

ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 154/2000
2ª CÂMARA

SESSÃO DE 16/03/2000

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/780/96

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/318144/96

RECORRENTE: PRODOTTI LABORATÓRIO FARMACÊUTICO LTDA.

RECORRIDO CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ MARIA VIEIRA MOTA

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Configurada a falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária nas operações de vendas de produtos farmacêuticos destinados ao Estado do Ceará. Inobservância das disposições legais do Convênio 76/94 e legislação tributária estadual. Redução do crédito tributário, face o princípio da retroatividade benigna, que prevê a aplicação da multa mais favorável ao contribuinte. Reformada, por unanimidade de votos, a decisão condenatória de 1ª Instância, decidindo-se pela parcial procedência do feito fiscal. Recurso voluntário provido em parte.

RELATÓRIO:

A peça inicial do presente processo traz no relato a seguinte acusação fiscal: “ A empresa acima indicada, na qualidade de contribuinte substituto tributário, reteve ICMS em favor do Estado do Ceará, porém não repassou os valores retidos no período de março a outubro de 1995, apropriando-se indevidamente da quantia de R\$ 53.636,32 (Cinquenta e três mil, seiscentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos), conforme especificações abaixo, informações complementares e planilhas anexas”.

Os fiscais autuantes consideraram como infringida a Cláusula Quarta, do Convênio ICMS 76/94, conjugada com penalidade prevista no art. 767, inciso I, alínea “e”, do Dec. 21.219/91.

Constam às fls. 03 a 33 dos autos, os Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização, as Informações Complementares, Consultas de sócio/responsável do Cadastro de Contribuinte do ICMS, Ordem de Serviço nº 63/95, Ofício DESUT nº 135/95, Memorando DEAT nº 370/95, Demonstrativos do Recolhimento do ICMS retido pela Empresa durante os meses de março a outubro de 1995 e Consulta do Cadastro de Contribuinte do ICMS.

A autuada, tempestivamente, através de advogado legalmente constituído nos autos, impugnou o feito fiscal alegando o seguinte:

1 – Preliminarmente, que os auditores fiscais no afã de justificarem os levantamentos realizados faltaram com a verdade dos fatos ao afirmarem que a empresa solicitou sua inscrição para na condição de contribuinte substituto tributário reter o ICMS sobre as suas operações de vendas e deixou de repassar os valores retidos no período de 01/10/94 a 31/10/95. Isto porque requereu sua inscrição no cadastro de contribuintes do Estado do Ceará, tendo a mesma sido autorizada e homologada, somente em 16 de março de 1995. Portanto, até esta data não era o sujeito passivo da obrigação de reter o ICMS incidente sobre sua operações de vendas destinada a esse estado. Diante disso, improcede a alegação de que deixou de repassar os valores, apropriando-se indevidamente da quantia de R\$ 53.636,32 relacionados nas planilhas anexas.

2 - Que, no presente caso, não guarda qualquer vinculação com o fato gerador, pois à época não estava abrangido pela condição que lhe é atribuída pelos autuantes ou pelo próprio Convênio, que lhe atribui a condição de responsável pelo pagamento com relação a operação que irá ocorrer em relação ao destinatário, ou seja, se refere ao pagamento de um imposto cuja responsabilidade estaria ao encargo do futuro vendedor. Logo, cristalino que o substituto não guarda qualquer relação com o fato gerador “futuro”.

3 – No tocante à responsabilidade passiva pelo pagamento do imposto, que deve ser atribuída por lei, a autuada, parte para um análise da obrigação imposta em função do Convênio nº 76/94, buscando demonstrar que cabe à lei complementar dispor sobre essa questão (substituição tributária), não podendo por esta razão, ter suporte em Convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal.

4 – Alega, que a exigibilidade da obrigação pelo sujeito ativo surge somente com a ocorrência do fato gerador relativo à esta obrigação. Ao contrário, se não ocorrer o fato gerador, não há que se exigir o adimplemento da obrigação tributária. No caso que se cuida, afirma que é evidente a antecipação do pagamento do imposto, impondo ao substituto tributário a responsabilidade por este pagamento.

5 – Assevera, que instituída a substituição tributária da forma como estabelecida pelo indigitado Convênio ICMS, a obrigação tributária estará sendo exigida antes mesmo da ocorrência do fato gerador futuro, que fatalmente leva a conclusão que se trata de um verdadeiro empréstimo compulsório, desatendendo aos requisitos constitucionais estampados no art. 148 da CF.

6 – Por fim, reafirma que por todo ângulo que se queira analisar a questão tentando-se validar o regime de substituição tributária imposta pelo Convênio 76/94, esbarra-se em pontos de inconstitucionalidades e ilegalidades como fartamente demonstrados, não podendo a vista disso prevalecer as suas disposições, devendo dessa forma serem as obrigações afastadas por meio dessa tutela.

A ilustre julgadora singular após análise da matéria em discussão, decidiu pela procedência do feito fiscal, por entender que restou configurada à inobservância às disposições do Convênio ICMS nº 76/94 indicado pelos autuantes.

Inconformada, a autuada recorre da decisão singular apresentando os argumentos contidos na sua impugnação e acrescentando outros, senão vejamos:

1 - Que, mesmo que seja superada a inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança do ICMS por substituição tributária, as empresas sediadas no Estado de São Paulo, a partir de 1º de novembro de 1997, não estavam mais obrigadas a aplicar o Convênio ICMS nº 76/94, medida esta que deveria ser respeitada por todos os Estados.

2 - Afirma, que há inconstitucionalidade e ilegalidade na aplicação de multa de 400% (quatrocentos por cento) sobre o valor originário, pois apesar da multa ter fins punitivo, não pode ser superior ou igual ao valor do débito originário, sob pena de ferir a capacidade contributiva do contribuinte, ou seja, sua capacidade econômica.

3 - Considera, também, patente a inconstitucionalidade e ilegalidade dos juros aplicados em torno de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o débito originário. Nesse tocante, alega, que levando-se em conta o período de março a outubro de 1995, e se a aplicação dos juros iniciasse, para todos os fatos geradores, no mês de março de 1995, o que não é permitido, o juros seria de 31% (trinta e um por cento) considerando o que determina a Constituição Federal.

4 - Ao final, requer a acolhida ao presente recurso, para reformar, integralmente, a decisão de primeira instância.

A Consultoria Tributária no Parecer nº 535/99, rejeita os argumentos da recorrente e opina pela confirmação da decisão condenatória de 1ª Instância.

A Procuradoria Geral do Estado, por seu representante, concorda com o posicionamento da Consultoria Tributária, quanto ao cometimento da infração, consoante se observa às fls. 84/85 dos autos. Porém, sugere a aplicação do princípio da retroatividade benigna estampado no art. 106, inciso II, "c" do CTN, já que a Lei nº 12.670, comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR:

Versa o presente processo sobre acusação de que a autuada, na qualidade de contribuinte substituto tributário, teria retido ICMS sobre operações de vendas de produtos farmacêuticos, no período de março a outubro de 1995, na quantia de R\$ 53.636,32 (Cinquenta e três mil, seiscentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos), porém, não teria repassados os valores retidos ao Estado do Ceará.

Inicialmente, no que se refere à inconstitucionalidade da cobrança do ICMS em questão, acompanho o entendimento do Conselho de Recursos Tributários que reiterada vezes, tem decidido que a análise dessa matéria está restrita ao Poder Judiciário, a quem compete dizer o direito de modo definitivo.

Quanto ao argumento da recorrente atinente à ilegalidade da cobrança do ICMS por substituição tributária com base no Convênio ICMS nº 076/94, cabe observar que o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição, dispôs no seu art. 25 a cobrança do ICMS através desta sistemática de tributação e o referido dispositivo acha-se incorporado à legislação tributária estadual.

Assim, com o devido amparo legal, o mencionado Convênio foi celebrado entre os Estados e Distrito Federal, visando instituir a cobrança do ICMS por substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, do qual os Estado do Ceará e de São Paulo eram signatários.

Nesse contexto, verifica-se na Cláusula Primeira, que foi atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante a condição de sujeito passivo por substituição tributária, sendo a eles atribuídas a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Decorre daí, que sendo a empresa autuada sediada no Estado de São Paulo e sujeitas às disposições legais contidas no citado Convênio, solicitou ao Estado do Ceará a sua inscrição no CGF, para fins de retenção do ICMS nas suas operações de vendas dos produtos farmacêuticos destinados à este Estado.

No caso vertente, os relatórios que demoram às fls. 13 a 32, demonstram claramente que a partir do dia 23 de março a 31 outubro de 1995, a empresa autuada já devidamente inscrita no CGF (16/03/95) reteve o imposto incidente sobre as venda de produtos farmacêuticos destinados ao Estado Ceará, porém, não efetuou no prazo estabelecido na Cláusula Quarta, o repasse do ICMS retido na quantia consignada na inicial. Portanto, restou plenamente configurada a inobservância das disposições legais contidas no Convênio nº 076/94.

No tocante ao argumento da recorrente de que o Decreto nº 42.346, de 17/10/97, desobrigou os contribuintes do Estado de São Paulo da substituição tributária imposta pelo mencionado convênio, entendo que não possui o condão de ilidir o feito fiscal, haja vista que na data da infração, ou seja, no período de março a outubro de 1995, a empresa ainda estava sujeita às disposições do citado convênio.

No tocante aos juros de mora consignados na Intimação relativa à decisão de 1ª Instância, cumpre observar, não procede a reclamação da recorrente, eis que são cobrados a partir do momento que o contribuinte deixa de cumprir a obrigação tributária principal, de acordo com a Lei nº 11.530/89.

Entretanto, quanto à multa imposta pelo julgador singular, comporta a aplicação do princípio da retroatividade benigna estampado no art. 106, inciso II, "c" do CTN, já que a Lei nº 12.670/96, comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. No caso, deve ser aplicada a multa prevista no art. 123, inciso I, "e", da citada lei, que a reduziu de 04 (quatro) para 03 (três) vezes ao valor do ICMS devido.

Isto posto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário interposto, dando-lhe parcial provimento, para reformar a decisão condenatória de 1ª Instância singular, decidindo pela parcial procedência do feito fiscal, de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

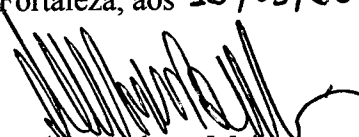
É o voto.

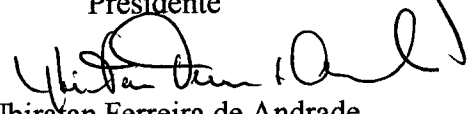
DECISÃO:


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **PRODOTTI LABORATÓRIO FARMACÊUTICO LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário interposto, dar-lhe parcial provimento, para modificar a decisão condenatória de 1ª Instância, decidindo-se pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA**, da autuação, nos termos propostos pelo relator e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

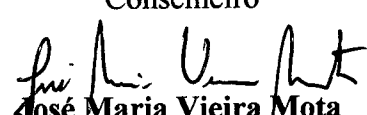
SALA DE SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos **15/05/2000**

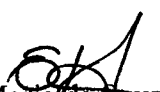

Nabor Barbosa Meira
Presidente


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

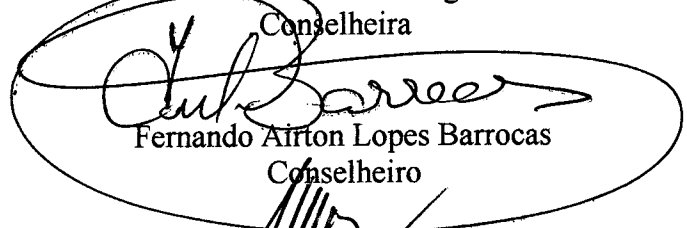

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

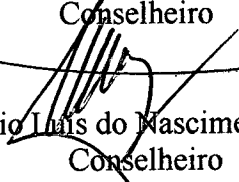

José Miltonio Colares de Melo
Conselheiro


José Maria Vieira Mota
Cons. Relator


Eliane Maria de Souza Matias
Conselheira


Wlândia Maria Parente Aguiar
Conselheira


Fernando Ailton Lopes Barrocas
Conselheiro


Antonio Luis do Nascimento Neto
Conselheiro


Fco. das Chagas Aragão Albuquerque
Conselheiro