



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Resolução nº. 009/2010

Sessão: 97ª Sessão Extraordinária de 16 de setembro de 2009

Processo nº: 1/1220/2006

Auto de Infração nº: 1/200602162

Recorrente: CLARO S/A(BSE S/A)

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Relatora: MAGNA VITÓRIA G. L. MARTINS

Autuante: MARIA ÂNGELA MARQUES

Matrícula: 10583810

Autuante: ELIANE LIMA FERNANDES

Matrícula: 1040651x

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM PREÇO INFERIOR AO CUSTO MÉDIO DE AQUISIÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. Constatada venda de aparelhos celulares, em todo o exercício de 2002, com preço inferior ao custo médio de aquisição, sem motivo justificado. Trabalho fiscalizatório realizado através do confronto mensal entre os preços unitários de venda e de compra. Auto de infração julgado **PROCEDENTE**. Obediência ao comando legal insculpido no art. 25, § 8º do Decreto nº 24.569/97. Incompetência dos órgãos julgadores para apreciar arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação tributária que fundamentou o lançamento. Prática comercial reiterada por anos consecutivos. Concorrência desleal. Decisão amparada no Parecer da Consultoria Tributária, adotado integralmente pela douta Procuradoria Geral do Estado. Recurso voluntário conhecido e não provido. Infringência ao art. 25, § 8º do Decreto nº 24.569/97. Penalidade inserta no art. 123, III, alínea "e" da Lei nº 12.670/96. Unanimidade de votos.

Processo nº. 1220/2006

Auto de Infração nº. 2006.02162

CLARO S/A (BSE S/A)

Julgamento: 16/09/2009

Relatora: Magna Vitória G. Lima Martins.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RELATÓRIO

Noticia a peça basilar acusatória que

"a empresa emitiu cupons e notas fiscais NF1 referentes a venda de aparelhos celulares no exercício de 2002, com valores inferiores aos de aquisições no montante de R\$ 412.503,77, conforme informações complementares anexas"

As Autuantes indicam, como dispositivos legais infringidos pelo contribuinte, o artigo 25, inciso I, § 8º e os artigos 27 e 33, inciso I, do Decreto nº 24.569/97, assinalando como penalidade o artigo 123, III, 'e' da Lei nº 12.670/96.

Nas Informações Complementares, afirmam que a Autuada é concessionária de Serviço Público de Telecomunicações e também atua no comércio varejista de máquinas e equipamentos (CNAE Secundário 245003). Aduzem que a Autuada não tem autorização do Fisco Estadual para a realização de vendas de aparelhos celulares com preço abaixo do custo de aquisição, conforme determina o artigo 25, § 8º do Decreto nº 24.569/97.

A Autuada afirma que, de fato, não dispunha dessa autorização, haja vista a venda de aparelhos celulares com preço abaixo do custo de aquisição tratar-se de prática utilizada por todas as operadoras concessionárias de Serviço Público de Telecomunicações para aumentar a sua base de clientes. Inconformada com a autuação, apresentou, tempestivamente, Impugnação, às fls. 1106/1132.

O Julgador Singular, por entender que restou configurada nos autos a infração apontada na Inicial, sustentou integralmente o feito fiscal, devendo ser o contribuinte autuado submetido à penalidade inserta no art.123, III, 'e' da Lei nº 12.670/96.

Em sua peça recursal e em Memorial enviado a esta 1ª Câmara de Julgamento em 15/09/2009, a Recorrente reiterou os argumentos apresentados em sua impugnação inicial, em síntese: inconstitucionalidade e ilegalidade do artigo 25, § 8º do RICMS/CE e ilegalidade e desproporcionalidade da exigência da multa aplicada.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Através do Parecer nº 714/2007, a Consultoria Tributária opinou pela confirmação da decisão singular de procedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

O presente Processo Administrativo Tributário versa sobre a venda de aparelhos celulares, adquiridos em transferências internas e interestaduais, com preço inferior ao custo médio de aquisição, sem motivo justificado.

Cumpra informar, de início, que a tese acusatória está fundada no artigo 25, §8º do Regulamento do ICMS, que assim dispõe:

“Art.25. A base de cálculo do ICMS será:

[...]

§ 8º. A base de cálculo do imposto não será inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou ao valor da operação anterior, bem como ao custo da mercadoria, quando produzida ou fabricada pelo próprio estabelecimento, salvo motivo relevante, a critério da autoridade fazendária competente do seu domicílio fiscal.”

Inconformada com a decisão singular que manteve na íntegra o lançamento, a Autuada interpôs recurso voluntário limitando-se a arguir a inconstitucionalidade e a ilegalidade do artigo 25, §8º do Decreto nº 24.569/97, por inobservância às disposições contidas no art. 146 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96, que definiu as normas gerais aplicáveis ao ICMS e da multa aplicada no lançamento.

Entende a Recorrente que o §8º do art. 25 do Regulamento do ICMS “*amplia o conceito de valor da operação atribuindo a ela um valor mínimo à base de cálculo do tributo, desconsiderando o valor da operação singularmente considerado*”.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

As arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade do artigo 25,§8º do RICMS/CE e da lei que rege a multa imputada não serão analisadas nesse Processo Administrativo tributário, haja vista que é pacífico nesse Contencioso o entendimento de que não é de competência deste Conselho apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade da legislação tributária estadual que fundamentou o lançamento. Tendo em vista, portanto, que a competência desse Conselho se restringe à verificação da legalidade do lançamento, isto é, se o lançamento foi realizado com base em legislação vigente à época do fato gerador, inocorrência de erros materiais, enquadramento correto das infrações à legislação tributária, se cominadas, de maneira acertada, as penalidades cabíveis, a análise do presente processo se fará nesses termos.

Os Agentes do Fisco, em obediência ao comando legal insculpido no art. 25,§ 8º do Decreto nº 24.569/97, adotaram o procedimento fiscalizatório abaixo transcrito, para constatarem a inobservância da legislação pela Recorrente, que, em todo o exercício de 2002, realizou operações de saídas de mercadorias (aparelhos celulares) com valores inferiores às médias de suas entradas, resultando, por conseguinte, na falta de recolhimento do imposto, no montante de R\$ 70.125,64.

1. Inicialmente, as Autuantes verificaram que todas as aquisições de aparelhos celulares decorriam de operações de transferência tanto internas como interestaduais.
2. Em seguida, foram calculadas as médias mensais ponderadas, por códigos, de todas as notas fiscais de aquisição por transferência de aparelhos celulares. (ANEXO I, fls.27/50)
3. De posse dessas médias ponderadas, foi realizado o seu confronto com os valores unitários de vendas dos aparelhos celulares. Em não existindo média mensal para determinado aparelho celular, foram consideradas as médias dos meses imediatamente anteriores ou a média dos inventários iniciais de 2001.
4. Por fim, foi elaborado Relatório das Notas Fiscais de Saídas de Aparelhos Celulares vendidos com preço inferior ao preço de aquisição (ANEXO II, fls.51/165) indicando a data de saída do aparelho celular, o número do documento fiscal, o código e a descrição do produto, a quantidade, o valor unitário, a média mensal, a diferença por unidade e a diferença total.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Diante da inobservância de regra regulamentar não declarada ilegal ou inconstitucional, os Agentes do Fisco efetuaram o lançamento, ora apreciado, por não lhes ser autorizado expender juízo de valor acerca da legislação que rege a obrigação.

Nesse norte, destaque-se os ensinamentos do mestre HUGO DE BRITO MACHADO:

"A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional (CTN, art.142, parágrafo único). Tomando conhecimento do fato gerador da obrigação tributária principal, ou do descumprimento de uma obrigação tributária acessória, que a este equivale porque faz nascer também uma obrigação tributária principal, no que concerne à penalidade pecuniária respectiva, a autoridade administrativa tem **o dever indeclinável de proceder ao lançamento tributário**". (grifo nosso)

Assim, perquirindo minudentemente as peças processuais, percebemos que o lançamento em discussão encontra-se revestido de todas as formalidades legais exigidas, realizando-se em consonância com a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e garantindo à Recorrente o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ressalte-se que os representantes legais da Autuada não compareceram à Sessão para fazer sustentação oral das razões de defesa.

As discussões neste Conselho, portanto, giraram em torno do Memorial remetido à Câmara pela Recorrente e dos fundamentos expostos no Parecer da Consultoria Tributária, fls.1185/1187, adotado integralmente pela douta Procuradoria Geral do Estado e pela Câmara para sustentar a decisão condenatória de primeira Instância. Debateu-se também o fato de que a Autuada, na busca de conquista de mercados, por anos consecutivos, adota essa prática comercial de venda de produtos com preços inferiores ao seu custo de aquisição, suscitando uma concorrência desleal, uma vez que obtém enorme vantagem sobre seus concorrentes, que pagam tributos.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Quanto a multa imputada à Autuada, oportuna a transcrição de passagem do mencionado parecer que trata do assunto:

[...]

"Com relação à tese defendida pela autuada de que não seria responsável pelo pagamento da multa imposta a empresa que foi incorporada, mas tão-somente do ICMS devido e não pago, entendemos que a empresa resultante da incorporação responde também pela multa, já que assume tanto o ativo como passivo da empresa incorporada.

Discorrendo sobre o tema, o ilustre tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, na obra "Curso de Direito Tributário", 6ª edição, assim se manifestou sobre o tema:

"Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. Assim, se o crédito corresponde à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o "sucessor" - um subrogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades adquiridas, divididas, incorporadas, fusionadas ou transformadas - naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas. Aqui comparece uma razão de política fiscal. Se as multas não fossem transferíveis em casos que tais, seria muito fácil apagar multas pelo simples subterfúgio da alteração do tipo societário. Num passe de mágica, pela utilização legítima das "formas" de direito societário, seriam elididas as sanções fiscais garantidoras do cumprimento dos deveres tributários, o principal e os instrumentais".

Diante do exposto, esta Relatora vê-se impelida a acatar a decisão condenatória de Primeira Instância, tendo em vista que a autoridade administrativa, no âmbito do procedimento administrativo tributário, não pode deixar de aplicar a legislação tributária por considerá-la inconstitucional ou ilegal.

É o **VOTO**.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS:.....R\$ 70.125,64

Multa:..... R\$ 70.125,64

TOTAL:..... R\$140.251,28




ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente CLARO S/A (BSE S/A) e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da relatora, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo da douda Procuradoria Geral do Estado. Ausente, para apresentação de defesa oral, conforme solicitado nos autos, a representante legal da autuada, Dra. Melissa Montenegro Fontenelle.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos 18 de janeiro de 2010.


Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTE


Magna Vitória G. Lima
Conselheira Relatora

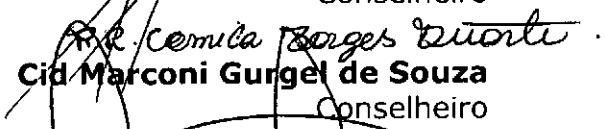

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira


Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira


José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Vito Simon de Moraes
Conselheiro


João Fernandes Fontenelle
Conselheiro


Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira Revisora

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado