



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº
2ª CÂMARA
SESSÃO DE 16/02/2009

354/09

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/503/2006 AI: 1/20061255
AUTUANTE: FRANCISCO LÚCIO MENDES MAIA E OUTROS
RECORRENTE: BCP S/A
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONSELHEIRA RELATORA: SANDRA MARIA TAVARES MENEZES DE CASTRO

**EMENTA: ICMS – SAÍDA DE MERCADORIA COM
PREÇO INFERIOR AO CUSTO DE AQUISIÇÃO –
PROCEDÊNCIA - UNANIMIDADE.**

1. A exigência do Fisco se apóia no disposto no § 8º do art. 25 – RICMS;
2. Em que pese tal artigo não encontrar equivalente expresso em sede constitucional ou na Lei Complementar 87/96, o mesmo é reflexo da própria natureza do ICMS que se caracteriza por incidir sobre o valor agregado a mercadoria a cada operação de circulação da mesma, vez que se compensa o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores;
3. Embora a multa aplicada pelo agente do Estado possa parecer confiscatória ou desproporcional ao contribuinte, o fato é que a mesma está sendo exigida com esteio em Lei Estadual;
4. **Penalidade:** Art. 123, III, “e” da Lei 12.670/96, com redação determinada pela Lei 13.418/03;
5. Recurso Voluntário conhecido e não provido.
6. Decisão de acordo com o Parecer aprovado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

A

RELATÓRIO

Trata a inicial de:

Emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria na mesma época no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado. Emissão de documento fiscal de saída de mercadorias com o preço inferior ao custo de aquisição, conforme informação complementar anexa.

Exige-se ICMS no valor de R\$ 46.136,32 e multa no mesmo valor, nos termos do art. 123, III, "e" da Lei 12.670/96 alterado pela Lei 13.418/03.

Apontados como infringidos os arts. 25/27 e 33, I do Decreto 24.569/97 - RICMS.

Nas Informações Complementares (fl. 04) os agentes autuantes agregaram que "a saída menor que a entrada caracterizou-se quando a diferença entre o preço de venda e o preço de compra resultou em valor negativo".

Dentre outros documentos acostados aos autos constam Termos de Início e Conclusão de Fiscalização, ato designatório, cópias de notas e cupons fiscais e do Livro de Registro de Inventário (fls. 05 a 62).

Intimada do lançamento tributário a autuada a ele se opôs em 1ª instância de julgamento. Requereu a **improcedência** do mesmo arrazoando em síntese que:

- 1. A venda de aparelhos celulares para seus clientes por preço inferior ao da aquisição é prática comum no mercado de telefonia móvel sendo adotada praticamente por todas as empresas do setor;*
- 2. Existem somente 2 (duas) exceções à regra da compensação do imposto cobrado na operação anterior, a saber: (i) isenção e (ii) não incidência, conforme disposto na Constituição Federa.*

Ao fim do julgamento, decidiu-se pela **procedência** da autuação (fls. 125/129).

Diante da decisão a autuada retornou aos autos em sede de Recurso renovando as razões já apresentadas na instância primeira.

Defende que sua conduta não resultou em falta de recolhimento do imposto visto ter cumprido os mandamentos da CF/88 e LC 87/96 - art. 13, I.

Aduz que o disposto no § 8º do art. 25 do RICMS (fundamento da autuação) não possui amparo constitucional ou legal.

Argui ainda que o auto de infração decorre de supostas infrações praticadas pela empresa BSE S/A, a qual veio a incorporar e, em função do disposto nos arts. 3º e 132 do CTN a sucessão ocorre apenas com relação aos tributos.

Aborda ainda o aspecto confiscatório e desproporcional da sanção sugerida e defende a aplicação de no máximo 2% de multa.

Parecer da Consultoria Tributária opina pela manutenção da decisão recorrida (fls. 165/167). O representante da Procuradoria Geral do Estado referendou a mencionado Parecer (fl. 168).

É O RELATÓRIO

VOTO

Cuida-se de Recurso Voluntário em face de decisão primeira que julgou **procedente** a acusação de saída de mercadoria com preço inferior ao custo de aquisição.

Discute-se na hipótese a aplicabilidade do disposto no § 8º do art. 25 - RICMS posto que quanto a prática denunciada na inicial, a autuada a admite, embora divirja do agente do Estado quanto a sua repercussão.

Entende que sua conduta não resultou em falta de recolhimento do imposto uma vez que a base de cálculo aplicada é o valor da operação, conforme estipula preceito legal - art. 13, I da Lei Complementar 87/96, não podendo o custo de aquisição da mercadoria influir na composição da mesma. Daí entender ser inconstitucional e ilegal mencionado dispositivo regulamentar.

Vejamos o teor do art. 25 - RICMS acima citado, o qual fundamentou a autuação:

Art. 25 - A base de cálculo do ICMS será:

(...)

§ 8º - A base de cálculo do imposto não será inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou ao valor da operação anterior, bem como ao custo da mercadoria, quando produzida ou fabricada pelo próprio estabelecimento, salvo motivo relevante, a critério da autoridade fazendária do seu domicílio fiscal.

Em que pese tal artigo não encontrar equivalente expresso em sede constitucional ou na Lei Complementar 87/96, o mesmo é reflexo da própria natureza do ICMS que se caracteriza por incidir sobre o valor agregado a mercadoria a cada operação de circulação da mesma, vez que se compensa o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores.

Agregue-se a esse aspecto o fato de que o artigo de que se cuida se encontra vigente. Portanto, somente se afastaria sua aplicação caso fosse retirado do mundo jurídico por força de revogação pela própria Administração ou caso declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Por seu turno também não cabe acolher a tese de que a autuada não é responsável pelo pagamento da multa aplicada sob o fundamento de que sucedeu a empresa que teria cometido a infração e a sucessão se dá apenas no tocante aos tributos. Para esclarecer minha posição transcrevo ensinamento do respeitável tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, na obra "Curso de Direito Tributário" (6ª edição) constante no Parecer da Consultoria Tributária (fl. 167):

Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é a) fusionada, b) incorporada, c) dividida pela cisão, d) adquirida, e) transformada. Assim, se o crédito corresponde à multa fiscal já está constituído, formalizado à data da sucessão, o "sucessor" - um subrogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades adquiridas, divididas, incorporadas, fusionadas ou transformadas - naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas. Aqui comparece ainda uma razão de política fiscal. Se as multas não fossem transferíveis em casos que tais, seria muito fácil apagar multas pelo simples subterfúgio da alteração do tipo societário. Num passe de mágica, pela utilização legítima das "formas" de direito societário, seriam elididas as sanções fiscais garantidoras do cumprimento dos deveres tributários, o principal e os instrumentais.

Importa por fim assinalar que a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu. Sendo assim, apreciar e decidir quanto ao caráter confiscatório da mesma não é competência de um órgão de julgamento administrativo, mas sim, do Poder Judiciário, uma vez que possui contornos de Controle de Constitucionalidade. Desse modo tem se posicionado de forma unânime, em decisões reiteradas, o Conat do Ceará.

Na hipótese, embora a multa aplicada pelo agente do Estado possa parecer confiscatória ou desproporcional ao contribuinte, o fato é que a mesma está sendo exigida com esteio na Lei Estadual 12.670/96 (art. 123, I, "c", com redação determinada pela Lei 13.418/03), o que também nos conduz a não acolher a aplicação de percentual máximo de 2% de multa.

Após esses cotejos, **VOTO** no sentido de que se conheça do Recurso Voluntário interposto, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, de acordo com o Parecer adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É COMO VOTO

DEMONSTRAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO.....R\$	271.390,12
ICMS.....R\$	46.136,32
MULTA.....R\$	46.136,32
TOTAL.....R\$	92.272,64



DECISÃO


Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente BCP S/A e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA LTDA.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente, para sustentação oral do recurso, a representante legal da recorrente, Dra. Camila Fuitem.


SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 21 de maio de 2009.


Sandra Mª Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA RELATORA


Francisca Maria de Sousa
CONSELHEIRA


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


José Rômulo da Silva
CONSELHEIRO


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Jussara Dias Soares
CONSELHEIRA


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA

PRESENTE:

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado