

A. I. N° - 297745.0047/06-3
AUTUADO - AMERICAN VIRGÍNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTE - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 05/10/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0312-03/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Os demonstrativos anexados aos autos comprovam que o imposto foi retido a menos, e por isso, é devida a diferenças apurada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/06/2006, refere-se à exigência de R\$70.350,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada retenção do ICMS efetuada a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. De acordo com a descrição dos fatos, foi constatado um veículo carregado de cigarro com destino a este Estado, cujo destaque do ICMS na NF 5976, foi efetuado a menos pelo contribuinte substituto, de acordo com o Convênio ICMS 37/94.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 18 a 30), informando que tem como atividades predominantes a industrialização, comercialização, importação e exportação de cigarros, derivados de fumo e de filtros para cigarros, e na apuração do valor exigido pela fiscalização, foi incluído o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na base de cálculo, “num total desrespeito à Constituição Federal e às Leis Infraconstitucionais”. Alega que o montante o IPI não integra a base de cálculo quando a operação constitua fato gerador do ICMS e do IPI, conforme dispõe o art 2º, § 5º, do Decreto nº 406/68. Diz que esta regra também está estabelecida no art. 7º do Convênio 66/88, argumentando, ainda, que o montante pago a título de IPI não pode integrar a base de cálculo do ICMS quando a operação jurídica for realizada entre contribuintes; tiver por objeto produto destinado à industrialização ou comercialização, e quando configurar fato imponible dos dois tributos. Cita o que dispõe o art. 155, § 2º, XI, da Constituição Federal, os arts. 46 e 51 do CTN, além do § 2º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96. Diz que o art. 71 do RICMS-BA dispõe sobre o IPI na base de cálculo do ICMS, e assegura que a hipótese do caso em tela está perfeitamente enquadrada nos dispositivos legais citados anteriormente. Transcreve ementas de decisões do STF, e afirma que os precedentes jurisprudenciais aplicam-se ao presente caso, tendo em vista que se trata da exclusão do montante do IPI da base de cálculo do ICMS por substituição tributária. Salienta, que já obteve decisões favoráveis em outros Estados da Federação, dentre eles, Paraná, Paraíba, Distrito Federal e Tocantins. Assim, considerando o entendimento de que é correto não incluir o IPI na base de cálculo do imposto, e que o STF tem decidido reiteradamente neste sentido, e considerando que ainda não se esgotou a discussão no âmbito judicial sobre a matéria, restando apreciação pelo STJ e STF, e que somente após decisão proferida pela Suprema Corte é que se poderá discutir o Auto de Infração, no entendimento do defendente deverá ficar suspensa a apreciação deste PAF, enquanto perdurar a discussão quanto aos recursos judiciais e extrajudiciais. Pede que seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 40 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que a base legal para a exigência fiscal está no Convênio ICMS 37/94, que em sua Cláusula segunda estabelece como base de cálculo o preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante, e caso não houvesse o preço máximo, seria utilizado o item II da mencionada Cláusula, isto é, toma-se por base de cálculo o preço praticado pelo substituto, incluído o IPI, carreto e demais despesas. Conclui, dizendo que, “não tendo a defesa comprovado nenhuma ilegalidade ou irregularidade na lavratura do AI em lide, nada se tem a modificar”.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, haja vista que estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF.

Foi alegado pelo defendente que existe falta de fundamentação legal para lavratura do Auto de Infração, entretanto, constato que o procedimento fiscal foi desenvolvido de acordo com as normas regulamentares, sendo indicadas as cláusulas do Convênio ICMS 37/94, não observadas pelo autuado. Ademais, não implicariam nulidade da autuação fiscal as eventuais incorreções, se houvesse erro na indicação de dispositivo regulamentar, haja vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal.

Quanto ao mérito a exigência de ICMS, é decorrente da retenção do imposto efetuada a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, ou seja, foi constatado em um veículo carregado de cigarro com destino a este Estado, que o destaque o ICMS na NF 5976 foi efetuado a menos pelo contribuinte substituto.

Quanto à base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, o RICMS/97 estabelece:

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I - 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;

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:”

O fato apurado no presente processo encontra-se disciplinado no Convênio 37/94 e suas alterações posteriores, haja vista que se trata de operação com cigarros, e o mencionado Convênio, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com essas mercadorias e outros produtos derivados do fumo, estabelece na sua Cláusula primeira que, nas operações interestaduais com cigarro e outros produtos do fumo, é atribuída ao estabelecimento fabricante e ao estabelecimento importador a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido, nas saídas subsequentes.

A base de cálculo está disciplinada na Cláusula segunda, que transcrevo abaixo:

“Cláusula segunda *A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária será:*

I - na saída do produto com o preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante, o respectivo preço;

II - na saída dos demais produtos, obtida tomando-se por base o preço praticado pelo substituto, incluídos o IPI, frete, carreto e as demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, bem como a parcela resultante da aplicação sobre esse total do percentual de 50%(cinquenta por cento).

§ 1º O estabelecimento industrial remeterá ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação onde tiver inscrição como substituto tributário as listas atualizadas dos preços referidas no inciso I em meio magnético”.

De acordo com a Nota Fiscal nº 5796, objeto da autuação, à fl. 10, na apuração da base de cálculo do imposto exigido, o autuante utilizou corretamente o preço de venda no varejo indicado no campo informações complementares do mencionado documento fiscal, tendo apurado o valor de R\$660.000,00, enquanto o autuado deduziu do referido valor, o total do IPI, indicado no próprio documento fiscal, de R\$281.400,00, sendo essa a diferença entre a base de cálculo do autuante e do autuado.

Observo que na substituição tributária, há uma transferência de responsabilidade de um contribuinte para outro, em relação às operações subsequentes. No caso da retenção, o contribuinte que efetua a venda da mercadoria sujeita à substituição tributária, retém o imposto que incidirá nas operações posteriores a serem realizadas pelo adquirente. Dessa forma, a base de cálculo se refere às operações futuras, devendo alcançar o que seria o preço final de venda ao consumidor, e por isso, na fixação da base de cálculo da retenção, se pode afirmar que devem ser consideradas as parcelas referentes ao custo da mercadoria e o montante dos valores de seguro, frete, impostos, taxas e demais encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente.

Vale ressaltar, que o art. 8º, da Lei Complementar 87/96, estabelece:

Art. 8º *A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:*

(...)-

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, 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, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

No caso em exame, não há como prevalecer a tese apresentada pelo defendente, inclusive em relação às decisões indicadas na impugnação, uma vez que não se trata de apuração do imposto em relação à operação própria do autuado, mas sim, relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelo contribuinte destinatário das mercadorias.

Quanto ao entendimento do defendente de que o presente o Auto de Infração, deverá ficar suspenso enquanto perdurar as discussões judiciais e extrajudiciais, não pode ser acolhido, tendo

em vista que, não foi comprovado nos autos que o sujeito passivo ingressou em juízo relativamente à matéria objeto da lide, inexistindo previsão no RPAF-BA, quanto à sua solicitação.

Entendo que é subsistente a exigência fiscal, considerando que não foram apresentados pelo autuado, elementos suficientes para comprovar as alegações defensivas, ficando caracterizada a irregularidade apurada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297745.0047/06-3**, lavrado contra **AMERICAN VIRGÍNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$70.350,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR