



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 026/2017

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

07ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM: 14/02/2017

PROCESSO Nº 1/2938/2015 AI: 1/2015.15113-1

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 NAS CONTAS GRÁFICAS REFEITAS DOS ANOS DE 2011, 2012, 2013 E 2014, 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, em sede de preliminar, a ilegitimidade passiva dos representantes legais da sociedade, por conter o nome destes no corpo do auto de infração. Alegou também a nulidade do auto de infração por falta de indicação do fundamento da glosa do crédito tributário, da segregação das mercadorias e os fretes que transportavam de fato mercadorias não sujeitas ao crédito do imposto.

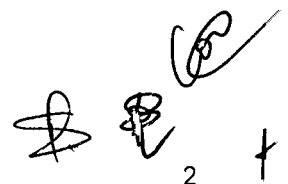
No mérito, a Recorrente alegou que tinha direito ao crédito do ICMS sobre fretes para transporte de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária. Alegou também que tinha o direito de crédito sobre ICMS de embalagens e materiais de consumo, tendo em vista que grande parte das embalagens listadas pela fiscalização destina-se ao acondicionamento de produtos de fabricação própria ou de hortifrutigranjeiros.

Ainda no mérito, alegou que houve erro no cômputo dos juros moratórios, pois, no entendimento da Recorrente, o cálculo deve considerar a data do lançamento tributário realizado por meio do auto de infração, e não data a que se refere o crédito tributário lançado.

Por fim, alegou que a multa aplicada tem caráter confiscatório, em razão do seu elevado valor.

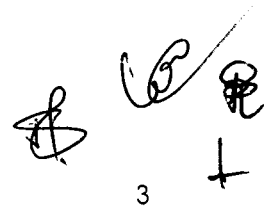
O Auto de Infração foi julgado PROCEDENTE pela 1ª Instância Administrativa, por entender que não existem elementos que caracterizem a nulidade do auto e que, de fato, não foi observado pelo contribuinte o que dispõe no art. 65, incisos II, V e VI, do RICMS/CE.

Inconformada com a decisão proferida em 1ª Instância, a Recorrente interpôs Recurso Ordinário, no qual repisou os argumentos apresentados na Impugnação Administrativa.

 2 †

Ao apreciar o feito, a Assessoria Tributária apresentou parecer por meio do qual opinou pelo não provimento do Recurso Ordinário e, por via de consequência, pela manutenção da decisão condenatória proferida pela 1ª Instância Administrativa, parecer este que foi adotado pela Douta Procuradoria do Estado.

É o relatório.

Handwritten signatures and initials in the bottom right corner of the page. There are three distinct marks: a stylized signature on the left, a signature with a checkmark in the middle, and a signature with a plus sign on the right.

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, resultando num montante de R\$ 5.152.777,00.

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) Materiais de consumo;
- c) Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por carga líquida, conforme Decreto nº 29.560/2008; e
- d) 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 à nulidade por falta de indicação do fundamento da glosa do crédito tributário, da segregação das mercadorias e os fretes que transportavam de fato mercadorias não sujeitas ao crédito do imposto, tal argumento não merece prosperar, visto que o auto encontra-se devidamente fundamentado e embasado em operações declaradas pela própria Recorrente.

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 e materiais de consumo, 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:

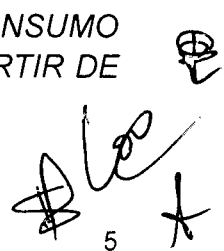
(...)

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;

Relativamente especificamente ao creditamento do ICMS sobre aquisição de materiais de uso e consumo, cumpre ressaltar que a Lei Complementar nº 87/1996 determinou que o aproveitamento somente será permitido a partir do ano de 2020, conforme determina seu art. 33, inciso I, *in verbis*:

ART. 33. NA APLICAÇÃO DO ART. 20 OBSERVAR-SE-Á O SEGUINTE:

I - SOMENTE DARÃO DIREITO DE CRÉDITO AS MERCADORIAS DESTINADAS AO USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO NELE ENTRADAS A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 2020;



Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

Quanto ao cômputo dos juros moratórios, não há como aplicar a tese defendida pela Recorrente, tendo em vista que a metodologia da aplicação dos juros moratórios decorre da própria legislação tributária, que determina que a aplicação dos juros deve incidir a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito, conforme dispõe art. 77, §§1º e 5º, do RICMS/CE, senão vejamos:

*ART. 77. O DÉBITO FISCAL DO ICMS, INCLUSIVE O DECORRENTE DE MULTA, QUANDO NÃO PAGO NA DATA DE SEU VENCIMENTO, SERÁ ACRESCIDO DE JURO DE MORA EQUIVALENTE À TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA (SELIC), ACUMULADA MENSALMENTE, OU A QUALQUER OUTRA TAXA QUE VIER A SUBSTITUÍ-LA.
§ 1º OS JUROS MORATÓRIOS INCIDIRÃO A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SUBSEQÜENTE AO DO VENCIMENTO DO DÉBITO.*

(...)

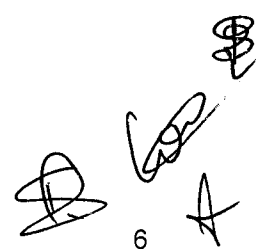
§5º O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, INCLUSIVE O DECORRENTE DE MULTA, FICA ACRESCIDO DE JUROS DE QUE TRATA O CAPUT DESTE ARTIGO, EXCETO NA PARTE RELATIVA À MORA DE QUE TRATA O ART. 76.

Quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada, o fiscal aplicou corretamente o que dispõe a legislação vigente, 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 autuante 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\$ 3.864.582,75, com respaldo na manifestação oral do representante da Doutra Procuradoria do Estado, conforme demonstrativo abaixo:

Demonstrativo do Crédito Tributário	
(R\$)	
ICMS	2.576.388,50
Multa	1.288.194,25
Total	3.864.582,75


6 A

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 do recurso ordinário interposto, resolve em relação às preliminares arguidas pela recorrente, quais sejam: 1. nulidade da decisão de primeira instância por ausência de fundamentação, gerando cerceamento do direito de defesa; 2. ilegitimidade passiva dos representantes legais da sociedade; 3. nulidade por falta de indicação do fundamento da glosa do crédito tributário, da segregação das mercadorias e os fretes que transportavam de fato mercadorias não sujeitas ao crédito do imposto; 3. nulidade do procedimento fiscal; 4. nulidade da decisão recorrida por usurpação de competência privativa da autoridade lançadora, tendo o julgador de primeira instância alterado a fundamentação inicial do auto de infração; 5. direito a crédito de ICMS sobre fretes para transporte de mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, embalagens e material de consumo. Preliminares afastadas, por unanimidade de votos, com base nos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Processual Tributária. No mérito, resolve por unanimidade de votos, dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, com reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, da nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro José Gonçalves Feitosa.

SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos 17 de 04 de 2017.

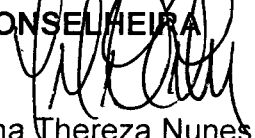

Manoel Marcelo Augusto Marques
PRESIDENTE DA 1ª CÂMARA


Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Maria Elina de Silva e Sousa
CONSELHEIRA


José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Ana Thereza Nunes Macedo Martins
CONSELHEIRA


Matheus Fernandes Menezes
CONSELHEIRO


Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO
Ciência em 17/04/17