

A. I. Nº - 297745.0051/06-0
AUTUADO - AMERICAN VIRGÍNIA IND. E COM. IMP. E EXP.DE TABACOS LTDA.
AUTUANTES - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 03.10.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0298-02/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA DE MERCADORIAS (CIGARROS) A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOS DO ICMS. De acordo com o Convênio 37/94 o sujeito passivo por substituição, quando inscrito no Estado da Bahia, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante. Infração caracterizada. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade, e não apreciada a alegação de inconstitucionalidade da substituição tributária por não se incluir na competência do órgão julgador na esfera administrativa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2006, no Posto Fiscal Francisco Hereda, exige o valor de R\$ 29.312,50, mais a multa de 60%, sob acusação de retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias (cigarros) realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia através da Nota Fiscal nº 6112 de 23/06/06, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e documentos às fls. 05 a 13.

Foram dadas como infringidas as Cláusulas Segunda, Terceira, Quarta e Quinta do Convênio ICMS nº 37/94 e alterações posteriores, com aplicação da multa prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Na defesa administrativa às fls. 16 a 28, o sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, admitindo tratar de legal e constitucional a antecipação do pagamento do ICMS, aduz que houve desrespeito à Constituição Federal e às Leis Infraconstitucionais.

Argumenta que nos termos do art. 2º, § 5º, do Decreto-lei nº 406/68, o montante do imposto sobre produtos industrializados (IPI) não integra a base de cálculo quando a operação constitua fato gerador de ambos os tributos, e ou em relação a mercadorias sujeitas ao IPI com base de cálculo relacionada com o preço máximo de venda no varejo marcado pelo fabricante, e que esta regra também está elencada no art. 7º, I, do Convenio 66/88.

Explica que no art. 155, § 2º, XI, da CF/88, está disposto que o montante do IPI não pode integrar a base de cálculo do ICMS quando a operação for realizada entre contribuintes; tiver por objeto produto destinado a industrialização ou comercialização; ou configurar o fato imponible destes dois tributos.

Ressalta que na condição de empresa que atua no ramo de industrialização e comercialização de cigarros, derivados de fumo e de filtros para cigarros, segundo o art. 46, II, do CTN, o IPI tem

como fato gerador a sua saída, e no caso em questão a natureza da cobrança de ambos os impostos foi a venda de mercadorias, tornando descabida a cobrança do ICMS incluindo o IPI em sua base de cálculo.

Prosseguindo, citou a legislação que estabelece que não integra a base de cálculo do imposto o montante sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto para industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos (§ 2º do art. 13, 8º, II, “a”, “b” e “c”, da LC 87/96), e [art. 71 do RICMS/97]. Fez referência a jurisprudência do STF sobre esta matéria pela não inclusão do IPI na base de cálculo nas operações de comercialização.

Informou que obteve a mesma decisão em vários outros Estados da Federação, conforme cópias das decisões que diz ter anexado a sua peça defensiva.

Por fim, sustentando que não tem fundamentação legal para a exigência fiscal, e que é seu direito ver excluída da base de cálculo do ICMS que recolhe no regime de substituição tributária, o IPI, com fulcro no art. 155, § 2º, XI, da CF e artigo 71 do Dec. nº 13.640, porque a operação mercantil praticada constitui fato gerador dos dois impostos, e foi realizada entre contribuintes, sendo destinada à comercialização, requer seja decretada a nulidade do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 38 esclareceu que o Auto de Infração tem como fato gerador a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, na venda para contribuinte localizado no Estado da Bahia, em razão de ter sido abatido o IPI do produto para fins de determinação da base de cálculo.

Aduz que a base de cálculo utilizada encontra-se no Convênio ICMS 37/94, na Cláusula Segunda, Item I, que fixa como base de cálculo o preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante, em consonância com o § 3º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, e que caso não houvesse o PMVC, seria utilizado o Item II da citada Cláusula, ou seja, que a base de cálculo deve tomar por base o preço praticado pelo substituto, incluídos o IPI, frete e demais despesas.

Conclui pela manutenção integral do Auto de Infração.

Processo foi submetido a pauta suplementar visando a realização de diligência, sendo decidido que o mesmo contém todos os elementos necessários para a sua instrução.

VOTO

Na análise das peças processuais verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir do autuado na condição de contribuinte substituto inscrito neste Estado, a diferença do imposto, por substituição tributária, correspondente a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, na venda de mercadorias (cigarros) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia através da Nota Fiscal nº 6112 (fl. 13).

O débito encontra-se devidamente demonstrado à fl. 07, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante, em cujo demonstrativo encontram-se discriminados: o valor do preço máximo ao consumidor, fixado pelo fabricante = R\$ 1,10/maço constante na nota fiscal; as quantidades por maços e por pacotes; a alíquota utilizada de 25%; o crédito fiscal da operação própria e o retido por substituição; e o valor do ICMS Substituição.

Na defesa fiscal o autuado discute a legalidade da substituição tributária, e aduziu ilegalidade da base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, contestando a inclusão do IPI na base de cálculo, e cita a jurisprudência no âmbito do STF.

Quanto à matéria de direito, é importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade não se inclui na competência do órgão julgador, razão porque abstenho-me de qualquer pronunciamento a respeito.

Conforme o Convênio 37/94, nas operações interestaduais com cigarro e outros produtos derivados do fumo, classificados na posição 2402 e no código 23043.10.0100 da NBN/SH, o fabricante dos referidos produtos é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias.

Deste modo, o autuado, na qualidade de empresa, que industrializa cigarros, sediada no Estado do Pará, encontra-se devidamente cadastrado no Estado da Bahia como contribuinte substituto, e não questiona a sua obrigação como responsável por substituição, referente ao pagamento do ICMS relativo a substituição tributária na operação interestadual de venda para contribuinte localizado neste Estado através da nota fiscal que embasa a autuação.

Portanto, estando o estabelecimento autuado, na data do lançamento, inscrito regularmente no Estado da Bahia, na qualidade de contribuinte substituto, aderiu às normas do Convênio ICMS 37/94, obrigando-se a proceder a retenção do ICMS quando da venda de seus produtos a contribuintes localizados neste Estado, como aliás o fez, apesar de ter incorrido em erro na determinação da base de cálculo.

Com relação a base de cálculo está previsto na Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 37/94, que esta deve ser calculada com base no preço máximo de venda a consumidor fixado por autoridade competente ou sobre o valor das saídas dos produtos acrescido dos valores do IPI, frete e as demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário e da MVA respectiva, quando o Estado de origem tiver aderido ao referido Convênio.

Na legislação baiana, a base de cálculo da substituição tributária está disciplinada no art. 23 da Lei nº 7.014/96, reproduzido no artigo 61 do RICMS/97:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

.....

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

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

.....

§ 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. Na falta do preço estabelecido pelo órgão competente a que se refere o parágrafo anterior, a base de cálculo, para fins de substituição tributária, poderá ser o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído.”

No caso presente, para determinação da base de cálculo da exigência fiscal, observo o acerto da ação fiscal, tendo em vista que foi dado estrito cumprimento ao disposto na Cláusula Segunda do

Convênio 37/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor (no varejo) sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, constante na nota fiscal, qual seja o preço unitário de R\$ 1,10 por maço, preço esse, que já estão incluídos os acréscimos previstos no art. 54 do RICMS/97, não se aplicando ao caso o disposto no art. 55 do mesmo Regulamento, pois a exigência fiscal diz respeito a substituição tributária das operações subsequentes a consumidor final.

Desse modo, considero que não há qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a mesma foi calculada corretamente de acordo com a disposição contida no citado Convênio, recepcionado no artigo 61, I do RICMS/BA., qual seja, sobre “.....o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente”.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297745.0051/06-0**, lavrado contra **AMERICAN VIRGÍNIA IND. E COM. IMP. E EXP. DE TABACOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.312,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR