

ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 205 /2017

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 22 de Novembro de 2017. (51ª. SESSÃO)

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3714/2014 AI.: 1/201412377

RECORRENTE: **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO - CGF: 06.293.375-2**

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

AUTUANTE: ANTONIO ALVES DOS SANTOS NETO

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS – CREDITO INDEVIDO. 1. A empresa creditou-se indevidamente do ICMS de materiais de embalagem no período de 01 a 12 de 2009, pois 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. 2. Em referência à alegação de que houve erro no cômputo dos juros moratórios, afastada por maioria de votos. 3. O Recurso não foi conhecido na parte referente à alegação de que a penalidade aplicada possui caráter confiscatório, em face do disposto no art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/14. 4. AUTUAÇÃO PROCEDENTE, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. 5. Artigos Infringidos: Art. 60, III do Decreto 24.569/97. 6. Penalidade: Art. 123, II, 'a' da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

PALAVRAS-CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO – CRÉDITO VEDADO EM DECORRENCIA DE SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO DO ICMS – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " CREDITO INDEVIDO DE 'CMS, RELATIVO A ENTRADA DE MERCADORIA E RESPECTIVO SERVICO RECEBIDA P/COMERCIALIZACAO, QUANDO SUA POSTERIOR SAIDA OCORRA SEM DEBITO DO IMPOSTO. SENDO ESTA CIRCUNSTANCIA CONHECIDA NA DATA DA ENTRADA A EMPRESA CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DO ICMS DE COMPRAS DE MATERIAIS DE EMBALAGEM, UTILIZADOS NO ACONDICIONAMENTO DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBST. TRIBUTARIA, CONFORME DEMONSTRATIVO, INF. COMPLEMENTARES E DOC. ANEXOS."

O agente fiscal lança o ICMS no valor de R\$ 46.564,42, e a MULTA no mesmo valor (R\$ 46.564,42), em seguida aponta como dispositivo infringido: Art. nº 65, VI, do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, I, "A" da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

Dentre outras informações contidas na informação complementar, reproduziremos abaixo a observação, contida as fls. 04 e 06, vejamos:

"Não foi refeita a conta gráfica do ICMS da empresa no exercício fiscalizado, a título compensatório para empresa, em virtude da mesma ter utilizado seu saldo credor para abater os débitos gerados em virtude dos estornos do ICMS de energia acima mencionados, em data anterior ao termo de início dessa ação fiscal.

A empresa creditou-se indevidamente no Livro registro de entradas do ICMS correspondente aos Materiais de Embalagens (sacos plásticos, bandejas de papelões, filme duplo de PVC, etc...), utilizados no acondicionamento da venda de mercadorias sujeitas ao regime de pagamento da substituição tributária, conforme Demonstrativo do Crédito Indevido do ICMS de Materiais de Embalagens, tendo assim, descumprido frontalmente a legislação tributária fiscal estadual, contrariando o artigo ART. 65, VI, do Decreto 24.569/97, abaixo transcrito:"

A empresa entra com defesa tempestiva, anexado às fls. 34 a 51, com os argumentos e solicitações:

- ✓ Que há ilegitimidade passiva dos representantes legais da autuada para configurar como polo passivo da autuação;
- ✓ Que há Nulidade do procedimento fiscal pela incerteza do lançamento.
- ✓ Que possui o direito aos créditos de ICMS sobre os serviços de fretes das mercadorias sujeitas a ST.

- ✓ Que as embalagens foram empregadas em seu processo produtivo, o qual se exterioriza na industrialização de diversos itens como alimentos prontos, pães, bolos, carnes, peixes, frios e laticínios em geral e conforme art. 57 do RICMS/CE o qual assegura o direito ao crédito dos insumos no processo industrial;
- ✓ Erro no cômputo dos juros moratórios que não correspondem àquele apurado nos termos da legislação vigente;
- ✓ Que a multa aplicada é ostensivamente confiscatória;
- ✓ Por fim pede a total improcedência da acusação fiscal.

A julgadora monocrática julga pela procedência da autuação, conforme ementa contida às fls. 195:

“EMENTA: CRÉDITO INDEVIDO - O contribuinte lançou e aproveitou crédito de ICMS provenientes de aquisições de produtos embalagens. destinadas a acondicionar mercadorias sujeitas à sistemática da substituição tributária. Decisão em conformidade com, Decreto nº 29.560/2008, artigos, 438 e 450 do Decreto nº 24.569/1997, art. 60, III e 65 VI e art. 456, V. todos do Decreto 24.569/97, sujeitando-se o infrator a penalidade disposta no Art. 123 inciso II alínea "a" da Lei 12.670/1996.”

AUTUAÇÃO PROCEDENTE
DEFESA TEMPESTIVA

Inconformada com a decisão singular, a interessada ingressa com Recurso Ordinário, acostada ao processo às fls. 208 a 235, com os mesmos argumentos utilizados na defesa inicial, vejamos:

- Que a decisão de primeira Instância é nula por ausência de fundamentação e conseqüente cerceamento ao direito de defesa.
- Que é flagrante a ilegitimidade dos diretores para figurar no polo passivo da presente autuação.
- Que o crédito tributário decaiu, já que a lavratura do Auto de Infração se deu após os 05(cinco) anos do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º. do CTN.
- Que o auto de infração é nulo, pois não informa quais mercadorias foram identificadas pelo Fiscal, quais os períodos específicos em que cada mercadoria foi identificada e qual a alíquota utilizada para cálculo do imposto creditado.
- Que tem direito ao crédito sobre a aquisição de embalagem, pois este insumo é essencial para o desenvolvimento das atividades da empresa, inclusive para sua atividade equiparada a industrial.
- Que mesmo que as mercadorias embaladas estivessem sujeitas à Substituição Tributária, ainda assim seria impossível a dedução do ICMS incidente na aquisição das embalagens prevista no art. 435, § 7º., inciso III do RICMS, como aludido no relatório da fis-

calização, já que tais embalagens são compradas em momento anterior à aquisição das mercadorias no regime da substituição tributária.

- Que a multa aplicada tem natureza confiscatória, conforme reconheceu a Primeira Câmara do Conselho de Recursos Tributários por meio da Resolução nº 709/2013.
- Que houve erro no cômputo dos juros moratórios que não correspondem àquele apurado nos termos da legislação vigente.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 132/2017, acostado as fls. 248 a 258, adotado pelo representante da DOUTA Procuradoria do Estado se manifesta pela manutenção da decisão do Julgador Monocrático.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento a fim de que seja mantida a decisão proferida na instância singular.

Eis, o relatório.

VOTO:

Os argumentos trazidos ao processo pela recorrente não resistem aos fatos, conforme demonstrado adiante.

DA NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Quanto à alegação de nulidade da decisão de primeira instância por ausência de fundamentação e conseqüente cerceamento ao direito de defesa da recorrente, constatamos que a julgadora singular enfrentou um a um todos os argumentos defensórios expostos na impugnação, bastando para isso verificar a fundamentação legal constante às fls. 197 a 202, portanto entendemos que não deva ser acatada a solicitação de nulidade pleiteada pela recorrente.

DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL

Quanto à alegação de nulidade do procedimento fiscal e suposta incerteza quanto ao lançamento, dificultando o contraditório e a ampla defesa, constata-se que o lançamento não padece do vício apontado no Recurso, haja vista a planilha constante às folhas 12 a 69 dos autos, em que o agente fiscal autuante identifica cada operação cujos créditos foram considerados indevidos, com especificação do número do documento fiscal, produto ou serviço, valores dos documentos e dos respectivos créditos glosados.

N

[Handwritten signature]

DO ERRO NO CÔMPUTO DOS JUROS MORATÓRIOS

Quanto à alegação de que houve erro no cômputo dos juros moratórios, entendo que não é cabível discutir no âmbito deste contencioso os critérios utilizados pela administração fazendária para atualização dos créditos fiscais em atraso.

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva dos representantes legais da empresa, entendo que o lançamento foi realizado contra a pessoa jurídica, não contra seus sócios, portanto eventuais discussões acerca da corresponsabilidade 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.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Quanto a arguição do Recurso na parte relativa ao caráter alegadamente confiscatório da multa aplicada, entendo que não se deva conhecer, conforme determinação contida no art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/14, in verbis:

“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.”

DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO

Quanto à arguição de decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente ao período de 2009, detectou-se que no período fiscalizado as apurações realizadas pelo contribuinte apresentaram saldos credores mensais, donde se infere que não houve antecipação



de pagamentos do imposto que demandassem homologação nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Conclui-se, portanto, que a hipótese dos autos é de aplicação da regra de contagem do quinquênio decadencial prevista no art. 173, I, do CTN, o qual não foi extrapolado no presente caso, visto que a lavratura do auto de infração com a devida notificação ao contribuinte se deu em outubro de 2014;

DO MÉRITO

Entendo 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 determina o artigo 60, III do Decreto 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, recebido para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito de imposto. "

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que não se conheça a parte do Recurso Ordinário referente à alegação de que a penalidade aplicada possui caráter confiscatório, ferindo princípio estabelecido na Constituição Federal, pois que não compete a este órgão de julgamento administrativo afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas, e nas demais partes do Recurso Ordinário Conhecer e negar-lhe provimento para confirmar a decisão de procedência de 1ª Instância, nos termos do julgamento singular e de acordo com o Parecer da Célula de Acessória Processual Tributária adotada pela douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
ICMS	MULTA
R\$ 46.564,42	R\$ 46.564,42

É o voto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO** - CGF: **06.293.375-2** e RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

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 autuada, resolvem afastá-la por unanimidade de votos, sob o entendimento de que feito fiscal não padece do vício apontado no Recurso, haja vista a planilha constante às folhas 12 a 69 dos autos, em que o agente fiscal autuante identifica cada operação cujos créditos foram considerados indevidos, com especificação do número do documento fiscal, produto ou serviço, valores dos documentos e dos respectivos créditos glosados, etc.; 4. Quanto à arguição de decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente ao período de 2009, resolvem afastá-lo, por unanimidade de votos, porquanto restou demonstrado que no período fiscalizado as apurações realizadas pelo contribuinte apresentaram saldos credores mensais, donde se infere que não houve antecipação de pagamentos do imposto que demandassem homologação nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Segue-se que a hipótese dos autos é de aplicação da regra de contagem do quinquênio decadencial prevista no art. 173, I, do CTN, o qual não foi extrapolado no presente caso, visto que a lavratura do auto de infração com a devida notificação ao contribuinte se deu em outubro de 2014; 5. No 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. Decisão com fundamento no artigo 60, III do Decreto 24.569/97; 6. Em referência à alegação de que houve erro no cômputo dos juros moratórios, afastada por maioria 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 Conse-

lheiro 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.

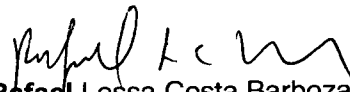
Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em
08 de Dezembro de 2017.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Lúcio Flavio Alves
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Alide Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO