



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA

RESOLUÇÃO Nº: 162 / 2010
SESSÃO: 22.03.2010
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/239/2006
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200521065-4
RECORRENTE: FREVO BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATORA: SILVANA CARVALHO LIMA PETELINKAR

EMENTA: ICMS - FALTA DE RETENÇÃO E CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A empresa reteve o ICMS substituição tributária incidente nas operações de saídas com refrigerantes em valor inferior ao que preceitua a legislação vigente. Provado nos autos a parcial configuração da infração denunciada no auto de infração. **Dispositivos infringidos:** artigos 33, 473, 431 e 437 do Decreto nº 24.569/97. **Penalidade:** Aplicada ao caso a tipificada no artigo 123, I, "e", da lei nº 12.670/96, alterada pela lei nº 13.418/03. Recurso Voluntário Conhecido e Desprovido. Decisão por unanimidade de votos para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, pela **parcialmente procência** a acusação fiscal, acatando a base de cálculo indicada no Laudo Pericial e com aplicação da

penalidade específica cabível à matéria - art. 123, I, "e", da Lei nº 12.670/96, em conformidade com Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.

RELATÓRIO

Consta da peça inaugural do presente Processo Administrativo Tributário, a seguinte acusação fiscal:

"Falta de recolhimento do imposto, de responsabilidade do contribuinte substituto que efetuou a retenção, em operações com água mineral, cerveja, chope, refrigerante, extrato concentrado ou xarope. A empresa recolheu a menor ICMS substituição tributária referente valores retidos nos documentos de saídas nos meses de julho a dezembro de 2004."


CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 181.223,04

MULTA: R\$ 362.446,08.

O autuante apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 473 e 474 do Decreto nº 24.569/97 e sugeriu como penalidade à inserta no artigo 123, inciso I "e" da Lei nº 12.670/96, alterada pela lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares o fiscal ratifica o lançamento tributário, discrimina mensalmente o crédito tributário e adiciona entre outras informações que a infração foi constatada com base nas informações prestadas pela empresa através dos seus respectivos livros fiscais.



Instruindo o presente processo constam os seguintes documentos: auto de infração, informações complementares, ordem de serviço, termo de início de fiscalização, anexo do termo de início, termo de conclusão de fiscalização e cópia do livro registro de saídas referente ao período objeto da autuação.

A autuada TEMPESTIVAMENTE ingressa nos autos apresentando às fls. 28/35 dos autos seus argumentos defensórios, que em apertada síntese são os seguintes :

-Inicialmente discorre sobre os princípios da capacidade contributiva e da tipicidade tributária, explicitando a correlação entre fato gerador e base de cálculo do imposto.

-Aduz que embora a recorrente tenha notas fiscais indicando o real valor da transação comercial, a qual gera a obrigação tributária, o Fisco cearense ignorou esta constatação para se apegar a preços fictícios lançados em pauta fiscal.

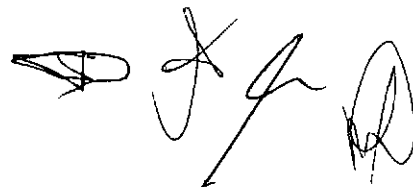
-Sustenta que a fixação da base de cálculo na pauta fiscal em um preço superior aquele pactuado pelas partes contratantes, cria a ilusão de que a capacidade econômica do contribuinte é maior que a real.

- Diz que a cobrança do imposto com base na pauta fiscal dar-se por mero ato administrativo normativo que não a "lei".

-Argumenta que os valores da pauta fiscal foram prefixados em ato sublegal, mediante Instruções Normativas , em total afronto ao artigo 97 do CTN.

-Ainda que o artigo 97 do CTN, veículo superior em nosso sistema jurídico tributário, preceitua que somente lei pode estabelecer a fixação da alíquota e da sua base de cálculo.

-A pauta fiscal ofende aos princípios da legalidade, da tipicidade e da segurança jurídica.



-Colaciona aos autos farta exposição jurisprudencial do STF e STJ no sentido de não se admitir a fixação da base de cálculo através de veículo distinto de lei.

-Por derradeiro, alega que o traduzido nas Instruções Normativas nºs 2/04 e 31/04, configuram-se manifestamente ilegal e inconstitucional, porquanto desatende ao comando expressamente estatuído no artigo 97, IV do CTN.

-Com base nesses argumentos, requer: total improcedência do auto de infração, em virtude do contribuinte ter realizado os pagamentos do ICMS Substituição Tributária.

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

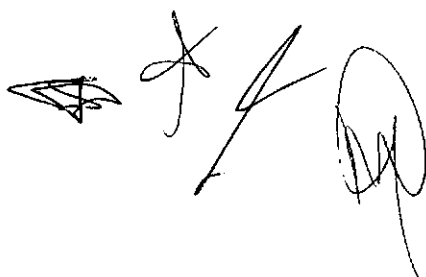
A Julgadora Singular diante das peças processuais firmou convencimento pela *Procedência* da ação fiscal, amparando-se nos artigos 473, 431 e 437 do Decreto nº 24.569/97, aplicando ao caso a penalidade tipificada no artigo 123, I "e" da lei nº 12.670/96, alterada pela lei nº 13.418/03.

A empresa autuada inconformada com a decisão proferida interpõe às fls.53/60, dos autos, Recurso Voluntário para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários, arrazoando os mesmos argumentos da peça impugnatória.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de nº 62/07, opinando pelo Conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento, para que seja mantida a decisão condenatória proferida em 1ª. Instância, o qual, foi aprovado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Em sessão de 24/08/2007, converte-se o curso processual em Perícia, conforme despacho exarado pelo Conselheiro Relator às fls. 78, onde obtivemos como retorno da Célula de Perícias e Diligências Fiscais o Laudo Pericial às fls. 82.

Em síntese é o Relatório.

Handwritten signatures and initials in black ink, including a stylized signature and a circular stamp.

VOTO DA RELATORA

O presente Processo Administrativo Tributário, cuja acusação fiscal encontra-se corporificada no auto de infração de número 2005.21065-4, denuncia a seguinte acusação fiscal :

"Falta de recolhimento do imposto, de responsabilidade do contribuinte substituto que efetuou a retenção, em operações com água mineral, cerveja, chope, refrigerante, extrato concentrado ou xarope. A empresa recolheu a menor ICMS substituição tributária referente valores retidos nos documentos de saídas nos meses de julho a dezembro de 2004."

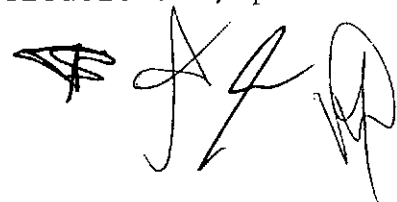
A Julgadora Singular diante das peças processuais firmou convencimento pela Procedência da ação fiscal, amparando-se nos artigos 431, 473 e 437 do Decreto nº 24.569/97, aplicando ao caso a penalidade tipificada no artigo 123, I "e" da lei nº 12.670/96, alterada pela lei nº 13.418/03.

Inconformada com a decisão proferida, a empresa interpõe Recurso Voluntário, às fls 53/60 dos autos, para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários.

Ao recepcionarmos o Laudo Pericial às fls.82, verificamos que o mesmo apresenta uma nova base de cálculo, conforme demonstrato no citado laudo, divergente do montante descrito na inicial.

A questão ora apresentada, transita na divergência dos valores do ICMS substituição tributária retidas nas notas fiscais de saídas e dos valores pagos, informações extraídas dos pagamentos efetuados pelo contribuinte.

A recorrente com esteio em bem elaborada peça recursal sustenta a improcedência do feito fiscal arguindo que os valores prefixados como utilização para base de cálculo nas Instruções Normativas nºs. 02/2004 e 31/04, além de fixado em preços maiores que os efetivamente praticados pela empresa, configuram-se como manifestamente ilegais e inconstitucionais, pois fixados



por ato administrativo e não por lei, como determina expressamente o art. 97, inciso IV, do CTN.

Compulsando às peças integrativas do presente processo, visualiza-se às fls. 3/5 dos autos, uma bem elaborada informação complementar ao auto de infração, na qual detalha-se de modo pormenorizado todas as causas de fato e de direito motivadoras da obrigação tributária.

Com clarividência, desta peça complementar, infere-se, que o autuante ofertou ao recorrente toda a rotina de cálculo utilizada para encontrar a diferença a recolher do ICMS substituição tributária.

Em atendimento ao pleito da recorrente, em sessão 24/08/2007, quando aceito o pedido de perícia por esta Câmara de julgamento, apresentou-se uma nova base de cálculo do montante descrito na inicial.

Prosseguindo na apreciação do presente Recurso, de logo se observa, às folhas 7 dos autos, que a empresa encontra-se enquadrada junto ao Cadastro Geral da Fazenda- CGF, com a atividade principal de "Fabricação de Refrigerantes", sendo assim, nos termos do artigo 473 ,II do RICMS, responsável na qualidade de contribuinte substituto pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes, ao contribuinte que promover operações internas, "In Verbis" :

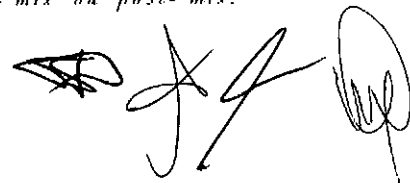
"Art.473. Fica atribuída a responsabilidade, na qualidade de contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes, ao contribuinte que promover operações internas, interestaduais e de importação com :

I. Água mineral;

II. Refrigerantes;

III. Cerveja e chope;

IV. Xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerantes em máquina pré-mix ou post-mix.



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

I- O estabelecimento industrial e suas filiais da mercadoria indicada no inciso "I" do caput deste artigo, situado em território cearense, quando promover saída interna destinada a distribuidor autorizado, comerciante atacadista ou varejista;

II- O estabelecimento industrial e suas filiais 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 saídas destinadas a distribuidor autorizado, comerciante atacadista ou varejista estabelecidos no território cearense;

III- O adquirente dos produtos indicados nos incisos II, III e IV do caput deste artigo quando promover entrada interestadual procedente de Unidades Federadas não signatárias do Protocolo ICMS nº 10/92, de 09 de abril de 1992;

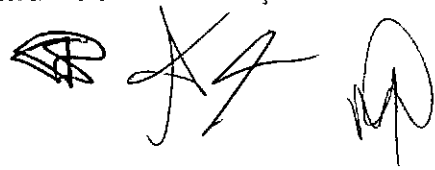
IV- O adquirente dos produtos de que trata esta seção quando a retenção não tiver sido feita pelo remetente;

V- O importador, no momento do desembaraço aduaneiro dos produtos de que trata esta seção;

VI- O adquirente quando arrematar, em leilão os produtos de que trata esta seção, procedentes do exterior, abandonados ou apreendidos.

§§ 2 e 3º ...omissis...

Deste modo, devidamente autorizado a proceder à fiscalização junto à empresa recorrente, o agente fiscal detectou que a mesma havia retido e recolhido o ICMS Substituição Tributária em desconformidade com a legislação tributária vigente, sem obedecer, portanto, ao que determina as Instruções Normativas



02/04 e 31/04, ocasião em que procedeu a apuração tendo por base o que define as prefaladas Instruções e a base de cálculo praticada pela empresa, devidamente informados nos seus documentos fiscais.

Destaca-se, que o produto objeto da autuação - refrigerantes, possui sua sistemática de tributação sujeita a substituição tributária, conforme preceituado nos artigos 473 a 476 do Decreto nº 24.569/97, sendo ali disposto com clarividência como se dá a formação da base de cálculo do ICMS substituição tributária, senão vejamos:

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 § 5.º do artigo 32 da Lei 12.670, de 30 de dezembro de 1996, conforme dispõe o artigo 8, §4 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996".

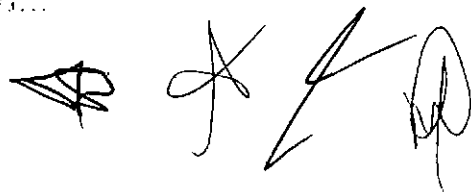
Em cumprimento ao disposto acima, as Instruções Normativas 02/04 e 31/04, determinam os valores de cálculos coletados para efeito de base de cálculo do ICMS substituição tributária nas operações internas com o produto objeto da presente autuação.

Depreende-se dos autos, a perfeita caracterização do ilícito denunciado, com esteio no Laudo Pericial, anexo às fls. 82/84.

No tocante a ilegalidade da pauta fiscal, diga-se, que nosso ordenamento jurídico tributário, especificamente no artigo 8º §4º da lei complementar nº 87/96, e no artigo 32 da lei estadual do nº 12.670/96, contém previsão de aplicação desta sistemática, com a seguinte redação:

"Artigo 8º da L.C.87/96 : Abase de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I. ...omissis...



II. Em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

...amissis...

§ 4º. A margem a que se refere a alínea c do inciso IIIo caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei."

Ainda, há de verifica-se, á luz do disposto no artigo 33 do Decreto nº 24.569/97, a indicação expressa de que, objetivando-se simplificar a arrecadação do ICMS, o Poder Executivo poderá editar ato normativo adotando a pauta de valores mínimos, fixando-se periodicamente os valores mínimos sobre os quais o ICMS incidirá nas operações com determinados produtos.

Art.33. O Poder Executivo, mediante ato normativo, poderá manter atualizada tabela de preço corrente de mercadoria e serviço para efeito de observância com base de cálculo do ICMS, quando:

- I- O preço declarado pelo contribuinte for inferior ao do mercado;*
 - II- Ocorrer a hipótese prevista no inciso I do artigo 435, relativamente a operação realizada por produtor ou extrator;*
- III. Outras hipóteses previstas na legislação.*

Parágrafo Único: nas operações interestaduais, a aplicação do disposto neste artigo dependerá da celebração de acordo entre os Estados envolvidos na operação.



Informamos que, relativamente aos aspectos de inconstitucionalidade da legislação estadual em foco, este órgão administrativo de julgamento, enquanto responsável pelo controle interno da legalidade dos atos da administração, não tem competência para examinar matéria constitucional, sendo encargo de competência do Poder Judiciário.

Ao recepcionarmos o Laudo Pericial, quando confrontamos estes com as demais informações anexas ao presente processo, observamos que a diferença apontada no referido laudo, reporta-se o efetivo valor devido aos cofres públicos.

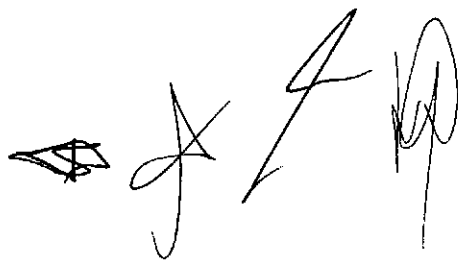
Pelas considerações expostas, permito-me firmar convencimento pela configuração do ilícito denunciado parcialmente, tendo em vista que a recorrente contrariou o que preceitua o tipificado nos artigos 33, 473, 431 e 437 do Decreto nº 24.569/97 e nas Instruções Normativas 02/04 e 31/04, motivo pelo qual, VOTO, para que se Conheça do Recurso Voluntário, dando-lhe Parcial Provimento, para modificar em parte a decisão condenatória proferida na instância singular para Parcial Procedência, pelas razões descritas no Laudo Pericial, em conformidade com o representante da douta Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 54.419,18

MULTA: R\$ 108.838,36.

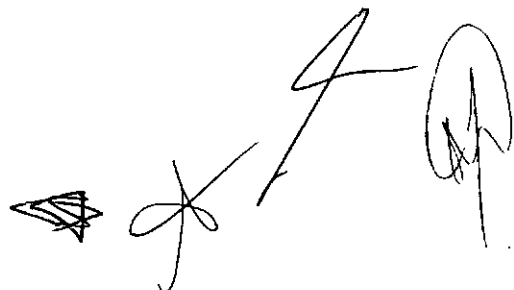
Eis como voto.

Handwritten signatures and initials, including a stylized 'J' and a signature that appears to be 'A. P.'.


DECISÃO

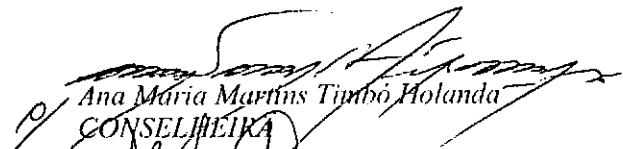
Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente: FREVO BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

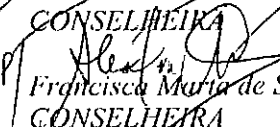
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe parcial provimento, para modificar, em parte, a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, acatando a base de cálculo indicada no Laudo Pericial e com aplicação da penalidade específica cabível à matéria - art. 123, I, "e", da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão. A parte, devidamente intimada no endereço do escritório de advocacia constante de procuração nos autos, não compareceu em sessão para efetuar a sustentação oral do recurso, conforme solicitado - fls. 81.

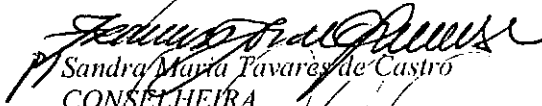
Handwritten signatures and initials, including a stylized signature on the left and a circular stamp on the right.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de maio de 2010.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE



Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA


Francisca Maria de Sousa
CONSELHEIRA


Sandra Maria Tavares de Castro
CONSELHEIRA

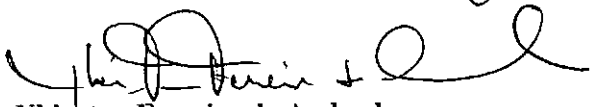

Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA RELATORA


Walber de Góes Ferreira Filho
CONSELHEIRO


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Jerilza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO