



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 0236 /2018

59ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 20 de novembro de 2018.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3777/2014 AI.: 1/201408386

RECORRENTE: CARREFOUR COMÉRCIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA-CGF:
061784176

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO –. 1. As operações autuadas não são tributadas pelo ICMS, trata-se de VENDA DE SERVIÇOS OPCIONAIS DIGITAIS / ESCOLA 24 HORAS/DESCARTE CERTO 2. **Auto de Infração IMPROCEDENTE**, nos termos do voto do relator e de acordo com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: FALTA DE RECOLHIMENTO – VENDA DE SERVIÇOS OPCIONAIS DIGITAIS/ESCOLA 24 HORAS/DESCARTE CERTO – AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

04

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER R\$ 61.155,07 DE ICMS DEVIDO EM OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS CONCOMITANTE COM A VENDA OPCIONAL DE SERVIÇOS (SERVIÇOS DIGITAIS/ESCOLA 24 HORAS/DESCARTE CERTO), DEIXANDO DE INCLUIR ESTES ULTIMOS NA BASE DE CALCULO DO ICMS. (VIDE INF. COMPLEMENTARES). "

O agente fiscal lança a título de ICMS o valor de R\$61.155,07 e a MULTA no mesmo valor R\$61.155,07, em seguida aponta como dispositivo infringido: Art. nº 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, I, "C" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

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

"Após análise das MFD's (Memórias da Fita Detalhe) dos ECF's (Caixas 58, 68, 56 e 84) e dos Arquivos enviados pelo Contribuinte (Período 2010 e 2011) da empresa fiscalizada, constatamos que a atuada deixou de recolher R\$ 61.155,07 (sessenta e um mil, cento e cinquenta e cinco reais e sete centavos) de ICMS devido na APURAÇÃO MENSAL, já que o contribuinte não incluiu na base de cálculo do ICMS tais SERVIÇOS em vendas de eletro-eletrônicos.

Durante o procedimento fiscal, emitimos os Termos de Intimação 2014.12760, 2014.15631 e 2014.16510 para apresentação das MFD's dos ECF's que tinham como finalidade a venda de produtos eletro-eletrônicos. O contribuinte atendeu parcialmente as Intimações já que os ECF's 58 e 68 começaram tais vendas de eletroeletrônicos a partir de outubro/2011 e agosto/2011, respectivamente. Assim, utilizamos para cálculo do imposto no período compreendido de janeiro/2010 a outubro/2011, um Relatório Gerencial enviando pelo Contribuinte (ARQUIVOS ENVIADOS - CARREFOUR 06.178.417-6). Os ECF's 56 e 84 foram utilizados em vendas de eletro-eletrônicos no período de dezembro/2013. "

A empresa apresenta devesa tempestiva às fls. 26 e 37, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que os denominados SERVIÇOS DIGITAIS não compõem o preço da mercadoria, sendo negócios jurídicos celebrados entre o consumidor e as respectivas prestadoras de serviços, alheios a operação mercantil;

DM

- ✓ Que o auto é uma presunção do agente fiscal afirmar que os valores referentes aos denominados SERVIÇOS DIGITAIS SERIAM cobrança de "juros disfarçados";
- ✓ Que os valores apresentados pelo agente do fisco são ilíquidos e incertos, fato que por si só leva a improcedência da ação fiscal;
- ✓ Que a multa possui nítida feição confiscatória;
- ✓ Requer por fim:
- ✓ Que que seja dado provimento a presente defesa, com a decretação da IMPROCEDENCIA do auto de infração.

O julgador monocrático julga pela procedência da autuação, conforme ementa contida às fls. 50 a 58:

"EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. "FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES".

A acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS referente a não inclusão de venda concomitante de serviços contratados denominado SERVIÇOS DIGITAIS de forma simultânea a operação de saída da mercadoria, devendo assim compor o custo da mercadoria vendida, portanto devendo integrar a base de cálculo do ICMS.

Autuação PROCEDENTE, decisão amparada nos Artigos 25, 73 e 74 do Decreto 24.569/1997, com penalidade prevista no Artigo 123, inciso I, alínea "c" da Lei 12.670/1996 alterado pela Lei 13.418/2003. DEFESA TEMPESTIVA. "

A empresa apresenta recurso ordinário às fls. 144 e 150, com os mesmos argumentos da defesa inicial.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 181/2018, acostado as fls. 155 a 158, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado se manifesta pela reforma do julgamento singular de procedência para improcedência do auto de infração.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento a fim de que seja reformada a decisão singular de procedência para IMPROCEDENCIA do auto de infração.

Eis, o relatório.

Oh

VOTO:

A acusação versa falta de recolhimento, uma vez que não incluiu na base de cálculo do imposto o valor dos serviços (serviços digitais/escola 24 horas/descarte certo), a qual analisaremos abaixo:

NULIDADE

Quanto a alegação de inconstitucionalidade por ser abusiva, deste não se deve conhecer, pois vedado pela Lei Nº 15.614/2014, 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.”

DO MERITO

Corroboro com o entendimento da parecerista e da empresa na alegação de que não há porque haver lançamento do auto de infração, pois os SERVIÇOS DIGITAIS / ESCOLA 24 HORAS/ DESCARTE CERTO não compõe o preço da mercadoria, sendo negócio jurídico celebrado entre o consumidor e a seguradora, alheio à operação mercantil, portanto não se justifica o lançamento já que se trata de serviços não abrangidos pela incidência do ICMS, e para não sermos repetitivos nos acostamos ao parecer, vejamos:

“Data vênia assiste razão a requerente quando alega que os SERVIÇOS DIGITAIS/ ESCOLA 24 HORAS/ DESCARTE CERTO não compõe o preço da mercadoria, sendo negócio jurídico celebrado entre o consumidor e a seguradora, alheio à operação mercantil motivos que

Or



levaram a autoridade julgadora a decidir pela procedência da ação fiscal não se justifica.

Trata o presente processo da falta de recolhimento do ICMS, uma vez que não incluiu na base de cálculo do imposto o valor dos serviços (serviços digitais/escola 24 horas/descarte certo).

Por seu turno, nas Informações Complementares o agente atuante concluiu que Serviços Digitais/Escola 24 Horas/Descarte Certo, além de servirem como juros cobrados do cliente são serviços vendidos concomitantemente com a venda da mercadoria e que estão fora da lista exaustiva da LC 116/2003. Nesse sentido, quando contratado simultaneamente à venda do produto, onerando a operação de venda ao adquirente da mercadoria, integra a base de cálculo do ICMS no Estado do Ceará, e cita o art. 25, § 40, II do Dec. no 24.569/97.

§ 4º Integram a base de cálculo do ICMS:

II — o valor correspondente a:

a) seguro, juro e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bonificações, bem como desconto condicionado.

Ocorre que entendemos diferente do julgador singular e do fiscal atuante, pois no que concerne especificamente à comercialização de mercadorias, a competência tributária constitucionalmente atribuída aos estados teve os seus contornos circunscritos na singela, mas expressiva, definição constante do artigo 155, II da CF: "Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias".

Devemos entender que o "seguro" citado no art. 25, § 4º II do Regulamento do ICMS, trata da garantia de cobrir eventuais perdas ou danos causados a mercadoria durante o decorrer do negócio jurídico de compra e venda, o qual poderá ocorrer durante o transporte, a entrega ou na movimentação do produto, dessa forma, tal valor deve ser embutido na base de cálculo do imposto, uma vez que, sendo um custo da operação, deverá ser repassado ao adquirente, obrigatoriamente, isto é, o destinatário não tem a opção de não querer. Porém, a venda opcional de "OUTROS SERVIÇOS" é desvinculada da operação de compra e venda, uma vez que, ela ocorre após a realização do negócio jurídico, sendo um serviço opcional ao adquirente, (como exemplo podemos citar o seguro de carro e de

OH

aparelho celular que não ocorre o pagamento do ICMS), dessa forma, não poderá fazer parte da base de cálculo do ICMS cobrado sobre o valor da mercadoria.

De fato, não há como o imposto incidir sobre valores relativos a negócios jurídicos que, apesar de relacionados às mercadorias comercializadas, são alheios àqueles celebrados entre contribuinte e o respectivo adquirente (consumidor) para consubstanciar a transferência da propriedade dos bens objeto de circulação.

Portanto, apesar de a base de cálculo do ICMS não estar limitada ao preço da mercadoria e poder abranger valores relativos a condições exigidas do comprador como pressuposto para a respectiva compra e venda, não pode ser nela computados montantes relativos a negócios celebrados com terceiros, estranhos à operação que dá ensejo à incidência do ICMS.

Ademais, vale trazer o Recurso Especial 1346749/MG objeto de análise do STJ pelo Ministro Benedito Gonçalves em 10/02/2015 o qual afirmou que não integra a base de cálculo do ICMS o Seguro de garantia Estendida, tampouco "Outros Serviços" como no caso em questão, senão vejamos:

"Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: RESP 1346749 MG2012/0205926-6 RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ART. 13, § 1º, II, A, DA LC 87/96. SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA. NÃO INCLUSÃO. NEGÓCIO JURÍDICO POSTERIOR E AUTÓNOMO EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO DE COMPRA DA MERCADORIA. "REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL • SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA - ICMS • NÃO INCIDÊNCIA - FAZENDA PÚBLICA VENCIDA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS • ARTIGO 20, § 4º. DO CPC • SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. O seguro "garantia estendida" não compõe o preço de do produto comercializado, razão pela qual o valor correspondente não pode integrar a base de cálculo do ICMS."

Pelo exposto e conforme decisão acima mencionada, só podem ser computados ao preço da mercadoria valores exigidos como pressupostos para a concretização da compra e venda, dessa forma assim como a Garantia Estendida, "SERVIÇOS" é uma operação desvinculada da operação de compra e venda, portanto, não poderá fazer parte do cálculo do ICMS.

OH 6



Isto posto, opina-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento para que seja reformada a decisão singular para Improcedência da presente ação fiscal.

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça em parte do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento para modificar a decisão recorrida, julgando improcedente o auto de infração nos termos voto do conselheiro relator, e de acordo com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributaria adotada pela Douta Procuradoria Geral do Estado. Quanto à alegação de que a penalidade aplicada fere a Constituição Federal, por ter caráter confiscatório, entendo que não se deve conhecer, pois 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.

É o voto.

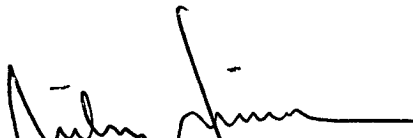
OH


MS

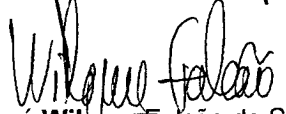
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE: CARREFOUR COMÉRCIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA - CGF: **061784176** e RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

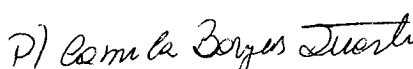
DECISÃO: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer em parte do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, julgar IMPROCEDENTE a ação fiscal, por entenderem que os serviços adicionais a que se refere a autuação, oferecidos pela empresa autuada quando da venda de produtos em suas lojas, não compõe a base de cálculo do ICMS. A Câmara não conhece do Recurso na parte referente à alegação de que a penalidade aplicada fere a Constituição Federal, por ter caráter confiscatório. Entendem os senhores conselheiros 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. 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. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da Recorrente, Dra. Itana Moreira Amaral Oliveira.

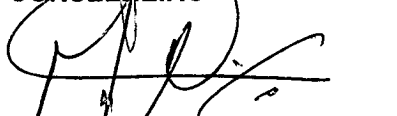
Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em
03 de Dezembro de 2018.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Diogo Moraes Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO