



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 169/2017

46ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 24.08.2017

PROCESSO Nº 1/2898/2015 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2015.14657-6

RECORRENTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

CGF: 06.702099-2

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: TERESA HELENA CARVALHO REBOUÇAS PORTO

EMENTA: - **FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS.** O crédito tributário exigido decorre da acusação de falta de recolhimento do ICMS conforme demonstrado nas contas gráficas refeitas nos exercícios de 2011 a 2014 em razão da utilização de crédito indevido do imposto proveniente de operações com materiais de embalagens, materiais de consumo, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por carga líquida – Dec. nº 29.560/2008 – e fretes de mercadorias já tributadas através do regime de substituição tributária. No tocante à preliminar de ilegitimidade passiva dos representantes da empresa Recurso Ordinário não conhecido por maioria de votos. E nos pontos que o Recurso foi conhecido as nulidades foram afastadas. Auto de Infração Julgado **Procedente**, por maioria de votos, conforme § 1º art. 20 c/c art. 21 ambos da LC 87/1996 e art. 65, incisos V e VI e art. 60, inciso IX, “b” do RICMS Decreto nº 24.569/97. Penalidade: art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96 c/ NR dada pela Lei nº 13.418/2003. Confirmada a decisão exarada em 1ª Instância, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e de acordo com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Palavras-chave: ICMS. Falta de recolhimento. Procedente. Conta Gráfica. Afastada Ilegitimidade Passiva dos Representantes da Empresa. Nulidades rejeitadas.

RELATÓRIO

Trata a inicial do presente processo de A.I. nº 2015.14657-6, datada de 06/10/2015, lavrada contra COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

1

Consta no relato do presente Auto de Infração o seguinte:

“Falta de Recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. Constatamos que o contribuinte deixou de recolher R\$ 364.899,95 referente à inclusão na apuração do ICMS de créditos de serviços de transportes, material de embalagem e produtos para uso/consumo em desacordo com a legislação, sendo refeita a apuração do ICMS do contribuinte (vide inf. Complementares).”

Dispositivos indicados como infringidos: arts. 73 e 74, combinado com o art. 65, inciso VI ambos do Decreto nº 24.569/97. Penalidade: art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Instruem os autos: Informações Complementares (fls. 03 a 06); Mandado de Ação Fiscal nº 2015.10216 (fls. 07); Termos de Intimação nº 2015.09954; e nº 2015.13857 (fls. 08/11); Conta Gráfica do ICMS exercício 2014 (fls.18); CD contendo EFD do contribuinte, conta gráfica e demonstrativo do crédito indevido do ICMS (fls. 19).

O lançamento está embasado na Planilha apensada às fls. 18 dos autos, bem como no CD às fls. 19.

Através do Termo de Intimação nº 2015.13857 a empresa foi intimada a refazer as contas gráficas de 2011 a 2014, no entanto se recusou a fazer qualquer ajuste por não concordar com a solicitação de estorno.

O contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, conforme fls. 23 a 41 dos autos.

O processo foi julgado Procedente em 1ª Instância, conforme decisão de fls. 52 a 59 dos autos sob o fundamento de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS decorrente da conta gráfica refeita em virtude de aproveitamento de créditos indevidos. Decisão com base nos seguintes dispositivos: art. 435 §7º incisos I, II e III do Decreto nº 24.569/97 e penalidade no art. 123, inciso I alínea “c” da Lei nº 12.670/96.

O contribuinte inconformado com a decisão condenatória prolatada em 1ª Instância, interpôs recurso ordinário mantendo a mesma linha da defesa, acrescentando o seguinte: 1) Da ilegitimidade passiva dos representantes legais da autuada para configurar como sujeito passivo da autuação; 2) Nulidade da decisão de 1ª Instância por ausência de fundamentação e consequente cerceamento do direito de defesa, por ter passado ao largo de questões aduzidas pela então impugnante; 3) Da nulidade do procedimento fiscal – incerteza no lançamento e traz ainda os princípios constitucionais e a legislação vigente; 4) Direito de crédito sobre fretes para transportar mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária; 5) Créditos de ICMS sobre embalagens e materiais de consumo e a substituição tributária; 6) Dos juros de mora sobre multas tributárias; 8) Valor confiscatório da multa; 9) Por fim requer a total improcedência da ação fiscal e caso não possa julgar o mérito a seu favor, que seja declarada a nulidade da decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para que sejam apreciados os argumentos de defesa.

R



A Consultoria Tributária por meio do Parecer nº 132/2017 (fls. 105) opina pelo conhecimento do recurso ordinário, negando-lhe provimento, a fim de que seja confirmada a decisão de 1ª Instância pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

O crédito tributário exigido no presente Auto de Infração decorre da acusação de falta de recolhimento do ICMS em razão da utilização de crédito indevido do imposto no valor de R\$ 364.899,95 (trezentos e sessenta e quatro mil oitocentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos), dos meses de setembro a dezembro de 2014, proveniente de operações com materiais de embalagens, materiais de consumo, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por carga líquida – Dec. nº 29.560/2008 – e prestações de transporte de mercadorias já tributadas através do regime de substituição tributária.

Preliminarmente a recorrente alega a ilegitimidade passiva dos responsáveis da recorrente para constar no polo passivo do presente processo administrativo tributário, entendo que além de não ocorrer no presente caso, não tem a recorrente legitimidade para alegá-la.

Destarte, nesta fase administrativa o que está em julgamento é se a pessoa jurídica COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO praticou a infração apontada na inicial.

Assim, como tão bem explanou a Assessora Tributária em seu Parecer: “a responsabilidade dos sócios ou representantes da empresa somente será apreciada na fase de Execução Fiscal, se houver, não sendo competência desse Órgão administrativo o exame de tal matéria”.

Quanto a Nulidade da decisão de 1ª Instância por ausência de fundamentação e consequente cerceamento do direito de defesa, tendo, supostamente, passado ao largo de questões aduzidas pela impugnante, não deve prosperar.

Ao contrário do que afirma a recorrente observa-se que no julgamento de 1ª Instância houve muito zelo por parte da julgadora, tendo em vista que a decisão singular está devidamente fundamentada na legislação pertinente, bem como amparada nas provas dos autos. Como também foram realizadas as análises sobre as legitimidades dos créditos tributários alegadas na defesa.

Quanto à nulidade do auto de infração por violação do direito à ampla defesa em razão de, supostamente, não ter sido informado na autuação o fundamento da glosa do crédito tributário, a segregação das mercadorias por categoria e os fretes que transportavam de fato mercadorias não sujeitas ao crédito do imposto, não merece sustentação.

Kr



Nas informações complementares ao auto de infração, o agente do fisco foi muito claro ao narrar os fatos da autuação, bem como estão devidamente especificadas todas as atividades que a recorrente ora alega não terem sido efetivadas pelo fiscal atuante.

Ademais, a documentação probatória da infração foi devidamente anexada aos autos, conforme CD às fls. 19 dos autos e enviada ao contribuinte por meio de AR (aviso de recebimento).

Logo, a autuação fiscal tem por fundamento o descumprimento pela atuada da legislação tributária no que se refere à vedação legal para o creditamento do ICMS em operações envolvendo os seguintes produtos: 1. Materiais de embalagens (sacos plásticos, bandejas de papelões, filme duplo de pvc, etiquetas, disco papelão pizza, etc...), utilizados no acondicionamento de mercadorias, cujas saídas estão sujeitas ao pagamento da substituição tributária; 2. Materiais de consumo; 3. Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por carga líquida, conforme Decreto nº 29.560/2008; 4. Conhecimentos de transportes (fretes) de mercadorias cujas saídas estão sujeitas ao pagamento de substituição tributária.

No que se refere aos fretes, ressalte-se o que impõe o artigo 65, inciso VI do Dec. 24.569/97, *in verbis*:

“Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes 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, se a mercadoria quando da sua comercialização sair sem débito do imposto – que é o caso das operações tributadas pelo regime de substituição tributária, como esclareceu o atuante nas informações complementares, é vedado aproveitar o crédito de ICMS oriundo da entrada tanto da mercadoria quanto do respectivo serviço de transporte. O fato de esse transporte ter sido realizado no regime CIF ou FOB é irrelevante para o caso em questão.

No que se refere ao crédito de ICMS sobre a aquisição de embalagens, também não pode prosperar, pois ainda que as embalagens possam gerar crédito quando utilizadas na saída de mercadorias sujeitas ao ICMS conforme art. 60, inciso III do RICMS, a empresa teria que ter demonstrado a ocorrência desse fato e não somente alegar.

A eventual circunstância de embalagens terem sido utilizadas em produtos de fabricação própria produzidos a partir de mercadorias adquiridas para comercialização também não cabe tal alegação, vez que a atividade da empresa é supermercado estando assim submetida ao regime de substituição tributária carga líquida conforme Decreto nº 29.560/2008.

Ademais, a empresa fiscalizada pertence ao CNAE-Fiscal (Classificação Nacional de Atividade Econômico-Fiscal) 4711302 – Comércio Varejista de Mercadorias em Geral, Com Predominância



de Produtos Alimentícios, sendo seu CNAE principal e único no Cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará.

O fato de realizar atividade industrial de forma secundária à atividade varejista é irrelevante para o caso em questão, tendo que o § único do artigo 1º do Dec. nº 29.560/2008 determina que para efeito do disposto no caput do referido artigo, será considerado apenas a Classificação Nacional de Atividade Econômico-Fiscal (CNAE) principal do estabelecimento.

Como regra geral, todas as operações da recorrente são integralmente tributadas na modalidade de substituição tributária por entrada, mesmo que a mercadoria adquirida seja utilizada posteriormente em processo industrial na empresa, em função do Dec. nº 29.560/2008 ater-se tão somente ao CNAE principal e desconsiderar as atividades secundárias realizadas pelos estabelecimentos enquadrados em seu regime.

Vale ainda destacar que o referido decreto em seu artigo 8º, inciso III determina que os estabelecimentos enquadrados nos Anexos I e II não terão direito ao crédito do ICMS, exceto o decorrente das entradas para o ativo imobilizado e o decorrente de mercadorias não contempladas neste Decreto, o que não é o caso.

Dessa forma, para a recorrente se apropriar dos créditos relativos as operações e prestações elencadas no levantamento fiscal deve a empresa demonstrar que atendeu aos requisitos da legislação pertinente à matéria.

Por sua vez o representante do Fisco concluiu que no arquivo totalizador 2014, classificou na planilha TABELA DE PRODUTOS todos os produtos de entradas quanto ser o crédito devido ou não na EFD – FISCAL.

Ademais, por meio de Termo de Intimação nº 2015.13409 (fls.11), foi dada a oportunidade ao contribuinte de refazer a Apuração do ICMS dos exercícios de 2011 a 2014, bem como recolher espontaneamente o ICMS devido, de acordo com o Levantamento realizado pela Auditoria.

Portanto, estando sujeitas ao Dec. nº 29.560/2008, as operações da empresa em questão são tributadas por substituição tributária na entrada e as saídas dessas mercadorias, tendo passado ou não por processo industrial dentro do estabelecimento, devem ocorrer sem débito do tributo, fato que causa a vedação do creditamento do ICMS conforme artigo 65, incisos V e VI do Dec. nº 24.569/97.

Verifica-se, pois, que o contribuinte não atendeu ao disposto na legislação ao consignar a natureza da operação de modo diverso do previsto na legislação anteriormente mencionada, mas, também com vedação legal de aproveitamento imediato conforme artigos já mencionados.

Portanto, indevido também o aproveitamento do crédito do ICMS referente aos materiais de uso e consumo no período assinalado no auto de infração, somente sendo permitido a partir de janeiro de 2020, conforme o inciso I, do art. 33, da Lei Complementar 87/96, na redação dada pela Lei Complementar 138, de 2010.


5

Com relação a arguição de que a fruição dos juros de mora sobre a multa deva ser contabilizada a partir do prazo final para pagamento do auto de infração, entendo que a legislação do Estado do Ceará é bastante clara que estes (os juros) devam ser contabilizados a partir do fato gerador da obrigação tributária principal, conforme artigo 62, §§ 1º e 3º da Lei nº 12.670/96. A sua cobrança incide a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito, consoante § 1º do art. 77 do Decreto nº 24.569/97. Ademais não cabe a este órgão de julgamento fazer análise de constitucionalidade sobre tal cobrança.

Quanto à multa ter efeito de confisco, noticia-se que a multa é matéria de reserva legal, sendo disciplinada pelo legislador para coibir a prática da infração, portanto, sendo legal.

Por fim, a fiscalização recalculou os valores de crédito corretos de acordo com a legislação do ICMS pertinente ao contribuinte fiscalizado, foram refeitas as apurações mensais do ICMS referente aos exercícios de 2011 a 2014, constatando-se uma falta de recolhimento de ICMS no ano de 2014.

Diante do exposto, no tocante a penalidade aplicável ao caso em questão, é de se confirmar à indicação da multa disposta no auto de infração pelo agente fiscal – art. 123, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, que consigna no seu texto a cobrança de uma vez o valor do imposto.

Pelas razões expostas, voto pelo conhecimento do recurso ordinário em parte, negando-lhe provimento, e nos pontos que conheço do recurso ordinário afasto as nulidades suscitadas, mantendo a decisão condenatória de Primeira Instância pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e de acordo com o posicionamento oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO


ICMS	R\$ 364.899,95
MULTA.....	R\$ 364.899,95
TOTAL.....	R\$ 729.799,90

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

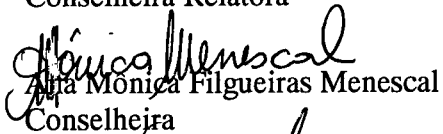
A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve: 1. Por maioria de votos, não conhecer do Recurso interposto no que se refere à preliminar de ilegitimidade passiva dos representantes da empresa, uma vez que, falta legitimidade a recorrente para defender direito dos seus representantes legais. Foram votos vencidos os Conselheiros Ricardo Ferreira Valente Filho (relator originário) e Gabriella Batista Lima que se pronunciaram nos seguintes termos: “Entendemos por acolher a preliminar de ilegitimidade dos Representantes legais da empresa, haja vista que os mesmos não foram intimados pelo fiscal no momento da notificação, conseqüentemente quando da constituição do crédito tributário no fim do processo administrativo estes representantes serão responsabilizados judicialmente quando de uma possível execução fiscal, o que seria por demais injusto, pelo simples fato de não terem participado dos atos administrativos processuais, onde não exerceram o princípio da ampla defesa e do contraditório, fatalmente futuramente vindo a responder por essa dívida”. 2. Quanto aos demais aspectos abordados no recurso ordinário, a 3ª Câmara resolve, por unanimidade de votos, dar-lhe conhecimento, para deliberar nos seguintes termos: 3) Com relação à preliminar por ausência de fundamentação e conseqüentemente cerceamento ao direito de defesa – Afastada, por unanimidade de votos, tendo em vista que a decisão singular está devidamente fundamentada na legislação pertinente, bem como amparada nas provas dos autos. 3) Com relação à preliminar de que o auto de infração é nulo, pois não informa em qual fundamento está glosado cada mercadoria elencada na planilha anexa; não faz uma segregação em qual categoria pertencem as mercadorias – Afastada, por unanimidade de votos, tendo em vista que o agente do Fisco foi muito claro ao narrar os fatos em seu relato no Auto de Infração, na Informação Complementar, tendo anexado aos autos a documentação probatória da infração (vide CD às fls. 19), não acarretando nenhum prejuízo a defesa. No mérito, a 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por maioria de votos confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto designada para lavrar a respectiva resolução, por ter proferido o primeiro voto discordante e vencedor, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Ricardo Ferreira Valente Filho (relator originário) e Gabriella Lima que se manifestaram nos seguintes termos: “Conhecemos do Recurso interposto em todos os seus termos, entendendo pela parcial procedência no sentido de acolher a ilegitimidade dos representantes legais da empresa recorrente, mantendo todos os demais termos da decisão de 1ª Instância.”

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 21 de Setembro de 2017.

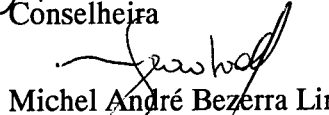

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
PRESIDENTE



Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto
Conselheira Relatora

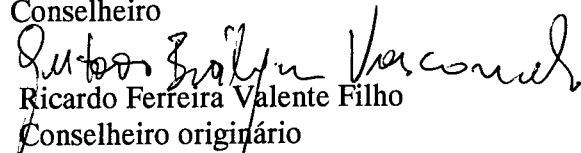


Mônica Filgueiras Menescal
Conselheira



Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Conselheiro

 cons. suplente

Gabriella Batista Lima
Conselheiro



Ricardo Ferreira Valente Filho
Conselheiro originário


Osvaldo Alves Dantas
Conselheiro



André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO

Ciente: 26/09/17