



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº. 025 / 2010

Sessão: 7ª Sessão Ordinária de 21 de janeiro de 2010

Processo Nº: 1/2235/2006

Auto de Infração Nº: 1/200600932

Recorrente: ALFREDO FANTINI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA

Relatora: MAGNA VITÓRIA G. L. MARTINS

Autuante: FRANCISCO KLEBER LOPES DE PAIVA

Matrícula: 09143513

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. CIGARRO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. PREÇO MÁXIMO DE VENDA FIXADO PELO FABRICANTE. VALORES INFORMADOS À RECEITA FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURANÇA DENEGADA. Falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Recolhimento em valor inferior ao determinado pela legislação específica. Ação fiscal **PROCEDENTE**. Base de cálculo determinada pela Cláusula Segunda do Convênio ICMS 37/94 e art. 8º, §3º, da LC 87/96. Em existindo preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido. Divulgação do preço máximo ao consumidor através de cartazes personalizados. Multa prevista na Lei nº 12.670/96, art.123, inciso I, alínea 'c'. Recurso voluntário conhecido e desprovido. Decisão por unanimidade de votos, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RELATÓRIO:

O Auto de Infração em análise tem o seguinte relato:

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte deixou de recolher o ICMS devido por Substituição Tributária no valor de R\$ 3.886.876,82 em virtude de ter utilizado base de cálculo com preço unitário do produto cigarro de forma inferior ao sugerido a consumidor final pela própria empresa Fantini (vide informação complementar)".

Após indicar os dispositivos legais infringidos, o Agente Fiscal assinala como penalidade o art.123, I,'c' da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Em sua peça impugnatória, a Autuada afirma que a cobrança do ICMS Substituição tributária, tendo como base de cálculo o preço do produto no varejo, por sugestão do fabricante, encontrava-se com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art.151, IV do CTN, em virtude de liminar concedida em mandado de segurança.

Adverte ainda ser ilegal o lançamento de crédito tributário, mediante aplicação de multa punitiva de 100%, em razão de que, em 20 de janeiro de 2004, muito antes da lavratura do presente Auto de Infração, impetrou mandado de segurança preventivo originário perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, processo nº 2004.0000.7347-8/0, insurgindo-se contra a cobrança do ICMS Substituição Tributária, que tem por base de cálculo o preço do produto no varejo.

O eminente Desembargador João de Deus Barros Bringel, então Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, deferiu essa medida liminar.

Nesse norte, aduz a Recorrente que a aplicação da multa de 100% do valor do imposto é completamente desproporcional à suposta infração, configurando confisco, nos termos do art.150, IV, da carta da República. Lembra ainda que a referida liminar continua ativa até a data desta impugnação, não obstante o



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

mérito daquele *mandamus* não ter sido ainda julgado pelo órgão competente do E.TJCE.

Ademais, observa que recolhe o ICMS-ST utilizando-se da base de cálculo prevista no art.8º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c" da Lei Complementar nº 87/96, com o permissivo previsto no art.479 do RICMS/CE. Desse modo, entende que está clara a ilegalidade da cobrança do ICMS-ST com utilização de base de cálculo sobre o preço do produto no varejo, sem que o fabricante o tenha sugerido.

Submetido à apreciação na Instância Singular, o Auto de Infração foi julgado Procedente, com a seguinte Ementa:

"EMENTA: Falta de Recolhimento. Substituição Tributária.

Ação judicial concomitante. Princípio da separação dos poderes. O Poder Executivo, como promotor da função administrativa, goza de independência para efetivação de seus atos. Não é possível o aproveitamento da alínea *d*, menos gravosa, pois que nesse caso exige-se a regular escrituração das operações e/ou operações e do imposto, que ora não acontece. Caráter confiscatório da multa. Não pode o agente fiscal deixar de aplicar a legislação por entender ser ilegal ou inconstitucional, ou algum de seus preceitos. Fabricação de cigarros. Preços fixados pelos fabricantes em todo o País. Base de cálculo do ICMS para as operações subsequentes é pelo preço máximo de venda fixado pelo fabricante. Preservação do equilíbrio da livre concorrência. Auto de Infração PROCEDENTE. Defesa tempestiva."

A Autuada, não conformada com a decisão de 1ª instância, interpôs recurso voluntário, no qual transcreve os mesmos argumentos já apresentados em sua peça impugnatória.

O Parecer da Consultoria Tributária, nº 510/2007, adotado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pela manutenção da sentença condenatória de 1º grau.

É o relatório.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

VOTO DA RELATORA

O presente Processo Administrativo Tributário versa sobre o ICMS Substituição Tributária devido nas operações com cigarros cujo recolhimento original foi feito a menor, em decorrência de utilização de base de cálculo inferior à prevista no Convênio ICMS 37/94 e no art.479 do Regulamento do ICMS.

Ao analisarmos minuciosamente os autos, principalmente as teses suscitadas na peça recursal, verificamos que o cerne dos argumentos trazidos à baila pela Recorrente para tentar contestar a delação reside na suspensão da exigibilidade do crédito tributário e na base de cálculo utilizada para apurar o valor do imposto devido, analisadas a seguir.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: argüi a Recorrente que o crédito tributário referente ao ICMS Substituição tributária consignado no presente Auto de Infração encontra-se com a exigibilidade suspensa, nos termos do art.151, IV do CTN, em virtude de liminar concedida em mandado de segurança, em 22/01/2004, processo nº 2004.0000.7347-8/0.

Assim, faz-se necessária a transcrição do teor do despacho que deferiu o pedido de liminar: “[...] defiro a liminar nos moldes reclamada, para o fim de excluir a impetrante, até ulterior decisão judicial, do regime estabelecido de pauta fiscal para a cobrança do ICMS-ST que vem sendo praticado pela autoridade dita coatora nas operações interestaduais relativas a cigarro, possibilitando-lhe com isto, o seu pagamento tendo por base de cálculo mensurado nessas transações o efetivo valor da operação destacado na respectiva nota fiscal”.

A liminar concedida pelo Poder Judiciário, portanto, tinha o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, não impedindo, contudo, a Fazenda Pública de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar. Nesse sentido, cumpre dizer que, em 29/10/2009, foi denegada a segurança pleiteada pela Recorrente.

BASE DE CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: A tese da Recorrente é a de que recolhe o ICMS-ST se utilizando da base de cálculo



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

prevista no art.8º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c" da Lei Complementar nº 87/96, com o permissivo previsto no art.479 do RICMS/CE. Desse modo, entende a Recorrente que está clara a ilegalidade da cobrança do ICMS-ST com utilização de base de cálculo sobre o preço do produto no varejo, sem que o fabricante o tenha sugerido.

Inicialmente, é importante esclarecer que as operações relativas a cigarros e outros derivados do fumo encontram-se disciplinadas no Dec.24.569/97, em sua seção VI - das Operações com cigarro, fumo desfiado ou picado e papel para cigarro. Ressalte-se que a redação dessa Seção é originária do Convênio ICMS 37/94, em que todos os Estados da Federação são signatários.

A Autuada constitui estabelecimento filial atacadista (distribuidor) que adquire, em transferência, CIGARRO, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, de estabelecimento industrial do mesmo titular situado em São Paulo, Capital.

A legislação vigente atribui, de forma expressa, ao estabelecimento industrial, suas filiais e distribuidor a responsabilidade tributária pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de contribuinte substituto. No presente caso, portanto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do distribuidor, ora autuado, ao efetuar a saída interna de mercadorias (cigarros).

A Lei Complementar nº. 87/96, em seu artigo 8º, veicula enunciados que devem nortear o legislador estadual na construção da base de cálculo, nas hipóteses de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, "in verbis":

"Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

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



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º (omissis)

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço."

Acompanhando o enunciado da Lei Complementar nº 87/96, todos os Estados da Federação ratificaram o CONVÊNIO ICMS 37/94, alterado pelo CONVÊNIO ICMS 68/02, consolidando, deste modo, a base de cálculo para fins de substituição tributária em operações com cigarro, fumo desfiado ou picado e papel para cigarro, conforme dispositivo contido na Cláusula segunda "in verbis":

Cláusula segunda. A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária será:

I - na saída do produto com o preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante, o respectivo preço (grifo nosso).

Infere-se, portanto, que a base de cálculo da substituição tributária para as empresas que comercializam com o produto CIGARRO é o preço final ao consumidor, sugerido pelo fabricante.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Argüi a Recorrente, no entanto, que *"não tem preço sugerido no varejo ao consumidor final dos produtos que industrializa (cigarro)"*.

Para esclarecer essa questão, é importante transcrever o posicionamento da douda Procuradoria Geral do Estado do Ceará, quando das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, fls.130/146: *"Ocorre que, o que efetivamente a impetrante não informou foi que na qualidade de fabricante, fixa o seu preço para venda, que é o determinado para a base de cálculo do tributo, como bem atestam os seguintes documentos ora inclusos, a saber: No ano de 2003, em ação fiscal procedida junto ao estabelecimento da impetrante, constatou-se a existência de tabela de preços através de ofício remetido pelo estabelecimento industrial à Secretaria da Receita Federal (cópia anexa), consignando que todos os seus produtos são da Classe I, bem como o preço de sugestão a consumidor final dos mesmos é de 0,80 para cada maço de vinte unidades"*.

Nesse contexto, ficou comprovada, no presente Processo Administrativo Tributário, a existência de preço final ao consumidor, R\$ 1,30, praticado pela empresa Autuada, ALFREDO FANTINI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, e evidenciado através de cartaz, fls.74.

Insta também salientar que o Estado do Ceará não utiliza Pauta Fiscal para determinar a base de cálculo da Substituição Tributária das operações com cigarro e produtos derivados de fumo. O Fisco Cearense adota o preço máximo de venda ao consumidor, fixado pelo próprio fabricante, nos termos do Convênio 37/94 e §3º do art.8º da Lei Complementar 87/96.

Nesse sentido, lembramos que o RICMS/97, em seu artigo 479, estipula que a base de cálculo nas operações com cigarro será:

*"Art. 479. A base de cálculo do ICMS a ser retido pelo contribuinte substituto ou pago quando da entrada neste Estado **será o preço máximo de venda a varejo, marcado pelo fabricante"**. (grifo nosso)*

Quanto ao argumento da Recorrente de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, esclarecemos que a multa aplicada tem fundamento no art. 123,



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

I, "c", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003, tendo sido, portanto, respeitado o Princípio da Legalidade.

Art.123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator as seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I- Com relação ao recolhimento do imposto:

[...]

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.

Os levantamentos fiscais elaborados pelo Auditor Fiscal, fls.14/41, demonstram, portanto, que a base de cálculo do ICMS-ST registrada nas notas fiscais de saídas do produto 'cigarro' não contempla o valor máximo de venda no varejo, marcado pelo fabricante, evidenciando a infração cometida, uma vez que o ICMS-ST concernente às operações subseqüentes foi calculado sobre base de cálculo inferior à estabelecida no RICMS/97. Isso impõe a correta exigência, por parte do Fisco Estadual, da diferença do imposto atinente à substituição tributária não recolhida ao Estado do Ceará.

Ressalte-se, por fim, que os representantes legais da Autuada não compareceram à Sessão para fazer sustentação oral das razões de defesa.

Assim, restando plenamente caracterizada a infração imputada à Recorrente na presente ação fiscal, **VOTO** pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, a fim de que seja mantida a decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração.

É o **VOTO**.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

PRINCIPAL	: R\$ 3.886.876,82
MULTA	: R\$ 3.886.876,82
TOTAL	: R\$ 7.773.753,64

Processo nº: 2235/2006

Auto de Infração nº: 2006.00932

Julgamento: 21/01/2010

Relatora: Magna Vitória G. Lima Martins

ALFREDO FANTINI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA



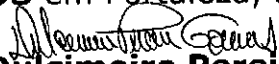
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é Recorrente ALFREDO FANTINI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da relatora, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Ausente, para apresentação de defesa oral o representante legal da recorrente, Dr. Niedson Manoel de Melo.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos 15 de março de 2010.


Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTE


Magna Vitória G. Lima
Conselheira Relatora


Vitor Simon de Morais
Conselheiro


Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro

João Fernandes Fontenelle
Conselheiro

Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira


Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro

José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira Revisora

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado