

PROCESSO Nº 1916212019-0

ACÓRDÃO Nº 0602/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITOS FISCAIS INDEVIDOS ORIUNDOS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS - DENÚNCIA COMPROVADA - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O direito ao crédito do ICMS está consolidado na Legislação Tributária Estadual vigente. Nos termos do art. 82, XIV do RICMS/PB, é vedada a utilização do crédito decorrente de Icms Frete advindo de prestação de serviço com mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, mantendo a sentença prolatada na primeira instância, declarando procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004293/2019-50, lavrado em 26 de dezembro de 2019 contra a empresa TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A, inscrição estadual nº 16.174.192-4, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de **R\$ 253.193,26 (duzentos e cinquenta e três mil, cento e noventa e três reais e vinte e seis centavos)**, sendo R\$ 126.596,63 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 106 c/c 82, I, VIII, XIV e §2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 126.596,63 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 11 de novembro de 2021.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALNECAR
Assessora



Processo nº 1916212019-0
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ -
CABEDELO
Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA
Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITOS FISCAIS INDEVIDOS ORIUNDOS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS - DENÚNCIA COMPROVADA - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O direito ao crédito do ICMS está consolidado na Legislação Tributária Estadual vigente. Nos termos do art. 82, XIV do RICMS/PB, é vedada a utilização do crédito decorrente de Icms Frete advindo de prestação de serviço com mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário interposto contra a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004293/2019-50 (fls. 3-4), lavrado em 26 de dezembro de 2019 contra a empresa TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A, inscrição estadual nº 16.174.192-4.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado crédito fiscal indevidamente.

Nota Explicativa: ATRAVÉS DA RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, REFERENTE AO PERÍODO DE JANEIRO DE 2015 A DEZEMBRO DE 2016, FOI CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NORMAL, NOS MESES DE MARÇO/2015 A AGOSTO/2015; OUTUBRO/2015 A DEZEMBRO/2015 E AOS MESES DE JANEIRO/2016 A OUTUBRO/2016 E DEZEMBRO DE 2016, DEVIDO A UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS INDEVIDOS, RELATIVOS AO ICMS INCIDENTE EM PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GASOLINA E DIESEL) E AO DIFERIMENTO (ANIDRO), COMO TAMBÉM DE NÃO COMPROVAR O RECOLHIMENTO DO ICMS FRETE CREDITADO NA APURAÇÃO DO

ICMS, CONFORME DEMONSTRADO NOS LEVANTAMENTOS EM ANEXO. ACRESCENTE-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS, O SEGUINTE: Art. 82, I, VIII, XIV E § 2º DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

Em decorrência dos fatos acima, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 106 c/c 82, I, VIII, XIV e §2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 253.193,26 (duzentos e cinquenta e três mil, cento e noventa e três reais e vinte e seis centavos)**, sendo R\$ 126.596,63 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos) de ICMS e R\$ 126.596,63 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às fls. 5 a 91 dos autos.

Depois de cientificada na própria peça acusatória em 27 de dezembro de 2019 (fls. 04), a autuada, por intermédio de advogados devidamente habilitados para representá-la (fls. 153/154), apresentou Impugnação tempestiva aos lançamentos nele consignados, protocolada em 22/01/2020 (fls. 100 *usque* 108), por meio da qual alega que:

- a) Que o auto de infração seria improcedente, tendo em vista ser perfeitamente possível a utilização e compensação de créditos de ICMS advindos da aquisição de serviço de transporte (frete) de mercadorias (gasolina, diesel e anidro) sujeitas ao regime de substituição tributária-ST, sob pena de afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade (CF Art. 155, §2º, I, “a” e “b”);
- b) Se o montante da base de cálculo do ICMS está incluído o próprio imposto, é inegável que nas operações de aquisição de mercadorias ou serviços está presente o ICMS, que compõe o preço gerando consequentemente crédito concluindo que eliminar o direito ao crédito estaria impedindo o seu direito ao crédito estabelecido na Constituição Federal.

Com base nos argumentos apresentados, a Impugnante requer seja dado provimento integral à Impugnação, para que seja julgado **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** o Auto de Infração ora em análise, pelas razões de fato e de direito apresentadas.

Sem informação do termo de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos (fls. 195) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Tarcísio Correia Lima Vilar que exarou sentença considerando o auto de infração **PROCEDENTE**, conforme ementa abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

- Créditos decorrentes de ICMS frete advindos de prestações com mercadorias submetidas à substituição tributária não podem ser utilizados.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância via DTE em 28/01/2021 (fls. 203), a autuada, por meio de advogados legalmente habilitados (fls. 153/154), ingressou com Recurso Voluntário tempestivo, fls. 243 a 253, protocolado em 25/02/2021, fls. 204, em que aborda, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

1.- Preliminarmente

1.1.- requer a nulidade da intimação da decisão de primeira instância em razão a flagrante violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não lhe fora disponibilizada a decisão administrativa desfavorável exarada pelo julgador de primeira instância;

1.2.- que a multa aplicada é confiscatória, sendo a mesma vedada pelo art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, devendo ser a mesma cancelada.

2.- No Mérito

- aduz que não há qualquer limitação a aplicabilidade do art. 155, §2º, I, da Constituição Federal no presente caso, o que permite a autuada o pleno direito ao creditamento da aquisição de serviço de transporte (frete) de mercadoria (álcool, anidro, gasolina e diesel), sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como a sua compensação, restando flagrantemente inconstitucional a impossibilidade da utilização desses créditos pelo Fisco estadual. Portanto é perfeitamente possível o creditamento e a compensação do ICMS destacado nos conhecimentos de frete referente a aquisição de serviço de transporte de mercadoria (gasolina, diesel e anidro), sujeitas ao regime de substituição tributária.

Por todas as suas razões, requer:

- Inicialmente, pela realização de nova intimação, haja vista que não teve acesso a decisão administrativa de primeira instância, restabelecendo-se integralmente o prazo estabelecido no art. 77 da Lei nº 10.094/2013 para interposição do devido recurso voluntário, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

- Preliminarmente, a nulidade ou redução do percentual da multa aplicada, haja vista que restou configurado seu caráter confiscatório;

- No mérito, a reforma da decisão recorrida para que seja julgado **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** o auto de infração em epígrafe, pelas razões de fato e de direito apresentadas.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, nos moldes do que apregoa o artigo 77 da Lei 10.094/2013, interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00004293/2019-50 lavrado em 28/12/2019 (fls. 3-4) em desfavor da empresa TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S.A., inscrição estadual n.º 16.174.192-4, já devidamente qualificada nos autos.

Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto na Lei n.º 10.094/13.

Antes de qualquer análise do mérito da questão, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, seja por vício material, seja por vício formal.

Na sequência, passemos a análise do mérito, não sem antes analisarmos às preliminares argüidas pela recorrente.

1.- Das Preliminares Suscitadas

1.1.- Nulidade da Intimação da Decisão de Primeira Instância

A Reclamante requer a nulidade da intimação da decisão de primeira instância em razão a flagrante violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não lhe fora disponibilizada a decisão administrativa desfavorável exarada pelo julgador de primeira instância.

Entretanto, razão não lhe assiste, conforme se verá.

Inicialmente cumpre-nos destacar que a comunicação eletrônica entre a Sefaz/Pb e os sujeitos passivos, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e foi instituída por meio da Medida Provisória n.º 248/16, que, pela alínea “a”, do inciso II, do seu art. 8º, acrescentou o art. 4º-A, à Lei n.º 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária. Vejamos a redação do referido dispositivo:

Art. 4º Para os efeitos do cumprimento da obrigação tributária e da determinação de competência das autoridades administrativas, considerar-se-á domicílio tributário do contribuinte ou responsável:

(...)

V - o endereço eletrônico que venha a ser a ele disponibilizado pela Administração Tributária Estadual, observado o disposto no art. 4º-A desta Lei.

(...)

Art. 4º-A. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria de Estado da Receita - SER e o sujeito passivo, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sem prejuízo de outras disposições na forma prevista na legislação.

§1º A Secretaria de Estado da Receita utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;

II - encaminhar notificações e intimações;

III - expedir avisos em geral.

Ainda com relação a comunicação eletrônica, o art. 6º do Decreto nº 37.276/17, assim dispõe:

Art. 6º. A comunicação eletrônica de que trata este Decreto será considerada pessoal para todos os efeitos legais e considerar-se-á realizada:

I - no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - 15 (quinze) dias após a data da postagem da comunicação no domicílio tributário eletrônico, se essa não for acessada neste período;

III - no primeiro dia útil seguinte, quando o 15º (décimo quinto) dia for dia não útil ou o acesso se dê em dia não útil.

O normativo acima citado, deixa claro que a comunicação oficial é aquela remetida ao DT-e do contribuinte, cadastrado junto a SEFAZ/PB, portanto resta devidamente comprovado que o contribuinte foi corretamente cientificado da decisão de primeira instância por meio de seu DTe conforme comprovante à fl. 203 dos autos.

Outrossim, com relação a alegação de que não recebeu o teor da decisão de primeira instância, não há prova nos autos de que isso teria ocorrido, além do que o inteiro teor da decisão foram anexados ao caderno processual (págs. 197 a 200).

Dessa forma, fica demonstrado que a autuada foi regularmente cientificada e que foi posta à sua disposição todos os elementos necessários à utilização do seu direito de defesa, ou seja, caso fosse de seu interesse, bastaria comparecer à repartição fiscal do seu domicílio tributário para ter acesso a todas as informações necessárias ao contraditório.

Portanto, não resta dúvida que foi assegurado a autuada, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, face ao princípio jurídico do contraditório, consequência lógica do devido processo legal, razão pela qual, deixo de acolher a preliminar *sub examine*.

1.2.- Do Caráter Confiscatório da Multa Aplicada

Quanto à alegação de que a penalidade imputada ao contribuinte é exorbitante e confiscatória, a análise acerca de inconstitucionalidade de lei é matéria que extrapola a competência dos órgãos julgadores, por força do artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13, que

dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Não bastasse este fato, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não são confiscatórias as multas que não ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral.

(RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Ademais, a matéria já foi sumulada, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis. Vejamos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico, em 19 de novembro de 2019:

Art. 90. Compete ao Conselho de Recursos Fiscais, apreciar proposta de súmula para consolidar suas decisões reiteradas e uniformes.

(...)

§ 3º Depois de publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Receita - DOe-SER, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019)

Portanto, tanto os Fazendários como os Órgãos Julgadores Administrativos estão restritos ao que dispõe a lei que trata da matéria, em obediência aos Princípios

Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade, não cabendo a discricionariedade para a aplicação da penalidade, pretendida pela Recorrente.

Devidamente enfrentada às preliminares argüidas, passemos ao mérito.

2.- Do Mérito

- Acusação: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL

No caso em apreço, vislumbra-se a legitimidade e legalidade da técnica aplicada pela fiscalização, a qual enseja a acusação de falta de recolhimento do ICMS, onde o contribuinte se creditou, nos exercícios de 2015 e 2016 do ICMS sobre o frete de produtos sob o regime de substituição tributária ou de antecipação.

Em razão dos créditos indevidamente tomados pela autuada, a fiscalização promoveu a reconstituição da conta corrente do ICMS do contribuinte (fls. 05 a 08), de forma a identificar se essa utilização indevida de crédito fiscal repercutiria na falta apurada.

Ademais, é entendimento uníssono nos órgãos julgadores, que identificada pela fiscalização a tomada de crédito indevido e/ou inexistente pelo contribuinte, caso em que fica caracterizado que o contribuinte diminuiu o seu Icms a recolher ou aumentou o seu crédito acumulado, a reconstituição da conta corrente do ICMS é o único mecanismo de que dispõe a fiscalização para proceder a correção deste fato, portanto, considero acertado o procedimento adotado pelo diligente fiscal autuante.

Pois bem, o caso que ora se nos apresenta para julgamento, não carece de maiores delongas.

Compulsando o caderno processual, resta evidenciado que auto de infração foi embasado em descumprimento de uma obrigação principal, encontrada no art. 82, XIV, do RICMS/PB, abaixo transcrito, o qual estabelece que não implicará crédito do imposto a prestação de serviços de transporte de mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária, *in verbis*:

Art. 82. Não implicará crédito do imposto:

(...)

XIV - a prestação de serviços de transporte de mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária;

Neste sentido, não restam dúvidas que a sistemática de cobrança do imposto relativo a gasolina, diesel e álcool anidro se dá por substituição tributária, conforme as determinações do Convênio Icms 110/2007, que atribuiu às refinarias de petróleo a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS incidente nas operações com estas mercadorias, realizadas entre elas e as distribuidoras.

Destaque-se que o ICMS dessas operações é retido e distribuído às Unidades Federadas tributantes pela refinaria, através de um sistema de compensação, de repasses e deduções, substituindo os débitos e créditos realizados em Conta Gráfica.

Assim, estando essas operações albergadas pelo regime de substituição tributária, encerra-se a fase de tributação, não havendo mais que se falar em débito ou crédito do imposto a serem compensados, como prescreve o art. 155, §2º, I e II da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Na esteira da Constituição Federal, a legislação estadual veda o aproveitamento de créditos fiscais pelo adquirente de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, considerando que não há tributação nas fases subsequentes, eis que o imposto já foi recolhido pelo substituto tributário, conforme materializa os artigos 396 e 41 do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 396. A apuração do imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição far-se-á da seguinte maneira:

§ 1º Nas operações internas realizadas por estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito, com os produtos constantes no Anexo 05, a substituição tributária caberá ao remetente, exceto nos casos em que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, salvo exceções expressas, fica encerrada a fase de tributação e não será admitida a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto nos §§ 8º e 9º do art. 41.

Art. 41. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e seus acréscimos legais na condição de sujeito passivo por substituição:

§ 8º O recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerrará a fase de tributação e não dará ensejo a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto no art. 72, incisos II, V, VI e VII.

Dessa forma, permitir que o contribuinte faça a apropriação desses créditos por conta própria é possibilitar que ele seja duplamente beneficiado, pois estará compensando os créditos na conta gráfica e ao mesmo tempo recebendo abatimentos da refinaria por diferença de imposto.

A propósito do mesmíssimo tema, colaciono abaixo, os acórdãos nº 598/2015, 193/2018 e 126/2020 deste C. Conselho de Recursos Fiscais, cujas ementas transcrevemos a seguir:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA DIFERIDA. TERMO DE INFRAÇÃO CONTINUADA. REVISÃO FISCAL. REDUÇÃO DA MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Julgados inconstitucionais os parágrafos 10 e 11 da cláusula 21, do Convênio ICMS 110/2007, porém com modulação de sua eficácia para 6 (seis) meses após a publicação do Acórdão, considera-se devido o recolhimento do ICMS diferido nas operações interestaduais com gasolina resultante da mistura com álcool etílico anidro combustível, correspondente ao volume de AEAC contido na mistura.

Diferença detectada nos estoques de gasolina A e óleo diesel denota venda de mercadorias sem nota fiscal, sujeitando o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

vedada a utilização de créditos fiscais decorrentes do ICMS FRETE nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, bem como os advindos de operações de aquisição de biodiesel para utilização na mistura com o óleo diesel.

Diferença detectada nos estoques de álcool hidratado denota venda de mercadorias sem nota fiscal, sujeitando o contribuinte ao recolhimento do imposto devido.

Parte do crédito tributário restou sucumbente em razão de não conformidades encontradas no procedimento de revisão e em decorrência da redução da multa em virtude de aplicação legislação mais benéfica ao contribuinte.

Processo nº 082.280.2010-4

Acórdão 598/2015 – Recursos HIE/VOL CRF-063/2013

Relator: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS LANÇADOS. CRÉDITOS FISCAIS INDEVIDOS DE ICMS SOBRE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Decadência parcial dos créditos lançados. O prazo inicial para contagem da decadência, em se tratando de falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de utilização indevida de créditos, deve ter, como marco temporal, aquele em que efetivamente ocorreram os fatos geradores. **A legislação é clara quanto à vedação de utilização do crédito do imposto incidente sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.**

Processo nº 034.370.2016-1

Acórdão 193/2018

Relatora: CONS^a. THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

CRÉDITO INDEVIDO. DECADÊNCIA PARCIAL DO LANÇAMENTO. REGRA DO ART. 150, §4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DENÚNCIA COMPROVADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Com relação aos fatos geradores ocorridos no mês de janeiro de 2011, ocorreu a decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

É vedada a utilização de crédito de ICMS frete, que foi incluído na base de cálculo do ICMS Substituição Tributária nas operações com combustíveis, relativamente à aquisição de GLP/GLGN.

A apreciação de matéria que verse sobre constitucionalidade exorbita a competência desta Corte julgadora.

Processo nº 014.481.2016-0

Acórdão 126/2020

Relatora: CONSª. MÔNICA OLIVEIRA COELHO LEMOS

Com relação ao argumento de que o ato fiscalizatório teria ferido o Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade do ICMS, entendo que tal matéria não encontra abrigo para discussão no âmbito do processo administrativo tributário, uma vez que o julgador administrativo não tem competência para decidir sobre inconstitucionalidade ou não da legislação tributária estadual. Inclusive, tal tema já foi amplamente discutido pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba – CRF/PB, alicerçado no art. 55 da Lei nº 10.094/2013, que assim determina:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Pelos fundamentos acima evidenciados, e após rigorosa análise do caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância está correta, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados, e nos próprios lançamentos realizados pela autuada em sua escrita fiscal, daí porque mantenho a decisão singular.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo a sentença prolatada na primeira instância, declarando procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004293/2019-50, lavrado em 26 de dezembro de 2019 contra a empresa TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A, inscrição estadual nº 16.174.192-4, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de **R\$ 253.193,26 (duzentos e cinquenta e três mil, cento e noventa e três reais e vinte e seis centavos)**, sendo R\$ 126.596,63 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 106 c/c 82, I, VIII, XIV e §2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97

e R\$ 126.596,63 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 11 de novembro de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator

