



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

Resolução Nº ⁴⁸³...../2004

Sessão: 136ª Ordinária de 25 de agosto de 2004.

Processo de Recurso Nº: 1/0598/2003

Auto de Infração Nº: 1/200208579

Recorrente: União Bares Restaurantes e Churrascarias Ltda

Recorrido: Célula de Julgamento 1ª Instância.

Relator: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – Empresa com CAE 61.11.17-3 – Alimentos Preparados – Lanches, Lanchonetes e Bar. Falta de Recolhimento ICMS, referente aos produtos destinados a consumo e ativo fixo. Auto de Infração **PARCIAL PROCEDENTE**. Decisão amparada nos artigos: 73, 589, 805, II e 810, III do Decreto nº 24.569/97. Penalidade do artigo 123, I “d” da Lei nº 12.670/96. Preliminares de Nulidade rejeitadas. Recurso voluntário conhecido e provido. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

Consta do *Auto de Infração*, lavrado contra a empresa: **União Bares Restaurantes e Churrascarias Ltda.**

“Falta de recolhimento do ICMS relativo ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual. Foi constatado que o contribuinte não recolheu o ICMS diferencial de alíquotas de 15 (quinze) notas fiscais de aquisição de bens do ativo permanente e consumo, conforme relatório demonstrativo do ICMS – diferencial de alíquotas não recolhido em anexo, vide informações complementares”.

ICMS R\$ 2.793,21

Multa: R\$ 2.793,21

O atuante indica como dispositivos infringidos o artigo: 73, 74, 589 e 725, I e sugere como penalidade o artigo 878 I "c" do Decreto 24.569/97.

Nas Informações Complementares o atuante ratifica a acusação constante da peça inicial e anexa: Ordem de Serviço, Termo de Início e conclusão de fiscalização, Demonstrativo do ICMS – diferencial de alíquotas não recolhido, cópias das notas fiscais de entrada de bens e do ativo/consumo e protocolo de devolução de documentos fiscais.

O processo foi encaminhado ao *Contencioso Administrativo Tributário* e submetido a julgamento.

O atuado impugna o feito fiscal às folhas 33 a 42, pedindo preliminarmente a nulidade absoluta da ação fiscal, bem como o seu arquivamento.

O julgador singular, rejeita as preliminares suscitadas e quanto ao mérito, decide pela procedência do feito fiscal (fls.44 a 49).

O Atuado inconformado com a sentença condenatória exarada pela instância singular, interpõe Recurso Voluntário alegando: (fls.57 a 62).

- Que o auto de infração é nulo, por impedimento do agente fiscal, o AI não especifica qual a base de cálculo, muito menos qual a alíquota deve ser aplicada, não observando o artigo 142 do CTN;
- Que a Ordem de Serviço em nenhum momento especifica o teor da ação fiscal, nem o tipo de fiscalização. Dessa forma, houve cerceamento ao direito de defesa;
- Que o fiscal levou 92 dias para concluir os trabalhos de fiscalização, não observando o artigo 823 §2º do Decreto 24.569/97;
- Requer ao final, a aplicação da multa prevista no artigo 878, I "d" do Decreto 24.569/97.

O *Parecer* circunstanciado, de lavra do eminente representante da Douta Procuradoria Geral do Estado sugere: Rejeitar as nulidades suscitadas, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento, para o reformar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, aplicando a penalidade prevista no artigo 123 I "d" da Lei 12.670/96.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração citado acusa o contribuinte de deixar de recolher ICMS – Diferencial de Alíquotas por ocasião da entrada em seu estabelecimento de mercadoria ou bem oriundo de outra unidade da Federação e destinado a consumo ou a ativo permanente, no período de: fevereiro, abril, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2001 e janeiro, fevereiro e março de 2002.

Preliminarmente a recorrente arguiu nulidades, que devem ser apreciadas.

Alega inicialmente, que o auto de infração é nulo, por impedimento do agente fiscal, em razão de não especificar qual a base de cálculo, muito menos qual a alíquota a ser aplicada. Após análise dos autos, verifiquei que o auto de infração traz o valor do crédito tributário, sendo inclusive demonstrado mês a mês nas informações complementares e quadro demonstrativo do ICMS – diferencial de alíquotas não recolhido.

Quanto a Ordem de Serviço, o agente fiscal foi designado para executar as tarefas de fiscalização concernente ao Projeto: Diligência Fiscal, podendo o agente proceder a qualquer tipo de fiscalização, dentro do período especificado, ou seja, 01/08/2000 a 30/03/2002.

A recorrente alega, ainda, que a ação fiscal transcorreu no prazo de 92 dias. Se considerarmos a contagem dos dias de forma ininterrupta, de fato, ocorrerá. Entretanto, pela norma prevista nos artigos 48 e 49 do Decreto 25.468/99, os prazos serão contínuos, excluindo-se de sua contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento. Além disso, só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que tramite o processo ou deva ser praticado o ato.

Portanto, quanto ao prazo para a conclusão dos trabalhos de fiscalização, concluo que estão dentro das normas estabelecidas no artigo 821 §2º do Decreto 24.569/97.

Art. 821. A ação fiscal começará com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará, necessariamente:

(...)

§ 2º Lavrado o Termo de Início de Fiscalização, o agente do Fisco terá o prazo de 90(noventa) dias para conclusão dos trabalhos, contados da data da ciência ao sujeito passivo.

Pelas considerações acima expostas, entendo que as nulidades argüidas não devem prosperar.



Quanto ao mérito, passo a fundamentar a decisão prolatada:

A empresa autuada esta cadastrada no CAE 61.11.17-3 – Alimentos Preparados – Lanches, Lanchonetes e Bar, enquadrada no Regime Especial de Recolhimento, nos termos do artigo 805, II do Decreto nº 24.569/97.

Art. 805. Será enquadrado no Regime Especial de Recolhimento do ICMS de que trata esta Seção, o contribuinte que:

(...)

II – estiver cadastrado como restaurante, bar, lanchonete, hotel, motel e assemelhados, independentemente do valor da sua receita bruta anual e não estiver sujeito ao regime estabelecido na Seção XXXIII deste Capítulo.

A Lei nº 12.670/96 em seu artigo 3º, XIV, prevê como fato gerador do ICMS, as aquisições de produtos destinado a consumo ou ativo permanente.

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

XIV – da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundo de outra unidade da Federação, destinado a consumo ou Ativo Permanente;

O artigo 589 do decreto nº 24.569/97, que regulamentou a Lei nº 12.670/96, assim estabelece:

Art. 589. O ICMS devido na operação e prestação com bem do ativo permanente ou de consumo, oriundo de outra unidade da Federação, será calculado com base na aplicação do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual sobre o valor utilizado para cobrança do imposto na origem, observado o disposto no inciso XI do artigo 25.

Portanto, segundo a legislação tributária estadual, há previsão legal para a cobrança do diferencial de alíquota, estando a empresa autuada obrigada ao recolhimento do ICMS relativo às aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados da Federação.

Art. 810. O contribuinte enquadrado no Regime Especial de que trata esta Seção estará também sujeito, além do recolhimento previsto no artigo anterior, ao pagamento do ICMS:

(...)

III - relativo ao diferencial de alíquotas, quando da entrada de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados ao consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento.

A decisão singular ratifica a penalidade sugerida pelo autuante, ou seja, a aplicação da penalidade constante do artigo 123 I "c" da Lei nº 12.670/96. No entanto, entendo que por se tratar de empresa enquadrada no Regime de Recolhimento Especial, estando desobrigada a manter escrituração fiscal regular, e considerando a previsão legal estabelecida no Decreto 25.468/99 em seu artigo 42 §1º, II, a penalidade a ser aplicada será a prevista no artigo 123 I "d" da Lei 12.670/96. *In verbis*:

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:
(...).*

d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido;

Pelas razões expostas e considerando que as provas apresentadas no presente Auto de Infração são suficientes para a materialização da infração apontada na inicial pela autoridade competente, é que voto: Rejeito as preliminares de nulidades argüidas pela recorrente, ou seja, – Ausência de base de cálculo no auto de infração, – Cerceamento ao direito de defesa por ausência do teor da ação fiscal na Ordem de Serviço e - Extrapolação do prazo da ação fiscal. Conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação fiscal, aplicando o disposto no artigo 123, I, d da Lei nº 12.670/96, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado alterado em sessão e presente aos autos.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$	2.793,21
MULTA	R\$	1.396,60
TOTAL	R\$	4.189,81

È o voto.

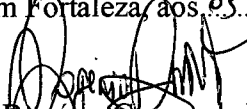



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **União Bares Restaurantes e Churrascarias Ltda** e recorrido: **Célula de Julgamento 1ª Instância**.

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, aos rejeitar as preliminares de nulidades argüidas pela recorrente: 1 – Ausência de base de cálculo no auto de infração, 2 – Cerceamento ao direito de defesa por ausência do teor da ação fiscal na Ordem de Serviço, 3- Extrapolação do prazo da ação fiscal; resolve, também, por decisão unânime, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação fiscal, aplicando o disposto no artigo 123, I, d da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator e parecer da douta Procuradoria Geral do Estado alterado em sessão e presente aos autos.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 05. de outubro de 2004.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO RELATOR


Ana Maria Timbó Holanda
CONSELHEIRA

Fernando Cezar Caminha Aguiar Ximenes
CONSELHEIRO


Helena Lúcia Bandeira Farias
CONSELHEIRA

PRESENTES:


Matheus Vianna Neto
PROCURADOR DO ESTADO

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Fernanda Rocha Alves do Nascimento
CONSELHEIRA


Frederico Hozanan P. de Castro
CONSELHEIRO


Cristiano Marcelo Peres
CONSELHEIRO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO