



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 101 /2016

21ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 11.02.2016

PROCESSO Nº 1/3701/2013 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2013.13633-3

AUTUANTE: MICHEL ANDRÉ B L GRADVOHL

RECORRENTE: IND. E COM. DE ALIMENTOS E BEBIDAS DO NORDESTE LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ GONÇALVES FEITOSA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. Falta de retenção e recolhimento do imposto pelo contribuinte substituto com operações com refrigerantes relativas ao exercício de 2011. Preliminares de nulidades rejeitadas. Autuação **PARCIAL PROCEDENTE, em razão do reenquadramento da penalidade para a falta de recolhimento. Artigos infringidos: Arts. 73, 74 e 473 do Dec. nº 24.569/97 e Instrução Normativa nº 33/2011. Penalidade: Art. 123, I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003. Recurso ordinário, conhecido e provido, em parte. Reformada, por votação unânime, a decisão recorrida e decidir pela **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, aplicando o disposto no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima, nominado, deixou de recolher ICMS Substituição Tributária por saída, no ano de 2011, destacados nos seus documentos fiscais de saída, no montante R\$ 129.041,74 (cento e vinte e nove mil quarenta e um reais e setenta e quatro centavos).

Dispositivos infringidos: Arts. 473 e 474, 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 e 06); Mandado de Ação Fiscal nº 2013.18451 (fls. 07); Termo de Intimação nº 2013.18651 (fls. 08).

O lançamento está embasado na documentação apensada às fls. 10 a 19 dos autos.

Impugnação (fls. 30 a 38).

O processo foi julgado **PROCEDENTE** em 1ª Instância, conforme fls. 48 a 51 dos autos.

O contribuinte inconformado com a decisão singular interpôs recurso voluntário, conforme fls. 58 a 66, alegando, preliminarmente: 1. nulidade por falta de provas hábeis para assegurar a infração; 2. nulidade por cerceamento do direito de defesa, em razão da falta do Termo de Início de Fiscalização. No mérito, pugna pela improcedência da autuação.

A Consultoria Tributária por meio do Parecer nº 04/2016, recomendou a manutenção da decisão singular, conforme fls. 71 a 73 dos autos. A douta PGE adotou referido parecer, conforme fls. 74 dos autos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima, nominado, deixou de recolher ICMS Substituição Tributária por saída, no ano de 2011, destacados nos seus documentos fiscais de saída, no montante R\$ 129.041,74 (cento e vinte e nove mil quarenta e um reais e setenta e quatro centavos).

Considerando que o contribuinte autuado está enquadrado no CNAE Principal 1122401 que é fabricação de refrigerante, sendo, portanto, responsável tributário nas operações de saída dos produtos por ela fabricados, a teor do art. 473 do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

Art. 473. Fica atribuída a responsabilidade, na qualidade de contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS de vido nas operações subseqüentes, ao contribuinte que promover operações internas, interestaduais e de importação com:

I – água mineral;

II – refrigerante

§ 3º Para efeitos do art. 473, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonizado - NBM/SH.

Quanto á base de cálculo, vejamos o que dispõe o art. 475 do Decreto nº 24.569/97.

Art. 475. A base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária será o valor divulgado em ato do Secretário da Fazenda, apurado segundo os preços usualmente praticados no mercado, obedecidos os critérios previstos no § 5º do art. 32 da Lei nº 12.670, de 30 de dezembro de 1996, conforme dispõe o art. 8º, § 4º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

Considerando que no exercício fiscalizado estava vigente a pauta fiscal estabelecida pela IN nº 33/2011, a saber:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 33/2011

Divulga os valores dos produtos que indica, para efeito de cobrança do ICMS por Substituição Tributária.

Art. 1.º Divulgar os valores dos produtos indicados no Anexo Único desta Instrução Normativa, para efeito de exigência do ICMS por substituição tributária, nas operações destinadas a contribuintes deste Estado.

Art. 3.º Na operação com cerveja, refrigerante, água mineral, gelo e bebida energética, isotônica e bebidas mistas não relacionadas nesta Instrução Normativa, o preço a consumidor final para efeito da cobrança da substituição tributária, será aquele estabelecido para seus similares ou na falta destes, o preço praticado no mercado varejista.

Art. 4.º Ocorrendo operações com produtos aqui não especificados, em razão do tamanho ou embalagem, poderá ser adotada a proporcionalidade desses produtos com aqueles elencados nesta Instrução Normativa.

Compulsando-se as provas acostadas pela fiscalização, verifica-se que os produtos nelas especificadas estão contemplados na Instrução Normativa, acima citada, razão pela qual não resta dúvida quanto à falta de recolhimento do ICMS substituição tributária pelo contribuinte referente à s saídas promovidas.

Com relação às preliminarmente de nulidades arguidas pela recorrente, a saber: a) nulidade por falta de provas hábeis para assegurar a infração; b) nulidade por cerceamento do direito de defesa pela falta do Termo de Início de Fiscalização, convém esclarecer que:

a) quanto à nulidade por falta de provas, registro que o lançamento está embasado nas provas acostadas às fls. 12 a 43 dos autos, bem como um CD contendo o arquivo eletrônico relativo à apuração de falta de destaque ST 2012. Dessa forma, prospera a nulidade suscitada sob o argumento de não constam nos autos as provas do ilícito fiscal.

b) no que pertine à nulidade por cerceamento do direito de defesa pela falta da lavratura do Termo de Início de Fiscalização destaco que o Mandado de Ação Fiscal nº 2013.18451 se refere a auditoria fiscal

restrita, com motivo: fiscalização por falta de recolhimento de ICMS Substituição Tributária, Antecipado, Diferencial de Alíquota ou Fecop, portanto, trata-se de hipótese de dispensa da lavratura do aludido termo a teor do art. 1º, § 1º inciso II e § 3º da IN 49/2011.

Art. 1º Omissis

§ 1º Entende-se por ações fiscais, para os efeitos desta Instrução Normativa, o conjunto de procedimentos técnicos específicos, de natureza fiscal, contábil ou financeira praticados pelo agente do Fisco, que tem por finalidade examinar e avaliar o cumprimento de obrigações tributárias, de natureza principal ou acessória, resultando, quando for o caso, na constituição do crédito tributário decorrente do não cumprimento dessas obrigações, as quais serão efetivadas sob as seguintes modalidades:

II – auditoria fiscal restrita: ação fiscal que tem por objetivo constituir o crédito tributário decorrente de infrações à legislação tributária, relacionadas aos motivos estabelecidos no respectivo ato designatório, ocorridas no período especificado, nos termos dos incisos II a VI do § 1º do art. 2º do Decreto 29.978, de 2009;

§ 3º Quando das ações fiscais previstas no § 1º deste artigo, será lavrado Termo de Início de Fiscalização, conforme Anexo III desta Instrução Normativa, instrumento hábil para declarar aberta a ação fiscal e suspender, após a ciência do contribuinte, o direito à espontaneidade e à consulta na forma da legislação específica, exceto nas hipóteses de dispensa previstas no art. 825 do Decreto nº 24.569, de 1997.

Eis as razões pelas quais se rejeita as preliminares suscitadas pelo recorrente.

Dessa forma, após análise da documentação apensada ao processo pelo fiscal atuante, resta configurado que o contribuinte promoveu a venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária mas não recolheu o ICMS Substituição Tributária incidente na operação, na forma da Instrução Normativa, acima referida, razão pela qual está caracterizada a infração descrita na exordial.

Dessa forma, restou caracterizada a falta de recolhimento do imposto, cuja sanção encontra-se, inserta no art. 123, inciso I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, de acordo com o que se segue:

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I – com relação ao recolhimento do ICMS:

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e” deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto; .

Diante do exposto, VOTO pelo conhecimento do recurso ordinário, dar-lhe parcial provimento, para julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, aplicando o disposto no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO

ICMS	R\$	129.041,74
MULTA.....	R\$	129.041,74
TOTAL.....	R\$	258.083,48

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS DO NORDESTE LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve preliminarmente, em relação às nulidades arguidas pela recorrente: 1. nulidade por falta de provas hábeis para assegurar a infração; 2. nulidade por cerceamento do direito de defesa pela falta do Termo de Início de Fiscalização. Preliminares de nulidades afastadas, por decisão unânime, com base nos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Processual Tributária. No mérito, resolvem os membros da 1ª Câmara de Julgamento, por unanimidade de votos, dar-lhe parcial provimento, para julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, aplicando o disposto no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, a Conselheira Sandra Arraes Rocha.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 07 de março de 2016.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Ana Mônica Filgueiras Menescal
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Manoel Marcelo Augusto Marquês Neto
Conselheiro

Sandra Arraes Rocha
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

Pedro Eleutério de Albuquerque
Conselheiro

Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO
CIENTE: 07/03/16