



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 321 /2004
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 19.06.2006
PROCESSO DE RECURSO Nº 111/2005
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200414145
RECORRENTE: DISTSOL-DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TERRA DO SOL LTDA.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONS. RELATOR ORIGINÁRIO: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
CONS. RELATORA DESIGNADA: ERIDAN REGIS DE FREITAS

Copy V

EMENTA: Falta de Recolhimento do imposto. Substituição Tributária. Operações de aquisições de “cerveja”. O contribuinte substituto – remetente da mercadoria – não efetuou a retenção ICMS, tornando-se o adquirente responsável pelo recolhimento do mesmo. Previsão do art. 431, § 3º e do art. 437, II, § 1º, todos do RICMS. Confirmada a decisão de **PROCEDÊNCIA** exarada na 1ª Instância. Decisão com amparo no art. **473, III e § 1º, II e IV** do Decreto 24.569/97, com base de cálculo definida no art. **476-A, I**, inserido pelo Decreto 27.113/03. Penalidade prevista no art. 123, I, “c” da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03. Recurso Voluntário conhecido e desprovido. Decisão por **maioria** de votos.

RELATÓRIO

O auto de infração acusa o contribuinte de ter deixado de recolher o ICMS Substituição Tributária no valor de R\$ 49.970,02, devido em suas operações de entrada de cerveja, referente ao período de agosto/2003.

Nas Informações Complementares os autuantes esclarecem o seguinte:

a) a empresa fiscalizada é cadastrada como comércio atacadista e é revendedor da cerveja Schincariol;

b) a autuada era detentora de liminar concedida em Mandado de Segurança para que a indústria se abstinha de reter o ICMS Substituição quando das vendas para a mesma e a partir daí passou a utilizar a sistemática normal de apuração;

c) o Decreto 27.113, de 27.06.2003, alterou substancialmente a forma de obtenção da base de cálculo para cobrança do imposto substituição tributária nas operações com cerveja e determinou que o estabelecimento distribuidor que tivesse adquirido o produto sem a retenção do imposto, levantasse o estoque e efetuasse o respectivo recolhimento;

d) que em 01.08.2003 a contagem do estoque da empresa foi conferida por um auditor, ocorre que a partir desta data até 13.08.2003, momento em que os fornecedores da empresa fiscalizada passaram a realizar a substituição tributária, entraram mercadorias no estabelecimento através de oito notas fiscais;

e) as Notas Fiscais nºs. 20965, 20998, 21106, 21163, 21170, 21172, 21182 e 21207, que acobertavam o produto "cerveja", não foram objeto da contagem de estoque, nem tiveram o imposto retido pelos fornecedores e apesar de terem sido escrituradas utilizando o procedimento das operações sujeitas à substituição tributária, o imposto não foi recolhido;

f) para efeito da composição da base de cálculo foi utilizado o disposto no art. 476-A, tendo em vista que a aplicação da base de cálculo do art. 475 havia sido afastada em razão do Mandado de Segurança impetrado pela autuada, assim ao valor da operação foi acrescido o valor do IPI e do Seguro, ao qual foi agregado 140% e após aplicada a alíquota interna foi deduzido o crédito de origem, resultando no ICMS Substituição a recolher.

A planilha demonstrativa do imposto devido (fls. 10) se faz acompanhar das notas fiscais objeto da acusação.

Em tempo hábil a autuada ingressa nos autos impugnando o feito fiscal sob o argumento que o Decreto 27.113/03 é inconstitucional e por esta razão impetrou Mandado de Segurança, cuja liminar determinou que o fisco se abstenha de aplicar a agregação na saída de mercadoria da impugnante e que a base de cálculo deve ser o valor da nota fiscal. Alega também que a sua responsabilidade seria somente sobre o valor deixado de recolher pelo substituto tributário e a diferença apresentada em suas notas de saída.

A julgadora singular decidiu pela **Procedência** do feito considerando que a liminar concedida não impede o fisco de efetuar o lançamento tributário e que o imposto devido por substituição efetivamente não foi recolhido.

Inconformada com o decisório singular, a autuada interpõe Recurso Voluntário arrazando que o Decreto 27.113/03 é inconstitucional e que não pode inserir no sistema positivo qualquer regra nova geradora de direito ou obrigação, pois o mesmo não pode ir além da lei. Não pode ser aplicada a regra do art. 476-A do RICMS pois a recorrente está amparada por liminar concedida em Mandado de Segurança, que suspendeu os efeitos da I.N. 46/96.

O Parecer da Consultoria Tributária, adotado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pela **manutenção da decisão de 1ª Instância**, considerando que a Lei 12.670/96, em seus arts. 18 a 25, traz as regras instituidoras da substituição tributária, cuja regulamentação encontra-se no Decreto 24.569/97 com suas alterações. Destaca que, no caso, já existe a previsão legal e o Decreto 27.113/03, que acrescentou os arts. 476-A e 476-B, apenas explicitou um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução. Ressalta que a concessão de liminar não impede o julgamento do processo na instância administrativa. Conclui que não tendo sido recolhido o imposto substituição por ocasião da entrada de cerveja neste estado, fica o contribuinte sujeito às sanções legais.

VOTO

A peça inicial do presente processo trata da falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária nas aquisições de “cerveja” por distribuidor localizado neste estado, referente ao período de agosto/2003.

O fato é que a recorrente adquiriu mercadorias de outros estados, no caso da indústria Schincariol, cujo ICMS Substituição Tributária não foi retido pela mesma (remetente) por força de uma liminar concedida no **Processo nº 2000.15.6325-5**, impetrado pela empresa fiscalizada.

A autuada, acobertada pela citada liminar, passou a adotar a sistemática normal de apuração (débito x crédito) e também não efetuou o recolhimento do ICMS Substituição Tributária incidente nas operações.

Por ocasião da fiscalização os agentes constataram que a partir de 13.08.2003, os fornecedores da empresa fiscalizada passaram a realizar a retenção e o recolhimento do ICMS Substituição Tributária, enquanto que a recorrente ao ter o seu estoque levantado em 01.08.2003 efetuou o recolhimento do imposto incidente sobre o mesmo, em atendimento ao disposto no art. 476-B do RICMS alterado pelo Decreto 27.113/03.

Ou seja, as mercadorias pertencentes a empresa fiscalizada que até aquela data não tiveram o respectivo imposto substituição recolhido, foram objeto da contagem de estoque (fls. 21) e conseqüentemente foi efetuado o pagamento do mesmo.

Ocorre que no intervalo entre 01.08.2003 e 13.08.2003, a autuada adquiriu “cerveja” através das Notas Fiscais nºs. 20965, 20998, 21106, 21163, 21170, 21172, 21182 e 21207, as quais não fizeram parte da contagem de estoque e nem tiveram o imposto retido pelo remetente. Este é o objeto do presente auto de infração.



Vejamos o que dispõe a legislação acerca da sistemática de substituição tributária nas operações com cerveja e da responsabilidade pelo recolhimento do imposto:

“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:

...

III – cerveja e chope;

...

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

...

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 saída destinada a distribuidor autorizado, comerciante atacadista ou varejista estabelecidos no território cearense;”

Ademais o inciso IV do parágrafo retro transcrito determina que também é responsável **“o adquirente dos produtos de que trata esta Seção quando a retenção não tiver sido feita pelo remetente”**, cuja redação encontra-se em consonância com o art. 431, § 3º e o art. 437, II, § 1º, todos do RICMS, os quais transferem a responsabilidade para o contribuinte substituído quando o substituto deixa de fazer a devida retenção do imposto.

As razões aduzidas no Recurso Voluntário não têm como ser acolhidas, ante o que passarei a expender:

Com relação as duas liminares concedidas à autuada, mencionadas no presente processo, as mesmas têm conteúdo distinto e com relação a primeira – **Processo nº 2000.15.6325-5** – autorizou a remetente a não efetuar a retenção do imposto nas saídas para a recorrente. Por esta razão, as notas fiscais objeto da acusação entraram na empresa sem a retenção do ICMS Substituição Tributária.

Já no que tange à concessão da segunda liminar – Mandado de Segurança **Processo nº 2003.0010.5497-5** – impetrado pela autuada determinando que o fisco se abstenha de aplicar a agregação na saída de mercadoria da impugnante e que a base de cálculo deve ser o valor da nota fiscal, merece trazer à lume o disposto no art. 151, V do CTN, estipulando que a mesma tão somente suspenderia a exigibilidade do crédito tributário, de onde se infere que o Fisco pode efetuar o competente lançamento e o conseqüente processo administrativo tributário seguir os seus trâmites até a decisão transitar em julgado.

Analisando o mérito de uma forma sucinta, resta claro que a recorrente adquiriu mercadorias no período entre 01 a 13.08.2003, as quais não fizeram parte da contagem de estoque e nem tiveram o imposto retido pelo remetente, estando a recorrente obrigada, portanto, ao recolhimento do imposto substituição incidente sobre a entrada das mesmas.

No que pertine à constituição da base de cálculo, a mesma atendeu ao disposto no art. 476-A do RICMS, alterado pelo Decreto 27.113/03, abaixo transcrito, tendo em vista que o remetente ao deixar de efetuar a devida retenção do ICMS Substituição Tributária, obriga-nos a afastar a regra geral do art. 475 do mesmo diploma legal.

“Art. 476-A – Afastada a aplicação da base de cálculo do ICMS definida no art. 475, esta será composta pelo preço praticado pelo contribuinte substituto, adicionado do frete, do carreto, do imposto de importação se for o caso, do IPI, das demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, e da aplicação sobre este montante do percentual de agregação de:

I – 140% (cento e quarenta por cento), nas operações com cerveja ou refrigerante”

Os cálculos constantes da planilha demonstrativa do imposto substituição devido pela autuada foram realizados de acordo com o dispositivo acima combinado com o § 4º, I e II do mesmo diploma legal.

Por outro lado não há como admitir a alegação da recorrente de que o Decreto 27.113/03, que alterou o Decreto 24.569/97, é inconstitucional e que não pode inserir no sistema positivo qualquer regra nova geradora de direito ou obrigação, mormente o fato de que referida norma não criou qualquer fato novo a ser tributado pelo ICMS, mas tão somente veio a explicitar um conteúdo normativo preexistente, adotando novos critérios de apuração, cuja previsão legal advém dos arts. 18 a 25 da Lei 12.670/96, os quais encontram-se regulamentados nos citados diplomas legais.

Considerando que a exigência que ora se cuida tem previsão legal com a respectiva norma sancionadora, ao julgador cabe atender ao princípio da legalidade, fazendo a adequação do fato à norma, não podendo, portanto, deixar de aplicá-la.

Enfim, considerando que, cotejando-se os fatos colhidos e submetidos à apreciação com os dispositivos legais trazidos à colação, infere-se pela exata subsunção do fato à norma, ou seja, a conduta do contribuinte enquadra-se perfeitamente à tipificação legal, torna-se o contribuinte sujeito à penalidade constante do art. 123, I, “c” da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03, *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:

...

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;**” (grifo nosso)

Pelo exposto, voto para que se conheça do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento no sentido de confirmar a decisão prolatada em 1ª Instância de **Procedência** do feito, de acordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

VLR DA OPER + IPI + SEGURO	R\$ 96.590,65
BASE CÁLCULO (+AGREG 140%)	R\$ 231.817,56
x 25%	R\$ 57.954,39
- CRÉDITO ORIGEM	R\$ 7.984,37
ICMS	R\$ 49.970,02
MULTA (1 x Valor Imposto)	R\$ 49.970,02
TOTAL	R\$ 99.940,04

É o voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **DISTSOL – DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TERRA DO SOL LTDA.** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários dar conhecimento ao Recurso Voluntário e negar-lhe provimento e por **maioria** de votos confirmar a decisão de **PROCEDÊNCIA** do feito

prolatada em 1ª Instância, nos termos do primeiro voto discordante desta conselheira que ficou designada para lavrar a resolução e de acordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, relatora originária, Ildebrando Holanda Júnior e Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, que se manifestaram pela improcedência.


Sala das Sessões da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributário do Estado do Ceará, em 28 de agosto de 2006.


ALFREDO ROGÉRIO GOMES DE BRITO
Presidente


ERIDAN REGIS DE FREITAS
Conselheira Relatora Designada


VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
Conselheira


FRANCISCA MARTA DE SOUSA
Conselheira

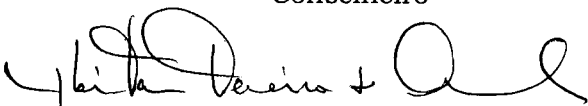

REGINA HELENA TAHIM S. DE HOLANDA
Conselheira


SANDRA MARIA TAVARES M. DE CASTRO
Conselheira


MARCELO REIS DE A. SANTOS FILHO
Conselheiro


REGINEUSA DE AGUIAR MIRANDA
Conselheira


ILDEBRANDO HOLANDA JUNIOR
Conselheiro


UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE
Procurador do Estado