



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

RESOLUÇÃO Nº 587 /2007
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 03.10.2007
PROCESSO DE RECURSO Nº 1627/2006
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200603958
RECORRENTE: ET & M Refeições Coletivas Ltda.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONS. RELATORA: ERIDAN REGIS DE FREITAS

EMENTA: Falta de Recolhimento do imposto. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. Termo de Acordo nº 266/2004. **Confirmada** a decisão de condenatória exarada na 1ª Instância. Rejeitada por **unanimidade** de votos as nulidades suscitadas em grau de recurso. Decisão com amparo no art. 763 c/c 567 e 568 do Decreto 24.569/97. 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 **unanimidade** de votos.

RELATÓRIO

O auto de infração acusa o contribuinte de ter deixado de recolher o ICMS decorrente de saídas de mercadorias tributadas sob Regime Especial de Tributação, referente ao período de 01/01/2005 a 30/11/2005.

O agente fiscal apresenta demonstrativo das saídas por documento fiscal (fls. 12 a 98), demonstrativo das vendas por período fiscal, mês a mês, (fl. 11). Nas Informações Complementares (fl. 03 verso), elabora demonstrativo de cálculo do ICMS devido no período fiscalizado, orientando-se conforme disposto na Clausula Primeira do citado termo de acordo.

Dada a infringência foi aplicada a penalidade do art. 123, I "c" da Lei nº 12.670/96.

Por sua vez o contribuinte em sua impugnação argüi preliminarmente a **nulidade** da ação fiscal por inobservância do prazo de 60 (sessenta) dias para conclusão dos trabalhos, sob a alegação de que entre a data da ciência no Termo de Início de Fiscalização nº 2005.23575, em 20/12/2005, e a data da emissão da 2ª Ordem de Serviço, a de nº 2006.06489, em 21/02/2006, transcorreram-se 63 (sessenta e três) dias.

Argumenta, ainda, o seguinte:

- o recorrente que o lançamento em questão fere o princípio da não cumulatividade do ICMS, haja vista que a ação fiscal está alicerçada no Termo de Acordo nº 266/2004, que retira o direito do contribuinte ao crédito pelas entradas de mercadorias;
- em razão do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS lançou créditos fiscais para abater o imposto devido;
- a penalidade imposta tem caráter confiscatório, uma vez que todas as operações estão escrituradas;
- se encontra o contribuinte sob efeito do instituto da consulta, portanto, não poderia ser alvo de auto de infração;
- pede perícia formulando quesitos referentes aos argumentos apresentados.

O julgador de 1ª Instância decidiu pela **PROCEDÊNCIA** do feito após refutar as pretensões de nulidade ou improcedência do feito fiscal argüidas na peça impugnatória, aplicando a penalidade do art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/97.

Inconformada com a decisão singular a autuada interpõe Recurso Voluntário, sob os mesmos argumentos da defesa, à exceção do pedido de perícia, pleiteando a declaração de **NULIDADE** ou a **IMPROCEDÊNCIA** do feito.

O Parecer da Consultoria Tributária adotado pela douta PGE opina pela confirmação da decisão de **PROCEDÊNCIA** exarada na 1ª Instância

VOTO

A peça inicial do presente processo trata da falta de recolhimento do imposto decorrente de saídas de mercadorias tributadas sob Regime Especial de Tributação.

Por meio do Termo de Acordo nº 266/2004, anexo fls. 09/10, o contribuinte obteve do fisco, em substituição à sistemática normal de tributação e apuração do imposto, Regime Especial de Tributação, simplificado, que consiste no cálculo do imposto devido aplicando-se o percentual de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) sobre o faturamento bruto.

As razões aduzidas no Recurso Voluntário, pleiteando a declaração de **NULIDADE** ou a **IMPROCEDÊNCIA**, não têm como ser acolhidas, ante o que passarei a expender:



I - DAS NULIDADES SUSCITADAS

Pelo teor da peça recursal depreende-se que a empresa argúi, em síntese, três nulidades, quais sejam: a inobservância do prazo para conclusão dos trabalhos, a empresa estava sob consulta e a indisponibilidade da documentação, as quais analisaremos individualmente:

a) A argüição de nulidade em virtude da inobservância do prazo de 60 (sessenta) dias para conclusão dos trabalhos, não merece ser acolhida, pois efetivamente, o Termo de Início de Fiscalização nº 2005.23575 (fl. 05), originário da Ordem de Serviço nº 2005.27925 (fl. 04), fixa em 60 (sessenta) dias o prazo para conclusão da ação fiscal. Porém, pelo que consta dos autos não houve a conclusão da respectiva ação fiscal com a lavratura do Termo de Conclusão de Fiscalização correspondente aquele termo de início.

Diante dessa circunstância, e visando ao prosseguimento dos trabalhos fiscais, a autoridade fiscal competente expediu uma segunda autorização para fiscalização, que trata-se da Ordem de Serviço nº 2006.06489 (fl. 06). De posse desse documento o agente fiscal expediu o Termo de Início de Fiscalização nº 2006.06380 (fl. 07), e para registrar o fim dos trabalhos fiscais expediu o Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2006.09426 (fl. 08).

A questão de a segunda ordem de serviço ter sido expedida quando já exaurido os 60 (sessenta) dias assinalado no Termo de Início de Fiscalização nº 2005.23575 (fl. 05) não pode ser acolhido como motivo para declaração de nulidade, posto que a legislação de regência ensina que a expedição de novo ato designatório, para continuidade de ação fiscal que não fora concluída no prazo fixado, dar-se-á apenas quando esgotado o prazo originário, isto é, o prazo indicado no primeiro termo de início expedido. Esta é a inteligência do art. 88, § 2º da Lei nº 12.670/96, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.537, de 11/11/04, *verbis*:

“Art. 88 - ...

§ 2º - Esgotado o prazo previsto no § 1º deste artigo, sem que o sujeito passivo seja cientificado da conclusão dos trabalhos, poderá ser emitido novo ato designatório para continuidade da ação fiscal.”

Diante dessas considerações, entendemos que o procedimento adotado nestes autos não viola formalidades previstas na legislação, especialmente no tocante a questão de extrapolação do prazo assinalado à fiscalização.

b) Relativamente ao argumento de que se encontra o contribuinte sob efeito do instituto da consulta, portanto, não poderia ser alvo de auto de infração, temos que em sendo a consulta formulada por entidade de classe como informa a recorrente, não se aplica a regra do art. 892 do Decreto nº 24.569/97, senão vejamos:

“Art. 892. Enquanto não solucionada a consulta, nenhum procedimento fiscal será promovido contra o consulente em relação à matéria consultada.



...
§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às consultas formuladas por entidades representativas de categoria econômica ou profissional, salvo quando em seu próprio nome, na qualidade de sujeito passivo.”

Em razão do próprio dispositivo excepcionar da regra a situação ventilada pela recorrente, qual seja, a consulta teria sido formulada pelo Sindicato das Empresas de Comércio Atacadista de Refeições Coletivas do Estado do Ceará, é que deve ser afastada a nulidade pretendida.

c) No que tange à argüição de nulidade em razão de não ter sido disponibilizada ao contribuinte a Ordem de Serviço 200606489 e o Termo de Início de Fiscalização 200606380, esta cai por terra ante a assinatura do sócio da empresa nas Informações Complementares, atestando ter recebido os documentos ali elencados, dentre eles aqueles citados pela recorrente.

II – DO MÉRITO

No que tange ao argumento de que o lançamento fere o princípio da não cumulatividade do ICMS, na verdade, o Termo de Acordo nº 266/2004 (fls. 09/10) decorre de pleito do contribuinte com vistas à adoção de Regime Especial de Tributação, simplificado, que consistirá no cálculo do imposto devido mediante a aplicação do percentual de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) incidente sobre o total do faturamento bruto relativo às saídas de alimentação e outras mercadorias, nos termos do art. 763 do Decreto 24.569/97.

O trabalho do agente fiscal foi levantar o faturamento bruto, aplicar sobre ele a alíquota acordada, deduzindo do resultado apresentado o imposto efetivamente recolhido pelo contribuinte, consoante demonstrado nas Informações Complementares. E não poderia ser de outra forma a atitude do autuante diante da existência do termo de acordo já citado.

Por outro lado, o contribuinte não demonstrou nos autos que apesar de requerer o Regime Especial de Tributação, nos termos do art. 567 e 568, I do RICMS, não fez uso dessa prerrogativa.

Quanto a alegativa de que lançou créditos fiscais para abater o imposto devido, vale esclarecer que trata-se de procedimento contrário a Cláusula Segunda do termo de acordo firmado com o fisco, senão vejamos:

“Cláusula Segunda. *Fica vedado o creditamento do imposto pago, decorrente de qualquer natureza relativo aos insumos ou mercadorias e serviços empregados no processo produtivo do estabelecimento acordante, devendo ainda ser estornado qualquer crédito fiscal escriturado até o dia 31/03/2004.”*



Quanto à tese de que a penalidade imposta tem caráter confiscatório, vale informar que no âmbito administrativo não comporta essa discussão tampouco declaração de inconstitucionalidade de dispositivo previsto na legislação tributária, posto que essa competência é exclusiva do Poder Judiciário.

Em conclusão temos que a apuração realizada pelo agente fiscal através do levantamento do faturamento bruto, sobre o qual aplicou a alíquota acordada e deduziu do resultado apresentado o imposto efetivamente recolhido pelo contribuinte, demonstra de forma inequívoca que o contribuinte deixou de recolher o imposto na forma do termo de acordo já citado.

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 sejam afastadas as nulidades suscitadas em grau de recurso e se conheça do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento no sentido de confirmar a decisão condenatória prolatada em 1ª Instância, de acordo com o Parecer da d. Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

ICMS	R\$ 171.955,53
Multa	R\$ 171.955,53
Total	R\$ 343.911,06

É o voto.



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **ET & M Refeições Coletivas Ltda.** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários rejeitar por **unanimidade** de votos as nulidades suscitadas em grau de recurso, dar conhecimento ao Recurso Voluntário, negar-lhe provimento e por **unanimidade** de votos **confirmar** a decisão condenatória prolatada em 1ª Instância, de acordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.


Embora devidamente comunicada da realização da sessão a advogada da empresa, Dra. Francisca das Chagas Lemos, requereu a dispensa de sua participação para sustentar oralmente as razões da recorrente, conforme documento apenso ao processo.

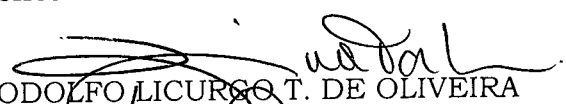
Sala das Sessões da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributário do Estado do Ceará, em 10 de dezembro de 2007.



ALFREDO ROGÉRIO GOMES DE BRITO
Presidente


ERIDAN REGIS DE FREITAS
Conselheira Relatora


VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
Conselheira


EDILENE VIEIRA DE ALEXANDRIA
Conselheira

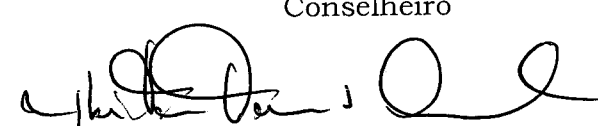

RODOLFO LICURGO T. DE OLIVEIRA
Conselheiro


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