



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

RESOLUÇÃO Nº 211/2017

54ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 24.10.2017

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2930/2015

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201515190

AUTUANTE: FRANCISCO TEIXEIRA SALES JR E OUTRO.

RECORRENTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATORA: CONSELHEIRA ANA MÔNICA FILGUEIRAS MENESCAL

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. O crédito tributário exigido decorre da acusação de falta de recolhimento do ICMS conforme demonstrado nas contas gráficas do Livro Registro de Apuração do ICMS, durante os exercícios de 2011 a 2014, em desacordo com o Decreto nº 24.569/97, pela operacionalização dos estornos devidos, que redundou na falta de recolhimento, no montante de R\$192.109,18, refletida nos demonstrativos da conta corrente do imposto, com base nos quais fora aberto o prazo para o seu recolhimento espontâneo, de que, tacitamente renunciou a autuada, pelo decurso do mesmo, configurando, em sua totalidade, o ilícito denunciado no Auto de Infração. 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. Recurso ordinário conhecido e improvido. Auto de Infração Julgado Procedente, por unanimidade 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, em desacordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária e de acordo com o posicionamento oral do representante da Procuradoria Geral.

Palavras-chave: ICMS, falta de recolhimento, procedente, conta gráfica, nulidades rejeitadas

RELATÓRIO

Trata a inicial do presente processo de A.I. Nº 2015.15190, datada de 15/10/2015, lavrada contra COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

Descreve a peça vestibular:

"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".

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 nº2015.10169 (fls. 07); Termos de Intimação nº 2015.12609 e nº 2015.13644 (fls. 08/09); Sped Fiscal – Consulta de movimento totalizado por CFOP (fls. 13 a 19); Conta Gráfica do ICMS exercícios 2011, 2012, 2013 e 2014 (fls.21 a 24); CD contendo EFD do contribuinte, conta gráfica e demonstrativo do crédito indevido do ICMS (fls. 27).

O lançamento está embasado na documentação apensada às fls. 13 a 27, dos autos, bem como no CD às fls. 29.

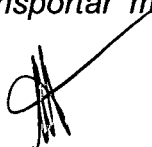
Através do Termo de Intimação nº 2015.12609, a empresa foi intimada a refazer as contas gráficas de 2011 a 2014, no entanto se recusou a fazer qualquer ajuste por não concordar com a solicitação de estorno.

O contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, conforme fls. 32 a 49 dos autos.

O processo foi julgado Procedente em 1ª Instância, conforme decisão de fls. 68 a 77, 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.65, incisos 11, V e VI do Decreto nº 24.569/97 e penalidade no art. 123, inciso I alínea "c" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº13.418/03.

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 dos diretores para figurar no polo passivo da presente autuação;
- 2) Nulidade da decisão de 1ª Instância por ausência de fundamentação e conseqüente cerceamento do direito de defesa, por ter passado ao largo de questões aduzidas pela então impugnante;
- 3) Nulidade do procedimento fiscal - incerteza no lançamento > não informa em qual fundamento encontra-se glosado cada mercadoria elencada na planilha anexa; não faz uma segregação em qual categoria pertencem as mercadorias, se foram consideradas como uso ou consumo, embalagens, etc. E, também não demonstra que os fretes transportavam de fato mercadorias não sujeitas ao crédito do imposto.
- 4) Direito de crédito sobre fretes para transportar mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária;



6) *Créditos de ICMS sobre embalagens e materiais de consumo e a substituição tributária;*

7) *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.*

A Consultoria Tributária por meio do Parecer nº 165/2017 (fls. 122 a 128) opina pelo conhecimento do recurso ordinário, negando-lhe provimento, a fim de que seja confirmada a decisão proferida pela instância singular, que foi pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

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\$ 192.109,18 (cento e noventa e dois mil, cento e nove reais e dezoito centavos), dos anos de 2011, 2012, 2013 e 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 nulidade da decisão de 1ª Instância por ausência de fundamentação e conseqüente 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 a transcrição de boa parte das informações complementares do presente auto de infração para fundamentar as alegações de nulidades suscitadas pelo impugnante. Como também foram realizadas as análises sobre as legitimidades dos créditos tributários alegadas na defesa.

Quanto à alegação da ilegitimidade passiva dos responsáveis da recorrente para constar no polo passivo do presente processo administrativo tributário, além de não ocorrer no presente caso, não tem a recorrente legitimidade para alegá-la. Senão vejamos:

O Auto de Infração em análise, foi lavrado em nome da empresa Companhia Brasileira de Distribuição, ou seja, pessoa jurídica que se constitui no sujeito passivo da relação tributária. Portanto, nesta fase administrativa o que está em julgamento é se a pessoa jurídica Companhia Brasileira praticou a infração apontada na inicial.

A responsabilidade dos sócios ou representantes da empresa somente será apreciada na fase de execução fiscal, se houver, não sendo competência deste órgão administrativo o exame de tal matéria.

Quanto a 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.



Nas informações complementares ao auto de infração, as quais foram transcritas pelo julgador singular, estão devidamente especificadas todas as atividades que a recorrente ora alega não terem sido efetivadas pelo fiscal autuante.

Logo, a autuação fiscal tem por fundamento o descumprimento pela autuada 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, bobinas, 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, tem o seguinte teor:

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 autuante nas informações complementares, é vedado aproveitar o crédito de ICMS oriundo da entrada tanto da mercadoria quanto do respectivo serviço de transporte. O fato desse 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) 411302 - 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:

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 nas informações complementares deve a empresa demonstrar que atendeu aos requisitos da legislação pertinente à matéria.

Por sua vez o fisco concluiu que todos os produtos constantes às fls.04 dos autos, não podem ser considerados bens do ativo imobilizado, por não possuírem as características especificadas para estes bens.

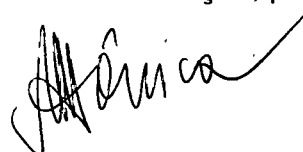
Portanto, estando sujeitas ao Dec. nº 29.560/2008, as operações da empresa em questão são tributadas por substituição tributária na entrada e as saídas dessas mercadorias, tendo passado ou não por processo industrial dentro do estabelecimento, devem ocorrer sem débito do tributo, fato que causa a vedação 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 nº 138/2010.

Com relação à 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 o § 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 a constitucionalidade sobre tal cobrança.

Diante do exposto, no tocante a penalidade aplicável ao caso em questão, é de se confirmar a indicação da multa disposta no auto de infração pelo agente fiscal - art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº12.670/96, que consigna no seu texto a cobrança de uma vez o valor do imposto.

Pelas razões expostas, voto pelo conhecimento do recurso ordinário, negar-lhe provimento e confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

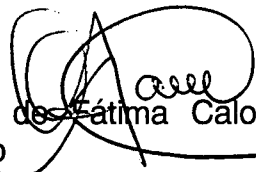
DECISÃO

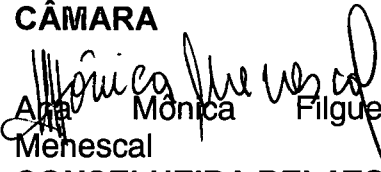
A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve em relação aos pedidos suscitados pelo contribuinte, na forma exposta a seguir: **1. Com relação à Preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva dos representantes legais da empresa – Afastada a pretensão recursal por voto de desempate da Presidente, com base na fundamentação de que, no âmbito do Estado do Ceará, o procedimento de Auditoria Fiscal, resultante em Processo Administrativo Tributário, instaura-se sobre a pessoa jurídica, com a verificação de possíveis cometimentos de infração tributária, assim considerada como toda ação ou omissão, voluntária ou não, praticada por qualquer pessoa, que resulte em inobservância de norma estabelecida pela legislação pertinente ao ICMS, não se cogitando de imputação de caráter pessoal ou individual, nem conferindo a responsabilidade pela prática de atos infracionais tributários em função do exercício do cargo, função, mandato, contrato social ou estatutos. Fundamenta-se ainda, que a relação estabeleceu-se entre o Fisco e a Recorrente, pessoa jurídica, não sendo chamado, por intimação pessoal, a título individual, nenhum dos sócios para compor a demanda. Conclusivamente, o que apurou em autuação, fora a responsabilidade tributária da pessoa jurídica, e não da pessoa de cada sócio ou sucessor. Desse modo, o pedido formulado não pode ser objeto de deliberação no âmbito deste Órgão de Julgamento Administrativo, sendo providência a ser pleiteada, se for o caso, quando da Inscrição da Dívida Ativa e junto à Procuradoria Geral do Estado. Tal posicionamento da Presidente, ao proferir o voto de desempate, está em desacordo com o Parecer da Processual Tributária, mas de acordo com manifestação oral em sessão do Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os Conselheiros Ricardo Ferreira Valente Filho, Renan Cavalcante Araújo e Osvaldo Alves Dantas que se manifestaram da seguinte forma: "acatamos a preliminar de ilegitimidade passiva dos sócios, haja vista que estes não tiveram a oportunidade de ampla defesa e do contraditório, pois estão na figura de "Corresponsáveis", o que certamente, após a finalização do âmbito administrativo, no ato de inscrição da CDA os**



sócios também responderão pelo crédito tributário, no entanto não foram intimados para se defenderem no ato da lavratura do auto, correndo todo o processo administrativo sem a formalidade do contraditório inerente aos mesmos, assim contrariando os princípios constitucionais, mais especificamente o art. 5º incisos LIV e LV da Constituição Federal. **2. Preliminar de nulidade da decisão de 1ª Instância por ausência de fundamentação e conseqüente cerceamento ao direito de defesa. Afastada por unanimidade de votos, pois a decisão singular está devidamente fundamentada na legislação pertinente.** 3. Preliminar de nulidade do procedimento fiscal pela incerteza do lançamento. – Afastada por unanimidade de votos, pois 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, não acarretando nenhum prejuízo a defesa. No mérito, a 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso ordinário interposto para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo Representante da DOUTA Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 08 de DEZEMBRO de 2017.


Lúcia dos Anjos Calou de
Araújo
**PRESIDENTE DA 3ª
CÂMARA**


Mônica Filgueiras
Menescal
CONSELHEIRA RELATORA


Michel André B. Lima
Gradvohl
CONSELHEIRO


Teresa Helena C. R. Porto
CONSELHEIRA


André G. Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO


Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO


Ricardo Ferreira Valente Filho
CONSELHEIRO


Osvaldo Alves Dantas
CONSELHEIRO