



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
Conselho de Recursos Tributários - CRT
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 149 / 2016

SESSÃO: 22ª ORDINÁRIA DE 12/02/2016

PROCESSO Nº: 1/3711/2013 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2013.13637

RECORRENTE: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS DO NORDESTE

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL

CONSELHEIRO RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Contribuinte efetuou retenção a menor em operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária (Refrigerante) Adoção de preço inferior à pauta da Instrução Normativa vigente à época da operação (2011). 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. 3. No mérito Auto de Infração julgado **PROCEDENTE** por infringência aos arts.473, II e § 1º, II e 475, do Decreto nº 24.569/97 e penalidade aplicada a prevista no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Decisão por unanimidade de votos, nos termos do julgamento singular e parecer da Assessoria Processual Tributária, adotada pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O agente do Fisco acusa a empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS DO NORDESTE LTDA com o seguinte relato:

"Falta de recolhimento do imposto no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte deixou de recolher ICMS Substituição Tributária por saída no ano de 2011, em razão

de ter deixado de destacá-lo corretamente nos seus documentos fiscais de saída, conforme informação complementar e demais anexos deste auto de infração.”

O agente fiscal aponta como infringido os arts 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e penalidade inserta no art. 123, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96.

O processo foi instruído com Mandado de Ação Fiscal nº 2013.18451, Termo de Intimação nº 2013.18651, CD com arquivo eletrônico Apuração ST 2013, EFD e NFe's e Aviso de Disponibilidade de Documentação.

Nas Informações Complementares (fls.04/08) o autuante acrescenta que a empresa foi devidamente intimada para apresentar os comprovantes de pagamento do ICMS Substituição Tributária por saída do período de janeiro/2009 a abril/2013.

Ressalta que foi elaborada planilha de apuração mensal do ICMS-ST a partir das informações obtidas na EFD e nas NFe emitidas pelo contribuinte, a qual consta no CD desmembrado dos autos fls.84.

Informa que foi considerado valor zero para as mercadorias adquiridas de terceiros, cujo, ICMS-ST foi pago por ocasião da entrada, conforme cópias das NFs acompanhadas dos DAEs de recolhimento anexas às fls.22/56.

Que foi apurado mensalmente o valor líquido do ICMS-ST devido e os valores efetivamente destacados nos documentos fiscais, tendo sido efetuado cotejo entre os dois valores, apurando o montante de R\$ 151.953,93 que deixou de ser retido e recolhido pela empresa ao Estado do Ceará.

Em tempo hábil contribuinte apresenta impugnação ao feito fiscal alegando preliminarmente a nulidade do lançamento por ocorrência de vício formal, em virtude do impedimento da autoridade fiscal pela falta de autorização para prática do ato. Que o agente fiscal não exibiu à empresa o ato designatório credenciador da fiscalização.

No mérito aduz que sempre agiu nos estritos termos da legislação tributária e que em nenhum momento a empresa deixou de emitir notas fiscais ou de destacar o respectivo imposto.

O Julgador Singular após analisar os argumentos apresentados na peça impugnatória, afasta a preliminar de nulidade suscitada com fundamento de que o agente fiscal encontrava-se devidamente munido de Ordem de Serviço para prática do ato com motivo e período determinado. No mérito julga procedente o auto de infração justificando a decisão nos termos do art. 18 da Lei 12.670/96, art. 473, II, parágrafo 1º inciso II e art. 475 do Decreto 24.569/97.

A Autuada inconformada com a decisão singular apresenta recurso ordinário ressaltando os seguintes argumentos:

- Nulidade por falta do termo de início de fiscalização;
- Nulidade por falta de provas e clareza do auto de infração, que houve afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;
- Ausência de previsão de item na instrução normativa, aplicação da pauta por analogia, impossibilidade;
- A prática da pauta fiscal é ilegal razão pela qual não pode embasar o auto de infração.

A Assessoria Tributaria após analisar o Recurso Ordinário interposto, em relação a preliminar de nulidade esclarece que a ação fiscal teve início com Mandado de Ação Fiscal nº 2013.18451 para executar auditoria fiscal restrita, por falta de recolhimento de ICMS Substituição Tributária. Que foi lavrado Termo de Intimação nº 2013.18651 para que o contribuinte apresentasse comprovante de pagamento do período de janeiro/2009 a abril/2013 de forma espontânea, como não foi comprovado foi lançado o crédito tributário.

Quanto ao argumento de que foi utilizado analogia para exigir o ICMS, de item não previsto na pauta, esclarece a Assessoria que o caso concreto foi aplicado à interpretação extensiva, pois o legislador ao fazer a pauta não disciplinou os produtos energéticos da marca Infinity, sendo utilizado pela agente fiscal a interpretação extensiva o produto energético forró power, por serem produtos que se destinam a mesma faixa do mercado.

Acrescenta ainda que existe previsão no art. 36 da Lei nº 12.670/96, que o Poder executivo poderá manter atualizada tabela de preços correntes de mercadorias para efeito de observância como base de cálculo do ICMS, portanto, inexistindo violação ao Princípio da Legalidade.

A Assessoria conhece do recurso ordinário, nega-lhe provimento, para que seja mantida a decisão de procedência do feito fiscal nos termos do julgamento singular.

O eminente representante da douta Procuradoria Geral do Estado, as fls.113 dos autos emite despacho, adotando o parecer da consultoria tributaria nos termos propostos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

O Processo em questão trata da falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária por saída. O contribuinte não destacou corretamente em seus documentos fiscais no ano de 2011 o ICMS Substituição Tributária nas operações de vendas de refrigerante (bebidas energéticas), razão pela qual foi exigido ICMS no valor de R\$ 151.953,93.

No Recurso Ordinário interposto conta a decisão condenatória proferida na Instância Singular o contribuinte requer a nulidade do lançamento por ferimento ao princípio da legalidade. Segundo a recorrente não constam nos autos o Termo de Início e de

Conclusão de Fiscalização. Aduz ainda outra nulidade, a de cerceamento ao seu direito de defesa por falta de clareza e provas da acusação fiscal. Do ferimento ao Princípio da Legalidade pelo estabelecimento da Pauta fiscal, que seria matéria de reserva legal. Aduz ausência de previsão item na instrução normativa, aplicação da pauta por analogia, impossibilidade; A prática da pauta fiscal é ilegal razão pela qual não pode embasar o auto de infração.

Feita a exposição dos fatos que deram ensejo ao lançamento fiscal passemos a análise do recurso interposto, iniciando pelas questões preliminares suscitadas pela defesa.

Contribuinte aduz a nulidade do auto de infração por ferimento ao princípio da legalidade ante a ausência de Termo de Início e conclusão de fiscalização.

Ressalto que para as Ações Fiscais Restritas estes dois termos são dispensados de suas lavraturas. É o que determina a Instrução Normativa 33/97 em seu art. 1º, inciso I, *in verbis*:

Art. 1º - Aprovar o formulário TERMO DE INTIMÇÃO, Anexo Único, a ser utilizado nas intimações de maneira genérica bem como nos seguintes casos de dispensa da lavratura do Termo de Início e de Conclusão de Fiscalização:

I - atraso ou falta de recolhimento do ICMS;

No caso sob análise foi emitido Mandado de Ação Fiscal nº 2013.18451 para que o agente fiscal designado executasse auditoria fiscal restrita relativa a falta de recolhimento de ICMS Substituição Tributária, antecipado, diferencial de alíquota ou FECOP. Nesse tipo de ação fiscal é expedido somente Termo de Intimação, dando prazo de 5 (cinco) dias para que o contribuinte comprove o que foi solicitado no termo. No referido Termo foi requerido ao contribuinte que apresentasse os comprovantes de recolhimento do ICMS Substituição Tributário de sua responsabilidade, das operações realizadas no período de 01.01.2009 a 30.04.2013.

Entendo a luz do dispositivo acima mencionado, que foi oferecido a espontaneidade ao contribuinte, caso tivesse recolhido o imposto nesse período não haveria lançamento do crédito tributário através do auto de infração. Por tais considerações, afasto a preliminar de nulidade suscitada ressaltando que não houve vício formal no procedimento fiscal nem ferimento ao artigo 196 do CTN.

A outra preliminar suscitada pela recorrente reclama de cerceamento ao seu direito de defesa por falta de clareza e provas da acusação fiscal.

Pois bem, de acordo com os documentos acostados aos autos observo que o argumento do contribuinte não procede. Constam as fls.11 dos autos Aviso de Recebimento - AR, enviado pelos correios ao endereço do contribuinte e recebido por DANIELE SALDANHA, funcionária da empresa. No Aviso de Recebimento foram anexados os documentos relativos às Informações Complementares, e os Termos de

Intimação, que descrevem os motivos da autuação. Foi também disponibilizado ao contribuinte CD com todas as informações colhidas no levantamento fiscal. Portanto, considerando que o contribuinte teve acesso a estas informações previamente, afastou a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa alegado no recurso ordinário.

No tocante ao argumento de que foi violado o princípio da legalidade, ante a falta de previsão na Instrução Normativa do item utilizado como analogia para o cálculo do imposto devido, ressalto que não houve nenhuma irregularidade. Como bem observou o agente fiscal na Informação Complementar ao Auto de Infração o produto energético da marca Infinity não conta nas Instruções Normativas 33/2011 e 27/2012, pois o legislador não relacionou nas referidas instruções normativas a marca Infinity, razão pela qual o agente fiscal utilizou por analogia produtos e marcas da mesma linha, no caso, como referência os valores da marca Forró Power por serem produtos que se destinam a mesma faixa de mercado.

Quanto a Pauta fiscal ser ilegal, argumento utilizado pela recorrente para afastar o lançamento fiscal, esclareço que existe previsão em lei para seu uso. De acordo com art. 36 da Lei 12.670/96, o poder executivo poderá manter atualizada tabela de preços correntes de mercadorias para efeito de observância como base de cálculo do ICMS, o que afasta o argumento de violação ao Princípio da Legalidade.

No mérito, no entanto, dúvidas não restam quanto a falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária devida pelo contribuinte. De acordo com levantamento realizado nos documentos fiscais da autuada, verificou-se que no ano de 2011, o contribuinte deixou de recolher o ICMS-ST no montante de R\$ 151.953,93, que deveria ter sido destacado nos documentos fiscais. A empresa reteve a menor o ICMS-ST procedendo em desacordo com a pauta fiscal vigente a época do lançamento.

Convém ainda ressaltar que o contribuinte autuado tem como CNAE principal a Fabricação de refrigerante (1122401), responsável substituto tributário do imposto devido nas operações de saídas com bebidas, da Seção V do RICMS/CE, conforme previsão dos arts. 473 e 474 do Decreto nº 24.569/97, que assim dispõe:

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

II- refrigerante;

§ 1º São responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS devido na forma disposta no caput:

II - o estabelecimento industrial das mercadorias indicadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo, situado em território de Unidades Federadas das Regiões Norte e Nordeste, quando promover a saída destinada a distribuidor autorizado, comerciante, atacadista ou varejista estabelecidos no território cearense;

Considerando que a empresa fiscalizada recolheu a menor o imposto retido por ela relativo ao ICMS-ST, nas operações com bebidas mencionadas no relato da infração, submete-se a empresa a sanção contida no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Demonstrativo do Crédito Tributário

ICMS.....R\$ 151.953,93
MULTA....R\$ 151.953,93
TOTAL....R\$ 303.907,86

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, para que seja confirmada a decisão **CONDENATÓRIA** proferida em 1ª Instância, nos termos do julgamento singular e parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

DECISÃO

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

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 nulidade afastadas, por decisão unânime, com base nos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Processual Tributária. No mérito, por unanimidade de votos, resolvem os membros da 1ª Câmara de Julgamento, negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo 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 29 de 03 de 2.016.

Francisca Marte de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro Relator

Sandra Arraes Rocha
Conselheira

Manoel Marcelo Augusto Marques

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Neto

Conselheiro

Ana Mônica Figueiras Menescal
Conselheira

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Mateus Viana Neto

Procurador (visto em 29 / 03 / 16)