



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**

Secretaria da Fazenda
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 119/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

36ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 10/02/2012

PROCESSO Nº: 1/5235/2007

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200709528

AUTUANTES: ANTÔNIO ALVES DOS SANTOS NETO

MATRICULA Nº: 064.516-1-6

KLEBER JUNIO SILVEIRA

MATRICULA Nº: 104.049-1-6

RECORRENTE: SÉRGIO LUIS V. PARENTE

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: JOSÉ SIDNEY VALENTE LIMA

EMENTA: ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIGARRO. RECOLHIMENTO A MENOR. Consoante cláusula segunda do Convênio ICMS 37/94, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações com cigarro é preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante. No caso em tela, a empresa autuada, contribuinte substituído, recebeu a referida mercadoria com o imposto retido a menor, eis que o contribuinte substituto consignou nas notas fiscais de venda valor inferior ao devido. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. Infrigência a cláusula segunda do Convênio ICMS 37/94, bem como os arts. 73, 74, 477 e 479 do Dec. nº 24.569/97, c/c o art. 18, § 3º da Lei nº 12.670/96, com penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96. Confirmada, por maioria de votos, a decisão condenatória de primeira instância. Recurso voluntário conhecido e não provido.

RELATÓRIO

Consta da inicial do presente processo e das informações complementares que a empresa acima identificada recolheu a menor o ICMS devido por substituição tributária nos meses de abril, maio, junho, agosto, novembro e dezembro de 2005, no valor de R\$ 10.339,93, referente as suas aquisições interestaduais de cigarros, eis que o cálculo promovido pelo substituto tributário foi realizado em desacordo com as normas estabelecidas no Convênio ICMS 37/1994.

Foram apontados como infringidos os artigos 73 e 74 do Dec. nº 24.569/97, sendo aplicada à penalidade inserta no art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

O processo é instruído com os seguintes documentos: Ordem de serviço nº 2007.15616, Termo de Início de Fiscalização nº 2006.15186; Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2007.19484; cópia das notas fiscais de aquisição cujo imposto foi recolhido a menor, Relatório com o cálculo do ICMS-ST devido, Requerimento dirigido a SRF e AR's referentes à intimação do Termo de Início de Fiscalização e do Auto de infração.

Foi apresentada tempestivamente impugnação ao feito fiscal.

Na instância de primeiro grau a julgadora decidiu pela procedência da autuação.

Inconformada com a decisão singular, a autuada dela recorre, argüindo, em síntese, o que segue:

- 1) Que a substituição tributária do ICMS é matéria reservada unicamente a lei complementar, nos termos do art. 155, § 2º, "b" da CF, o que significa dizer que, por si só, o Convênio 37/94 como disciplina ICMS no regime de substituição tributária nas operações com cigarros é norma absolutamente inconstitucional.
- 2) Que a Lei Complementar nº 87/96, por seu turno, trouxe em seu § 3º do art. 8º uma norma facultativa, qual seja, a possibilidade de a lei estabelecer o preço final a consumidor quando existente, para servir de base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária "pra frente". Desta forma, ficou derogada a norma imperativa constante da Cláusula Segunda, I, do Convênio ICMS 37/94 em decorrência do disposto contido no § 3º do art. 8º a Lei Complementar nº 87/96, visto que essa segunda norma é hierarquicamente superior e posterior à primeira;
- 3) Que ante a ausência de lei estadual atribuindo expressamente ao substituído tributário a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST eventualmente recolhido a menor, torna o auto de infração manifestadamente nulo, devendo, pois, ser exonerado da responsabilidade pela infração.
- 4) Que o art. 479 do RICMS faculta ao contribuinte substituto optar por duas modalidades de base de cálculo para a imposição tributária do ICMS no regime de substituição tributária atinente operações com cigarros, isto é, o preço máximo de venda a varejo, marcado pelo fabricante, ou na sua ausência, o valor da mercadoria, incluídos o IPI, frete e carreto acrescido de 30% (trinta por cento).

- 5) Que o contribuinte Cibahia Tabacos Especiais Ltda calculou e recolheu antecipadamente o ICMS-ST utilizando base de cálculo o valor da mercadoria, incluídos o IPI, frete e carreto acrescido de 50%, ou seja, maior que o realmente devido pelo art. 479 do RICMS.
- 6) Que a Cibahia na qualidade substituto tributário não tem preço máximo no varejo sugerido do cigarro que fabrica da marca Lennon. A Tabela de preço a que se reporta o Fisco no valor de R\$ 2,00 (dois reais) o maço, eventualmente informado ao Secretário da Receita Federal em 12/04/2005, trata-se exclusivamente para tributação do PIS e da COFINS, já que o IPI nos cigarros é cobrado em valor fixado em reais por vintena.
- 7) Que as notas fiscais que acobertaram as operações questionadas pelo Fisco no auto de infração em epigrafe contém os valores corretos indicados atinentes ao ICMS-ST, que afasta por completo a aplicabilidade do disposto contido no art. 431, § 3º do RICMS.
- 8) Se o fabricante de cigarro alega que não tem preço do produto no varejo para com ele estabelecer a base de cálculo do ICMS-ST, informando inclusive previamente ao Fisco, não pode este aleatoriamente criar um base de cálculo baseado numa tabela oficiosa. Isso significa adoção de PAUTA FISCAL, que já há muito vem sendo repelida pela doutrina e jurisprudência.
- 9) Que a aplicação da multa de 100% do imposto viola o princípio do não-confisco insculpido no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Apreciando o recurso voluntário, a Consultoria Tributária, através do parecer nº 420/2009, opinou pela manutenção da decisão de primeira instância, entendimento este recepcionado pela Doutra Procuradoria Geral do Estado.

Em sessão realizada em 26 de janeiro de 2010, o presente processo foi submetido à apreciação desta Augusta Câmara que, na oportunidade, resolveu converter o curso do julgamento em realização de perícia, para que fosse verificado se os autuantes oportunizaram a autuada a espontaneidade para o recolhimento da complementação do imposto devido por substituição tributária.

Em resposta ao quesito formulado pelo Conselheiro relator, o perito designado ao caso anexou informação fiscal da lavra de um dos autuantes, na qual informa que não foi dado prazo para o recolhimento espontâneo da obrigação principal exigida no presente auto de infração por se tratar de ação fiscal cujo início se deu por meio da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, afastando qualquer possibilidade de resolução espontânea do ilícito detectado.

É o relatório

VOTO DO RELATOR

Discute-se nos presentes autos a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas operações com cigarros, eis que o imposto retido pelo contribuinte substituto não foi realizado de acordo com as regras disciplinadas no Convênio ICMS 37/1994, resultando no recolhimento a menor do imposto.

Segundo o disposto na cláusula segunda do referido Convênio a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante na saída do produto.

Pois bem, constataram os fiscais autuantes que os preços consignados na notas fiscais que acobertaram a saída de cigarros da marca "lennon", emitidas pela empresa CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA, com destino a empresa autuada, estava inferior ao preço informado a Secretaria da Receita Federal no requerimento cuja cópia repousa às fls. 21, no qual o preço do produto é fixado em R\$ 2,00 o maço, razão pela qual cobraram a diferença de imposto com base neste último valor.

A autuada, por sua vez, alega que a empresa CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA, qualificada como contribuinte substituto, não tem preço máximo de venda no varejo de cigarro e que a tabela de preço informada a Receita Federal destinava-se exclusivamente a tributação do PIS e da COFINS, não se prestando para calcular o ICMS devido por substituição tributária.

Ora, no momento que a empresa dá conhecimento de que o preço máximo de venda no varejo é outro valor que não aquele que serviu de cálculo para ICMS devido por substituição tributária, é dever do agente fiscal exigir a diferença de imposto que não foi recolhida em razão da utilização de base de cálculo menor.

E foi exatamente assim que agiram os agentes fiscais cobrando a diferença entre o valor realmente devido e o que havia sido retido pelo contribuinte substituto. O procedimento dos agentes fiscais encontra amparo na cláusula segunda do Convênio 37/94, alterado pelo Convênio ICMS nº 68/2002, bem como no art. 431 do Dec. nº 24.569/97, que transfere para o contribuinte substituído a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária não retido ou retido a menor pelo substituto. Este dispositivo, por sinal, encontra-se previsto no art. 18, § 3º da Lei nº 12.670/96, o que esvazia o argumento da autuada, segundo o qual não haveria previsão legal para impor tal responsabilidade ao contribuinte substituído.

Quanto a possível faculdade que a autuada teria de escolher entre o preço final de varejo e o de atacado acrescido de 30%, adicionado ainda a outros encargos, consoante disposto no art. 470 do RICMS, pertinente a colocação da julgadora singular quando afirma que "da leitura do art. 470 do Decreto nº 24.569/97-RICMS, pode-se interpretar que o legislador não estabeleceu opções ao contribuinte substituto, mas situações excludentes, ou seja, a base de cálculo do ICMS substituição nas operações com cigarro, fumo desfiado ou picado e papel para



cigarro deve ser o preço máximo de venda a varejo marcado pelo fabricante e tão somente, quando a sua inexistência, é que possibilita o cálculo tomando-se por base o valor de venda da mercadoria, incluídos o IPI, frete ou carreto acrescido de 30% (trinta por cento). Como se pode verificar, não há o instituto da faculdade para estabelecimento da base de cálculo como argüido pela defendente, mas prevalência de um item de valoração em detrimento de outro, cuja utilização somente será plausível quando o anterior não for possível”. Logo, descabido tal argumento.

Quanto a caráter confiscatório da multa aplicada no auto de infração, sendo, no entender da autuada inconstitucional o dispositivo que a prevê, vale lembrar que tal matéria foge a competência dos órgãos administrativos de julgamento, por ser de exclusiva competência do Poder Judiciário. De igual modo, a inconstitucionalidade do Convênio ICMS 37/94 deve ser argüida judicialmente, posto que não foi derogado pela Lei Complementar nº 87/96, cujo teor estabelece normas gerais atinentes a instituto da Substituição Tributária.

Por fim, importante ressaltar que a ação fiscal que resultou no presente auto de infração foi iniciada com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, o que retira do fiscalizado qualquer possibilidade de sanar espontaneamente alguma irregularidade que porventura seja constatada no procedimento fiscal. Deste modo, independente do resultado pericial, a multa pelo recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária deverá ser mantida.

Isto posto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, a fim de confirmar a decisão condenatória proferida em primeira instância, nos termos do parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS:.....R\$ 10.339,93
Multa:.....R\$ 10.339,93
TOTAL:.....R\$ 20.679,86



DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos em que é recorrente SÉRGIO LUIS V PARENTE e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

Resolvem os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário para, por maioria de votos, negar-lhe provimento, confirmando a decisão CONDENATÓRIA proferida pela primeira instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencido o voto da Conselheira Vanessa Albuquerque Valente que se manifestou pela parcial procedência da autuação, com a exclusão da cobrança da multa. Ausente, apesar de devidamente comunicado para apresentação de defesa oral, o representante legal da recorrente, Dr. Niedson Manoel de Melo.

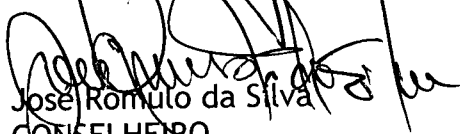
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 29 de 03 de 2.012.

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

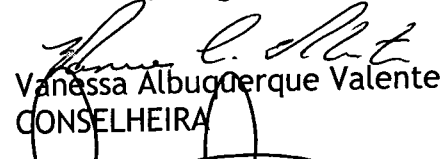

José Sidney Valente Lima
CONSELHEIRO RELATOR


Eliane Resplande F. de Sá
CONSELHEIRA


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


José Romulo da Silva
CONSELHEIRO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Jankine Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA


Aneline Magalhães Torres
CONSELHEIRA


Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO