

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**RESOLUÇÃO Nº 910/2016

19º. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 30 de agosto de 2016

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3345/2012

AUTO .DE INFRAÇÃO: 1/201208722

RECORRENTE: CSN CIMENTOS S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONS.RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO PELO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de transporte de autônomos. Preliminares de nulidade e pedidos de perícia e diligência rejeitados. AUTUAÇÃO PROCEDENTE. Amparo legal: Art. 431, 432, 480, 481 e 483, todos do Decreto 24.569/97. Penalidade: Artigo 123, I, "c" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/2003. Confirmada, por unanimidade de votos, a decisão condenatória proferida em 1ª. Instância. Recurso Ordinário conhecido e não provido.

**RELATÓRIO**

A peça inicial acusa o contribuinte de "Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. Conforme relato do agente do fisco:

"CONTRIBUINTE EFETUOU OPERAÇÕES DE VENDA DE CIMENTO PORTLAND CRIIF, CONTRATANDO TRANSPORTADORES AUTONOMOS PARA EFETUAR SERVIÇO DE TRANSPORTE MODALIDADE F.O.B. SEM QUE EFETUASSE O RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL DEVIDO, CONFORME DETALHAMENTO CONTIDO NAS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES AO PRESENTE"

Dispositivos infringidos: Art. 73, 74 e 432 todos do Decreto 24.569/97. Penalidade: Art. 123, I, c, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/2003.

Crédito Tributário: ICMS R\$ 288.415,81 MULTA R\$ 288.415,81.

Nas informações complementares de fls. 03 e 05, o agente fiscal detalha os procedimentos utilizados na presente ação fiscal.

Instruem os autos: O mandado de ação fiscal nº 2012.21892 (fls. 07); Termo de Início de Fiscalização nº 2012.18326 (fls. 11); Aviso de Recebimento (AR) do Termo de Início de Fiscalização; (fls. 08); Termo de Intimação nº 2012.18426 (fls. 12), Aviso de Recebimento (fls. 12), Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2012.20068 (fls. 14); Aviso de Recebimento (AR) do Termo de Conclusão; (fls. 169); planilha demonstrativa da falta de recolhimento (fls. 15 a 29) e cópias de notas fiscais e conhecimentos de transportes (fls. 30 a 165).

O contribuinte apresentou Termo de Arrolamento de Bens, conforme documento apenso às fls. 174 dos autos.

Apresentou tempestivamente impugnação ao feito fiscal, conforme fls. 181 a 189 dos autos, alegando:

#### PRELIMINARMENTE

- ✓ Nulidade do auto de infração por incorreta eleição de base de cálculo - afronta ao art. 142 do CTN;

#### MERITO

- ✓ Que não existe responsabilidade tributária do vendedor, quando o negócio jurídico se perfizer com cláusula FOB.
- ✓ Solicita pedido de diligencia fiscal.

Em primeira Instância, a Julgadora Singular declarou a **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, conforme fls. 231 a 243, conforme ementa:

"EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS FRETE. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. Decisão com base no art. 73 e 74; 432 e 483 do Decreto nº 24569/97. Penalidade prevista no art. 123, I, "c", da Lei 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. DEFESA."

O contribuinte inconformado com a decisão singular interpôs recurso Ordinário (fls. 249 a 267) alegando basicamente:

1. Preliminar de nulidade da decisão singular por cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento do pedido de perícia;
2. Nulidade do auto de infração por incorreta eleição de base de cálculo - afronta ao art. 142 do CTN;
3. Da extinção tributária pelo pagamento, uma vez que já foi pago o ICMS pela Transportadora Transvalente Ltda;
4. Que não existe responsabilidade tributária do vendedor, quando o negócio jurídico se perfizer com cláusula FOB.
5. Que a multa é confiscatória, sendo vedado conforme Art. 150, IV da CF/88, solicitando a exclusão ou redução.
6. E novamente requer o pedido de diligência.

Por meio do Parecer nº 22/2016, a Consultoria Tributária opinou pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão Condenatória proferida em 1ª Instância, em conformidade com o entendimento do douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o Relatório.

### VOTO DO RELATOR

Versa o presente processo sobre a acusação de que a empresa, acima nominada, deixou de recolher, no prazo regulamentar, parte do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de transporte de autônomos, nos períodos de 08 a 10 de 2010 e 06 a 12 de 2011, no montante de R\$ 288.415,81 (duzentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e quinze reais e oitenta e um centavos).

O serviço transporte está conceituado no art. 243 do Decreto nº 24.569/97, nos seguintes termos:

*Art. 243. Constitui serviço de transporte de cargas aquele através do qual são transportados bem, mercadoria e valores por empresa transportadora, transportador autônomo ou qualquer pessoa física ou jurídica, independentemente de preço ou remuneração.*

O argumento da empresa em relação responsabilidade tributária do vendedor, quando o negócio jurídico se perfizer com cláusula FOB, não tem como prosperar, visto que a responsabilidade está contida em nosso ordenamento, iniciando pelo CTN em seu artigo nº 128, vejamos:

*“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”*

Vejamos o tratamento dispensado à matéria pela legislação tributária do Estado do Ceará.

*Art. 480. Na operação com cimento de qualquer tipo, com destino a estabelecimento distribuidor, atacadista ou varejista localizado neste Estado ou nos demais Estados da Região Nordeste, fica atribuída ao estabelecimento fabricante, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.*

*Art. 481. A base de cálculo do imposto será:*

*11 - na operação interestadual, o preço de venda do estabelecimento remetente, incluídos os valores do IPI, do frete, carreto e demais despesas debitadas ao destinatário, acrescido do percentual de 20% (vinte por cento);*

Com relação à substituição tributária está tem assento nos arts. 431, 432 e 483 todos do RICMS, *in verbis*:

*Art. 431. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, poderá ser atribuída, em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, que seja contribuinte do ICMS.*

*Art. 432. A responsabilidade de que trata o artigo anterior poderá ser atribuída:  
(...)*

*IV - nas prestações de serviço de transporte de carga efetuado por autônomo ou por transportadora de outra unidade federada, não inscrita neste Estado ao:*  
a) *remetente da mercadoria, quando contribuinte do ICMS e contratante do serviço, exceto se produtor rural, microempresa ou empresa de pequeno porte;*

*Art. 483. Quando o serviço de transporte não for realizado por veículo de propriedade do distribuidor, o imposto relativo ao frete será por ele retido.*

De acordo com os autos do processo, o contribuinte remeteu mercadorias (cimento) sujeitas à substituição tributária, utilizando a prestação de serviço de transportadores autônomos, assumindo, dessa forma, a condição de responsável tributário relativo a retenção e recolhimento do ICMS frete destacado nos documentos fiscais relacionados pelos agentes fiscais, a teor dos artigos acima reproduzidos.

No que pese todo o esforço do contribuinte em desconstituir o presente lançamento, o ilícito tributário está fartamente demonstrado, haja vista que na base de cálculo na qual incidiria o ICMS do frete do transportador autônomo foram utilizados conhecimentos de transporte similares para embasar a base de cálculo por arbitramento.

Com relação aos argumentos em relação ao pedido de perícia, esclarece-se que:

O indeferimento do pedido de perícia não dá ensejo à nulidade da decisão singular, tendo em vista que o nobre julgador singular fundamentou sua decisão, nos seguintes termos:

- *"A responsabilidade do contribuinte autuado é não apenas a razão da rejeição da nulidade requerida, mas como também a razão para acolher a acusação e ainda para negar o pedido de perícia feito na defesa."*

*Logo, à solicitação de perícia não se faz necessário diante da prova documental carreadas aos autos, além do que a empresa não obedece ao disposto no § 1º do art. 93 da Lei 15.614/2014, vejamos:*

Art. 93. As providências assinaladas no caput do art. 92 poderão também ser interpostas quando da apresentação de recurso pelo requerente em Procedimento Especial de Restituição, observadas às disposições desta Lei.

§ 1º O pedido de perícia ou de diligência deverá ser fundamentado e indicar:

- I – o motivo que a justifique;
- II – os pontos controversos e as contraprovas respectivas, quando for o caso;
- III – os quesitos necessários à elucidação dos fatos;
- IV – a identificação do assistente técnico, caso queira indicar.

*Portanto, o indeferimento do pedido de perícia encontra guarida no disposto no art. 96 da Lei 15.614/2014*

#### *Do Deferimento ou Indeferimento do Pedido de Perícia*

Art. 96. Deferido o pedido de realização de perícia, a autoridade lançadora poderá ser convocada para subsidiar o trabalho pericial na forma estabelecida em Regulamento

Art. 97. O julgador indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de realização de perícia, quando:

- I – formulado de modo genérico;
- II – não observada a pertinência dos quesitos formulados aos fatos imputados na autuação;
- III – os fatos forem incontroversos e os elementos contidos nos autos forem suficientes à formação de seu convencimento;
- IV – tratar-se de fatos notórios, verossímeis e compatíveis com a realidade e as provas constantes dos autos;
- V – a verificação for prescindível ou relacionada com documentos cuja juntada ou modo de realização seja impraticável;
- VI – a prova do fato não dependa de conhecimento técnico especializado.

*Parágrafo único. Quando da realização de perícia requerida por Julgadores Administrativo-Tributários, Assessores Processual-Tributários, Procuradores do Estado e Conselheiros, estes deverão observar o disposto nos incisos I a VI do caput deste artigo.*

Os fatos já revelam o não recolhimento do imposto incidente sobre o valor do frete sobre o transporte de cimento por TRANSPORTADOR AUTONOMO, restando, pois, configurada a ofensa aos art. 483 do Dec. N° 24.569/97.

***“Art. 483. Quando o serviço de transporte não for realizado por veículo de propriedade do distribuidor, o imposto relativo ao frete será por ele retido.***

***§ 1º Fica facultada à empresa transportadora a emissão de conhecimento de transporte, englobando as prestações ocorridas em cada decêndio pelo mesmo tomador, constando em seu corpo a expressão: "ICMS retido pelo tomador".***

***§ 2º As notas fiscais do período ou listagem que as relacionem deverão ser anexadas ao conhecimento de transporte de que trata o parágrafo anterior.”***

Quanto ao procedimento de arbitramento, o Agente do Fisco agiu em conformidade com o art. 827 do Dec. 24.569/97, cabendo a empresa autuada demonstrar o valor do frete, não o fazendo não restou outro meio que o arbitramento. É importante salientar que o arbitramento foi levado em conta a distância percorrida (fls. 15 a 29).

Art. 827. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

§ 1º Na apuração do movimento real tributável, poderão ser aplicados coeficientes médios de lucro bruto ou de valor agregado e de preços unitários, levando-se em consideração a atividade econômica do contribuinte.

§ 2º Constituem elementos subsidiários para o cálculo da produção dos estabelecimentos industriais e correspondente cobrança do imposto devido, o valor e a quantidade de matérias-primas, dos produtos intermediários e das embalagens adquiridas e empregadas na industrialização e acondicionamento dos produtos, a mão-de-obra empregada, os gastos gerais de fabricação e dos demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques inicial e final dos produtos acabados, dos produtos em elaboração e dos insumos.

§ 3º Constituem elementos subsidiários para o cálculo do custo dos serviços prestados o material aplicado, a remuneração dos dirigentes, o custo do pessoal, os serviços prestados por terceiros pessoas físicas ou jurídicas, os encargos de depreciação e amortização, arrendamento mercantil, o valor do saldo inicial e final dos serviços em andamento e outros custos aplicados na prestação de serviços.

§ 5º Para efeito de cobrança do ICMS serão desconsiderados os livros fiscais e contábeis quando contiverem vícios ou irregularidades que os tornem imprestáveis para comprovação das operações e prestações realizadas.

§ 6º Caracterizada a situação prevista no § 5º, o valor das saídas promovidas pelo contribuinte no período examinado poderá ser arbitrado pelo Fisco, na forma disposta em regulamento.

§ 7º Havendo a necessidade de arbitramento do valor do ICMS não recolhido, este será calculado tendo como base de cálculo a média aritmética dos valores constantes dos documentos compreendidos entre o número inicial de toda a sequência impressa e o maior número de emissão identificado.

Foi solicitado ainda a extinção tributária pelo pagamento, uma vez que já foi pago o ICMS pela Transportadora Transvalente Ltda, no entanto, não colecionou nenhum comprovante do aludido pagamento, portanto não sendo cabível a respectiva solicitação de extinção do debito lançado. Quanto a arguição de que a multa é confiscatória, sendo vedado conforme Art. 150, IV da CF/88, dela não conhecemos, pois, matéria constitucional, sendo vedado ao Contencioso Administrativo julgar processo neste sentido, conforme determinação do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas.

Assim, nesse sentido, acompanho os fundamentos do Parecer nº 22/2016, exarado pela Consultoria Tributária no sentido de confirmar a decisão Condenatória proferida em 1ª. Instância, devidamente referendado pelo Procurador do Estado.

Isto posto, **VOTO** pelo conhecimento do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª. Instância.

DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
ICMS	MULTA.
R\$ 288.415,81	R\$ 288.415,81

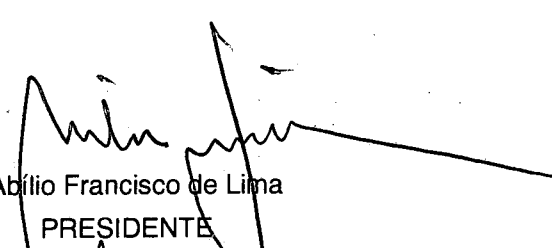
É o voto.

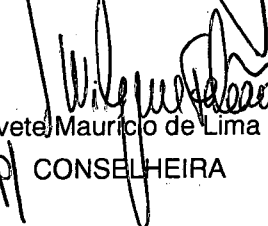
#### DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE CSN CIMENTOS S/A e RECORRIDO CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.**

**Resolvem** os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e tomar as seguintes deliberações: 1. Em referência à alegada nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa e uso de meios incorretos para determinação da base de cálculo (arbitramento), afastada por unanimidade de votos; 2. Quanto à extinção do crédito, que teria ocorrido em razão de o imposto supostamente ter sido recolhido por outra empresa (Transportadora Transvalente Ltda.), afastada por unanimidade de votos, haja vista que não houve demonstração do aludido pagamento; 3. Em referência ao pedido de Perícia, afastado por unanimidade de votos, em razão de o mesmo não atender aos requisitos legais. 5. No mérito resolve-se por unanimidade de votos negar provimento ao Recurso interposto para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** de 1ª Instância, tudo nos termos do voto do conselheiro relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. 4. Quanto ao argumento relativo ao caráter confiscatório da penalidade aplicada, o pleito foi rejeitado por unanimidade de votos, por entenderem, os Senhores Conselheiros, tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciário, não sendo competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas.

**SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 13 de Setembro de 2016.**

  
Abílio Francisco de Lima  
PRESIDENTE

  
Ivete Maurício de Lima  
CONSELHEIRA

  
Lúcio Flávio Alves  
CONSELHEIRO

  
José Augusto Teixeira  
CONSELHEIRO

  
Rafael Lessa Costa Barboza  
PROCURADOR DO ESTADO

  
Rodrigo Portela Oliveira  
CONSELHEIRO

  
Alice Gondim Salviano de Macedo  
CONSELHEIRA

  
Diogo Morais Almeida Vilar  
CONSELHEIRO