



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 25 /2018

51ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 22/11/2017

PROCESSO Nº 1/2932/2015

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201515132

RECORRENTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CGF: 06.299.940-0

CONSELHEIRO RELATOR: RODRIGO PORTELA OLIVEIRA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – SAÍDA DE PRODUTO SEM DÉBITO DO IMPOSTO – CRÉDITO INDEVIDO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE - AUTUAÇÃO PROCEDENTE

1 – Trata-se de Infração lavrada com o fundamento de que o Contribuinte deixou de recolher imposto quando se creditou indevidamente do ICMS referente a materiais de embalagem, matérias de consumo, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e fretes, conforme demonstrado na conta gráfica refeita pelo fiscal autuante.

2 – Imposta a penalidade preceituada no Art. 123, I, “c” da Lei n.º 12.670/96 alterada pela Lei n.º 13.418/03.

3 – Infração caracterizada uma vez que se trata de mercadoria cuja a saída não possui débito de impostos, uma vez que o contribuinte é enquadrado na sistemática do decreto n.º 29.560/98.

4 – Afastada as preliminares de ilegitimidade passiva; nulidade do levantamento; nulidade da decisão de primeiro grau.

5 – Recurso Ordinário parcialmente conhecido e improvido para confirmar a decisão CONDENATÓRIA exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do conselheiro Relator, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – SAÍDA SEM DÉBITO DO IMPOSTO – FRETE



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

01 – RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que a **Companhia Brasileira de Distribuição**, deixou de recolher imposto quando se creditou indevidamente do ICMS conforme demonstrado na conta gráfica em anexo ao Auto de Infração, cobrando imposto no valor de R\$ 4.781.507,11 e multa no valor de R\$ 4.781.501,11, relativo aos períodos de 2011, 2012, 2013 e 2014, com o seguinte relato da infração:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, ICLUSIVE DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER ICMS CONFORME DEMONSTRADO NAS CONTAS GRAFICAS REFEITAS DOS ANOS DE 2011, 2012, 2013 E 2014, EM ANEXO, PROVENIENTE DO APROVEITAMENTO DE CREDITOS INDEVIDOS, DE ACORDO COM INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES E DEMAIS DOCUMENTOS EM ANEXO”

Apontada infringido os Art. 73 ; 74; 65, VI, do Decreto nº. 24.569/97, com a penalidade prevista no Art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	-
ICMS	4.781.507,11
Multa	4.781.507,11
TOTAL	9.563.014,22

A Autuada apresentou impugnação (fls. 29 a 47), apresentando os seguintes argumentos:

- a) Que há ilegitimidade passiva dos representantes legais da atuada para configurar como polo passivo da autuação;
- b) Que há Nulidade do procedimento fiscal pela incerteza do lançamento.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

- c) Que possui direito ai crédito sobre fretes para transporte de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
- d) Que possui o direito aos créditos de ICMS sobre em balagens e matéria de consumo quando da substituição tributária;
- e) Erro no cômputo dos juros moratórios que não correspondem àquele apurado nos termos da legislação vigente;
- f) Que a multa aplicada é ostensivamente confiscatória;
- g) Por fim pede a total improcedência da acusação fiscal.

O lançamento tributário foi julgado procedente na 1ª Instância Administrativa, uma vez que a Julgadora Singular entendeu pela materialidade da acusação fiscal, afastando todos os argumentos apresentados pelo impugnante.

Intimada da decisão de 1º grau, a Autuada interpôs Recurso Ordinário onde alega, em síntese, que:

- a) Ilegitimidade passiva dos representantes legais;
- b) Nulidade da Decisão de 1ª instância, e conseqüente cerceamento ao direito de defesa;
- c) Nulidade do procedimento fiscal por incerteza do lançamento;
- d) Que possui direito a crédito sobre fretes para transporte de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária
- e) Que é devido o crédito de ICMS sobre embalagens no presente caso;
- f) Erro no cômputo dos juros moratórios; e
- g) Caráter confiscatório da multa aplicada.

A Consultoria Tributária, através do parecer de n.º 165/2017, manifestou-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento e confirmar a decisão de procedência proferida na instância singular.

Encaminhado os autos a douta Procuradoria do Estado, esta adotou o parecer da assessoria tributária, conforme fls. 133 do processo.

É o relatório.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	-
ICMS	4.781.507,11
Multa	4.781.507,11
TOTAL	9.563.014,22

02 – VOTO DO RELATOR

De acordo com o relato acima, trata-se de Auto de Infração, onde a empresa Autuada, deixou de recolher imposto quando se creditou indevidamente do ICMS conforme demonstrado na conta gráfica em anexo ao Auto de Infração, referente aos períodos de 2011, 2012, 2013 e 2014.

Tao creditamento indevido se deu em razão de o Recorrente ter aproveitado crédito de embalagens, materiais de consumo, mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária (decreto n.º 29.560/2008) e fretes cuja a saída dos produtos estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Verificado tais incorrências, o Autuante refez a conta gráfica da Recorrida o que gerou imposto a pagar, que aqui é cobrado.

Desta forma, seguindo a ordem dos argumentos trazidos pela empresa Recorrente, é o primeiro em relação a ilegitimidade passiva dos sócios no presente caso.

Ocorre que, a Autuada aqui é a empresa Companhia Brasileira de Distribuição, sendo somente contra esta a acusação aqui apontada. Tanto é assim, que nenhum dos sócios foram intimados a responder o presente auto de infração.

Além disso, não poderia a empresa autuada realizar pedidos em relação a terceiros que nem sequer apresentaram procuração ou se manifestaram no presente processo.

Quanto ao argumento seguinte, em relação a nulidade da decisão de 1ª instância, pois, segundo o Recorrente, a julgadora de 1º grau teria passado ao largo de todas

4



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

as questões apontadas pelo Recorrente em sua impugnação, observa-se que não merece prosperar.

Verifica-se, em verdade, é que o julgador atacou todos os pontos apontados pelo Recorrente de forma fundamentada, não havendo, assim, qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, bem como não houve qualquer prejuízo demonstrado.

Alega, ainda, o contribuinte, que o lançamento seria incerto, e conseqüentemente o procedimento fiscal seria nulo, pois não informa em qual fundamento está glosado cada mercadoria elencada na planilha anexa; não faz uma segregação em qual categoria pertence as mercadorias, se foram consideradas como bens de uso e consumo, embalagens, etc., não discriminou quais mercadorias considerou como bem de uso e consumo; não demonstrou que os fretes transportavam de fato mercadorias não sujeitas ao crédito do imposto.

Tal argumento não merece prosperar, e adoto as razões trazidas no parecer da consultoria tributária no presente argumento:

"Vê-se claramente um equívoco por parte da empresa ao suscitar tal nulidade, 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."

Desta forma, não merece prosperar a nulidade alegada.

No mérito, o Recorrente alega que possui direito ao crédito sobre fretes para transporte de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, pois os fretes são contratados na categoria FOB, e não haveria previsão legal que vedasse o creditamento no caso.

Ocorre que existe sim previsão legal que veda o creditamento no presente caso, trata-se do artigo 65, VI, do Decreto n.º 24.569/97, que dispõe que:

"Art. 65 - Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

(...)



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

VI — entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebido para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito de imposto.”

Além disso, o fiscal descreveu o método que utilizou para realizar a glosa do crédito referente ao **serviço de transporte**, conforme fls. 04 do presente AI, o que não foi demonstrado pelo Recorrente qualquer irregularidade:

“na impossibilidade de fazermos a correlação entre os conhecimentos de transportes e as notas fiscais com as respectivas mercadorias transportadas, efetuamos o cálculo percentual entre os valores totais de aquisições e recebimento de transferência de mercadorias e os valores de base de cálculo informados pelo próprio contribuinte para obtermos um percentual de crédito indevido sobre os valores creditados de conhecimento de transportes, conforme arquivo em excel em anexo”

Desta forma, o Recorrente não traz qualquer informação que vá de encontro ao levantamento realizado pelo fiscal, não merecendo prosperar o presente argumento.

Além disso, o agente autuante intimou o contribuinte (Termo de Intimação nº 2015.10318) a apresentar os Conhecimentos de Transportes vinculados às respectivas notas fiscais das mercadorias transportadas, a fim de identificar se estas estavam ou não sujeitas à tributação do ICMS por substituição tributária. Como o contribuinte não os apresentou, o autuante arbitrou os valores dos créditos a serem glosados, conforme autoriza o artigo 148 do CTN.

Ainda no mérito, alega o recorrente que, baseado no princípio da não cumulatividade, garantia constitucional, seria devido o crédito de ICMS no presente caso.

Ocorre que o Recorrente se enquadra na atividade de Comércio Varejista de Mercadorias em Geral com predominância de Produtos Alimentícios – Supermercados (CNAE n.º 4711302), onde, conforme o decreto n.º 29.560/98, é sujeito ao regime de substituição tributária pela atividade ou cnae. Ou seja, o Recorrente é responsável pelo recolhimento do imposto, adiantando, na entrada, o recolhimento.

Por óbvio, na saída da mercadoria não há destaque do imposto, uma vez que já recolhido na entrada, e o contribuinte tem consciência desta sistemática.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Assim, artigo 65, VI, do Decreto n.º 24.569/97, acima citado, também se aplica ao presente argumento.

Além disso, o fato do Recorrente acondicionar, embalar ou empacotar os produtos dentro de seu estabelecimento, não constitui atividade industrial. É a inteligência do artigo n.º 456, V, do decreto n. 24.569/97.

Razão pela qual, a glosa do crédito realizada pelo Agente Autuante deve ser mantida no presente caso.

Em relação ao erro no cômputo dos juros moratórios, apesar de entender que, neste caso, assiste razão ao contribuinte, fui voto vencido em sessão de julgamento, onde foi mantido o crédito tributário nesta parte.

Por fim, em relação ao caráter confiscatório da multa em questão, não se pode conhecer desta parte do presente recurso, uma vez que trata-se de matéria em que este órgão colegiado não possui competência, nos termos do artigo n.º 48 da Lei n.º 15.614/2014, nos seguintes termos:

"Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

- I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;
- II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;
- III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal."

Portanto, diante do acima exposto, VOTO para que se conheça em parte do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão Condenatória, exarada em 1ª Instância, em conformidade com o parecer a assessoria processual tributária.

7



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

É como VOTO.

03 – DEMONSTRATIVO

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	-
ICMS	4.781.507,11
Multa	4.781.507,11
TOTAL	9.563.014,22

04 – DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente a Companhia Brasileira de Distribuição:

Decisão: "Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso ordinário e tomar as seguintes deliberações: 1. Quanto à alegação de ilegitimidade passiva dos representantes legais da empresa, afastar por unanimidade de votos, considerando que o lançamento foi realizado contra a pessoa jurídica, não contra seus sócios. Entendem os senhores conselheiros que eventuais discussões acerca da corresponsabilidade – ou não - dos sócios perante a Fazenda Pública, em face do crédito em questão, deverão ser feitas no âmbito do Poder Judiciário, por ocasião de eventual processo de execução fiscal; 2. Quanto à alegação de nulidade da decisão de primeira instância por ausência de fundamentação e consequente cerceamento ao direito de defesa da recorrente, afastar por unanimidade de votos, ante a constatação de que a julgadora singular enfrentou um a um todos os argumentos defensórios expostos na impugnação; 3. Quanto à alegação de nulidade do procedimento fiscal e suposta incerteza quanto ao lançamento, com implicações negativas sobre o direito de defesa da empresa atuada, resolvem afasta-la por unanimidade de votos, sob o entendimento de que feito fiscal não padece do vício apontado no Recurso, haja vista a planilha contida no CD presente nos autos e também entregue ao contribuinte, em que o agente fiscal atuante identifica cada operação cujos créditos foram considerados indevidos, em razão dos quais identificou-se a falta de recolhimento do ICMS. 4. Quanto ao argumento recursal de que a empresa teria direito aos créditos originários dos fretes, resolvem por unanimidade de votos rejeita-lo. Consta nos autos que o agente atuante intimou o contribuinte (Termo de Intimação nº 2015.10318) a apresentar os Conhecimentos de Transportes vinculados às respectivas notas fiscais das mercadorias transportadas, a fim de identificar se estas estavam ou não sujeitas à tributação do ICMS por substituição tributária. Como o contribuinte não os apresentou, o atuante arbitrou os valores dos créditos a serem glosados, conforme autoriza o artigo 148 do CTN. 5. Em decisão final quanto ao




SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

MÉRITO resolvem, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão CONDENATÓRIA exarada em 1ª Instância, sob o entendimento de que o direito ao crédito do ICMS pelas entradas de material de embalagem no estabelecimento está condicionado à saída de mercadoria sujeita ao imposto, o que não é o caso dos autos, uma vez que à época dos fatos em questão, tal como agora, a empresa estava submetida ao regime de tributação do ICMS por substituição tributária por entradas, não havendo, portanto, sujeição ao imposto por ocasião das saídas, conforme disposto no artigo 60, III do Decreto 24.569/97. Em relação ao frete afastar o aproveitamento do crédito conforme o art. 65, VI do Decreto 24.569/97 uma vez que se trata de produtos sujeitas ao regime de Substituição Tributária e sua posterior saída ocorre sem débito do imposto. 5. Em referência à alegação de que houve erro no cômputo dos juros moratórios, afastada por unanimidade de votos, sob o entendimento de que não é cabível discutir no âmbito deste contencioso os critérios utilizados pela administração fazendária para atualização dos créditos fiscais em atraso. Foi voto vencido neste ponto o do Conselheiro Rodrigo Portela Oliveira; 7. Não se conhece do Recurso na parte relativa ao caráter alegadamente confiscatório da multa aplicada, em face do disposto no art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/14. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.


SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, em 19 de Fevereiro de 2018.


Abílio Francisco de Lima
PRÉSIDENTE DA 4ª CÂMARA



José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Lúcio Flavio Alves
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO

P/ Camila Borges Duarte
Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO