução, Dr. Ricardo Valente Filho**, por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, contrariamente à manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado que, em Sessão manifestou-se contrariamente à extinção, conforme disposto no art. 173, I do CTN. Vencidos os votos dos Conselheiros: Valter Barbalho Lima (Relator

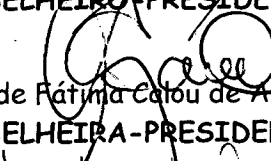
Originário), Maria Elineide Silva e Souza, Francisco Wellington Ávila Pereira, Ana Mônica Filgueiras Menescal e Mônica Maria Castelo que votaram segundo o entendimento manifestado oralmente em Sessão pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de sustentação oral do recurso, o representante legal da autuada, Dr. Fernando Piffer. O Conselheiro Ricardo Valente Filho recebeu em Sessão o processo para a elaboração da Resolução.

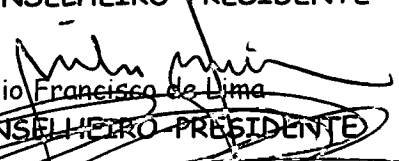
SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA SUPERIOR DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, aos 19 de setembro de 2018.

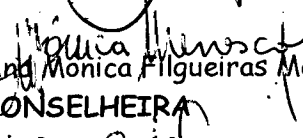
Francisca Maria de Sousa
Presidente da Câmara Superior



Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO-PRESIDENTE

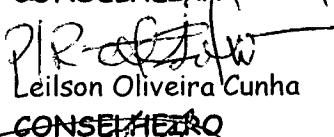

Antônia Helena Teixeira Gomes
CONSELHEIRO-PRESIDENTE


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA-PRESIDENTE


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO-PRESIDENTE

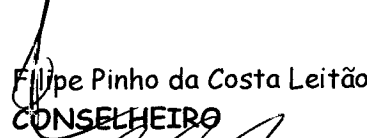

Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA


Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO - RELATOR


Leilson Oliveira Cunha
CONSELHEIRO


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO

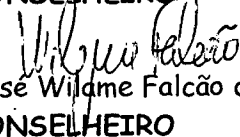

Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Mathéus Fernandes Menezes
CONSELHEIRO

~~Matheus Viana Neto~~
~~PROCURADOR DO ESTADO~~

André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO

Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO

