



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT  
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

**RESOLUÇÃO Nº: 0219/2019.**

**72ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 14.10.2019.**

**PROCESSO DE RECURSO nº 1/40/2018.**

**AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201718333.**

**RECORRENTE: CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**

**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

**RELATOR: CONS. RICARDO VALENTE FILHO.**

**EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. CÂMARA DECIDE CONHECER PARTE DO RECURSO ORDINÁRIO, dar-lhe provimento para declarar a nulidade da decisão de primeira instância, determinando o retorno do processo para a instância originária para a realização de novo julgamento.**

**PALAVRAS CHAVES – ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – RECURSO ORDINÁRIO - ANULAR A DECISÃO SINGULAR – RETORNO À 1ª INSTÂNCIA PARA NOVO JULGAMENTO.**

---

**RELATÓRIO**

Alega o agente autuador que o contribuinte deixou de recolher parte do ICMS devido por substituição tributária, decorrente de redução da base de cálculo aplicada indevidamente em alguns dos produtos, como é o caso da cesta básica, que não deve ser aplicado o benefício.

Foi apontado como infringidos os artigos nº 41 do Decreto nº 24.569/97, Regime Especial de Tributação nº 315 de 2014 e Regime Especial de Tributação nº 237 de 2015, aplicando a penalidade prevista no art. Art. 123, I, "C" Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei de nº 13.418/03.

A empresa apresenta defesa às fls. 39 a 44, com os seguintes argumentos:

- Que segundo a fiscalização, a empresa teria cometido equivocada redução de base de cálculo, pois teria preenchido o campo "NCM incorreto", notadamente O NCM 330720;
- Que na posição NCM 3307.20 (e sub posições 3307.20.10 e 3307.20.90) estão enquadrados todos os tipos de desodorantes e antitranspirantes, sendo eles líquido ou não;
- Que a interpretação dada pela fiscalização à regra válida à época da classificação das mercadorias está flagrantemente equivocada;
- Que além disso, os itens não foram classificados de maneira errônea como desodorantes, do modo como alega o Fisco;
- Que a Fiscalização não fez prova alguma de que os 15 itens deveriam ser desenquadrados da condição de desodorantes;
- Que a rigor, o auto de infração simplesmente afirma que os produtos fiscalizados não podem ser considerados itens de cesta básica;
- Que a fiscalização não apresenta qualquer elemento que indique as razões da retirada do enquadramento dos produtos dado pela empresa, descumprindo com o seu dever de constituir devidamente a infração que supostamente teria praticado a impugnante,
- Que as mercadorias enquadradas como desodorantes, assim o são porque possuíam um componente cuja função era de conter a proliferação de bactérias causadoras de maus odores (antibactericida), assim denominado "Triclosan", conforme documentação anexa que discrimina exemplificativamente a composição de mercadorias examinadas pelo Fisco;



- Que posteriormente o produto Triclosan foi substituído por outro antibactericida na composição dos produtos, mantendo-se a característica dos produtos como desodorantes;
- Que a inclusão desse elemento é que permitia à época que os produtos foram classificados como desodorante, pois a sua atuação é voltada ao combate dos maus odores causados pelas bactérias;
- Que os desodorantes objetos da presente autuação são produtos multifuncionais que possuem tanto um componente antibactericida quanto itens que dão fragrância agradável ao consumidor, não impedindo que um desodorante seja perfumado;
- Que uma vez constatado que os produtos fiscalizados possuem a característica que lhes permitem serem enquadrados como desodorantes resta que a alíquota efetiva de tais produtos deveria ser 12%;
- Que a fiscalização não tem competência para desenquadrar os itens fiscalizados como desodorantes, pois o órgão competente para definir a classificação fiscal é a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o órgão competente para enquadrar os produtos de acordo com sua composição é a ANVISA;
- Que a tarefa de fiscalização não era de desenquadrar os desodorantes da sua própria classificação e sim de verificar se as alíquotas do ICMS se amparavam nas classificações fiscais e enquadramento dos produtos, lançados pelos órgãos competentes;
- Que a fiscalização não detém competência legal para reenquadrar fiscalmente esses itens e sim verificar se as alíquotas do ICMS se amparavam nas classificações fiscais e enquadramento dos produtos lançadas pelos órgãos competentes;

- Que os itens estão corretamente enquadrados como desodorantes, observando O correto NCM;
- Que a fiscalização enviou Termo de Intimação 2017.08660 por meio do qual solicitava informações a respeito de créditos indevidos de ICMS e ICMS-ST em razão de equivocada redução de base de cálculo, tendo a contribuinte questionado os valores apresentados pela fiscalização, uma vez que não considerou os descontos aplicados nas Notas Fiscais;
- Que em resposta a fiscalização ignorou que haveria uma sensível alteração de base de cálculo em razão de descontos aplicados nas notas fiscais mantendo a sua própria apuração;
- Que a fiscalização sequer se manifestou em relação ao desconto aplicado sobre as notas fiscais, se omitindo em relação ao seu próprio equívoco;
- Que a fiscalização lançou imposto fictício, pois não observou OS descontos aplicados pela impugnante, o que implica em inobservância do artigo 25, § 4º, "a" do RICMS; Que a fiscalização apresentou valor fictício e, portanto, partiu de base de cálculo equivocada para apurar O suposto ICMS-ST indevido, pois desconsiderou 15 itens verdadeiramente como considerados como de cesta básica;
- Que visando rebater os valores trazidos pela fiscalização a impugnante acostou documentação considerando os 15 itens classificados como desodorante, o que resulta num saldo devedor de R\$ 18.481, 32.
- Alega o caráter confiscatório da multa;
- Enfim, requer o cancelamento do imposto e da multa cobrados pela fiscalização.



Na instância singular, ao apreciar as razões de defesa o julgador decidiu pela procedência da ação fiscal constante às fls. 76/91, por entender que o contribuinte deixou de recolher ICMS em decorrência de redução da base de cálculo aplicada indevidamente sobre determinadas mercadorias, tratadas como se fossem produtos da cesta básica, quando esses produtos estão catalogados na Lei nº 6.360/76 como Perfumes e Cosméticos, além do que, referido benefício não deve ser aplicado por conta do que dispõe o Parágrafo Segundo, da Cláusula Segunda, do Regime Especial de Tributação nº 0315/2014 e, do Regime Especial de Tributação nº 0237/2015. Entendendo que a recorrente infringiu os arts. 59, 73, 74, 567, § único, 558, I, II, §1º, do decreto 24.569/97, combinados com Parágrafo Segundo, da Cláusula Segunda, dos Regimes Especiais de Tributação nos 0315 de 2014 e 0237 de 2015, aplicando a penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, alterada pela lei 13.418/03.

Devidamente cientificado da decisão singular, o representante legal da autuada ingressou com Recurso Ordinário fls. 95/110, utilizando as alegações abaixo descritas:

1. Que a decisão traz novo argumento não contido na acusação, Ou seja, de que não poderia haver cumulação dos incentivos fiscais, sob pena de contrariar o disposto no artigo 145, do CTN, padecendo de nulidade parcial;
2. Que jamais foi objeto da ação fiscal ao lançar o crédito tributário a redução da base de cálculo e o incentivo fiscal, pois a presunção da qual partiu a Fiscalização foi a de que todos os itens fiscalizados supostamente não seriam desodorante e, conseqüentemente, não poderiam fazer jus à regra do desconto da base de cálculo previsto na legislação cearense;
3. Que o incentivo do desconto da base de cálculo tem assento em convênio de CONFAZ, regularmente concedido de acordo com a regra do artigo 12, parágrafo único, I, da Lei Complementar 24, de 7 de janeiro de 1975 (ratificada pelo artigo 12, caput, Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017). Isto é, trata-se de incentivo fiscal conveniado, no âmbito do CONFAZ. Enquanto o incentivo, previsto Termo de Acordo, é completamente diverso tratando-se pacto entre Estado do Ceará e Recorrente;



4. Que a Recorrente trouxe dois argumentos que simplesmente foram ignorados pela r. decisão, a saber: (i) a inobservância da autoridade fiscal do desconto aplicado nas notas fiscais fiscalizadas, O que reduz substancialmente a base de cálculo do imposto cobrado; e (ii) a inexatidão na base de cálculo;

5. Que a omissão da r. decisão obviamente não é banal e não pode ser considerada como omissão sanável porque causa prejuízo à Recorrente, na medida em que convalida autuação que não verificou o montante tributável adequado e que violou, pois, o artigo 142, do CTN;

6. Daí porque o quanto decidido configura nulidade absoluta. Mas se isso não for reconhecido, convém explicitar, novamente, os argumentos deduzidos na impugnação e que foram omitidos pela r. decisão;

7. Que a Fiscalização simplesmente ignorou que haveria uma sensível alteração de base de cálculo, em razão dos descontos aplicados nas notas fiscais, mantendo a sua própria apuração;

8. Que a decisão também não se manifesta em relação ao desconto aplicado sobre as Notas fiscais, argumento contido na defesa;

9. Que a Recorrente identificou itens apontados como irregulares que estariam completamente dentro dos critérios de cesta básica, na própria planilha da Fiscalização, de sorte que O próprio trabalho fiscal é colocado em cheque, pois, ao que tudo indica, não houve um tratamento individual dos produtos (desclassificados de seus NCMS);

10. Que a Fiscalização apresentou valor fictício, contradizendo seus próprios critérios de autuação, e, portanto, partiu de base de cálculo equivocada para apurar O suposto ICMS indevido, pois desconsiderou 15 (quinze) itens verdadeiramente considerados por ela mesma como de cesta básica, o que ofende frontalmente o artigo 19, II e VII, da Lei

Complementar nº 130/2014, bem como o próprio artigo 142, do CTN;

11. Que Subsidiariamente, à reforma da r. decisão, a fim de que se reduza a multa aplicada em patamares condizentes com a proporcionalidade, com O artigo 128, I, "d", da Lei Estadual nº 15.614/2014, e com O princípio da vedação ao confisco.

A Assessoria Processual Tributária emitiu parecer nº 179/2019 às fls. 133 à 139, sugerindo o conhecimento do RECURSO ORDINÁRIO interposto, dar-lhe provimento, para declarar nula a decisão singular, conforme art. 83 da Lei 15.614/2014, ante a constatação de que a julgadora não se manifestou sobre os argumentos constantes da impugnação, e em ato contínuo, determinar o retorno do processo à 1ª Instância, para realização de novo julgamento.

A Procuradoria do Estado adotou o entendimento sugerido pela APT.

É o Relatório.

---

#### VOTO DO RELATOR

A decisão recorrida firma entendimento no sentido de decidir pela Procedência da autuação.

Com se vê, não há na ementa e, ressalte-se, leitura procedida no inteiro teor da resolução sobredita, não se vislumbra o pedido de perícia requerido pela recorrente nos autos do processo, no entanto a decisão de primeira instância não levou em consideração todos os argumentos deduzidos na defesa, especialmente no que tange os valores de saídas, pois segundo o contribuinte, estão equivocados porque a fiscalização agregou valores que representam a substituição tributária, não restando demonstrado aquilo 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, precisamente às fls. 40 e 41 dos autos, menciona que deveria o julgador de 1ª grau solicitar a realização de perícia e, após isso, proferir seu julgamento.

A realização de perícia é medida que visa esclarecer eventuais dúvidas ou corrigir erros pontuais identificados, que prejudique o deslinde da matéria discutida, com previsão legal assente na dicção do artigo 92 da Lei nº 15.614/2014. Vejamos:

Art. 92. A realização de perícia e de diligência será requerida pelo sujeito passivo por ocasião de defesa, sustentação oral ou da interposição de recurso.

Nesse diapasão, urge consignar que no âmbito do processo administrativo tributário predomina a verdade real, consoante previsão expressa no artigo 46 da Lei n.º 15.614/2014. Vejamos:

Art. 46. Além dos princípios referidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, o processo administrativo-tributário pautar-se-á, também, dentre outros, pelos princípios do Contraditório, da Ampla Defesa, da Celeridade, da Simplicidade, da Economia Processual e da Verdade Material.

Consoante se infere da dicção do artigo 46 da Lei n.º 15.614/2014, a produção de prova material é de extrema relevância na seara do processo administrativo tributário, na qual se incluem aquelas decorrentes da realização de providência pericial, obviamente, quando os fatos apontados justifiquem a adoção da providência, da mesma forma que, à carência dos requisitos legais de regência, deve ser afastada mediante exposição fundamentada.

No caso ora apreciado, denota que a falta de alusão a essa circunstância diante dos fundamentos realizados pela recorrente ainda em 1ª instância, decorrem de um equívoco na elaboração do instrumento.

Por conseguinte, em que pese às disposições expressas no artigo 108 da Lei n.º 15.614/2014, ao determinar que o recurso ordinário deva ser recebido nos efeitos suspensivos e devolutivos, não se pode desprezar a necessária interpretação do artigo 46 supra colacionado, quando versa acerca da simplicidade do processo administrativo, assim como o teor da Súmula 473 do STF, que dispõe sobre a autotutela do Estado, à medida que atribui a administração o poder/dever de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, robustecido pelo fato que a nulidade é matéria de ordem pública, logo, pode ser arguida em qualquer fase processual, fato que levou a decisão ora tomada.

Entendo que a julgadora singular deixa de enfrentar argumentos utilizados pela defesa, em especial o referente a inobservância da autoridade fiscal do desconto aplicado nas notas fiscais fiscalizadas, o que poderia reduzir a base de cálculo do imposto cobrado.

Observe que desde o monitoramento a empresa vem alegando que a base de cálculo utilizada pela fiscalização estaria errada, no entanto não consegue obter resposta, inclusive menciona aos autos uma nota fiscal de exemplo, vejamos:





Dados Gerais

Chave de Acesso	Número	Versão XML
2314 0706 1474 5100 1961 5500 1000 0283 3113 5615 0438	28377	2.03

NFe | Emitente | Destinatário | Produtos e Serviços | Total | Transporte | Cobrança | Informações Adicionais

Dados dos Produtos e Serviços

Num.	Descrição	Qtd.	Unidade (Conv.)	Valor(55)
EB 1	VAPORIZADOR DURO VIDRAALV	20,0000	PC	51,80
EB 2	MALBEC DES COLONIA 100ml	7.000,0000	PC	133.170,00

Código do Produto	Código NCM	Código CEST
07936	33072010	
Código EX da TIPI	CFOP	Custos Despesas Adicionais
	5403	
Valor do Desconto	Valor Total do Frccto	Valor do Imposto
34.975,50		

ICMS Normal e ST

Origem da Mercadoria	Tributação do ICMS	Modalidade
5 - Nacional, com Conteúdo de Importação inferior ou igual a 40%	70 - Com redução de base de cálculo e cobrança do ICMS por substituição tributária	3 - Valor da Operação
Percentual Redução de BC do ICMS Normal	Base de Cálculo	Alíquota
100,0000	139.906,50	17,0000
Valor do ICMS	Modalidade de Determinação da BC do ICMS ST	Percentual de Redução de BC do ICMS ST
23.783,93	3 - Lista Neutra (valor)	
Percentual de MVA do ICMS ST	Valor da BC do ICMS ST	Alíquota do Imposto do ICMS ST
	195.867,79	17,0000
Valor do ICMS ST	Valor ICMS Desonerado	Modulo Determinação ICMS
9.513,57		

Em primeira instância o julgador identifica a alegação conforme item 25, constante da decisão singular, às fls. 83, mas ao realizar a sua fundamentação não enfrenta este argumento, vejamos parte do relatório constante no julgamento singular:

Através de seus Advogados a autuada se defende com os seguintes questionamentos.

(...)

25- questiona ainda erro no cálculo elaborado pela fiscalização em função de descontos concedidos;

Ainda as fls. 86, o julgador singular novamente menciona os argumentos trazidos pela recorrente em sua defesa em relação aos descontos, segue:



18 - que a fiscalização sequer se manifestou em relação ao desconto aplicado sobre as notas fiscais, se omitindo em relação ao seu próprio equívoco;

19 - que a fiscalização lançou imposto fictício, pois não observou os descontos aplicados pela impugnante, o que implica em inobservância do artigo 25, § 4º "a" do RICMS.

Portanto, após constatar todas as nulidades constantes no procedimento, entendo por aplicar ao presente caso o art. 83 da Lei n.º 15.614/2014, in verbis:

"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."

Ante o exposto, concluo meu voto pelo conhecimento em parte do RECURSO ORDINÁRIO, para no mérito, dar-lhe provimento, anulando a decisão do 1º grau, que julgou pela PROCEDÊNCIA da autuação, no sentido de que retornem os autos à primeira instância, a fim de que seja procedido novo julgamento, devendo o julgador apreciar e decidir levando em consideração todos os argumentos deduzidos na defesa, especialmente no que tange os valores de saídas, haja vista que a fiscalização agregou valores que representam a substituição tributária, não representando o preço de saída e, se o critério "vendável" não foi considerado pela fiscalização na taxa de adicionamento, como alega. Atentar para os itens 15 a 19 da peça impugnatória, existentes às fls. 40 e 41 dos autos.

Assim, determino o RETORNO DO PROCESSO à instância originária para a realização de novo julgamento, aplicando os artigos 51 e 83 da Lei nº 15.614/14, devendo o julgador de planície enfrentar todos os pontos solicitados pela parte.

Por fim, profiro que não conheço do recurso na sua totalidade, pois o desconheço quanto a matéria relativa ao caráter confiscatório da multa aplicada, tudo em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/14.

DECISÃO

Processo de Recurso Nº 1/40/2018 – Auto de Infração: 1/201718333.  
RECORRENTE: CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.  
RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relator: Conselheiro RICARDO FERREIRA VALENTE FILHO. 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. Presente, para proceder sustentação oral das razões do recurso o representante legal da recorrente Dr. Luís Augusto da Silva Gomes.


**SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA SUPERIOR DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DO CEARÁ**, em Fortaleza, aos 07 de Novembro de 2019.

  
FRANCISCO WELLINGTON ÁVILA PEREIRA  
Presidente

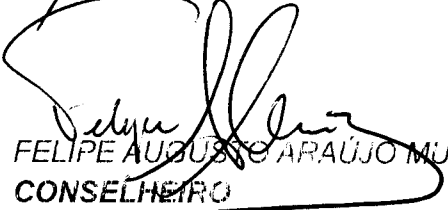
  
LÚCIO FLÁVIO ALVES  
CONSELHEIRO

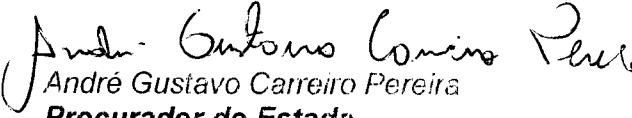
  
RICARDO VALENTE FILHO  
CONSELHEIRO RELATOR

  
TÉRESA HELENA CARVALHO PORTO  
CONSELHEIRA

  
MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA  
CONSELHEIRO

  
ALEXANDRE MENDES DE SOUSA  
CONSELHEIRO

  
FELIPE AUGUSTO ARAÚJO MUNIZ  
CONSELHEIRO

  
André Gustavo Carreiro Pereira  
Procurador do Estado  
Em: 04/11/2019