



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTOS

RESOLUÇÃO Nº 034/2018

61ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM: 24/10/2017

PROCESSO Nº 1/0354/2016

AI: 1/2015.19455-9

RECORRENTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: MATHEUS FERNANDES MENEZES

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 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.

PALAVRAS-CHAVES: CRÉDITO INDEVIDO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DECRETO 29.560/2008. PARCIAL PROCEDENTE

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.

O Auto de Infração foi julgado **PARCIAL PROCEDENTE** pela 1ª Instância Administrativa, na forma da ementa abaixo:

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – Crédito Indevido – Deturpação da **não-cumulatividade**, pela dupla compensação financeira dos **créditos** em espécie. Julgada **PARCIAL PROCEDENTE** a acusação fiscal, em sede de auditoria fiscal plena, a cobrança de recolhimento do imposto faltante, à exceção dos créditos oriundos de prestação de serviços de transporte, contratados pelo estabelecimento supramencionado, ainda não inclusos no regime tributário do

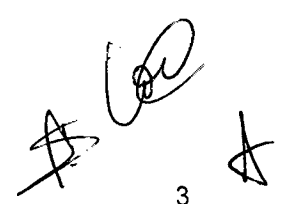


ICMS Substituição Tributária por Carga Líquida, pelas entradas até o consumidor final, da Lei nº 14.327/08, vez que restou demonstrado nos autos, o lançamento de créditos do imposto na conta gráfica do Livro Registro de Apuração do ICMS durante o Exercício Fiscal de 2010, em desacordo com o Art.8, III, do Regulamento daquela Lei, o Decreto nº 29.560/08, e as regras de vedação do crédito da Seção IV, do Capítulo IV do Cálculo do Imposto do RICMS, detectados pela operacionalização massiva dos **estornos devidos**, suportada no uso imprescindível de análise de banco de dados da EFD, que evidenciou a falta de recolhimento, refletida no **demonstrativo** da conta corrente do ICMS Normal, com base na qual foi levantada a diferença do ICMS a recolher, decorrente do estoque de créditos de R\$ 517.159,08, oriundo de operações com mercadorias, **indevidamente apropriados** no exercício sob exame, configurando o ilícito denunciado no Auto de Infração, na parte referida às operações com mercadorias do Decreto 29.560/08, nelas inclusas, as **embalagens** utilizadas nas vendas a varejo. Como **dispositivos infringidos**, os Arts. 73 e 74, combinados com o 66, VI do RICMS. Penalidade, a do Art. 123, I, "c", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. **Contestação Tempestiva. Reexame Necessário.**

Inconformada com a decisão proferida em 1ª Instância, a Recorrente interpôs Recurso Ordinário, no qual repisou os argumentos apresentados na Impugnação Administrativa, além de ter se manifestado sobre a manutenção da decisão de 1ª Instância acerca do direito ao crédito sobre fretes.

Ao apreciar o feito, a Assessoria Tributária apresentou parecer 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.

É o relatório.



3

VOTO

Conforme se infere da análise dos presentes autos, trata-se de acusação de falta de recolhimento do ICMS decorrente do aproveitamento de créditos indevidos pela Recorrente.

De acordo com fiscal autuante, foi verificado que a Recorrente creditou-se indevidamente na apuração do ICMS das seguinte mercadorias:

- a) Materiais de embalagens (sacos plásticos, bandejas, bobinas, filme duplo de PVC, etiquetas, disco papelão pizza, etc) utilizados no acondicionamento de mercadorias, cujas saídas estão sujeitos ao pagamento de substituição tributária;
- b) Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por carga líquida, conforme Decreto nº 29.560/2008; e
- c) Conhecimentos de transportes (fretes) de mercadorias cujas saídas estão sujeitas ao pagamento de substituição tributária.

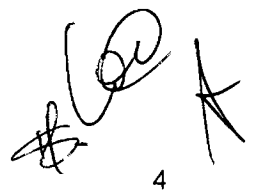
Após recálculo do ICMS, desconsiderando os créditos utilizados indevidamente pela Recorrente, constatou-se a falta de recolhimento do ICMS, caracterizando a infração com penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea "c", da Lei nº 12.670/1996.

Analisando o que foi alegado pela Recorrente no Recurso Ordinário, temos o que segue.

Quanto à ilegitimidade passiva dos representantes legais, não há o que ser discutido no presente momento, tendo em vista que apenas a empresa consta no polo passivo do processo em questão. As informações relativas aos representantes legais constam no auto apenas para fins de eventual necessidade de execução fiscal, o que não é o caso.

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 majoritária 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 os 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*:



ART. 65. FICA VEDADO O CREDITAMENTO DO ICMS NAS SEGUINTE HIPÓTESES:

(...)

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;

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 a 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 creditamento do ICMS previsto no art. 65, inciso V, do RICMS/CE, abaixo transcrito:


ART. 65. FICA VEDADO O CREDITAMENTO DO ICMS NAS SEGUINTE HIPÓTESES:

(...)

V - ENTRADA DE MERCADORIA E RESPECTIVO SERVIÇO, QUANDO FOR O CASO, RECEBIDA PARA INTEGRAR O PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO OU DE PRODUÇÃO RURAL OU NELES SER CONSUMIDA E CUJA ULTERIOR SAÍDA DO PRODUTO DELA RESULTANTE OCORRA SEM DÉBITO DO IMPOSTO, SENDO ESTA CIRCUNSTÂNCIA CONHECIDA NA DATA DA ENTRADA;

Quanto à afronta ao que dispõe a Constituição Federal, relativamente à não-cumulatividade do ICMS, o fiscal aplicou corretamente o que dispõe a legislação vigente referente à apropriação de créditos pela Recorrente, não cabendo à instância administrativa apreciar a constitucionalidade da lei aplicada.

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 atuante lavrou o presente auto de infração com base nas operações registradas no EFD da própria Recorrente.

Destarte, diante de tudo que dos autos consta, entendo pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, para reduzir o crédito tributário ao valor de R\$ 1.434.073,43, com respaldo na manifestação oral do representante da Douta Procuradoria do Estado, conforme demonstrativo abaixo:

Demonstrativo do Crédito Tributário	
(R\$)	
ICMS	956.048,95
Multa	478.024,48
Total	1.434.073,43

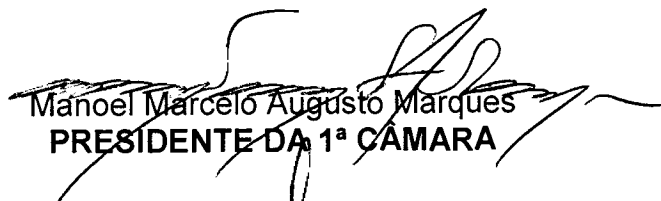
[Handwritten signature]
6


DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. **Decisão:** A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer de ambos os recursos, resolve preliminarmente em relação à extinção parcial do crédito tributário em razão de decadência para o período de janeiro a novembro de 2010, com base no art. 150, §4º do CTN. Votaram pelo acatamento da extinção com base na decadência para o período mencionado, conforme suscitado pela autuada os Conselheiros: Matheus Fernandes Menezes, Filipe Pinho da Costa Leitão e José Gonçalves Feitosa. Votaram pelo não acatamento da preliminar, com base no art. 173, I do CTN os Conselheiros: Leilson Oliveira Cunha, Maria Elineide Silva e Souza e Valter Barbalho Lima. Verificado empate na votação, o Presidente da 1ª Câmara de Julgamento, Dr. Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, proferiu, utilizando o disposto no art. 7º, II da Lei nº 15.614/14, **VOTO DE DESEMPATE**, pelo afastamento da preliminar de extinção com base em decadência, aplicando o art. 173, I do CTN, em conformidade com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, em Sessão. Vencidos os votos dos Conselheiros: Matheus Fernandes Menezes, Filipe Pinho da Costa Leitão e José Gonçalves Feitosa. Ainda em grau de preliminar, em relação às nulidades arguidas: 1. ilegitimidade passiva dos representantes legais e 2. nulidade por ausência de provas. Preliminares afastadas, por unanimidade de votos, com base nos fundamentos apresentados no parecer da Assessoria Processual Tributária e referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. No mérito, resolvem os membros da 1ª Câmara de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a acusação fiscal, mantendo os valores do ICMS constantes no Auto de Infração, aplicando para a penalidade o disposto no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. O Conselheiro Leilson Oliveira Cunha votou pela parcial procedência, no entanto, pela aplicação da Súmula 6 do Conselho de Recursos Tributários do CONAT. Presente, para apresentação de sustentação oral do recurso, o representante legal da autuada, Dr. Rodolpho Avansini Carnelos.

SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos 25 de 02 de 2015.


Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO


Manoel Marcelo Augusto Marques
PRESIDENTE DA 1ª CÂMARA


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO



Maria Elineide Silva e Sousa
CONSELHEIRA

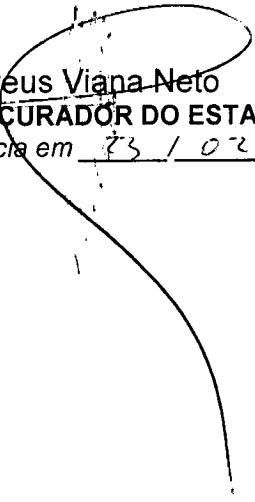


Leilson Oliveira Cunha
CONSELHEIRO

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO



Matheus Fernandes Menezes
CONSELHEIRO



Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO
Ciência em 23 / 02 / 2018