



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

*CÓPIA
MARCELO
e Volume*

RESOLUÇÃO Nº: 405 / 2007
SESSÃO: 16.07.2007
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/238/2006
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200521066
RECORRENTE: FREVO BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATORA: FRANCISCA MARTA DE SOUSA.

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. Rejeitada por maioria de votos o pedido de perícia formulado oralmente em sessão pelo representante da recorrente. Afastado por unanimidade de votos o pedido de nulidade por cerceamento ao direito de defesa. Provado nos autos a 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, "c", da lei nº 12.670/96, alterada pela lei nº 13.418/03. Recurso Voluntário Conhecido e Desprovido. Decisão por maioria de votos pela confirmação da decisão condenatória proferida em 1ª. Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

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

“Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. A empresa deixou de recolher parte do ICMS substituição tributária referente diferença entre o preço definido pela legislação pertinente e o praticado pela mesma, conforme documentos de saídas.”

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 43.015,08

MULTA: R\$ 43.015,08.

O atuante apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto n° 24.569/97 e sugeriu como penalidade a inserta no artigo 123, inciso I “c” da Lei n° 12.670/96, alterada pela lei n° 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 arquivos SISIF.

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 atuada TEMPESTIVAMENTE ingressa nos autos apresentando às fls. 24/30 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 n°s 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 33, 473, 431 e 437 do Decreto n° 24.569/97, aplicando ao caso a penalidade tipificada no artigo 123, I "c" da lei n° 12.670/96, alterada pela lei n° 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, arrazando os mesmos argumentos da peça impugnatória.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de n° 63/07, 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 síntese é o Relatório.

VOTO DA RELATORA

O presente Processo Administrativo Tributário, cuja acusação fiscal encontra-se corporificada no auto de infração de número 2005.21066, denuncia a seguinte acusação fiscal :

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. A empresa deixou de recolher parte do ICMS substituição tributária referente diferença entre o preço definido pela legislação pertinente e o praticado pela mesma, conforme documentos de saídas."

A Julgadora Singular diante das peças processuais firmou convencimento pela Procedência da ação fiscal, amparando-se nos artigos 33,431, 473 e 437 do Decreto nº 24.569/97, aplicando ao caso a penalidade tipificada no artigo 123, I "c" 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.

Recepcionado o Recurso, subiram os autos a esta Egrégia 2ª. Câmara de Julgamento.

E passamos a análise da peça recursal.

APRECIACÃO DO RECURSO

A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado, gravita em torno do fato da recorrente ter deixado de recolher relativamente aos meses de Maio a Outubro de 2004, o ICMS substituição tributária incidente nas operações de saídas com refrigerantes, referente à diferença do imposto calculado entre a base de cálculo definida na forma da legislação vigente (I.N. 02/04 e 31/04) e a base de cálculo praticada pela empresa.

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 n.ºs. 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.

Preliminarmente cumpre mencionar, que esteve presente na Sessão de julgamento deste processo, o representante legal da recorrente, que, abstraindo-se totalmente dos argumentos até então levantados nas peças defensórias - Impugnação e Recurso Voluntário, traz a este Conselho uma tese nova e completamente divergente das dantes apresentadas, qual seja, a de que, *"a empresa na realidade procedeu ao cálculo do ICMS substituição tributária, na forma da legislação estadual vigente, ou seja, com base na pauta fiscal"*.

Neste panorama, á luz da nova tese argüida, requer a esta Câmara de Julgamento a realização de perícia para o perfeito deslinde da questão.

A recorrente levanta também oralmente em sessão, a nulidade do feito fiscal por cerceamento ao seu direito de defesa, pois no seu entender, os elementos constantes nos autos são insuficientes para a apresentação de uma defesa válida.

Neste momento, por oportuno, sinalizo, que apesar de devidamente justificado sobre a alegativa de ser recente patrono da

recorrente, pessoalmente, considero inapropriado o momento processual em que a parte aduziu a nova e diferente tese defensiva, causando assim, surpresa a todos que se debruçaram sobre o estudo do processo, tais como, julgador, relator, consultor e procurador do Estado.

Indiscutivelmente, situações como estas, mesmo desprovidas de má-fé, devem ser expressamente regulamentadas em nossa lei processual, pois, a meu sentir atenta contra os princípios da celeridade, da verdade material e do próprio contraditório.

Pois bem, superado o "parêntese" processual acima levantado, cumpre manifestarmos no que atine ao pedido de nulidade suscitado pelo representante da recorrente.

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.

Ademais, além de descrever a rotina em questão, elaborou a planilha colacionada às fls. 5 dos autos, na qual encontra-se indicados os elementos necessários e suficientes para o perfeito entendimento da acusação fiscal em apreciação.

Deste modo, a meu sentir, os elementos colacionados aos autos são suficientes e necessários para o pleno exercício do direito de defesa da recorrente com esteio nos princípios que regem o processo administrativo tributário, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

Ante as considerações expendidas, entendo não merecer acolhida o pedido de nulidade suscitado pela recorrente.

Continuando na apreciação das razões recursais, a meu pensar, a empresa entendeu perfeitamente a acusação que estava sendo-lhe imputada, tendo assim, com base na apreciação da documentação que recebeu do fiscal, elaborado seus argumentos defensorias.

Reitero, por oportuno, que nas duas fases processuais em que atravessou aos autos, contestou veemente apenas a utilização da pauta fiscal, considerando-a ilegal e inconstitucional, alegativa que no meu entender, só faz sentido de ser suscitado, por quem pretende justificar a sua não utilização.

Nesta vertente, observa-se, que mesmo tendo trazido aos autos uma tese totalmente oposta a que vinha sustentando anteriormente, em nenhum momento apresentou a esta Câmara, um único dado, um único elemento que pudesse contribuir para a formação do juiz a respeito da existência desta nova tese.

Assim, após muitas reflexões, pesando e sopesando a novel tese apresentada pela empresa e cotejando-a com as razões já expostas no recurso voluntário, a meu sentir, torna-se desnecessária a realização de perícia, pois os dados colacionados aos autos já se mostram suficientes e necessários para o deslinde da lide.

Com estas considerações e amparado no artigo 59, II da lei nº 12.732/97, afasto o pedido de perícia requerido pela recorrente.

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.

§§ 2º 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 § 5º do artigo 32 da Lei 12.670, de 30 de dezembro de 1996, conforme dispõe o artigo 8, §4º 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.

Analisando minuciosamente os fatos que gravitam em torno da questão, data vênua, o sustentado oralmente pelo representante da parte, a meu pensar, ao exsurgir-se a recorrente em todo trilhar defensorio unicamente arguindo a ilegalidade da pauta fiscal, em verdade, em verdade, encontra-se a empresa a denunciar os motivos determinantes pelo qual não procedeu ao recolhimento do tributo com base nesta sistemática.

Em consonância com esta linha de entendimento, colaciono inclusive, passagem da peça recursal, na qual a recorrente com

muita clarividência, às fls.55 dos autos, nos informa o seguinte:

“..... é o que ocorre na situação ora combatida.. Embora a recorrente tenha notas fiscais indicando o real valor da transação comercial que gera a obrigação tributária do ICMS, o Fisco cearense ignorou esta constatação fática para se apegar aos preços fictícios lançados em pauta fiscal. “.

E ainda:

“ A fixação na pauta fiscal em um preço superior aquele pactuado pelas partes contratantes (que é a real verdadeira base de cálculo), cria a ilusão de que a capacidade econômica do contribuinte é maior do que realmente é.”

Do colacionado, deflui-se de modo incontestado a afirmativa da recorrente de que realmente não procedeu à apuração do imposto nos moldes da legislação vigente.

O levantamento efetuado pelo fiscal, a meu pensar, demonstra com muita clarividência a configuração da infração denunciada, tanto que, em nenhum momento processual anterior a sustentação oral foi esta prova contestada, a não ser no que atine a matéria de direito -ilegalidade da pauta fiscal.

Deveras, por oportuno, reitero, que mesmo diante da argumentação de que procedeu ao cálculo do ICMS substituição tributária na forma da legislação estadual vigente, e diante do levantamento que lhe foi devidamente entregue, conforme constante das informações complementares, a recorrente não colacionou aos autos, nenhum elemento, por mais simples que seja com força motriz suficiente para modificar ou elidir a ação fiscal.

Depreende-se dos autos, a perfeita caracterização do ilícito denunciado.

No tocante a ilegalidade da pauta fiscal, diga-se, que nosso ordenamento jurídico tributário, especificamente no artigo 8º

§4° da lei complementar n° 87/96, e no artigo 32 da lei estadual do n° 12.670/96, contém previsão de aplicação desta sistemática, com a seguinte redação:

“Artigo 8° da L.C.87/96 : A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I- ...omissis...

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

...omissis...

§ 4°. A margem a que se refere a alínea c do inciso II do 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 n° 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.

Por derradeiro, mister informar, 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.

Pelas considerações expostas, permito-me firmar convencimento pela configuração do ilícito denunciado, 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, negando-lhe Provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida na instância singular, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 43.015,08

MULTA: R\$ 43.015,08.

Eis como entendo a questão.

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, por maioria de votos e em grau de preliminar, resolve indeferir o pedido de realização de perícia suscitado oralmente, em Sessão, pelo representante legal da parte. Foram favoráveis à realização de perícia os Conselheiros Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, Regina Helena Tahim Souza de Holanda e Vanessa Albuquerque Valente. Ainda em grau de preliminar, a 2ª Câmara resolve por unanimidade de votos, rejeitar a nulidade por cerceamento do direito de defesa, também argüida oralmente, em Sessão. No mérito, por maioria de votos, a 2ª Câmara resolve conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto proferido pela Conselheira Relatora e em consonância com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da PGE. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, Regina Helena Tahim Souza de Holanda e Vanessa Albuquerque Valente que se manifestaram pela improcedência. Esteve presente, para sustentação oral do recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Erinaldo Dantas e seu assistente, Dr. Paulo Fernandes

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de Agosto de 2007.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE




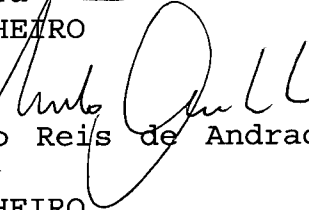

Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA



Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA

Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA RELATORA

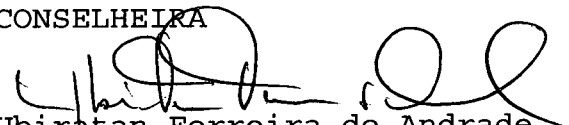

Rodolfo Licurgo Tertuliano de
Oliveira
CONSELHEIRO


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos
Filho
CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares. Menezes
de Castro
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO