



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº.: 148 /2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

35ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 10/02/12

PROCESSO Nº. 1/5161/2007

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200709531-9

RECORRENTE: SÉRGIO LUIS V. PARENTE E CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDA: AMBOS

AUTUANTES: Antônio Alves dos Santos Neto e Kleber Junio Silveira

MATRÍCULA: 06451616 e 10404916

RELATORA: Conselheira Anneline Magalhães Torres

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS -

1. O contribuinte deixou de reter, em sua totalidade, o ICMS devido por substituição tributária, referente à operações com cigarros provenientes da empresa Alfredo Fantini Ind. E Com. Ltda, no período de 2005. **2.** Recursos Voluntário e Oficial conhecidos e não providos, por unanimidade de votos. **3.** Auto de infração julgado **PARCIAL PROCEDENTE**, tendo em vista a exclusão no crédito tributário, dos valores anteriormente lançados em outro auto de infração, lavrado contra o substituto Alfredo Fantini In. e Comércio Ltda, conforme parecer da Consultoria Tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria geral do Estado.

RELATÓRIO

A acusação fiscal versa sobre "*falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares*", detectado através do levantamento fiscal. A empresa deixou de recolher o imposto devido por substituição tributária de sua responsabilidade, nas operações com Alfredo Fantini Indústria e comércio Ltda. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2006.19636, objetivando executar *auditoria fiscal*, referente ao período de 01/01/05 a 31/12/05, junto à empresa *Sérgio Luis V. Parente*. Auto de infração lavrado em 06/08/2007, com fulcro nos artigos 73 e 74 do Decreto 24.569/97.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 12/07/2006, pessoalmente conforme consta assinatura no termo de início de fiscalização às fls. 09, ocasião em que a empresa foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias, os livros e documentos fiscais, conforme especificado no termo retro.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/200709531-9, informações complementares de fls. 03/05, ordem de serviço nº. 2006.19636, ordem de serviço nº 2006.35830, ordem de serviço nº 2007.15616, termo de início de fiscalização nº 2006.18144, termo de início de fiscalização nº 2006.29587, termo de início de fiscalização nº 2007.15186, termo de conclusão de fiscalização nº 2007.19484, notas fiscais de saídas às fls. 13/68, relatório de falta de retenção parcial nas operações procedentes de Alfredo Fantini às fls. 69/77, termo de juntada e AR referente ao termo de início de fiscalização e ordem de serviço às fls. 83/84, termo de juntada e AR referente ao auto de infração às fls. 85/86, termo de revelia às fls. 87, despacho às fls. 88, termo de juntada concernente a defesa às fls. 89. O auto de infração descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O AUTUADO DEIXOU DE RECOLHER O IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE SUA RESPONSABILIDADE, NAS OPERAÇÕES COM ALFREDO FANTINI INDUSTRIA E COM LTDA, CNPJ 60659190000851, CONFORME CONSTA EM INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR EM ANEXO.”

Às informações complementares, o autuante alegou que nas operações questionadas, o imposto retido por substituição tributária é inferior ao devido, posto não atender às disposições da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 37/1994. Informou que a empresa remetente, através de sua matriz, estabelecida em São Paulo, em ofício, não juntado a este processo, informa a esta Secretaria que não dispõe da referida tabela, posto nunca ter fixado tais preços. Constatou a existência de ofício da empresa à Secretaria da Receita Federal, no qual são fixados preços a consumidor final. Posteriormente, constatou cartaz gerado pela mesma empresa, para divulgação do preço questionado. Salientou que, em contato com representantes da empresa, foi informado de que a mesma dispõe de um acordo com essa Secretaria, onde a retenção do imposto deveria ser efetuada da forma como vem praticando, entretanto, este instrumento não foi lavrado, portanto, não tem nenhuma eficácia. Acrescentou que, apesar de haver o destaque do referido imposto, o valor retido foi inferior ao devido, na forma definida na



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Cláusula Segunda do Convênio ICMS 37/1994. Ademais, informou que, em contato com o contador responsável pela empresa, foi informado de que o material em questão já havia sido objeto de autuação por outro agente do Fisco estadual, junto ao representante *Alfredo Fantini Indústria e Comércio Ltda.*, entretanto, consultando a autuação da citada empresa no sistema CAF, constatou a lavratura de três autos de infração, mas, em nenhum deles, no período analisado neste auto de infração. Diante do exposto, sugeriu como penalidade o disposto no art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, que determina a aplicação de multa igual ao valor do imposto.

O auditor sugeriu como penalidade, a preceituada no artigos 123, I, alínea "c", 126 da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de multa equivalente a uma vez o valor do imposto. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	RS 0,00
Alíquota	0%
Principal	R\$ 509.343,59
Multa (100%)	R\$ 509.343,59
Total a Pagar	RS 101.868,71

A contribuinte tomou ciência do auto de infração pelo correio em 17/08/2007, consoante termo de juntada de AR acostado aos autos às fls. 85, nos termos do art. 34, § 3º do Decreto 25.468/99.

À defesa, de fls. 90/109, instruída com documentos de fls. 110/213, alegou duplicidade parcial do lançamento de crédito tributário constituído no auto de infração nº 200709531-9, tendo em vista que o auto de infração nº 200600932-5 lavrado contra Alfredo Fantini Indústria e Comércio Ltda. que figura como remetente das mercadorias e, por conseguinte contribuinte substituto do ICMS-ST devido nas operações referidas, constata-se indubitavelmente parte das notas fiscais e conseqüentes créditos tributários lançados no auto de infração ora impugnado, o que configura duplicidade de lançamento. Ressaltou a inaplicabilidade das normas do Convênio ICMS 37/94 nas operações internas com cigarro. Neste sentido, informou que nas operações internas com cigarro não se aplicam às disposições do Convênio ICMS 37/94, mas sim a legislação estadual regente do ICMS. Salientou a inaplicabilidade do disposto no art. 431 do Decreto nº 24.569/97, tendo em vista que de acordo com disposições constitucionais e infraconstitucionais, somente a lei, nenhuma outra norma inclusive hierarquicamente inferior, poderá atribuir a terceiro a responsabilidade pelo pagamento de imposto, neste diapasão, o art. 431 do Decreto 24.569/97 não tem eficácia para atribuir ao impugnante na qualidade de substituto



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

tributário a responsabilidade pelo pagamento do imposto eventualmente recolhido a menor pelo contribuinte substituto. Discorreu sobre a tributação do ICMS nas operações internas com cigarro, alegando que conforme se observa no art. 479 do Regulamento do ICMS do Estado do Ceará é facultado ao contribuinte substituto optar por duas modalidades de base de cálculo para a imposição tributária do ICMS no regime de substituição tributária atinentes operações com cigarro, 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%. Ressaltou que mesmo que se considere verdadeiro o alegado pelo fisco, o que se admite tão-somente para argumentar, não poderia o fisco aplicar uma multa tão exorbitante, isto é, com efeito de confisco. Destacou que o ICMS-ST atinente às operações mercantis reportadas nas notas fiscais objeto da autuação foram efetivamente pagas com base na legislação específica do ICMS do Estado do Ceará, isto é, consistente no permissivo previsto no art. 479 do Decreto 24.569/97. Diante do exposto, requereu que seja julgado **IMPORCEDENTE** o auto de infração, desonerando assim o impugnante do lançamento de crédito tributário dele decorrente. Requereu, ainda a realização de perícia que for considerada necessária.

A julgadora singular, após breve relato fático, salientou que via de regra, as normas editadas pela Administração Pública presumem-se legais e legítimas, vinculando todos os servidores, que eventuais ilegalidades ou inconstitucionalidades somente podem ser declaradas pelo poder judiciário, titular exclusivo por força constitucional. Portanto concluiu que, em sendo a atividade de fiscalização vinculada e obrigatória aos preceitos vigentes na legislação estadual, não cabe ao agente do Fisco se eximir de aplicá-la por entender ser ilegal ou inconstitucional. Quanto ao Convênio, ressaltou que este foi devidamente incorporado pelo Decreto 23.251/94 e disciplinado pelo Decreto 23.429/94, servindo a *posteriori* de base para a instituição da substituição tributária com cigarros e outros derivados, através do Decreto 21.219/97 – RICMS, precisamente nos artigos 477 a 479. Concluiu assim, que inexistindo qualquer declaração de eventual inconstitucionalidade do Convênio ICMS 37/94 e dos Decretos que versam sobre as operações de substituição tributária com cigarros e outros derivados, torna-se devida observância de seus preceitos, sendo assim totalmente insubsistente o argumento da impugnante. Acerca da inaplicabilidade do disposto no art. 431 do Decreto 24.569/97, informou que os dispositivos do Decreto 24.569/97 visam regulamentar os artigos da Lei 12.670/96 e suas alterações, portanto, entende-se como completamente insubsistente o argumento apontado pela autuante de que o art. 431 do RICMS atribuiu à empresa impugnante a responsabilidade pelo pagamento do imposto, não prevista na Lei já retromencionada. Concluiu que a empresa não figura como terceiro nas operações ora em questão, mas como responsável pelo pagamento do ICMS substituição tributária que deixou de ser recolhido em razão do destaque em valor inferior ao devido, na condição de contribuinte substituído, portanto, incabível o argumento ora



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

apresentado pela atuada em sua peça impugnatória. Discordou do entendimento da empresa atuada quando destaca a faculdade do contribuinte substituto de optar por duas modalidades de base de cálculo do ICMS substituição tributária. Constatou que o atuante tomou por base de preço do fabricante, em observância ao disposto na legislação vigente, entendendo-se, desde já, como insubsistente o argumento da atuada da utilização do citado preço somente para tributação do PIS e da COFINS e de que o valor de R\$ 1,30 constituir-se-ia numa pauta fiscal. Quanto a multa com efeito confiscatório, salientou que a vedação constitucional prevista no art. 150, IV da Carta Magna, se refere à utilização ou criação de tributo com efeito argüido pela impugnante, o que diverge completamente da multa, pois aquele decorre de ato lícito, enquanto esta ao desrespeito de uma norma fiscal. Neste caso, verificou o descumprimento de uma obrigação descrita pela legislação tributária e em sendo assim devidamente plausível a aplicação de sanção apontada no auto de infração sob análise. Acerca da alegação de que houve duplicidade parcial no lançamento de crédito tributário constituído no auto de infração nº 200709531-9, entendeu que merece respaldo tal assertiva, devendo ser excluída a importância de R\$ 175.681,73, a título de diferença do ICMS substituição tributária, referente às notas fiscais que foram anteriormente elencadas no auto de infração nº 200600932-5. Neste azo, informou que tem-se uma redução no crédito tributário, resultando na importância de R\$ 667.323,72, referente a imposto e multa. Diante do exposto, decidiu pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da presente ação fiscal.

DEMONSTRATIVO

Valor do ICMS	R\$ 333.661,86
Valor da Multa	R\$ 333.661,86
Valor Total	R\$ 667.323,72

A atuada foi notificada pelos correios, em 16/09/09, do julgamento **PARCIAL PROCEDENTE** da ação fiscal, conforme AR e termo de juntada às fls. 226/227 dos autos.

A contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo às fls. 228/246, referendando todos os argumentos defensórios já apresentados na impugnação, não acrescentando nenhum dado novo ou informação capaz de mudar o curso do processo. Requereu a reforma da decisão recorrida para que seja julgada **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** a ação fiscal com a conseqüente extinção do crédito tributário, como também sustentação oral e intimação no endereço descrito na peça recursal.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A *Célula de Consultoria Tributária*, por intermédio do parecer 442/2009, relatou que as notas fiscais anexas ao processo demonstram que a base de cálculo da substituição tributária foi inferior ao previsto na legislação, fato que acarretou uma retenção a menor do citado imposto, caracterizando a falta de recolhimento relatada no auto de infração. observou que não existem na legislação tributária dispositivos que possibilitem ao contribuinte a escolha de recolher “imposto” pelo modo de pagamento “menos oneroso”, sendo o art. 112 do CTN específico para interpretação de leis que definem infração ou cominem penalidade em casos de existirem “duvidas” sobre capitulação e natureza dos fatos, autoria, imputabilidade ou punibilidade, natureza ou graduação da penalidade. Aduziu que o adquirente tem a obrigação de recolher o imposto relativo à substituição tributária quando este não houver sido retido pelo contribuinte substituto, sendo tão responsabilidade objetiva independente da intenção ou da ação direta do agente. Considerou que o Convênio 37/1994 não foi derogado pela Lei Complementar nº 87/96 cujo conteúdo estabelece apenas normas gerais relativas à Substituição Tributária, assim como matérias relativas à inconstitucionalidade devem ser argüidas judicialmente pela autuada. Observou que tramita processo relativo a cobrança da substituição tributária retida pelo fornecedor Alfredo Fantini, o qual recorreu ao judiciário via mandado de segurança, para tratar de matéria pertinente ao presente processo, cuja liminar antes favorável ao contribuinte não resistiu ao julgamento do mérito em 29/10/09 quando o pleno do tribunal de justiça proferiu decisão denegando a segurança e reconhecendo o direito do Estado do Ceará de utilizar como base de cálculo o preço a consumidor no varejo. Face ao todo exposto, sugeriu o conhecimentos dos recursos de ofício e voluntario, negando-lhes provimento, no sentido de confirmar a decisão de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do lançamento exarada na 1º instância.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 289/291 dos autos.

Em sede de julgamento de 2ª Instância, realizado na 170ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara de Julgamento do CRT-Ce, em 13/10/10, restou deliberado, por unanimidade dos votos, o conhecimento do recurso voluntário, para converter o curso do julgamento em realização de DILIGÊNCIA, nos termos do despacho a ser elaborado pelo relator, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Fora proferido Despacho às fls. 297/298, pelo relator encaminhando o processo à Célula de Perícias e Diligências, para que sejam tomadas as providências descritas no despacho.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

Trata-se de recurso oficial e voluntário interpostos por **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA** e **SERGIO LUIZ V PARENTE** em face de **AMBOS**, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. 1/200709531-9. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por “*falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares*”, detectado através do levantamento fiscal.

1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Antes de adentrar no mérito da questão, haja vista despacho expedido pela CEPED às fls. 299 dos autos, vale ressaltar que a Instrução Normativa nº 06/05 não pode ser aplicada *in casu*, tendo vista o não enquadramento do contribuinte, à época da infração, no regime normal de recolhimento. O referido regime era o de EPP, por essa razão, a preliminar de nulidade deve ser afastada.

No caso em tela, na época em que ocorreu a infração, a empresa autuada ainda não possuía Regime Normal de Recolhimento, seu Regime era o de EPP- empresa de pequeno porte, não podendo, portanto, estar submetida à previsão do § 2º do art. 1º da IN 06/2005, uma vez que esse dispositivo faz alusão ao inciso II desse artigo que estabelece a exigência somente com relação às empresas enquadradas no regime normal- NL, *in verbis*:

Art. 1º - O agente do Fisco terá os prazos a seguir indicados para conclusão dos trabalhos, contados da ciência ao sujeito passivo:

II - quando o estabelecimento estiver enquadrado no regime normal com atividade de:

(...)

§2º - Esgotado o prazo previsto no inciso II do art.1º, sem que o sujeito passivo seja cientificado da conclusão dos trabalhos, a ação fiscal poderá ser reiniciada, mediante solicitação circunstanciada da autoridade



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

designada, aprovada pelo Orientador da Célula de Execução. por designação de um dos Coordenadores da CATRI podendo, neste caso, a autoridade designante incluir outro agente ou substituir o originariamente designado.

2. DA INAPLICABILIDADE DO PEDIDO DE PERÍCIA ANTERIORMENTE SUSCITADO.

Em conformidade com os fundamentos apresentados pela 1ª Instância e a Consultoria Tributária, referendados pela douta Procuradoria Geral do Estado, verifica-se desnecessário o pedido de perícia carreado aos autos às fls. 205/206, visto que não encontra pertinência com as particularidades do caso ora discutido, nos termos do art. 59 do Decreto 25.468/99, *in verbis*:

Art. 59. A autoridade julgadora indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de diligência ou perícia, quando:

- I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico*
- II – for desnecessária em vista de outras provas já produzidas;*
- III – a verificação for impraticável;*

No presente processo administrativo tributário, é cristalina a incongruência do pedido de perícia com a matéria fática do referido processo em julgamento, haja vista a distinção entre as identidades de infrações do presente processo e do processo anterior, do mesmo recorrente.

3. DO MÉRITO

3.1 Da Substituição Tributária

É vital destacar que o instituto da *Substituição Tributária* restringe a uma pequena quantidade de contribuintes, a arrecadação do imposto, centralizando sua cobrança no responsável tributário, intitulado “*substituto*”. Este, terá a seu cargo, não só o recolhimento do ICMS relativo a operação por ele realizada *ICMS - Próprio*, como também será responsável pela



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

retenção e pagamento do imposto relativo às operações sejam elas anteriores, concomitantes ou subseqüentes, que seria de responsabilidade de terceiros, intitulados “*substituídos*”, em função da lei assim determinar. Desta forma, desonera um grande número de contribuintes da burocracia referente à arrecadação tributária, pelo simples fato de que determinadas obrigações acessórias são suportadas por aqueles que detém maior controle administrativo. No caso vertente, a substituição em pauta é aquela na qual o contribuinte deve recolher o ICMS incidente nas operações antecedentes.

No caso em tela, mister salientar que a *Substituição Tributária* não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição ou quando o imposto não houver sido retido, conforme dispõe o art. 431 §3º 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.

(...)

§ 3º Além de outras hipóteses previstas na legislação, a substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição, ou quando o imposto não houver sido retido. (Grifos acrescidos).

Cumpra mencionar doutrina acerca do instituto da *Substituição Tributária*. Dissertando a respeito, *Walter Piva V Rodrigues*, com precisão observa: “*Assim, podemos concluir que a substituição tributária possui função de arrecadar o tributo por conta do Estado, não considerando o substituto como verdadeiro devedor do tributo*”.

Em análise aos autos, depreende-se que a empresa atuada destaca que somente a lei, nenhuma outra norma hierarquicamente inferior poderá atribuir a terceiro a responsabilidade pelo pagamento do imposto. Nesse diapasão, o supracitado art. 431 do Decreto nº 24.569/97 não tem eficácia para atribuir ao impugnante na qualidade de substituto tributário a responsabilidade pelo pagamento do imposto eventualmente recolhido a menor pelo contribuinte substituído.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Nesse viés, após os argumentos mencionados, conclui-se que a empresa autuada não figura como terceiro nas operações ora em questão, mas como responsável pelo pagamento do ICMS substituição tributária que deixou de ser recolhido em razão do destaque em valor inferior ao devido, na condição de contribuinte substituído, portanto, incabível o argumento ora apresentado pela autuada em sua peça impugnatória.

3.2 Da Inaplicabilidade da Cláusula Segunda, Inciso I do Convênio ICMS 37/94.

Preliminarmente, é de suma importância esclarecer que via de regra, as normas editadas pela Administração Pública presumem-se legais e legítimas, vinculando todos os servidores. Logo, eventuais ilegalidades ou inconstitucionalidades somente podem ser declaradas pelo Poder Judiciário, titular exclusivo por força constitucional. Portanto, conclui-se que, em sendo atividade de fiscalização vinculada e obrigatória aos preceitos vigentes na legislação estadual, não cabe ao agente do fisco se eximir de aplicá-la por entender ser ilegal ou inconstitucional.

No caso em tela, salienta-se que o Convênio ICMS 37/94 celebrado no âmbito do CONFAZ entre unidades da Federação, dispõe sobre substituição tributária nas operações interestaduais com cigarro e outros produtos derivados do fumo, desse modo, nas operações internas com cigarro deve-se aplicar a legislação estadual regente do ICMS.

Destarte, a autuada ressalta que a substituição tributária do ICMS é matéria reservada unicamente à lei complementar, nos termos do art. 155, § 2º, alínea "b" da Constituição Federal. Neste azo, por si só, o Convênio ICMS 37/94 como disciplina ICMS no regime de substituição tributária nas operações com cigarro, é norma absolutamente inconstitucional.

A autuada alega ainda que as operações com cigarro foram realizadas entre a empresa Alfredo Fantini Indústria e Comércio LTDA, estabelecida na cidade de Sobral, Estado do Ceará, e a impugnante que também é estabelecida neste Estado, cidade de Juazeiro do Norte. Neste azo, trata-se de operações internas, regidas obviamente pela legislação estadual cearense. Desde modo, a base de cálculo do ICMS – ST nas operações internas com cigarro não pode ser mensurada com respaldo na Cláusula Segunda, I, do referido convênio.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Quanto ao Convênio, ressaltou que este foi devidamente incorporado pelo Decreto 23.251/94 e disciplinado pelo Decreto 23.429/94, servindo a *posteriori* de base para a instituição da substituição tributária com cigarros e outros derivados, através do Decreto 21.219/97 – RICMS, precisamente nos artigos 477 a 479, *in verbis*:

Art. 477 - Fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de contribuinte substituto, ao estabelecimento industrial, suas filiais e distribuidor na saída interna de cigarro, fumo desfiado ou picado e papel para cigarro.

Art. 478 - Os produtos oriundos de outras unidades federadas destinados a estabelecimentos distintos dos nominados no artigo anterior, ficam sujeitos ao pagamento do ICMS quando da passagem pelo primeiro posto fiscal deste Estado.

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, ou na sua ausência, o valor da mercadoria, incluídos o IPI, frete e carreto acrescido de 30% (trinta por cento), podendo o Secretário da Fazenda estabelecer valor líquido do imposto a recolher.

Com base nos argumentos transcritos acima, em inexistindo qualquer declaração de eventual inconstitucionalidade do Convênio ICMS 37/94 e dos Decretos que versam sobre as operações de substituição tributária com cigarros e outros derivados, torna-se devida a observância de seus preceitos, sendo assim totalmente insubsistentes os argumentos da impugnante.

3.3 Do Cálculo e Recolhimento do ICMS Substituição Tributária

No presente processo administrativo tributário, segundo a atuada, o disposto no supramencionado art. 479 do Decreto nº 24.569/97 faculta ao contribuinte substituto ou optar por duas modalidades de base de cálculo para imposição tributária do ICMS no regime de substituição tributária atinente a operações com cigarro, qual sejam, 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%.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Destarte, da leitura do referido artigo, vislumbra-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%. Como se pode verificar, não há o instituto da faculdade para estabelecimento da base de cálculo como arguido pela defendente, mas prevalência de um item de valoração em detrimento de outro, cuja utilização somente será plausível quando o anterior não for possível.

Compulsando os autos, a atuada ressalta ainda que o cartazete contendo os dizeres “Orgulho Brasileiro” reportando-se ao cigarro Mistral, muito embora a impugnante desconheça a sua origem, serve apenas de indicação do produto no ponto de venda. Portanto, o preço de R\$ 1,30 ali elencado é de responsabilidade exclusiva do varejista, que sequer foi identificado pelo fisco. Nesse caso, jamais tal preço poderia servir de cálculo do ICMS – ST, por não representar realmente o preço de venda no varejo sugerido pelo fabricante.

Isto posto, diante desse entendimento e reportando-se à documentação apensa aos autos e em particular às planilhas elaboradas pelo agente do Fisco, às fls. 67/77, materializa-se a conclusão de que o atuante tomou por base o preço do fabricante, em observância ao disposto na legislação vigente, entendendo-se, desde já, como insubsistente o argumento da atuada da utilização do citado preço somente para imputação do PIS e da COFINS e de que o valor de R\$ 1,30 constituir-se-ia numa pauta fiscal.

3.4 Da Improcedência da Aplicação de Multa Punitiva

A empresa atuada alega que a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso IV do CTN. Nesse diapasão, como o substituto tributário Alfredo Fantini Ind. E Com. LTDA estava amparado por medida liminar em mandado de segurança, não pode a impugnante ser responsabilizada pela imposição de multa em decorrência de uma infração que não cometeu.

Convém observar ainda, que a atuada aduz ser a natureza da multa punitiva justamente a infração eventualmente cometida, a qual é impessoal e intransferível, respondendo apenas o infrator, ficando isento, portanto, de qualquer penalidade o contribuinte que não deu causa à conduta ilícita. Ademais, acrescenta-se que não é razoável admitir-se imposição



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

de multa punitiva equivalente ao valor do imposto, isto é, de 100% e que tal conduta viola seguramente o Princípio do Não confisco insculpido no art. 150, inciso IV da Carta Magna.

Entretanto, a vedação constitucional prevista no art. 150, IV da Norma Suprema, se refere à utilização ou criação de tributo, com efeito, arguido pela impugnante, o que diverge completamente da multa, pois aquele decorre de ato lícito, enquanto esta ao desrespeito de uma norma fiscal. Neste caso, verificou o descumprimento de uma obrigação descrita pela legislação tributária e em sendo assim devidamente plausível a aplicação de sanção apontada no auto de infração sob análise.

3.5 Da Parcial Procedência

Acerca da alegação de que houve duplicidade parcial no lançamento de crédito tributário constituído no auto de infração nº 200709531-9, entende-se que merece respaldo tal assertiva, devendo ser excluída a importância de R\$ 175.681,73, a título de diferença do ICMS substituição tributária, referente às notas fiscais que foram anteriormente elencadas no auto de infração nº 200600932-5.

Neste azo, informou que tem-se uma redução no crédito tributário, resultando na importância de R\$ 667.323,72, referente a imposto e multa. Isto posto, frente ao que foi consubstanciado, a conclusão mais consentânea com a justiça fiscal é declarar a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da presente peça acusatória.

4. VOTO

Ex positis, voto pelo conhecimento de ambos os recursos, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão **PARCIALMENTE CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, conforma parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo Representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO

Valor do ICMS	R\$ 333.661,86
Valor da Multa	R\$ 333.661,86
Valor Total	R\$ 667.323,72



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda


CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

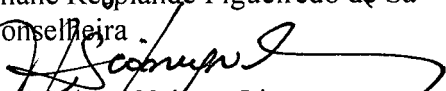
DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **RAIMUNDO ALVES DA SILVA e CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **AMBOS**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer de ambos os recursos, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão **PARCIALMENTE CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da relatora, conforma parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo Representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, apesar de devidamente comunicado para apresentação de defesa oral, o representante legal da recorrente, Dr. Niedson Manoel de Melo.

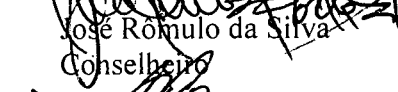
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 29 de 03 de 2012


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE (em exercício)

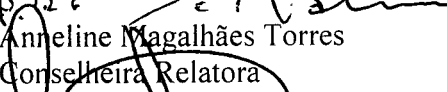

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira



José Sidney Valente Lima
Conselheiro

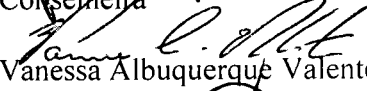

José Romulo da Silva
Conselheiro


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro


Anneline Magalhães Torres
Conselheira Relatora


Janine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Matheus Vilana Neto
PROCURADOR DO ESTADO