



**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 007 /2018
3ª SESSÃO DA CÂMARA SUPERIOR EM: 28/02/2018
PROCESSO Nº 1/1401/2013.
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201305563
RECORRENTE: MAKRO ATACADISTA S/A.
RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ.
CONSELHEIRO RELATOR: Ricardo Valente Filho

EMENTA – ICMS – 1. CRÉDITO INDEVIDO
2. O contribuinte lançou crédito integral de produtos destinados à cesta básica, bem como, produtos de informática. 3. Exercício de 2008. 4. Auto de infração julgado PROCEDENTE 5. Decisão amparada nos Arts. 65 e 66 do Decreto 24.569/97. 6. Recurso Ordinário conhecido e improvido. Confirmada, por unanimidade de votos, de acordo com parecer da Assessoria Processual Tributária e referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CÂMARA SUPERIOR DECIDIU PELA PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO, MANTENDO A APLICAÇÃO REGIDA NA LEI Nº 16.258/2017, que favorece o contribuinte pela redução de 10%.

PALAVRAS-CHAVE: Crédito indevido – Cesta Básica – Produtos de Informática.

RELATÓRIO

A inicial demonstra que a empresa escriturou crédito indevido (mercadorias integrantes da cesta básica e produtos de informática sem direito a crédito de ICMS. Mercadoria substituição tributária e Isentas. Dec. n. 29.560/2008), não aproveitado no valor de R\$ 2.144.534, 13 (dois milhões cento e quarenta e quatro mil quinhentos e trinta e quatro reais e treze centavos), no mês de dezembro de 2008. Refeita a conta gráfica. Conforme informação complementar. O autuante aponta como dispositivos infringidos os arts. 65, 66, e 69 do Dec. 24.569/97, com a penalidade no art. 123 II "a" c/c § 5º inc. I da Lei nº 12.670/96.

A julgadora de planície proferiu decisão pela procedência do auto de infração com a seguinte ementa:

CRÉDITO INDEVIDO. A empresa escriturou integralmente crédito de ICMS de mercadorias integrantes da cesta básica e produtos de informática sem fazer o estorno. Apropriou-se de crédito de mercadorias constantes do banco de dados e que não tiveram destaque de ICMS por ocasião de suas posteriores saídas e apropriou-se de crédito de ICMS de mercadorias sujeitas a substituição tributária ou isenção. Infração aos artigos 65, 66 e 69 do Dec. 24.569/97, com a penalidade no art. 123 II "a" c/c § 5º inc. I da Lei nº 12.670/96.

A empresa autuada apresentou Recurso Ordinário alegando:

1. Decadência parcial do crédito tributário (janeiro e fevereiro de 2008) – art. 150 § 4º do CTN;
2. Direito ao creditamento integral do ICMS nas operações de aquisição de mercadorias componentes da cesta básica (convênio ICMS 128/94);
3. Ofensa ao princípio da não cumulatividade (art. 155§ 2º I da CF) e a existência de legislação que determina a manutenção integral do crédito (art. 19 e 20 da LC 87/96);
4. Apesar da entrada em vigor do Dec. n. 29.560/2008 que instituiu a sistemática da substituição tributária para uma série de produtos deve-se observar que a aquisição de mercadorias pela sistemática usual do ICMS (débitos e crédito) não gerou nenhum prejuízo ao fisco. No presente caso não houve falta

de recolhimento de ICMS: a recorrente adquiriu as mercadorias aproveitou os créditos e pagou o imposto quando as revendeu:

5. Inexistência do dever da recorrente de fiscalizar seus fornecedores. Necessidade de conversão do julgamento em diligência para comprovar que houve substituição tributária e conseqüentemente o direito aos créditos de ICMS de modo que tal prática adotada pela recorrente não ocasionou qualquer dano ao erário publico;

6. Necessidade de revelação da multa tendo em vista a inexistência de imposto recolhido a menor para os cofres públicos.

Requeru a decadência para o período de janeiro e fevereiro de 2008, e não sendo esse o entendimento, requereu ainda perícia para que sejam analisados os documentos fiscais e contábeis, assim ficaria comprovada a inexistência de prejuízo ao erário.

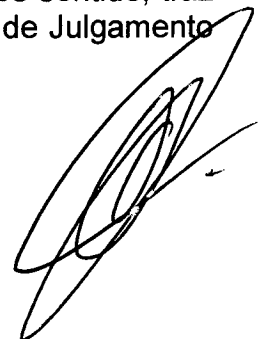
No entanto, a empresa contribuinte MAKRO ATACADISTA S/A, sujeito passivo da relação jurídico-tributária iniciada com lavratura do auto de infração acima identificado, interpõe Recurso Extraordinário (fls. 240 a 273) contra a decisão de procedência do feito fiscal exarada na Resolução nº 166/2017 (fls. 228 a 236), proferida pela 2ª Câmara de Julgamento, sob a alegação de que existem decisões divergentes no Conselho de Recursos Tributários em matéria semelhante à discutida nesses autos.

Vale ressaltar, que o recurso em questão requer para o caso em apreço, a aplicação do prazo decadencial do art. 150, §4, do CTN para parte do crédito fiscal reclamado no auto de infração em lide, a exemplo do tratamento dispensado nas Resoluções nº 025/2015-Câmara Superior (fls.288 a 294), 070/2016 - 4ª Câmara de Julgamento (fls. 295 a 303) e 010/2011-Conselho Pleno, colacionadas como divergentes em face da resolução recorrida.

Solicita ainda em sede de recurso a nulidade da resolução recorrida por não apreciar os argumentos referentes à abusividade da multa. Nesse sentido, traz como decisão de divergência a resolução 712/2013-2ª Câmara de Julgamento (fls. 313 a 318).

Por fim o processo chega a esta relatoria.

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 acusa o contribuinte em epígrafe de lançar créditos ilegítimos no exercício de 2008, em desobediência a legislação do ICMS, de imediato, ao analisar a decadência arguida pelo contribuinte, entendendo que não merece acolhida, devendo ser aplicado o artigo 173, I c/c o artigo 149, VI do CTN, haja vista que no presente caso ocorreu uma infração com aplicação apenas de multa, tratando-se de lançamento de ofício.

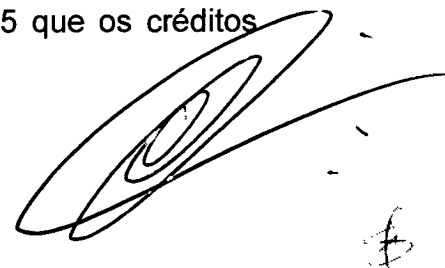
Diante das provas que instruem os autos, informação complementar, planilha de fls. 09/24, cópia das DIEFs, constata-se que a empresa autuada lançou indevidamente créditos do ICMS que não eram possíveis de aproveitar em razão de:

1 – ESTORNO PROPORCIONAL – escrituração integral de crédito de ICMS de mercadorias integrantes da cesta básica e produtos de informática sem fazer o estorno proporcional de crédito quando da entrada de mercadoria cuja operação subsequente saia com redução na base de cálculo.

2 – MERCADORIAS SEM DIREITO AO CRÉDITO – escrituração de crédito indevido ICMS de mercadorias constantes no banco de dados com o código “999999” e descrição “artigo não comercializado cadastrado” e que não tiveram destaque do ICMS por ocasião das saídas.

3 – MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E ISENTAS – escrituração indevida de crédito de ICMS de mercadorias sujeitas à substituição tributária e isentas.

Logo, verificou-se por meio da conta gráfica de fls 25 que os créditos indevidos lançados não foram aproveitados pela empresa.



A alegação da recorrente de que a glosa do crédito de ICMS não pode prosperar em razão do princípio da não-cumulatividade não pode ser atacada.

Apenas para ficar claro, o princípio da não-cumulatividade do ICMS não é absoluto, devendo-se observar o que determina o artigo 23 da Lei Complementar 87/96, que regula o seu aproveitamento de acordo com as condições estabelecidas na legislação, assim cabe trazer á baila o previsto no artigo 65, I e VI do RICMS, vejamos:

“Artigo 65 – Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

I – operação ou prestação beneficiadas com isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação.

(...)

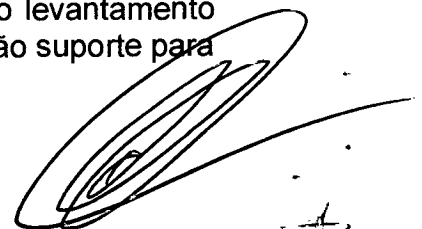
VI – entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebida para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito do imposto, sendo esta circunstância conhecida na data da entrada”

Com relação à proporcionalidade, o artigo 66, V do RICMS disciplina que haverá o estorno proporcional, sendo a matéria regulada e de observação obrigatória pelo aplicador do direito, no entanto, é importante esclarecer que não compete a este Órgão de Julgamento decidir sobre a matéria de inconstitucionalidade dos mandamentos tributários estaduais, cabendo apenas ao Poder Judiciário.

No tocante ao argumento de que a multa aplicada configura um confisco, é importante lembrar que nos termos do artigo 142, parágrafo único do CTN “ a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. “ Significa dizer que ao efetuar um lançamento a autoridade administrativa deve-se ater estritamente as imposições legais, não lhe cabendo furta-se a realização do ato da cobrança e nem fazê-lo por modo diverso do prescrito em lei. Dessa maneira, não compete ao fiscal calibrar o gravame das penalidades aplicadas, mas tão somente verificar se a situação fática apresentada corresponde, ou não, à hipótese legalmente prevista como necessária e suficiente a imposição da sanção pertinente, e se for o caso, propor a sua aplicação.

Ressalto, ainda que a vedação ao caráter confiscatório disciplinada na Constituição Federal aplica-se ao tributo, que não se confunde com penalidade, pois a multa aplicada tem o objetivo de impedir ou desestimular a conduta ilícita do contribuinte.

É importante lembrar para que o contribuinte tenha sua pretensão apreciada tem que indicar com precisão onde ocorreu o erro no levantamento fiscal. A indicação genérica de erros praticados pelo fiscal não dão suporte para



a descaracterização do feito. O contribuinte tem o ônus apontar onde o trabalho da fiscalização apresenta inconsistência.

O ilícito está perfeitamente caracterizado na ação fiscal uma vez que o autuado não traz aos autos provas de que não efetuou o lançamento de créditos indevidos.

“ Artigo 123 – As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo da cobrança do imposto, quando for o caso:

(...)

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

(...)

§ 5º - Na aplicação das penalidades previstas nas alíneas “a” e “e” do inciso II do caput deste artigo, observar-se-á o seguinte:

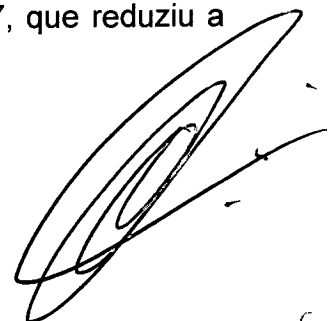
I – se o crédito NÃO TIVER SIDO APROVEITADO, no todo ou em parte, a multa será reduzida a 20% (vinte por cento) do valor do crédito registrado, SEM PREJUÍZO DA REALIZAÇÃO DO SEU ESTORNO”

DEMONSTRATIVO

MONTANTE BASE DE CALCULO.....R\$ 2.144.534,13.

MULTA (10% - alterado pela Lei 16.258/2017).....R\$ 214.453,41.

Ex positis, voto no sentido de conhecer do recurso e nego-lhe provimento, para manter inalterada a decisão RECORRIDA, no entanto aplicando de já as determinações contidas na Lei 16.258/2017, que reduziu a multa de 20% para 10%.



DECISÃO

Processo de Recurso Extraordinário nº 1/1401/2013 – Auto de Infração nº: 1/201305563. Recorrente: MAKRO ATACADISTA S/A. Recorrido: Estado do Ceará. CONSELHEIRO RELATOR: RICARDO VALENTE FILHO. 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 unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto, para manter a decisão de PROCEDÊNCIA proferida pela Câmara recorrida, com aplicação da legislação superveniente, §5º, I, do art.123 da Lei nº 16.258/2017 e em conformidade com o inciso II do art. 3º do Provimento nº 02/2017, nos termos do voto do Conselheiro Relator em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em Sessão. Presente, à Câmara Superior a Dra. Mariana Lima Fonteles.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA SUPERIOR DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, aos 06 de ABRIL de 2018.

Francisca Marta 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

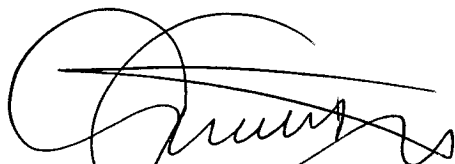
Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO - RELATOR

Maria Elineide Silva e Souza
CONSELHEIRA


Pedro Jorge Medeiros
CONSELHEIRO

Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO

Deise Aguiar Lobo
CONSELHEIRA



Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO



Frederico Caminha da Silveira
CONSELHEIRO



Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO

Ágatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA



Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA



Matheus Fernandes Menezes
CONSELHEIRO



Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO