



RESOLUÇÃO Nº. 837/2020

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM:

PROCESSO Nº: 1/39/2018

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201718243

RECORRENTE: CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A

RECORRIDA: CÉDULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CGF/CE: 06.356.722-9

CONSELHEIRO RELATOR: MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA.

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. REDUÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO. Infringência dos artigos 59, 73, 74, 567. §único, 568, I, II, §1º do Decreto 24.569/97, c/c Parágrafo Segundo da Cláusula Segunda dos Regimes Especiais de Tributação nºs 0315 de 2014 e 0237 de 2015. Penalidade prevista no artigo 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Recurso conhecido em parte. Nulidade da decisão de primeira instância por não apreciar todos os pontos da impugnação. Retorno do processo para novo julgamento. Decisão embasada nos artigos 51 e 83 da Lei nº 15.614/14.

PALAVRA-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO EM PARTE. DECISÃO NULA. RETORNO DO PROCESSO À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA NOVO JULGAMENTO.

I – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir: *“Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazo regulamentares. O estabelecimento deixou de recolher parte do ICMS devido por substituição tributária, decorrente de redução de base de cálculo aplicada indevidamente em alguns dos produtos, tratados como produtos da cesta básica quando não deve ser aplicado este benefício”*.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

O atuante relata nas Informações Complementares que a empresa fora intimada no termo da Intimação nº 2017.08660 para apresentar esclarecimentos relativos à falta de recolhimento do ICMS e do ICMSST em operações em que a empresa registrou redução de base de cálculo, quando, na verdade, não há esta redução.

A redução de base de cálculo em questão faz parte da cesta básica, que especificam desodorante, shampoo e sabonete. Ocorre que o estabelecimento preencheu incorretamente o campo “NCM” para se beneficiar da redução de base de cálculo que não está prevista na legislação específica.

Os auditores elencaram a infração do artigo 41 do Dec. 24.569/97 e Regimes Especiais de Tributação 315 de 2014 e 237 de 2015, com penalidade prevista no Art. 123, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Tendo ciência da autuação, o contribuinte apresentou tempestivamente defesa aos autos refutando a ausência de fundamentação no auto de infração referente ao desenquadramento do item “desodorante”, alegando que se trata de um produto multifuncional, com ação antibactericida e que dar fragrância agradável ao consumidor, devendo recair alíquota de 12%, bem como não é competência da Fiscalização classificar ou não produtos. Alega ainda que o Fisco não considerou os descontos aplicados nas Notas Fiscais quando afirmado redução da base de cálculo no Termo de Intimação 2017.08660 e que a multa tem caráter confiscatório (fls. 37/41);

Seguindo a toada, no julgamento de primeira instância evidenciou-se que a ação fiscal foi julgada PROCEDENTE, devendo ser recolhido o valor de R\$329.264,82 (trezentos e vinte e nove mil duzentos e sessenta e quatro reais e oitenta e dois centavos) (fls. 73/89).

A parte autuada intentou Recurso Ordinário, nos mesmos termos de sua peça impugnatória, acrescentando que a decisão se fundamentou em uma inovação do critério jurídico nos termos do art. 145 do CTN, alegando ainda que promoveu o desconto da base de cálculo mediante convênio do CONFAZ, que não obsta a manutenção do seu Regime Especial, nos moldes do art. 1º, §1º da LC 160/2017 (fls. 93/107);



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Reforçando o exposto, a Cédula de Assessoria Processual Tributária, reverbera o entendimento no sentido de conhecer o Recurso Ordinário, e negar-lhe o provimento no que tange a suposta natureza confiscatória da multa posto que não pode ser tratada no presente procedimento, por se tratar de alegada inconstitucionalidade, nos moldes do art. 48, §2º da Lei Nº 15.614/2014; mas dar-lhe provimento no sentido de declarar nula a decisão de singular, conforme art. 83 da Lei nº 15.614/2014, posto que o juízo de primeira instância não apreciou os argumentos referentes a inobservância do fisco no desconto aplicado nas notas fiscais fiscalizadas, reduzindo a base de cálculo do imposto cobrado (fls.129/135).

Nestes termos, eis o breve relato.



II – VOTO

O fato gerador da autuação em epígrafe decorre da falta de recolhimento do ICMS e do ICMSST em operações em que a empresa registrou redução de base de cálculo de itens relativos as alíneas “b”, “c” e “d”, do inciso II, do art. 41 do Decreto 24.569/1997 (RICMS), infringindo tal dispositivo, *vide*:

Art. 41. Nas operações internas e de importação com os produtos da cesta básica, a base de cálculo do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, será reduzida em:

(...)

II - **33,33% (trinta e três vírgula trinta e três por cento)**, para os seguintes produtos: (Redação dada pelo Decreto Nº 32267 DE 22/06/2017).

(Redação dada pelo Decreto Nº 31861 DE 29/12/2015):

(...)

b) desodorante para uso axilar;

c) detergente;

d) sabonete sólido;

(..)

A autuada também infringiu o REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO Nº 315 de 2014 e Nº237 de 2015 na qual se compromete ao recolhimento do ICMS ST incidente sobre as mercadorias remetidas aos estabelecimentos que comercializam as marcas do grupo



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Boticário neste Estado, fazendo como responsável tributário. Ocorre que a cláusula segunda, no parágrafo segundo, obrigado a recolher as diferenças de ICMS, tanto em relação ao imposto devido na operação própria, como o imposto devido por substituição tributária.

Como penalidade estabeleceu-se a aplicação conforme o texto do art. 123, inciso I, alínea “c” da lei nº 12.670/96.

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; (Redação dada pela Lei nº 13.418, de 30.12.03)

Apesar de ser apresentada defesa tempestivamente aos autos, a primeira instância considerou PROCEDENTE a ação fiscal, devendo ser recolhido o valor de R\$329.264,82 (trezentos e vinte e nove mil duzentos e sessenta e quatro reais e oitenta e dois centavos), posto que considerou a assinatura do termo de Regime Especial razão para a autuada vincular-se às condições estabelecidas, devendo ser responsável pelo recolhimento do ICMS ST. Em relação a alegação de que os produtos seriam considerados como itens da cesta básica e que estariam sendo disposto o NCM correto, elencou que os autantes utilizaram o previsto no art.3º da Lei nº 6.360/76, referente a apresentação de definições referentes a “produtos de higiene”, “perfumes” e “cosméticos”, classificando os itens da autuada como perfumes, não ensejando o benefício da redução de base de cálculo. Por fim, não considerou o caráter confiscatório da multa posto que se trata de termo assinado pela próprio autuado.

Ocorre que a presente *decisium* não se manifestou sobre dois pontos presentes na peça impugnatória, quais sejam, “(i) a inobservância da autoridade fiscal do desconto aplicado



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

nas notas fiscais fiscalizadas, o que reduz substancialmente a base de cálculo do imposto cobrado; e (ii) a inexatidão da base de cálculo”.

Diante da inexistência da manifestação do órgão julgador de primeira instância sobre as referidos pontos de defesa, restando prejudicada toda a decisão originária posto que convalida autuação, violando o artigo 51 da Lei Nº 15.614 de 2014, em verbis:

Art. 51. A autoridade julgadora de primeira instância observará o disposto no art. 50 e quando, sob a forma expressa ou por meio magnético lavrar a decisão, encerrará o ofício judicante, podendo alterá-la, somente para corrigir, de ofício, inexatidões materiais.

Tal omissão acarreta prejuízo ao recorrente posto que, caso seja verificado o desconto existente nas notas fiscais fiscalizadas, há inexatidão da base de cálculo do auto de infração, violando o artigo 142 do CTN e gerando a nulidade de todo o processo, tendo em vista que o agente do Fisco encontrava-se impedido de lançar o crédito tributário, conforme previsto no art. 83 da Lei nº 15.614/2014:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Art. 83. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Entende-se, desse modo, que o lançamento do crédito tributário se torna NULO pela inexistência dos requisitos elementares para a sua formalização.

No que pese a alegação da ausência de proporcionalidade e razoabilidade da multa de 100% prevista no art. 123, I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, informando que trata-se de um caso de inconstitucionalidade, embasando-se no seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTADO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral.

(STF – RE: 833106 GO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data do Julgamento: 25/11/2014, Primeira Turma, Data da Publicação: DJe – 244 DIVULG 11-12-2014 PUBLIC 12-12-2014)

Ocorre que a apreciação de tal matéria é vedada pelo artigo 48, §2º, da Lei nº 15.614/14 por se tratar de caráter exclusivo de ADI e ADIn.

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art. 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, observado:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

I - em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II - em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III - em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal

Posto isso, exara-se o entendimento a fim de conhecer o Recurso Ordinário, para dar-lhe parcial provimento, para nesses termos DECLARAR NULA a decisão CONDENATÓRIA firmada em 1º instância e, conseqüentemente, o RETORNO DO PROCESSO à instância originária para a realização de novo julgamento, nos termos dos artigos 51 e 83 da Lei nº 15.614/14.

Este é o voto.

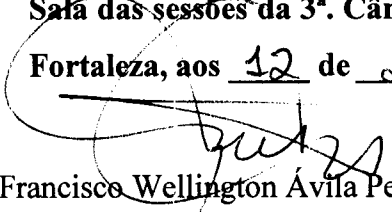


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

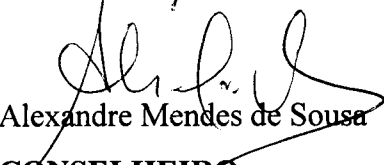
III- DECISÃO

Processo de Recurso Nº 1/38/2018 – Auto de Infração: 1/201718243.
RECORRENTE: CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relator: Conselheiro LÚCIO FLÁVIO ALVES. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, resolve por unanimidade de votos, conhecer em parte do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento e, também por unanimidade de votos, declarar a nulidade da decisão de primeira instância por esta não ter levado em consideração todos os argumentos deduzidos na defesa, especialmente no que os valores de saídas estão equivocados porque a fiscalização agregou valores que representam a substituição tributária o que não representa o preço de saída e se o critério "vendável" não foi considerado pela fiscalização na taxa de adicionamento, como alega a parte nos itens 15 a 19 da peça impugnatória, às fls. 40 e 41 dos autos, nos termos do Parecer da Assessoria Processual Tributária. Conseqüentemente, determina-se o **RETORNO DO PROCESSO** à instância originária para a realização de novo julgamento. Decisão embasada nos artigos 51 e 83 da Lei nº 15.614/14. Não se conhece do Recurso na parte referente ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/14. Tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Presente, para proceder sustentação oral das razões do recurso o representante legal da recorrente Dr. Luís Augusto da Silva Gomes.

Sala das sessões da 3ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em
Fortaleza, aos 12 de fevereiro de 2020


Francisco Wellington Ávila Pereira

PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA


Alexandre Mendes de Sousa

CONSELHEIRO


André Gustavo Carreiro Pereira

PROCURADOR DO ESTADO

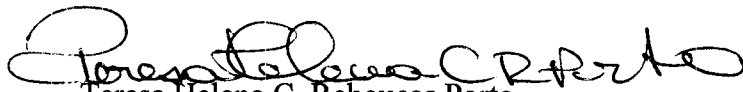

Felipe Augusto Araújo Muniz

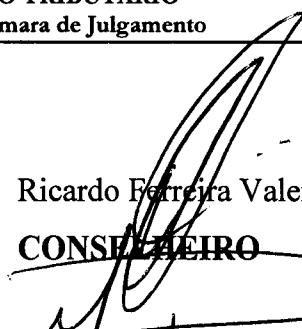
CONSELHEIRO

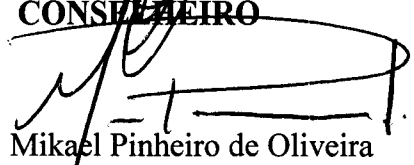


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Teresa Helena C. Rebouças Porto
CONSELHEIRA


Ricardo Ferreira Valente Filho
CONSELHEIRO


Mikael Pinheiro de Oliveira
CONSELHEIRO